



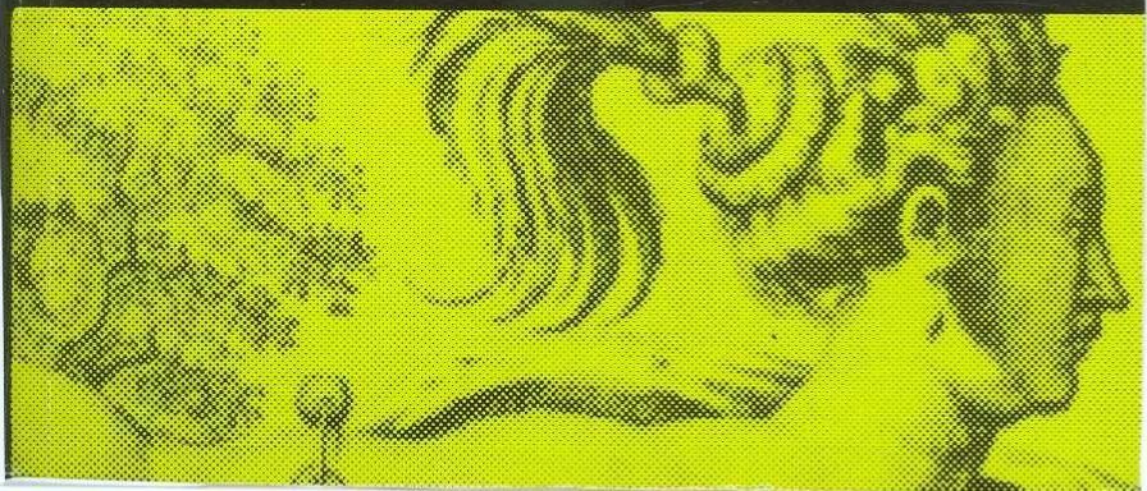
**UCAB**

Universidad  
Católica  
Andrés Bello

Septiembre / 97

**Caracas**  
**Venezuela**

# Revista de la Facultad de Derecho N° 51



Revista de la Facultad  
de Derecho  
1997 / N° 51



Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho

***Revista de la Facultad de Derecho N° 51***

Director Alberto Baumeister

Septiembre 1997

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 29068

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*

César Augusto Carballo

*Director de la Escuela de Derecho*

María Gracia Morais de Guerrero

*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*

Emilio Píriz Pérez

*Director de Publicaciones UCAB*

Por nombrar

*Profesor de la Facultad de Derecho*



Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN Y LUZMILA PERDOMO

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

Impreso por: EDITORIAL TEXTO

## Indice

Editorial .....	7
<b>SECCIÓN DE DOCTRINA</b>	
<b>Nacional</b>	
<b>Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo</b>	
<i>Comentarios al proyecto de Reforma de la Constitución con especial referencia a la responsabilidad Estado-Juez,</i> por Antonio Canova. ....	13
<b>Derecho Ambiental</b>	
<i>El derecho del hombre al Ambiente,</i> por Alberto Blanco Uribe Quintero .....	57
<i>Mecanismos procesales de protección al ambiente,</i> por Mariolga Quintero Tirado .....	79
<b>Derecho Agrario</b>	
<i>Los principios del Derecho Procesal Agrario Venezolano y su Integración con los principios generales del Derecho Procesal Civil,</i> por Josafat González López .....	95
<b>Derecho Financiero</b>	
<i>Régimen Legal de la Inversión Privada en la Industria Venezolana de los Hidrocarburos. Especial referencia a la materia impositiva,</i> por Juan C. Carmona Borjas .....	117

## **Derecho Laboral**

- La seguridad social en América Latina, experiencias en Chile, Argentina, Perú, Colombia y México,*  
por José F. Díaz Bermúdez ..... 165

## **Derecho Mercantil**

- Improcedencia de la acción de nulidad ordinaria  
contra decisiones adoptadas en asambleas de sociedades,*  
por José Andrés Fuenmayor ..... 179
- Anotaciones sobre los Principios de Unidroit,*  
por Jaime Martínez Estévez ..... 199

## **Derecho Penal**

- El libertador de América, Simón Bolívar, ante la corrupción  
administrativa*  
por Elio Gómez Grillo ..... 263

## **Derecho Procesal Civil**

- Consideraciones sobre la Ejecución  
de Hipoteca en el nuevo código de Procedimiento Civil,*  
por José Andrés Fuenmayor ..... 277
- Medidas Cautelares Innominadas,*  
por Arístides Rengel Romberg ..... 287
- Algunas consideraciones sobre el Arbitraje en Venezuela.  
Informe al Comité Aida Cila sobre aplicación del Arbitraje  
en Venezuela,* por Alberto Baumeister Toledo ..... 317

## **Propiedad Intelectual**

- La Industria Fonográfica: Tecnología y Derechos Intelectuales,*  
por Adela Barreto Rangel ..... 345

## **Extranjera**

### **Derecho de Sucesiones**

- Algunas Notas sobre el Testamento en Derecho Portorriqueño,*  
por Eduardo Vázquez Bote ..... 375

## **Derecho Ambiental**

- Cuestiones de Derecho Público en la aplicación del Convenio sobre diversidad biológica,*  
por Efraín Pérez Estade ..... 457

### **SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA**

- *Procesal civil. Admisión de la demanda. Recurribilidad del auto de admisión.*
- *Procesal civil. Reenvío no aplicación de las normas sobre cuantía para el reenvío.*
- *Financiero- recursos para el reintegro de tributos, intereses, etc en derecho registral.*
- *Comentarios a cargo de los Comité de Análisis de Jurisprudencia de la Revista..... 479*

### **RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS**

- *El Requerimiento del artículo 168 del Código Civil para enajenar y gravar bienes Gananciales de Gilberto Quintero Guerrero.*
- *Libro de las Jornadas de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías (1995), Autores varios.*
- *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros Nº 8 (Junio 1996), Autores varios por Alberto Baumeister ..... 499*

### **SECCIÓN DE ESPECIALES**

- *Jornadas Ibero-Latinoamericanas y Colombianas de Derecho Procesal, Autores varios.*
- *Jornadas de Derecho Administrativo Allan Brewer C. 1996 Jornadas Latinoamericanas y Uruguayas de Derecho Tributario (1996)*
- *Jornadas J.M. Domínguez Escobar, 1997 (Los diez años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)*
- *Premio Bienal J. Efrén Ossa del Comité Ibero Latinoamericano de Aida-Cila*
- *Congreso de Derecho de Seguros del Cila- Aida, Madrid, Septiembre 1997.*
- *Congreso Mundial de Derecho de Seguros, patrocinado por AIDA, Marrakesh, 1998..... 507*

## **NOTICIAS DE LA FACULTAD**

### **Varios**

Premio Philip C. Jessup en derecho internacional público a la Universidad Católica y al grupo de sus estudiantes que participaron en el evento.

Otorgamiento del Premio Justicia a la Facultad de Derecho por el ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal.

Sabia ud.?

### **Vida de la Revista**

Normas de publicación para colaboraciones en la Revista

Promociones

Nuevos profesores

Postgrados en derecho ..... 515

### **Necrología**

De nuestra Facultad:

*In memoriam José G. Sarmiento Núñez: Semblanza  
de un jurista,*

por Carlos J. Sarmiento Sosa ..... 525

## **Editorial**

Alberto Baumeister Toledo

### **El país - La Reforma del Poder Judicial**

Venezuela continúa debatiéndose en una crisis económica, de la cual no existen aún signos serios de recuperación. Los intentos por controlar la inflación y sus terribles consecuencias han resultado ineficaces, unos por inoportunos y otros por desacertados.

Los caminos de la descentralización y de la privatización, no están del todo claros para muchos, ni el tránsito hacia ese mejor país que todos añoramos aparece debidamente despejado.

La corrupción administrativa y la desmoralización de nuestros estamentos siguen tomando avanzada y muy lejos estamos de procurar remedios eficaces.

La *Administración de Justicia*, que tanto debe preocuparnos en nuestra vida institucional, es quizá la peor de las enfermedades de esta era democrática. Mientras los especialistas y la Corte Suprema debaten diversas soluciones, no se vislumbran salidas claras.

A propósito de estos planteamientos, nuestro colaborador, Antonio Canova G, nos hace interesantes comentarios sobre la propuesta de Reforma Constitucional y deplora que en ella, respecto a la responsabilidad



del Estado por los actos judiciales, esté planteado un retroceso, que no un avance.

Entre las varias ideas esbozadas por entendidos en la materia para atender la grave crisis que afecta al Poder Judicial, está la creación de la ya hoy celebre *Alta Comisión de Justicia*, propiciada inicialmente por el Señor Presidente de la República, y sobre cuyo sustrato recientemente hemos visto una nueva versión, que apoyan, hasta con un Anteproyecto de Ley, los siempre bien recordados profesores Rafael Pizani, Eloy Lares Martínez, Octavio Andrade Delgado (q.e.p.d.), Elio Gómez Grillo y a quienes acompañan Pedro J. Urriola y nuestro colega y editor Luis F. Jaramillo R.

El aludido Anteproyecto y sus comentarios, están publicados en la Revista “Cuadernos Forenses”, Número 2, año 1, 1997, cuyo editor responsable es el último citado colega. En la publicación se esbozan interesantes planteamientos, que van desde la reforma integral del Poder Judicial, a través de una Ley Orgánica sobre “medidas para la idoneidad y eficacia del Poder Judicial”, hasta el establecimiento de una *contribución para-fiscal*, que derivará de un porcentaje de los honorarios profesionales que perciban los abogados litigantes por concepto de costas, y destinada íntegramente a mejorar la remuneración de los jueces y funcionarios de la administración de justicia

El proyecto plantea igualmente la instauración del *Arbitraje forzoso* en toda causa cuyo interés principal exceda de diez mil Unidades Tributarias y que tenga por objeto derechos susceptibles de libre disponibilidad, con lo cual, según lo justifican los aludidos comentarios, se busca un eficaz mecanismo de descongestión de los tribunales ordinarios a fin de que éstos atiendan mejor a quienes carezcan de medios de fortuna.

Finalmente, se propone un *Gran Jurado* como órgano para juzgar sobre idoneidad de jueces, fiscales, miembros del Consejo de la Judicatura, Defensores de presos e inclusive abogados en ejercicio, a cuyo cargo estará la misión de sancionar, remover e inclusive hacer suspender en el ejercicio profesional, a todos cuantos se relacionen con la actividad judicial y se aparten de la ley y la probidad, a través de un procedimiento breve y sencillo, cuyos fallos son inapelables y en los que se deja la apreciación de pruebas a la libre convicción de los magistrados del comentado ente.

Para garantizar la absoluta idoneidad e imparcialidad de sus integrantes, la primera designación de los miembros del Gran Jurado estará a cargo de un cuerpo elector especial, integrado por Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y los Consejos de las Facultades de Derecho de las Universidades del país y en el futuro por un régimen de cooptación.

Interesante idea, a la cual de todas formas hacemos nuestras reservas y observaciones. Creemos en todo caso, que la función rectora y disciplinaria del Poder Judicial, debe y tiene que estar en su órgano cúspide, la Corte Suprema. La hasta ahora invocada excusa de su congestión en las funciones propias de juzgar como Supremo Tribunal, no justifican a nuestro entender su abandono por estas funciones que le son inherentes.

Lo que ha ocurrido por igual es que dicho ente no ha querido comprender que el ejercicio de tales potestades pueden ser realizadas por dependencias *ad hoc* de la misma, dirigidas y adscritas directamente a ella, con lo cual se permitiría cumplir con tales cometidos sin que por ello se perturbe su labor de juzgar como Supremo Tribunal.

De sobra conozco que se me adversará destacando que por la forma como hoy se designa a los Magistrados de la Corte, no escapará entonces, de aquella importante labor de actuar como contralora de la función del Poder Judicial, la nefasta influencia política, y con ello recaeremos en los actuales males.

Pero por igual advertimos y destacamos que otra de las instituciones que reclama urgente e inmediata atención en la Reforma Constitucional es la atinente a la organización y funcionamiento de la Corte Suprema, y con ella la de los mecanismos de designación de sus integrantes, su vetusto régimen de funcionamiento y la necesidad que de una vez por todas se dote al Poder Judicial de un presupuesto propio, acorde con las necesidades del país y que no ponga de rodillas a sus integrantes para mendigar sus recursos.

Lo que si parece digno de especial mención y no creemos estar equivocados en tal apreciación, es que la "sociedad civil" se involucra cada vez más en este tipo de problemas, aun cuando lo hace entumecida y aletargada por su larga inactividad en las pasadas décadas democráticas.

## La Universidad

En lo atinente a su vida institucional, en cambio, nos deben llenar de emoción los resultados obtenidos en el período de gestión 1995/96 reseñados en el Informe del Rector a nuestro Consejo Fundacional. En él se da cuenta de que, a pesar de los altos índices de inflación del pasado año (la más alta del siglo, hasta rebasar el 100%), la Universidad ha continuado con su crecimiento, no ha retrocedido en la calidad de sus servicios y sigue avanzando en sus diversos proyectos, y todo ello, sin incurrir en números rojos.

En cuanto a cambios en los niveles de autoridad, reseñamos en el período varios de significativa importancia. Asumió sus poderes el nuevo Vice-Canciller de nuestra Casa de Estudios, Dr. Arturo Sosa, S.J., nuevo Superior Provincial de la Compañía de Jesús para Venezuela. Este caraqueño, egresado ucabista y actual profesor, es el primer venezolano en el desempeño de tan importante y significativo cargo.

Desde octubre del pasado año, tenemos también nuevo Vicerrector Administrativo, Ing. Lorenzo Caldentey, que sustituye a nuestro apreciado y distinguido Economista Profesor Rafael López Casuso, quien después de tres períodos en el cargo y treinta años en la docencia, le fue concedido el beneficio de su Jubilación, aun cuando sigue vinculado a la Universidad como Profesor *ad-honorem*. El nuevo Vicerrector es también egresado ucabista y viene de realizar una brillante labor como Decano de Ingeniería.

Despedimos a los que nos dejan físicamente, a sabiendas que no pueden borrarlos de sus mentes y corazones. Felicitamos y deseamos todo lo mejor a quienes se entregan ahora para desempeñarse en los delicados cargos para los cuales fueron escogidos.

## Nuestra Facultad de Derecho

En ella debemos reseñar como importantes derroteros iniciados o continuados en este interregno de tiempo, la complementación y seguimiento del programa sobre reflexiones *Derecho 2010*, orientadas y diseñadas para producir y conducir la Facultad que queremos para dentro de veinte años, pero cuya construcción debe iniciarse ahora mismo.

El “Centro de Investigaciones Jurídicas” concentró sus trabajos en cinco proyectos fundamentales, relacionados con niñez y adolescencia, los servicios de seguridad privada en Venezuela, análisis de la Descentralización del ICE, a través de Asociaciones Civiles, Régimen Jurídico de los Jueces y Control de la Constitucionalidad y la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Se han continuado las expansiones y nuevos cursos de Postgrado en Caracas y el Interior, tal como lo reseñamos en la sección de Noticias de la Facultad y ya es un hecho la apertura de nuestra Universidad en Ciudad Guayana., aunque los pregrados de las carreras autorizadas sólo se podrán iniciar en 1998, cuando al fin se obtenga el permiso del CNU.

La edición de libros de texto, no sólo en derecho, sino en otras materias, ha sido realmente importante durante los últimos meses.

Como lo detallamos en la sección “Congresos y Eventos” y la de “Novedades”, el año 1996, desde el punto de vista de sucesos científicos y Jornadas sobre materias de Derecho ha sido especialmente rico y fructífero lo que nos hace renacer la fe en los cambios para el futuro.

## **La Revista de la Facultad de Derecho**

Agradecemos los elogios emitidos sobre nuestra Revista 50. Nos preparamos a enfrentar los cambios que supone ahora la periodicidad semestral de su publicación. Continuaremos la política de procurar colaboraciones cada vez de mayor envergadura y novedad, e ir incorporando trabajos internacionales.

Con el objeto de dar a conocer nuestras pautas editoriales, estamos insertando en la sección “Noticias de la Facultad”, las *Normas para publicación de trabajos en la Revista*. A ellas deberemos atenernos con estricta sujeción, pues su objetivo no es otro que el de mejorar la calidad de futuras ediciones y procurar agilizar la edición y minimizar sus costos.

Como cuestión excepcional hemos incluido en este número, dos trabajos del conocido profesor Dr. José Andrés Fuenmayor G., lo que no es regla aceptable en nuestro Consejo Editorial.

Estando ya dispuesta la inserción de su trabajo sobre procedimiento de Ejecución de Hipoteca, nuestro apreciado Profesor nos remitió el de Derecho Societario relacionado con la impugnación de las decisiones de

asambleas societarias, cuya novedad y por las útiles observaciones y comentarios del autor sobre las posiciones doctrinarias que lo analizan, puede suponer un cambio en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que sobradamente explica la aludida excepción.

Los respectivos Comités de revisión de Jurisprudencia, hacen exégesis y comentarios de varias importantes decisiones, no sólo por su interés científico, sino por lo novedoso de los temas en ella tratados, los cambios que las mismas implican en la posición tradicional de nuestros órganos judiciales y la especial utilidad que pueden aportar a la vida profesional de nuestro gremio.

La intención de la Dirección es continuar mejorando la Revista y hago propicia la oportunidad para extender un llamado institucional a todos nuestros egresados, a fin de que patrocinemos la creación de un *Fondo Editorial* con miras a retomar la periodicidad trimestral de nuestra publicación, una de las formas de garantizar la actualización doctrinaria y jurisprudencial de nuestros estudiantes y egresados, verdadera misión final de este tipo de publicaciones.

A los que estén dispuestos a acompañarnos en este propósito, les invito a comunicarse con el suscrito los teléfonos 7622651/55 o por el Apartado Postal 812, Caracas 1050-A. Creo que es una magnífica oportunidad para manifestar nuestros sentimientos Ucabistas, demostrar el agradecimiento a la institución que nos formó y cumplir con la dura tarea de facilitar la educación en nuestro país.

# **Comentarios al Proyecto de Reforma de la Constitución con especial referencia a la responsabilidad estado-juez**

Antonio Canova González

## **I. Introducción**

Como es bien sabido, una de las vías escogidas por nuestra actual dirigencia política con el fin de buscar soluciones a los problemas por los que estamos atravesando como país y sociedad ha sido la de proponer una reforma de la Constitución vigente, de 1961.

La Comisión Bicameral del Congreso de la República para la revisión de la Constitución, cuya principal cabeza era el actual Presidente de la República, Dr. Rafael Caldera, fue la que presentó en 1991 el primer grupo concreto de propuestas de reforma de nuestro Texto Constitucional. Luego, al ser sometido ese Proyecto de Reforma Constitucional a las Cámaras, concretamente el Senado designó diferentes Comisiones y Sub-Comisiones para analizar separada y detenidamente cada grupo de ellas, y si bien por un buen tiempo parecía estaba paralizado el proceso de reforma constitucional, recientemente éste ha tomado nuevo impulso, al extremo de que la Corte Suprema de Justicia ha presentado a mediados de 1996 a la Sub-Comisión Especial del Senado que estudia la parte relativa al Poder Judicial y al Ministerio Público un Informe sobre las

modificaciones que se pretenden hacer a la Constitución, específicamente, en esas trascendentales materias<sup>1</sup>.

En momentos como estos en los que se estudia realizar cambios trascendentales en el Estado y en la sociedad hay que tener siempre presente que el Texto Fundamental, por principio y necesariamente, debe gozar de permanencia, debe ser dictado para regir, no sólo el presente, sino el futuro inmediato y mediato. Por eso es que sus disposiciones deben ser lo suficiente amplias y genéricas para que puedan ser fácilmente adaptables a los cambios que imponen los tiempos, de manera que no constituyan un obstáculo o una traba a la normal evolución jurídica, política, económica y social que sucede en un país.

Quienes llevan a cabo el proceso de reforma constitucional, por tanto, deben pensar no en el momento actual sino en las futuras generaciones y en los tiempos por venir, que son quienes se regirán, en ese futuro, por el nuevo texto. De lo contrario, el proceso de reforma de la Constitución está confinado al fracaso, y tan pronto los que vengan se sientan por ésta encasillados y coartados en su evolución emprenderán también una nueva aventura de cambios, con la inevitable confusión e inseguridad que ello acarrea.

Pensando en lo anterior, pero dejando a un lado las controversias de naturaleza política que la reforma de la Constitución plantea, enfocándonos entonces, más bien, en los aspectos jurídicos relevantes, quiero resaltar en esta oportunidad las virtudes y desventajas que representaría la inclusión en nuestro Texto Constitucional de una disposición relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del servicio de justicia.

La Comisión Bicameral propuso incluir una disposición, dentro del Título relativo al Poder Judicial, por la cual, de manera diferenciada a las

---

1 Dicho informe fue preparado por una Comisión del Máximo Tribunal que estuvo integrada por dos Magistrados de cada una de las Salas que lo integran. Por la Sala Político-Administrativa, los Magistrados Josefina Calcaño de Temeltas (Coordinadora) y Alfredo Ducharme Alonzo; por la Sala de Casación Civil, los Magistrados Alirio Abreu Burelli y Héctor Grisanti Luciani; y por la Sala de Casación Penal, los Magistrados Juvenal Salcedo Cárdenas y Reinaldo Chalbaud Zerpa. El informe, luego de aprobado por la Corte en Pleno el 21 de mayo de 1996, fue presentado formalmente a la Sub-Comisión Especial del Senado que revisa los capítulos referentes al Poder Judicial y al Ministerio Público el día 23 siguiente.

normas generales sobre la responsabilidad pecuniaria estatal, se consagrara el principio de la responsabilidad del Estado-Juez. Concretamente, dicho artículo fue proyectado así:

“La persona natural o jurídica que resulte afectada por error judicial por retardo u omisión injustificados podrá solicitar del Estado el restablecimiento de la situación jurídica lesionada y el pago de los daños y perjuicios conforme a la ley. Queda a salvo el derecho del particular de exigir la responsabilidad personal del Magistrado o Juez y el del Estado de repetir contra éstos”.

Posteriormente, esa disposición, al ser estudiado el punto por el Senado, fue modificada de forma tal que se eliminó la parte que atribuía la titularidad pasiva de la responsabilidad al Estado, quedando consagrado solamente que: “La ley regulará la responsabilidad de magistrados y jueces por error judicial inexcusable, retardo u omisión injustificados”.

La Comisión de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, al preparar su Informe sobre esta parte de la reforma constitucional -el cual fue aprobado por la mayoría de los Magistrados del Supremo Tribunal, propuso que fuese desestimada la redacción sugerida por la Comisión Bicameral que se adopte la presentada por la Sub-Comisión Especial del Senado pero que, además, se incluyera un párrafo en el que se diera cabida a la evolución que “...con el tiempo en diferentes ordenamientos jurídicos...” ha tenido esa especial responsabilidad del Estado, ampliando sus supuestos al mal funcionamiento o funcionamiento defectuoso del servicio de la administración de justicia, y fundamentando a ésta “...en los principios generales de la responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento de los servicios públicos.” Se propuso, finalmente, que quedara redactado el artículo de la siguiente manera: “La Ley regulará la responsabilidad de los magistrados y jueces por error judicial inexcusable, retardo u omisión injustificada. El Estado es responsable por el anormal funcionamiento del servicio de la administración de justicia.”

Por último, la Sub-Comisión Especial del Senado que estudia esta materia, en Informe aprobado el 9 de octubre de 1996, ha aceptado la inclusión del apartado que ha propuesto la Corte Suprema de Justicia y, también, ha decidido volver sobre la redacción original que se dio al primer párrafo.

No obstante este último texto es el que se presume quedará como definitivo —por lo menos en las discusiones del Senado—, y que él no



es tan objetable como los anteriores, los cambios radicales que se han producido en la disposición en comentarios dan pie a temer que la inclusión de ese artículo, más que un progreso importante en el respeto de los derechos de los ciudadanos, podría constituir un verdadero obstáculo para ello y para la entrada a nuestro país de las posiciones doctrinales, jurisprudenciales y legales más avanzadas en el Derecho Comparado sobre la garantía patrimonial de los ciudadanos frente al Estado, que son, hay que decirlo sin duda alguna, las que más se orientan al sentido de justicia.

En efecto, si se decidiese finalmente por la propuesta inicial del Senado o por la de la Corte Suprema de Justicia, el precepto que se aprobaría significaría desconocer, en una parte importante de la función jurisdiccional, el principio indiscutido de la responsabilidad estatal directa y, en otro ámbito, el carácter integral o mixto de ésta. Ello sería volver a etapas definitivamente superadas en materia de responsabilidad civil de los entes públicos, cuando se consideraba que los comprometidos a pagar los daños causados a los particulares eran los funcionarios que emitieran actos ilícitos, con exclusión de la responsabilidad del Estado, y que, en todo caso, siempre sería necesaria la existencia de una falta para que tal obligación se presentase.

Es forzoso, entonces, plantear este grave problema ahora, cuando quizás no sea muy tarde, en búsqueda de un verdadero consenso sobre la reforma de la Ley Fundamental y con el fin de que la Constitución que quede, que sea sancionada, perdure en el tiempo y no se constituya en un obstáculo para hacer efectivos los derechos de los particulares.

Esta es, simplemente, la motivación al escribir estas cortas líneas. No se pretende más que precisar -o más bien recordar- ciertos principios generales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y, específicamente, sobre la subespecie de la responsabilidad civil por el servicio de justicia.

Para ello, luego de hacer un recuento histórico sobre la evolución de la responsabilidad civil estatal en el Derecho Comparado 1); hablaremos acerca de la justificación actual, las características y los requisitos que, en general se atribuyen y son necesarios para la determinación de esta responsabilidad 2); luego, en un tercer capítulo, aplicaremos tales principios a la concreta función de administrar justicia 3); para, una vez hecho un somero análisis de la situación en nuestro país sobre la

responsabilidad pecuniaria del Estado en general y en concreto sobre la derivada de la función de juzgar —haciendo alusión a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, así como a los aportes de la jurisprudencial y doctrina— 4); entrar a formular objeciones específicas a las recomendaciones hechas para la reforma constitucional sobre esta materia y a plantear, por otra parte, los posibles correctivos, a título de conclusiones 5).

## II. Evolución de la responsabilidad patrimonial del estado en el derecho comparado

Toda actividad desempeñada en forma continua es, inevitablemente, generadora de daños, siendo éstos más frecuentes en la medida en que el actor utilice medios más poderosos y se desenvuelva en un ámbito más diverso y extenso. Es evidente que la actividad estatal no escapa de esa realidad.

En la mayoría de los países, en un comienzo, se impuso el criterio de que el Estado no era responsable patrimonialmente por sus actos. Sin embargo, tal regla general ha cambiado plenamente hasta llegar, en los actuales momentos, a un reconocimiento amplio de la garantía patrimonial de los ciudadanos frente a la actividad del Estado. La evolución en este sentido no ha sido fácil....

### 1. Gran Bretaña

Es conocido el dogma medioeval inglés según el cual *the King can do not wrong*. Este es el resultado de una fusión entre los principios de la potestad imperial romana y la concepción teológica del monarca como representante de Dios. Su origen, según Santamaría Pastor, está en la obra de Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Luego, fue recogido por los letrados del absolutismo, quienes además encontraron apoyo en la organización feudal de los tribunales que permitía sostener, en virtud de que éstos pertenecían al Rey —por lo que eran una emanación directa del poder real—, que era ilógico que el monarca se viera sometido como demandado a tales tribunales los cuales, si existían, era justamente por su poder de soberano.

Ese dogma rigió casi de manera absoluta en el Reino Unido hasta mediados del presente siglo. Aunque, lo cierto, es que soportaba algunas excepciones, especialmente en materia contractual donde respondía el

Estado, y, también, por el hecho de que como sus efectos no se extendían a los funcionarios públicos —ni siquiera a los de alto nivel o a quienes hubiesen actuado siguiendo órdenes expresas, ya que la Corona no podría autorizar ni ordenar la producción de daños ilícitos—, era bastante común que los ciudadanos, quienes formalmente sólo podían encontrar indemnización por los daños que le causaren los actos estatales exigiendo la responsabilidad personal de los empleados públicos, fuesen indemnizados extrajudicialmente por la Corona, que cedía ante la fuerza de las circunstancias —y la justicia—<sup>2</sup>.

En 1947, finalmente, se acabó con el principio de irresponsabilidad estatal en Gran Bretaña, al sancionarse la *Crown Proceeding Act*, por la cual, y en principio, la Corona se pone en la posición de un litigante más —como si fuera ...*a private person of full age and capacity*— cuando afecta, antijurídicamente, el patrimonio de algún particular. Así, en los actuales momentos, puede decirse que existe en el Reino Unido un sistema bastante completo de responsabilidad patrimonial no sólo en el plano de las lesiones provenientes de relaciones contractuales, sino extracontractuales, por falta o por sacrificio particular.

## 2. Francia

En Francia, a pesar de la ruptura en 1789 con el régimen absolutista —donde imperaba el dogma de origen inglés *the King can do no wrong*, desde el propio inicio de la era republicana también se impuso como principio general la irresponsabilidad de la potencia pública.

La inmunidad del monarca pasó a ser, luego de la Revolución, la inmunidad de la Nación. Muestra de ello es que en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se limitó la responsabilidad estatal a pesar de ser entendido el derecho a la propiedad como inviolable

---

2 Véase, al respecto, H.R.W. WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1988. También, y no sólo para toda evolución de la responsabilidad estatal, sino en general sobre todo lo referente a la responsabilidad patrimonial de la Administración, las brillantes obras de SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*, en la Revista de Administración Pública N° 68, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, mayo-agosto 1972; y ORTIZ ALVAREZ, Luis, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994. También —y como siempre—, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Editorial Civitas, Segunda Edición, Tomo II.

y sagrado, sólo a los casos de expropiación (artículo 17), de manera que la autoridad pública seguía siendo irresponsable frente a daños patrimoniales no expropiatorios.

Son ampliamente conocidas las palabras de LAFERRIERE, a finales del siglo pasado, según las cuales: “Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”<sup>3</sup>. Si bien tales afirmaciones encontraban su ámbito de aplicación en los daños causados por disposiciones legales o por actos de poder público o de autoridad, por lo que es injusto con el autor extenderla de forma general a todas las actuaciones estatales, son muestra de una concepción que, incluso entrado el siglo presente, intentaba imponerse, no tanto por aceptar válidamente la argumentación lógica en que se sustentaba, sino por el temor de que una garantía plena de los ciudadanos a responsabilidad estatal fuera a lesionar gravemente al tesoro público<sup>4</sup>.

La regla de la irresponsabilidad de la república francesa no era de modo alguno absoluta, existían situaciones en las que tanto la jurisprudencia

---

3 Textualmente, los argumentos expuestos por el profesor francés, en su obra “*Traité de la jurisdiction administrative*”, 1896, citado por ORTIZ ALVAREZ, Luis, obra citada, página 63 y 64, eran los siguientes: “Si se busca darse cuenta de las diferencias que presenta la responsabilidad del Estado según las diversas funciones que el mismo está llamado a realizar, se observa que su responsabilidad es tanto más restringida en cuanto la función sea más elevada... Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les abren ningún derecho a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es de imponerse a todos sin compensación. El legislador puede apreciar, según la naturaleza y gravedad de los daños, según las necesidades y los recursos del Estado, si él debe otorgar esta compensación... En lo que toca a los actos de la función administrativa, que por sí mismo no son actos de soberanía, sino actos de poder público y de gestión, la doctrina, la jurisprudencia y algunas veces la ley misma, admiten que hayan reparaciones que puedan ser debidas a aquellos que han sido lesionados por una falta; pero, inclusive en estos casos, la responsabilidad es inversa al poder del cual la Administración está investida; ella es raramente establecida por los actos de autoridad, más seguido por los actos de gestión hechos con miras a los servicios públicos, más todavía y en conformidad con las reglas de derecho común, por los actos hechos por el Estado en el interés de su propio dominio privado. Cuando se trata de actos de poder público o actos de autoridad, la regla que domina es la de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado.”

4 Confróntese, sobre esa realidad no siempre aceptada, las afirmaciones de R. CHAPUS, en su obra *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1957, página 195. Citado por ORTIZ ALVAREZ, Luis, obra citada, página 65.

como las leyes especiales imponían excepciones: casos de pillaje y devastación por tumultos, casos de daños causados por los trabajos u obras públicas, o de producidos a militares en servicio, entre otros. También, siempre se aceptó la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, aunque, con la intención de que éstos no se vieran entorpecidos en sus labores por procesos abusivos y para impedir que por esa vía —de castigar a los funcionario— se colara una vía por donde los tribunales ordinarios podrían controlar el funcionamiento de la Administración, era exigido para hacer efectiva tal responsabilidad personal una autorización previa del Consejo de Estado, la cual era, en la práctica, difícil de obtener.

Sin embargo, en Francia la evolución acaecida entre la vigencia del principio de la irresponsabilidad estatal al de la responsabilidad encontró apoyo en la doctrina, en la jurisprudencia y en la propia legislación. Ya en 1873 la responsabilidad estatal descansó sobre bases autónomas, en virtud del famoso *arrêt Blanco*, donde se indicó que

“...la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular con particular; ya que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la exigencia de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

Luego, a los fines de dejar a un lado ámbitos del actuar administrativo en los cuales la irresponsabilidad era la regla—como las actividades de policía—, el Consejo de Estado tuvo que zanjar la brecha abierta, que era producto de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, emitiendo decisiones de avanzada, como el *arrêt Thomaso Greco* (1905), que permitió la rápida evolución del principio de responsabilidad del Estado que concluye con la vigencia, en los actuales momentos, de un sistema mixto, integral y directo en el cual conviven la llamada responsabilidad por falta, o por funcionamiento anormal y la responsabilidad sin falta, o por sacrificio personal.

### 3. España

La evolución sobre esta materia en España no fue muy distinta. La irresponsabilidad del Estado era el principio imperante y su primera limitante se encontró en la Constitución de 1876, al aceptarse y

reconocerse el derecho de indemnización de los particulares expropiados.

Ese principio se mantuvo casi inalterable hasta la Constitución de 1931, a pesar de la disposición del Código Civil de 1889 que atribuía al Estado la obligación de reparar los daños que causare algún agente especial donde se contempló una responsabilidad subsidiaria de la Administración, es decir, sólo cuando el primer obligado, el funcionario, no cumpliera su deber de indemnizar.

El cambio vino forzado por la promulgación, en 1954, de la Ley de Expropiación Forzosa, donde de “un solo plumazo” se pasó de la cuasi-irresponsabilidad del Estado a la consagración de un sistema mixto e integral que obligaba al Estado a reparar, de forma directa, todos los daños ocasionados a los bienes y derechos de los particulares, siempre que ellos sean consecuencia del “...funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contencioso, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.” (artículo 121).

La vigente Constitución de 1978 recoge, luego de todos los posteriores aportes doctrinales y jurisprudenciales, incluso normativos, que afianzaron la garantía patrimonial de los ciudadanos frente al actuar estatal, el principio de plena responsabilidad estatal al establecer, en su artículo 106.2., que: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derecho, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

#### *4. Italia y Alemania*

En otros países, como en Italia, también se pasó del principio de la irresponsabilidad civil del Estado —que se sustentó, entre otros argumentos, en el carácter ético y jurídico del Estado, que descartaba la comisión de daños antijurídicos; o en el carácter público de la personalidad estatal que impedía ser llevado a juicio según las reglas de derecho privado—, pasando por una aceptación, casi exclusiva, de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, a un sistema integral de protección patrimonial de los ciudadanos frente a la función estatal que

es recogido por el Texto Constitucional vigente, de 1974, donde el carácter directo y, según los casos, objetivo, son las dos notas resaltantes.

En Alemania, por otra parte, la evolución en esta materia fue mucho más rápida. De la responsabilidad indirecta del Estado se pasó a una responsabilidad, sin discusión, amplia y directa, al establecerse en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la primera parte del artículo 34, que cuando “alguien, en el ejercicio de una función pública que le fuere confiada, violare los deberes que la función pública le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentre...”.

En ese país, actualmente, existe un sistema sumamente completo, donde paralelamente al régimen de responsabilidad por hechos ilícitos coexiste uno por sacrificio particular, sea en virtud de las denominadas indemnizaciones por intervenciones antijurídicas sin culpa o por riesgo<sup>5</sup>.

### **III. Justificación, caracteres y requisitos de la responsabilidad pecuniaria del estado**

Como se ha podido observar, desde finales del pasado siglo se ha venido produciendo una verdadera revolución copernicana sobre la concepción de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Partiendo del principio general de irresponsabilidad de la potencia pública, en los actuales momentos y en la mayoría de los países del orbe<sup>6</sup>, la obligación de los entes públicos de reparar los daños que a los patrimonios de los particulares se causaren por su acción u omisión ha venido a ser uno de los principales instrumentos dispuestos para hacer frente a los privilegios y prerrogativas —muchas veces excesivos— del Poder Público.

Sin lugar a dudas, tal como lo predicaba HAURIUO cuando sostenía: “hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración que

---

5 Sobre la evolución de la garantía patrimonial de los ciudadanos frente a las actuaciones lesivas del Poder Público, véase, también, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, obra citada, páginas. 323 y siguientes.

6 Entre los países latinoamericanos destaca la evolución ocurrida en Colombia, también, aunque nunca igual, en Costa Rica. Véase el buen trabajo de HENAO PEREZ, Juan Carlos, *“La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990”*. Universidad Externado de Colombia, 1991.

reclama el instinto popular: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”; en los tiempos modernos, junto con el principio de legalidad, el de la responsabilidad civil del Estado se presenta como la verdadera garantía de los particulares frente al actuar de los órganos que ejercen la autoridad. Al extremo de que, como seguidamente veremos, a diferencia de lo que sucede en el ámbito privado —donde por lo general la responsabilidad civil descansa en la noción de una actuación dolosa o culposa del deudor—, la responsabilidad patrimonial del Estado encuentra en el Derecho Administrativo Moderno su justificación teórica en un criterio objetivo, y sus caracteres más relevantes son su carácter directo e integral.

### **1. JUSTIFICACIÓN, MEDIATA E INMEDIATA, DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO**

Tradicionalmente, y en especial en el ámbito privado, el punto clave para la estimación de la responsabilidad pecuniaria era la existencia o no de culpa. Apunta FERNANDEZ HIERRO: “la doctrina tradicional ha entendido que para que pueda nacer una responsabilidad civil debe existir en el agente una actuación culposa; concepto que deriva del Derecho romano que lo introdujo en la Ley Aquilia y es seguido, entre otros textos históricos, por las Partidas”<sup>7</sup>.

La justificación última de la obligación de reparar, por consiguiente, estaba en la sanción al mal intencionado, al imprudente, al negligente, en fin, al que cometía un acto ilícito. Por eso, a menos de que la víctima demostrara que el actor le ocasionó el daño mediante dolo —que se entiende como la voluntad deliberada e intencionada de dañar— o, al menos, con culpa —que viene a ser una falta voluntaria del agente

7 Cfr. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel, *“Responsabilidad Civil Judicial”*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, página 45.

8 Cierta evolución, en ese sentido, ha ocurrido en el derecho civil, siendo común la existencia de parcelas o aspectos de la responsabilidad donde no se requiere la demostración de una actuación culposa para obligar al responsable a reparar o indemnizar. Los ejemplos clásicos están contruidos en materia de responsabilidad por guarda de cosas, donde por buen tiempo imperó la teoría objetiva del riesgo. Sin embargo, ahora, pareciera tener más adeptos la teoría según la cual se entiende existe una culpa del responsable, aunque éste no tiene, legalmente, posibilidad de desvirtuarla en juicio. Véase al respecto MADURO LUYANDO, Eloy, *“Curso de*



consistente en una falta de cuidado o negligencia de éste—, su pretensión resultaría infructuosa, siendo imposible obtener una reparación<sup>8</sup>.

Si bien sobre esa misma base se construyó, en un inicio, la responsabilidad civil del Estado, las tendencias modernas en esa materia apuntan hacia una objetivación de la misma. Lo principal ahora, no es la existencia de una actuación culposa que debe el Estado reparar como sanción, sino que éste tiene la obligación de reparar cualquier daño que cause en virtud de la garantía de integridad patrimonial de los ciudadanos<sup>9</sup>. En otras palabras, es la existencia de una lesión a los bienes o derechos de los particulares, que éstos no tengan como obligación soportar, la que justifica la responsabilidad estatal sin que para ello tenga relevancia la situación subjetiva del infractor o las acciones por éste realizadas para evitar tal menoscabo.

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, quienes han escrito afortunadamente sobre este tema, señalan que “al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de una persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo sí y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial”. Por lo que debe señalarse, siguiendo a los mismos autores, que la objetivación de la responsabilidad civil estatal entonces, no debe ser entendida como que la conducta del agente sea contraria a derecho (antijuricidad subjetiva) sino como el hecho de que el sujeto perjudicado no tiene el deber de soportar el daño causado (antijuricidad objetiva)<sup>10</sup>.

---

*Obligaciones*”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986; y MELICH ORSINI, José, “*Responsabilidades civiles extracontractuales*”, Caracas, 1981, y “*La responsabilidad civil por hechos ilícitos*”, Caracas, 1994.

9 Cfr. ORTIZ ALVAREZ, Luis, obra citada, página 638.

10 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, obra citada, páginas. 337 y 338. Es de resaltar la influencia de tales criterios en la novísima Constitución de Colombia, donde se consagró, en el artículo 90, lo siguiente: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Entonces, la garantía de la integridad patrimonial de los ciudadanos, en los actuales momentos, es el fundamento último de la responsabilidad civil del Estado, el cual deberá reparar cualquier daño antijurídico producido en el patrimonio de aquéllos.

Siendo el respeto a la garantía de integridad patrimonial de los ciudadanos la justificación última, mediata, de todo el sistema de responsabilidad civil estatal, son necesarios, sin embargo, dos fundamentos más —éstos específicos según el régimen de responsabilidad de que se trate— para justificar en cada caso concreto la obligación de reparación de los entes públicos:

El primero, que tiene aplicación en el vasto campo de la llamada responsabilidad por falta, es la violación del derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos —lo que da derecho a reparación al particular afectado por una actuación contraria al derecho o, al menos, anormal—. El segundo lo constituye el principio de igualdad ante las cargas públicas, por lo que al producirse una ruptura en dicho equilibrio se hace operante la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, ya que, al ser ejercida la acción administrativa en interés de todos, los daños especiales y graves que resultan de ella para algunos deberán ser reparados o indemnizados por el Estado, es decir, por la colectividad<sup>11</sup>.

## **2. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO**

### **2.1. El carácter directo**

Como hemos visto, cuando imperaba la irresponsabilidad del Estado se concebía, debido a que el Estado en definitiva es una persona jurídica, que la obligación de reparación de los daños causados por su actuación recaía, exclusivamente, sobre el patrimonio del funcionario público.

Esta situación fue lentamente evolucionando. Inicialmente y en algunos países —vgr. Alemania—, ya cuando era aceptada la responsabilidad civil de la Administración, se le daba a ésta un carácter

---

11 Cfr. ORTIZ ALVAREZ, Luis, obra citada, páginas 637 y siguiente. También, especialmente en cuanto a lo último, RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, página 293.

subsidiario: sólo cuando el funcionario no podía cubrir los daños causados, respondía el ente público.

Sin embargo, más trascendencia tuvo la llamada teoría de la falta separable en la separación de la responsabilidad pecuniaria del Estado y la de los funcionarios. Según ella, si la falta que originó el daño tenía un carácter personal —por no guardar relación con el servicio o ser de tanta gravedad que no permitía considerarse como parte de él— sería el funcionario público el encargado de responder ante la víctima, quedando el Estado relevado de ello. En caso contrario, el ente público era el obligado y el funcionario, por haber sido en definitiva una falta del servicio la que produjo el daño, se veía exonerado.

Esta concepción —así entendida, como excluyente—, inició su vigencia en el derecho francés en el año 1873, cuando el Consejo de Estado dictó la sentencia *Pelletier*. Allí se utilizó la distinción entre falta personal —que es, según la mejor explicación de la época, aquélla en la cual el agente público actuaba impulsado por sus debilidades, pasiones e imprudencias<sup>12</sup>— y falta de servicio, como inconciliables. De manera que, o había una falta del funcionario público, separable del servicio, que exoneraba la responsabilidad de la Administración, o había una falta del servicio, no separable, que hacía que sólo y exclusivamente respondiera aquélla, quedando relevado el funcionario de obligación pecuniaria.

Esta concepción, por las absurdas e injustas consecuencias que deparaba, fue prontamente abandonada por el propio Consejo de Estado, el cual, desde inicios de siglo, hizo concurrir ambos tipos de faltas al percatarse que si bien en muchos casos era posible separar la falta personal ésta no estaba siempre desprovista de todo lazo con el servicio.

Los motivos que acabaron con el principio de la no coexistencia de ambas responsabilidades —la del funcionario y la del Estado— y la evolución en ese sentido, nos los expone LARES MARTINEZ:

Como hemos visto, el sistema expuesto reposa sobre el antagonismo de las dos categorías de faltas: falta personal y falta de servicio. Durante el siglo pasado y comienzos del presente, se sostuvo que dichas faltas eran excluyentes la una de la otra; que no habría lugar para la coexistencia o acumulación de ambas responsabilidades; o respondía el funcionario, o respondía la administración.

---

12 Según lo explicaba LAFERRIERE, citado por ORTIZ ALVAREZ, Luis, obra citada, página 598.

Más tarde se advirtió que la no coexistencia de ambas responsabilidades traía consecuencias contrarias a la equidad. En efecto, en caso de falta personal del funcionario, la víctima obtenía un crédito contra éste; y en caso de falta de servicio la víctima adquiría un crédito a cargo de la administración. Eso era injusto, porque 'la solidez del crédito de la víctima estaba en razón inversa de la gravedad de la falta cometida' (cita Lares Martínez, en esta frase, a Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1934, p. 34). El agraviado por una falta personal que es por definición la de mayor gravedad, tenía menores posibilidades de ser pagado que el damnificado por una falta ligera, cuyos efectos quedaban a cargo del patrimonio administrativo.

La moderna jurisprudencia francesa admite, bajo ciertas condiciones, la acumulación de responsabilidades. Conforme al criterio actual, los tribunales administrativos condenan a la administración a reparar los daños y perjuicios causados por la falta personal del agente, siempre que la falta haya sido cometida en ejercicio de sus funciones. No ocurre lo mismo si la falta personal ha sido cometida fuera del ejercicio de las funciones, porque en tal caso, no queda comprometida la responsabilidad de la administración.

La aceptación de la acumulación de responsabilidades tiene por finalidad dar al particular agraviado la ventaja de poder dirigirse contra la administración, que es generalmente más solvente que el funcionario....<sup>13</sup> (paréntesis añadidos).

La diferenciación actual de la falta personal y la falta del servicio ha evolucionado —como puede uno fácilmente percatarse— con el fin de garantizar el fundamento último de la responsabilidad administrativa, que es la integridad del patrimonio de los particulares frente a los daños antijurídicos. Por lo que la existencia de la primera no significa, de forma alguna, que la obligación del ente público quede excluida. Muchas faltas, si bien personales, no pueden ser totalmente desconectadas del servicio, por lo que cada vez son mayores los casos en que se garantiza el patrimonio de los particulares afectados con la responsabilidad del Estado, de forma directa y principal, y se permite siempre —como regla general— la posibilidad —y el deber— de éste de repetir contra los funcionarios públicos responsables.

13 Cfr. LARES MARTINEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*, Cursos de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988, página 476.

Sólo en caso de faltas personales puras, que serían aquellas en las que no existe conexión entre el actuar del funcionario y el servicio<sup>14</sup>, es que el Estado se vería relevado de cualquier obligación de reparar. De lo contrario, cuando si bien hubiese habido falta personal ésta fuese “impura”, es decir, conectada de alguna forma con el servicio<sup>15</sup>, surgirá siempre la responsabilidad estatal, aunque siempre queda la posibilidad de repetición.

Atendiendo a tales principios, es en la actualidad una verdad indiscutible en la mayoría de los países del mundo que la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares tiene un carácter directo. De manera que no sólo es aceptada la acumulación de responsabilidades —por lo que puede la víctima optar por demandar al ente público o al funcionario—, sino que la responsabilidad estatal por ser directa, abarca todos los daños injustos que para cualquier sujeto de derecho deriven de hechos u omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, aún cuando esos daños provengan de faltas de éstos separables del servicio, pero que, sin embargo, no están totalmente desprovistas de nexos con el servicio.

Salvo los casos de faltas personales puras, entonces, nunca podría el ente estatal quedar relevado de responsabilidad frente a los particulares, manteniendo su obligación de reparar y sufragar los daños y perjuicios antijurídicos de una forma directa y principal sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de repetir posteriormente contra aquéllos.

---

14 Para que estas faltas personales puedan ser consideradas puras deben concurrir tres elementos funcionales principales, como nos comenta ORTIZ ALVAREZ, Luis, haciendo suya la clasificación de WECKEL: uno circunstancial, tanto espacial como temporal, que determina si la falta fue cometida en y durante el servicio; otro instrumental, según haya el funcionario actuado o no con utilización de los medios que le proporciona el servicio; y un último teleológico, que se da dependiendo de si el agente ha tenido como fin cubrir una necesidad del servicio o una personal. Por eso, sólo cuando el daño hubiese sido producido por un agente fuera del servicio, con medios personales y para un fin particular, es que podrá hablarse de falta personal pura. Obra citada, páginas 595 y siguientes.

15 Las faltas personales impuras, que no relevan a la Administración de responder, se dan cada vez que alguno de los tres elementos principales indicados en el punto anterior no se presenta.

## 2.2. El carácter mixto o integral

Otra característica de la responsabilidad civil del Estado en la actualidad y que es común en la mayoría de países, es que, en atención a su justificación última, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados se extiende no sólo a los típicos casos en que tales lesiones patrimoniales sean producto de acciones u omisiones contrarias al derecho, sino también a cualquier daño que tuviesen que soportar los particulares a pesar de no haber sido el resultado de una falta en el actuar administrativo.

En el primer sistema de responsabilidad estatal, llamado responsabilidad por falta, se engloba cualquier lesión producida por el actuar o la omisión inconstitucionales, ilegales o simplemente anormales de los entes y órganos públicos. Su fundamento inmediato es la violación del derecho de los ciudadanos al buen y correcto funcionamiento de los servicios públicos y será justamente tal mal o anormal funcionar lo que servirá para enlazar la acción pública indebida con la producción del daño en el patrimonio del particular.

Es amplísimo el ámbito de aplicación de la llamada responsabilidad por falta, donde ésta —la falta— actúa tanto en un rol de imputación —indispensable para que sea declarada la responsabilidad del Estado— como en uno sensibilizador —en el sentido de que muchas lesiones de los particulares de escasa gravedad, que deberían ser en principio soportables por éstos, pasan a no serlo por haber existido un funcionamiento anormal o contrario al derecho—<sup>16</sup>.

El segundo sistema de responsabilidad civil del Estado descansa sobre un fundamento distinto: la ruptura de la igualdad de las cargas públicas. Y hace obligatorio para el Estado —es decir, para la colectividad— cubrir los daños causados a los particulares cuando, aún sin la existencia de actuaciones contrarias a derecho o de faltas, se hubiesen producido

---

16 No es aconsejable, como muchos autores parecen proponerlo, dejar todo el sistema de responsabilidad estatal carente de la noción de falta. Es necesario en muchos casos demostrar tal actuación ilícita para poder exigir reparación. Ella es justamente el medio indispensable para atribuirle al ente estatal la obligación de reparar. Además, ello en muchas ocasiones tiene relevancia para determinar los grados de soportabilidad del ciudadano. Los daños derivados de actividades legales o conformes con el derecho normalmente dan lugar a reclamación cuando son graves, mientras que los que son consecuencia de faltas, por más leves que sean, abren las puertas a las acciones de resarcimiento.

a algún particular daños graves y especiales que excedan aquellos soportables como miembros de la sociedad y que representen, en definitiva, un sacrificio particular.

Fue justamente en los inicios de la época de la revolución industrial cuando se abrió paso este sistema de responsabilidad administrativa sin falta, basado en un comienzo en la idea del riesgo, según la cual quien se aprovecha de los beneficios de un derecho, actuando dentro de las condiciones normales de su época y ambiente, debe soportar los riesgos del mismo<sup>17</sup>. Como afirmaba DUGUIT, en frases que son ya famosas,

“...en la época moderna, bajo la acción de transformaciones económicas profundas, nacidas de los descubrimientos científicos y de la gran industria, bajo la acción de este fenómeno tan característico de la concentración de capitales, se ha sentido que la norma tradicional de la responsabilidad por culpa no era suficiente, que debía ampliarse, que la reparación era debida incluso por los daños causados sin falta por el individuo o por el grupo de interés en beneficio de los cuales se ejerce la actividad causante del daño o por aquél al que pertenece la cosa que lo produce. No se puede edificar la responsabilidad del Estado más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva en provecho de aquellos que sufren un perjuicio que proviene del funcionamiento de los servicios públicos que tiene lugar en favor de todos...”<sup>18</sup>.

Y es el caso que, con el pasar del tiempo, se ha ampliado tanto este sistema de responsabilidad objetiva en el campo del actuar administrativo que la sola teoría del riesgo ha sido insuficiente para explicar todos los casos en que surge la obligación del Estado de resarcir los daños causados en los patrimonios de los particulares. De manera que, bajo el principio de la igualdad ciudadana ante las cargas públicas, la teoría del sacrificio particular, de origen alemán, ha venido a englobar todos los supuestos de responsabilidad sin falta, quedando englobados aquí, entonces, todos los supuestos incluidos en la teoría del riesgo; y todos aquellos casos en que se produzca un sacrificio particular por actos, omisiones o disposiciones que, desde el punto de vista jurídico, se apegan al derecho.

---

17 Ibídem, citando a RIPERT.

18 Citado por TAWIL, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, página 98.

Estos dos sistemas de responsabilidad civil estatal por falta y por sacrificio particular, corren paralelos, y al juntarse logran el cometido de satisfacer el fin último de la responsabilidad administrativa: la integridad del patrimonio de los particulares; quienes pueden estar seguros de que, sea por la existencia de una falta en el actuar administrativo o por la ruptura del equilibrio de la igualdad entre las carga públicas —cuando se les cause un daño especial y de suma gravedad que no tengan el deber de soportar sin resarcimiento—, pueden obtener la reparación de los daños y perjuicios que el actuar estatal les cause.

Por eso, en la mayoría de los países del mundo, puede afirmarse que el sistema de responsabilidad civil del Estado es integral y mixto; y está dispuesto a garantizar la integridad patrimonial de los interesados tanto por daños causados por falta como sin falta, es decir, por sacrificio particular.

### **3. REQUISITOS PARA LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO**

Precisado, anteriormente, el fundamento sobre el que descansa, en la actualidad y en la mayoría de los países del orbe, el sistema de responsabilidad administrativa —a saber: la garantía de integridad del patrimonio de los particulares—, así como las características relevantes del sistema: su carácter directo e integral, conviene ahora, aunque sea someramente, hacer algunas alusiones sobre los requisitos o condiciones que deben ser tomados en cuenta al momento de la determinación de la obligación del Estado de indemnizar los daños antijurídicos producidos a los patrimonios de los particulares. Tales son: la actuación o inactividad de un ente o agente público, la producción de un daño y la relación de causalidad entre ambos.

Pues bien, como es lógico suponer, el primer requisito indispensable para que proceda la responsabilidad civil del Estado es que el daño a ser reparado sea el resultado, la consecuencia directa, de una acción u omisión atribuible a un ente público, ya que una causa natural o una ajena totalmente del servicio público prestado no son suficientes para comprometer la responsabilidad civil de aquél.

Esa actuación del Estado, entendida en sentido amplio, puede ser una verdadera acción, un hecho, o también una omisión, un retardo. Lo importante es que sea ella la causa del daño producido que deba



resarcirse y que pueda imputársele al ente público, aun cuando no se encuentre ningún funcionario o empleado concreto que sea su causante.

Por otra parte, es necesario que tal acción u omisión cause un daño, un perjuicio en el patrimonio de una persona. Sin la existencia de un menoscabo no habrá, evidentemente, algo que reparar.

El perjuicio que se presenta como esencial para la responsabilidad es aquél que afecte, en sus derechos subjetivos, a un particular determinado, quien será, salvo excepciones legales, la única persona con interés para exigir del agravante la indemnización o reparación.

Como señalan MAZEAUD y TUNC, en referencia al daño en el ámbito civil, aunque aplicable a la responsabilidad estatal:

Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel que suscita menos discusiones. La jurisprudencia se muestra unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin un daño; y la inmensa mayoría de la doctrina se contenta con registrar la regla. En efecto, ese requisito aparece como integrando la esencia de la responsabilidad civil. Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso se distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal. La moral castiga el pecado, sin preocuparse si hay un resultado o no. El derecho penal llega menos lejos; para que exista responsabilidad penal hace falta al menos que se exteriorice el pensamiento, que haya habido lo que se denomina un principio de ejecución. Pero no es necesario, en modo alguno, al menos como regla general que la ejecución iniciada se termine, aun cuando el agente no pueda cumplir el acto que desea es penalmente responsable del mismo. En tal caso hay desde luego un perjuicio para la sociedad; porque desde el instante en que la infracción entra en la fase de ejecución, amenaza al orden social; pero no hay en ello perjuicio en el sentido que se toma aquí. Ningún particular resulta lesionado: no hay daño privado. Por el contrario, el derecho civil no puede tomar más que ese perjuicio tan solo. En efecto, la acción no se encuentra ya en manos de la sociedad; es ejercida por un individuo determinado; por lo tanto, éste no puede reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya sufrido personalmente. Mientras que no haya sido lesionado, no puede demandar el abono de daños y perjuicios. Si lo hace choca contra el principio fundamental: "Donde no hay interés, no hay acción". Mientras que no haya una víctima no podrá plantearse la cuestión de la responsabilidad civil<sup>19</sup>.

19 Cfr. "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Tomo I, Volumen II, Buenos Aires, 1961, página 293.

Ahora bien, si en la responsabilidad patrimonial privada el daño o el perjuicio reparable necesariamente será consecuencia de una actuación ilícita del causante, en el ámbito de la responsabilidad estatal, la exigencia —como se ha dicho— es que el perjuicio sea antijurídico, en el sentido en que el sujeto que la sufre no está en la obligación de soportarlo<sup>20</sup>.

Ese daño antijurídico, por otra parte, necesariamente debe ser individualizado —ya que sólo así es que resulta posible “afectar” un derecho subjetivo—, y además efectivo y cierto, evitándose de esta forma los daños eventuales o posibles pero no tangibles, y evaluable económicamente, porque siendo la reparación deseada de carácter patrimonial debe ser posible la evaluación del monto de ella, lo cual no significa que sólo serán reparables los daños materiales, ya que, en principio, los corporales y morales son igualmente evaluables económicamente.

El último requisito esencial para la configuración de la responsabilidad civil en general y por tanto también la del Estado, es la existencia de un nexo causal entre la actuación de éste y el daño antijurídico producido a la víctima. La relación de causalidad es, pues, el enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo es que sucede uno después del otro, sino que aquél es determinante y necesario para la producción de éste.

Considerando que no es necesario, a los fines de estas líneas, hacer un estudio pormenorizado de las distintas teorías que se han gestado para determinar tal relación de causa-efecto, como la de la equivalencia, la de la causalidad más próxima o la de la adecuación<sup>21</sup>, sólo me limitaré a indicar dos aspectos que tienen relevancia en la responsabilidad civil estatal:

El primero, que a diferencia de lo que podría pensarse inicialmente, y a pesar de que parte de la responsabilidad del Estado sea objetiva, es de enorme importancia para la determinación de dicha obligación de

20 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, obra citada, página 337.

21 A pesar de que ninguna de estas teorías han logrado explicar satisfactoriamente todos los casos que en la práctica puedan plantearse, es común aceptar que la de la causalidad adecuada es la que menos injusticias acarrea. Por eso es la más utilizada por los tribunales y la que más adeptos tiene en doctrina. Véase, al respecto, entre otros, MELICH ORSINI, José, “*La responsabilidad...*”, páginas 203 y siguientes.

reparar o indemnizar que el juez pueda verificar una relación causa-efecto entre la acción u omisión atribuible al ente público y el daño causado a la vida, es decir, la existencia de una correcta relación de causalidad entre aquél y ésta.

Así lo ha sostenido, entre otros, el Tribunal Supremo español para quien el hecho de que se predique que la responsabilidad patrimonial del Estado sea objetiva no supone que la obligación de indemnizar nazca siempre que se produzca una lesión por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino que es preciso que entre la lesión y el actuar público haya un nexo de causalidad objetiva del cual resulte que aquella lesión es consecuencia de este funcionamiento, y sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado o un evento de fuerza mayor, pues si esa intervención no imputable ni previsible por el ente público es tan intensa que el daño no se hubiese producido sin ella, es obvio que no puede imponerse a éste el resarcimiento de una lesión económica cuya causa eficiente es imputable al propio dañado o a la naturaleza<sup>22</sup>.

El segundo aspecto a comentar guarda relación con lo expuesto, y se refiere a los motivos que, en materia de responsabilidad estatal, impiden la existencia de ésta, es decir, a los supuestos que pueden justificar un rompimiento de la cadena causal.

Al respecto, si bien la existencia de una fuerza mayor, un caso fortuito, la actuación de un tercero o la propia actuación de la víctima sirven para exonerar la responsabilidad civil de un particular, en materia de responsabilidad estatal es necesario tener presente que dependiendo del diferente tipo de responsabilidad que se exija, por falta o por sacrificio particular, tendrán cabida todas esas exonerantes o sólo la fuerza mayor y la falta de la propia víctima, ya que ni el caso fortuito o el hecho de un tercero, de acuerdo con la doctrina especializada en la materia, excluyen de forma alguna la responsabilidad del Estado por sacrificio particular, aunque en el último caso siempre puede éste repetir contra el tercero<sup>23</sup>.

---

22 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, obra citada, páginas 348 y siguientes.

23 Sobre este delicado y controversial tema, también véase la obra citada de los maestros GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, páginas 351 y 352, quienes abordan el sentido que debe dársele a tales causales eximentes de la responsabilidad estatal. Asimismo, consúltese ORTIZ ALVAREZ, Luis, obra citada, y la selecta bibliografía citada en la página 647.

#### IV. La responsabilidad patrimonial del estado-juez

Si como se ha indicado la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido reconocida ampliamente en la mayoría de las legislaciones, es de hacer notar que toda esta teoría se ha elaborado en torno a las actividades administrativas, en virtud de ser la Administración la que por excelencia se relaciona con los particulares y la que cuenta, en la mayoría de los sistemas de Derecho, con las prerrogativas necesarias para imponerse frente a los particulares. Sólo paulatinamente, y evidentemente en menor medida, se ha extendido la obligación de reparar del Estado a las otras funciones tradicionales de éste: como la legislativa y la judicial.

En cuanto a la responsabilidad estatal por la actividad legislativa — aún siendo esta reconocida en muchos sistemas jurídicos—, la problemática fundamental radica, en primer término, en la jerarquía de la leyes, especialmente en países como Francia donde el juez no puede llegar a controlar, revisar y mucho menos a contradecir al “depositario de la soberanía” luego de dictada la ley; y en segundo, en la generalidad y abstracción propia de las leyes, lo que impide, en principio, que causen por sí solas daños especiales, concretos e individuales a los particulares<sup>24</sup>.

Similarmente, si bien se acepta la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, la timidez, por no decir renuencia, ha sido la nota característica de este proceso. Tradicional y principalmente se ha opuesto para permitir este tipo de responsabilidad la presunción de verdad legal que emerge de la cosa juzgada de lo decidido, ya que “si se reputa que la sentencia declara el derecho, no puede surgir responsabilidad pues el acto está conforme a derecho”<sup>25</sup>; a lo que hay que sumar, además, el hecho de que, a diferencia de lo que sucede frente a los actos de los otros poderes públicos, los órganos jurisdiccionales no son muy proclives a condenarse ellos mismos por sus propias actuaciones, por lo que ha sido en muchas ocasiones necesaria la decidida actitud del legislador o del constituyente<sup>26</sup>.

24 Véase al respecto SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, obra citada, páginas 57 y siguientes.

25 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1963, página 671.

26 Recuérdese la ley francesa de fecha 8 de junio de 1895, a raíz del conocido *affaire Dreyfus*.

Sin embargo, dicha especial responsabilidad estatal por daños causados por la administración de justicia, como veremos, forma parte importante del Estado de Derecho.

Para hacer un análisis sobre el tema desde una perspectiva general e indicar los principios que rigen tal figura en otros países será necesario, primero, delimitar perfectamente la actividad judicial frente a las otras funciones estatales; luego, aludir a los tipos de responsabilidades en que puede incurrir el servicio público de justicia; para, finalmente, precisar y determinar los medios o instrumentos necesarios para poder hacer efectivas cada una de esas responsabilidades.

## **1. DELIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL**

La jurisdicción, entendida ésta como el poder de declarar el derecho y aplicar la ley para dirimir, en forma imparcial, independiente y definitiva, los conflictos individuales que en la sociedad puedan presentarse<sup>27</sup>, está conferida, según la tradicional repartición de las funciones típicas del Estado, al Poder Judicial.

Ahora bien, la función jurisdiccional —entendida en sentido amplio—, no es ejercida de forma exclusiva por los tribunales de justicia, ya que con fundamento en el principio de colaboración entre los órganos que ejercen el Poder Público tanto el Ejecutivo como el Legislativo en algunas circunstancias tienen asignadas competencias de naturaleza jurisdiccional. De la misma manera, no puede decirse que los órganos judiciales realizan sólo funciones jurisdiccionales, ya que éstos en ocasiones desempeñan también otras actividades de distinto carácter, vgr. funciones administrativas, cuando son designados funcionarios auxiliares.

De lo anterior se desprende que cuando se habla de la responsabilidad patrimonial o civil por el funcionamiento de la administración de justicia no se debe hacer referencia a la obligación derivada de toda la actividad del Poder Judicial ni de toda la actividad jurisdiccional desempeñada por el Estado, sino sólo, precisamente, a la actividad realizada por el conjunto de órganos del Estado encargados de dirimir

---

27 Cfr. CUENCA, Humberto, *Derecho Procesal Civil*, Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986; y VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia. 1984.

con fuerza de verdad legal las controversias interpartes, es decir, a los tribunales de justicia y otros entes auxiliares, en ejercicio de su función propia: la jurisdiccional.

Es entonces la actividad jurisdiccional que desempeña el Poder Judicial, aquélla que puede —al reunirse determinados requisitos— acarrear la llamada responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia.

## **2. TIPOS Y FORMAS DE EXIGIR LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Ya en el ámbito de la actividad jurisdiccional, a los fines de precisar las diferentes condiciones y procedimientos necesarios para exigir la responsabilidad del Estado por la administración de justicia, es conveniente diferenciar entre los daños que sean consecuencia de la emisión de una sentencia errónea o injusta, de aquellos que encuentren causa en cualquier otra acción u omisión del juez o de los órganos auxiliares de justicia —vgr. policía judicial— dentro de un proceso, distinta de la sentencia definitiva, donde deben incluirse, además, todos aquéllos daños cuyo origen sea la deficiente organización y estructura del Poder Judicial<sup>28</sup>.

Acordes con los criterios que rigen en diferentes países, debe aceptarse sin más la traslación de los principios rectores para exigir la responsabilidad civil extracontractual del Estado por la función administrativa cuando se pretenda la reparación o indemnización de los daños

28 Esta clasificación de los daños, entre los ocasionados por sentencias erróneas o injustas y todos los demás que sean el resultado directo o indirecto del aparato jurisdiccional, sea por acciones u omisiones en el transcurso de un proceso o por simples deficiencias del servicio público de justicia en general, pareciera ser la de mayor utilidad al momento de determinar los procedimientos necesarios para hacer efectiva la reparación o indemnización correspondiente. Sin embargo, hay que indicar que muchos prefieren distinguir entre los daños ocasionados por faltas del Poder Judicial o de los jueces *in procedendo* y los causados en faltas *in iudicando* (REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1968). Otros presentan una clasificación según tenga el daño relación directa con un proceso judicial —que englobaría tanto los que tengan causa en sentencias erróneas como en decisiones interlocutorias e incluso por omisiones o retardos del juez— o simplemente con el servicio público de justicia —donde quedan comprendidos los causados por los órganos auxiliares del juez y cualquier otro separable de la estricta función de juzgar—.

causados a los particulares por cualquier acción u omisión encuadrable en el segundo supuesto antes indicado, es decir, por lo que podría llamarse en forma amplia el funcionamiento del servicio público de justicia.

De esta manera, todas las lesiones que deriven, en general de la defectuosa organización, estructura y dotación del Poder Judicial, de los retardos u omisiones injustificados —sean éstos atribuibles a un funcionario en concreto o al servicio público en general—, de las acciones u omisiones llevadas a cabo por la policía judicial en el curso de una investigación, entre otros, darían lugar a que el afectado solicite la correspondiente reparación o indemnización del Estado, con fundamento en la violación de su derecho al normal funcionamiento de los servicios públicos y con motivo específico en el mal funcionamiento, en su caso concreto, de la administración de justicia.

Por otra parte, ciertos actos relacionados o no directamente con el proceso judicial que ocasionen daños especiales y graves a un particular pero no por contrariedad a la ley o por funcionamiento anormal, son también resarcibles por el Estado. Casos típicos son las detenciones provisionales en materia penal que una vez revocadas por la sentencia definitiva deben dar lugar a los afectados a reclamar indemnización del Estado por los daños y perjuicios causados; también la inexecución de sentencias o el retardo en hacerse efectivas conforme con el Derecho, como pasa —inexplicablemente, todavía— en materia contencioso-administrativa. A pesar de que en esos supuestos, normalmente, no podría hablarse de un funcionamiento anormal de la administración de justicia, la indemnización debida encuentra fundamento en la violación del principio de igualdad en los gastos públicos por haberse ocasionado al detenido un daño grave y especial. La responsabilidad es exigible, entonces, por sacrificio particular.

La forma de hacer efectiva dicha responsabilidad estatal por actos u omisiones judiciales diferentes de la sentencia definitiva, y una vez aceptada la traslación plena de los principios que rigen para requerir la responsabilidad del Estado por actividades administrativas a ese ámbito especial de la actividad pública, dependerá de la legislación de cada país. Deben cumplirse, entonces, con las condiciones particulares del procedimiento previsto para demandar patrimonialmente a la autoridad pública por daños extracontractuales y seguirse los procedimientos establecidos legalmente, tal como si el daño proviniese de acciones u omisiones de la Administración.

En cuanto a los daños ocasionados a los particulares por el acto típico jurisdiccional, como lo es la sentencia definitiva, su reparación encuentra la dificultad principal en el carácter de cosa juzgada, de verdad irrefutable, de los fallos judiciales, lo que hace imposible determinar cuándo éstos son erróneos o injustos a menos que existan mecanismos procesales a tales fines.

El principio de la cosa juzgada y la inexistencia de recursos de revisión de fallos definitivos fue lo que impidió, tradicionalmente, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el acto último de la función jurisdiccional.

La fuerza de las circunstancias, sin embargo, hicieron que aparecieran excepciones a la inmutabilidad de las sentencias que hicieran posible la reclamación contra el Estado por los daños ocasionados por las erróneas e injustas, siendo en el ámbito penal donde se dieron los primeros pasos.

Como nos cuenta la Magistrado Josefina CALCAÑO de TEMELTAS, en el Discurso de Orden pronunciado con motivo de la apertura de las labores judiciales de 1993, intitulado “El *Contencioso Administrativo: Puntal de la Democracia*”:

“Muy pocos países de nuestra región han acogido esta subespecie de responsabilidad del Estado por la actividad judicial de vieja data, en cambio, en las naciones del continente europeo. Tuvo su origen en Francia, a raíz del conocido ‘affaire’ Dreyfus, quien acusado de espionaje a favor de Alemania fue condenado por un Consejo de Guerra a cadena perpetua en la Isla del Diablo en la Guayana Francesa habiéndose demostrado muchos años más tarde su no culpabilidad por haberse descubierto al verdadero traidor. La opinión pública francesa enfatizó que nadie puede sentirse ciudadano libre cuando este tipo de errores proliferan y ello trajo como consecuencia que se dictara la ley del 8 de junio de 1895 responsabilizando al Estado por esta clase de errores judiciales. La mayoría de los otros países de Europa que siguieron esta tendencia también fueron impulsados por escándalos suscitados con motivo de errores judiciales de transcendencia. Así sucedió en Italia con el caso del campesino Salvatore Gallo y en España, en donde se incluyó la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial en una ley de 24 de junio de 1933, en razón de lo que se llamó, ‘el crimen de Cuenca’. La misma previsión existe en las legislaciones de Bélgica, Suiza, Holanda, Alemania y Portugal”.



En los actuales momentos no sólo es bastante común la existencia de recursos extraordinarios de revisión contra sentencias penales firmes, sino también contra todo tipo de ellas, siendo aceptado mayoritariamente el deber estatal de reparar, en los casos en que éstos prosperen, los daños injustos ocasionados.

Así lo reconocía *Sayagues Laso*, al indicar que la limitación de la cosa juzgada de la sentencia a los fines de obtener una indemnización del Estado “desaparece cuando por un nuevo acto jurisdiccional dictado de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto, se reconoce que existió error judicial en la sentencia impugnada”<sup>29</sup>; y, entre nosotros, lo afirma *Lares Martínez*, quien expresa: “cuando en casos excepcionales una nueva decisión compruebe el error judicial desaparece el fundamento de la irresponsabilidad y, en tal caso, los autores se inclinan a reconocer la procedencia de la reclamación de daños”<sup>30</sup>.

Ese procedimiento judicial que declare que un fallo judicial dictado era erróneo o injusto, y que permita entonces al particular afectado exigir al Estado el resarcimiento de los daños causados —que se ha vuelto de consagración común en el Derecho Comparado—, normalmente procede una vez el agotamiento previo de los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento<sup>31</sup>; y entre otras características esenciales pueden nombrarse la existencia de un tiempo prudencial de caducidad para que se intente la acción tendente a reconocer el error judicial; la atribución de su conocimiento a un órgano judicial de jerarquía superior al que dictó la sentencia recurrida<sup>32</sup>; la posibilidad de participación del juez que hubiese dictado la decisión impugnada —ya que podría ver perjudicada su responsabilidad—; la intervención del órgano encargado de velar por el fiel cumplimiento de la Constitución y la legalidad; y el contar con un procedimiento lo suficiente expedito que presente características propias de un recurso.

Cumplido este necesario primer paso y declarado el error judicial, los siguientes, destinados a obtener la responsabilidad del Estado, serán los ordinariamente contemplados para tal fin por el ordenamiento

29 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique, obra citada, página 671.

30 Cfr. LARES MARTINES. Eloy, obra citada, página 490.

31 Véase el artículo 293-1, F, de la Ley Orgánica del Poder Judicial española.

32 Véase igualmente el artículo 293-1, B, de la Ley Orgánica del Poder Judicial española.

jurídico, siendo pertinente indicar que dicha responsabilidad estatal siempre será directa, es decir, está en cabeza del ente público, aunque éste puede repetir contra los jueces, en caso de estar en presencia de una falta grave personal de éstos.

Expuestos de la forma precedente los principios que rigen la responsabilidad del Estado en general y visto que ellos son trasladables y aplicables a los daños causados con ocasión del servicio de justicia, incluso por sentencias definitivas que luego fuesen declaradas erróneas, veamos en Venezuela la situación actual de la responsabilidad civil estatal —y concretamente en el ámbito del servicio de justicia— para poder determinar la conveniencia o no de la inclusión de una disposición como la mencionada en la Introducción a estas líneas en la proyectada reforma de la Constitución.

## **V. La responsabilidad pecuniaria del estado venezolano. Con alusión a los daños por el servicio de justicia**

### *1. Principios generales*

En nuestro país, actualmente, está previsto constitucionalmente la responsabilidad del Estado por los daños, perjuicios y expropiaciones que hayan causado las autoridades legítimas del Poder Público, tal como se desprende —por argumento al contrario— del artículo 47 de la Ley Fundamental.

En efecto, esa disposición, como pocas en el Derecho Comparado, tiene una amplitud tal que permite afirmar que la responsabilidad civil del Estado carece de limitaciones, o, lo que es lo mismo, que la garantía de la integridad patrimonial de los venezolanos por las acciones u omisiones de los entes públicos es absoluta y carente de excepciones o limitaciones.

Dicho artículo 47 de la Constitución es del tenor siguiente:

Artículo 47. En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

De su lectura se desprende, por interpretación al contrario, que cualquier daño o perjuicio que sufran un venezolano o algún extranjero

por alguna autoridad legítima de la República, los Estados o los Municipios en el ejercicio de su función pública da lugar a indemnización patrimonial a cargo del ente público. Nótese que se utiliza, contrariamente a lo establecido en la Constitución de 1953, el término “autoridades legítimas”, lo que supone cualquier funcionario o persona investida de autoridad, sea competente o no; así como la frase “en el ejercicio de su función pública”, lo que indudablemente comprende tanto la función administrativa, como la legislativa y, claro está, la judicial<sup>33</sup>.

Esa amplia disposición constitucional viene acompañada de los artículos 99, 61, 56 y 223 del Texto Fundamental en los que se contempla el derecho a la propiedad —no limitable sino en los casos establecidos constitucional y legalmente—, el principio de igualdad y el de equilibrio de los ciudadanos en los gastos públicos, lo cual da cabida en nuestro Ordenamiento tanto a la justificación última de la responsabilidad del Estado —la garantía de integridad patrimonial de los ciudadanos— como al fundamento mediato para exigir, incluso, la responsabilidad por hechos, acciones u omisiones legítimas o sin falta en caso de que éstas ocasionen daños graves y especiales a algún particular.

De la misma manera, son relevantes los artículos 68 y 206 del vigente Texto Constitucional donde se contempla el derecho de los ciudadanos de acceder a la justicia en defensa de sus derechos e intereses —que evidentemente incluye los de contenido patrimonial—, y, de forma especial, se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa —cuando tales derechos e intereses sean lesionados por los órganos que ejercen el Poder Público—, la competencia para “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Por último, y de manera aparte, se dispone en nuestra Ley Originaria el principio de responsabilidad personal de los funcionarios por los daños causados en el ejercicio de sus funciones públicas, la cual, según el artículo 220 ejusdem, al corresponder hacerla efectiva al Ministerio Público, podría servir para demostrar de forma implícita —re-

---

33 Sobre la evolución constitucional del artículo 47 de la vigente Carta Magna, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, del 5 de febrero de 1964. Gaceta Forense N° 43, año 1964, páginas 14 a la 19.

forzando al transcrito artículo 47— que, en principio, por los daños ocasionados por tales funcionarios responde directamente el Estado, quien puede, y debe, repetir luego contra los ejecutores.

## 2. *Inexplicable situación actual*

Ahora bien, aún cuando las normas constitucionales no ofrecen ninguna limitación al desarrollo de un sistema de responsabilidad estatal directo e integral —con cabida de la responsabilidad sin falta—, hay que señalar que en nuestro país en esta materia no se ha producido la evolución deseada.

La ausencia de desarrollo legislativo sobre la responsabilidad civil estatal —haciendo la salvedad de las disposiciones generales contenidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, además de las que rigen la actividad expropiatoria—, la carencia —hasta hace poco— absoluta de doctrina nacional seria y especializada en la materia y la actitud poco creadora de la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos, han impedido, por una parte, que la responsabilidad estatal por los daños causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones se fundamente en principios propios del derecho público —aplicándose aún los que rigen el ámbito privado, donde la figura de culpa y dolo prevalecen—; y, por otra, que sea totalmente extraña la responsabilidad por actos u omisiones no ilegales o sin falta<sup>34</sup>.

Este desolador panorama sobre la responsabilidad civil estatal en general se refleja negativamente en el ámbito concreto de los daños producidos por el servicio público de la justicia, donde ciertamente son escasísimos los casos planteados —por no decir, tajantemente, que no se ha presentado ninguno— a pesar de que, como es de todos conocido, no son pocos los daños que tanto por el funcionamiento de ese servicio público como por sentencias erróneas se causan periódicamente<sup>35</sup>.

34 Salvo los casos de responsabilidad por guarda de cosas, que establece el Código Civil en su artículo 1.193.

35 Muestra de la ausencia de garantías para el ciudadano en este sentido es el único grupo de disposiciones legislativas destinadas específicamente a la obtención, por parte de los ciudadanos lesionados, de algún resarcimiento económico por los daños que el funcionamiento de la administración de justicia les cause: el recurso de queja contemplado en los artículos 829 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En ese grupo de disposiciones, reunidas en el Título IX "De las demandas para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces en materia civil", no se prevé una

### *3. Posibilidades que derivan de la normativa constitucional vigente*

No obstante lo anterior, a mi entender, con base en las disposiciones constitucionales antes aludidas y con apoyo en alguna disposición

---

vía procesal para que los afectados obliguen al Estado a responder civilmente por el servicio de justicia, sino, como su nombre lo indica, un procedimiento dirigido a “demandar” a los “Jueces, Conjueces y Asociados de los Tribunales” por los daños o perjuicios causados en un proceso.

Sin ser necesario a los fines de estas líneas analizar detenidamente los caracteres del “recurso de queja”, pero sólo con el objetivo de evidenciar o demostrar el hecho de que nunca constituirá éste la vía apropiada para garantizar el patrimonio de los particulares lesionados por la actividad judicial, deben resaltarse, entre tales caracteres, los siguientes: a) La parte demandada, que en definitiva será la que responda patrimonialmente por los daños causados en caso de estimarse el recurso de queja, estará constituida siempre por los “Jueces, Conjueces y Asociados de los Tribunales”. b) Todos los supuestos que permiten su procedencia, que necesariamente son de interpretación restrictiva, atienden a situaciones en la cual la autoridad judicial haya actuado ilegal o incorrectamente, ya sea porque el juez hubiere librado un decreto ilegalmente sobre un punto que no tenga prevista apelación (ordinal 2°), o actuado con abuso de autoridad, atribuyéndose atribuciones que la ley no les confiere (ordinal 3°); por denegación de justicia, al omitir alguna providencia en el tiempo legal o negar algún recurso concedido legalmente (ordinal 4°); por haber el juez o tribunal incurrido en cualquier falta, exceso u omisión indebidas contra disposición legal expresa de procedimiento o de cualquier otro punto (ordinal 5°); o por no haber el Superior reparado la falta del inferior, cuando se le hubiese pedido en un recurso legal y no le estuviere prohibido hacerlo (ordinal 6°, todos del artículo 830 del Código de Procedimiento Civil). c) Todas estas situaciones, que indudablemente se basan en una falta, deben provenir de “ignorancia o negligencia inexcusable” del demandado —lo cual hay que demostrar en el procedimiento, “sin dolo, y haber causado un daño o perjuicio a la parte querellante” (artículo 831 ejusdem). d) En relación con la estimación del recurso de queja, lo que en definitiva constituye la garantía patrimonial de la víctima, dispone el artículo 846 *ibídem* que “se condenará al acusado (entiéndase el Juez, Conjuez o Asociados del Tribunal, mas no el Estado) a resarcir al querellante los daños y perjuicios probados en autos, derivados de la falta, y que fueren estimables en dinero, según prudente arbitrio del Tribunal, el cual fijará su monto”.

De las notas anteriores se desprende que es éste un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad de los funcionarios judiciales, pero no uno a exigir la del propio Estado, el cual en principio —como se vio—, debido al carácter directo —y no excluyente de la falta personal de los funcionarios públicos— de la responsabilidad, es el que debería resarcir los daños causados por el ejercicio de las funciones públicas, en este caso, la función jurisdiccional. Igualmente, que por estar dirigido siempre al resarcimiento de daños producidos por alguna “falta”, derivada de ignorancia o negligencia inexcusable, queda excluida de responsabilidad los daños antijurídicos causados por lo que podría llamarse el funcionamiento

legal<sup>36</sup>, es posible construir todo un sistema coherente, eficaz y acorde con los tiempos modernos que garantice patrimonialmente a la ciudadanía frente la actividad pública en general y específica de aquella relacionada directa o indirectamente de la función jurisdiccional.

En efecto, con apoyo en los principios constitucionales y las consideraciones expuestas, parece perfectamente posible en nuestro sistema jurídico exigir la responsabilidad directa del Estado por el funcionamiento anormal o defectuoso, y también por el normal de la administración de justicia, así como por sentencias erróneas. Es más, con un poquito de creatividad podrían adaptarse los mecanismos existentes para lograr tal cometido con eficiencia, a pesar de no estar previsto legalmente —concretamente contra las sentencias erróneas— un recurso de revisión ordinario o general.

Así, en relación con la responsabilidad estatal derivada de lo que se ha llamado el funcionamiento del servicio de justicia —o lo que es lo mismo de cualquier acción u omisión relacionada directa o indirectamente con un proceso judicial, distinto del acto de sentencia—, como se indicó, no es necesario más que seguir el procedimiento dirigido a demandar al Estado y obtener de él una reparación o indemnización, como se hace para exigir su responsabilidad por los daños y perjuicios causados extracontractualmente.

La demanda contra el Estado deberá interponerse, debido a la previsión del artículo 200 de la Constitución, ante el tribunal contencioso administrativo competente, según las reglas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y el procedimiento para tal fin será el establecido en la Sección Segunda, Capítulo II, Título V de ese mismo cuerpo normativo: “De las demandas en que sea parte la República”. Los requisitos para su

---

normal de la administración de justicia. Otro aspecto que limita también en gran medida la garantía patrimonial de los particulares es que, como el recurso está concebido como una demanda a un funcionario determinado, no es posible obtener un resarcimiento patrimonial de aquellos daños que, si bien son parte del servicio judicial, no resulta imputable a una persona específica. Estas razones impiden considerar a este procedimiento, luego de haber estudiado en qué consiste la responsabilidad civil del Estado por el servicio de justicia, como un mecanismo idóneo para proteger o garantizar el patrimonio de los particulares.

36 Pueden asomar algún principio trascendente el artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, el 63 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y los artículos 36 y 54 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social.

procedencia, por otra parte, serán la existencia de un daño imputable al Estado y la correspondiente relación de causa a efecto entre la acción u omisión de éste y la producción de dicho daño.

Esta posición ha sido también asumida por la Magistrado Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, quien sostiene el criterio de que con fundamento en los principios en que descansa la responsabilidad genérica del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos es posible exigir directamente de éste su responsabilidad por el funcionamiento defectuoso —debe forzosamente incluirse, como se ha visto, también por el funcionamiento legítimo o ajustado a la ley, siempre que se causen daños especiales y graves— de la administración de justicia. Concretamente, en el mismo discurso —antes citado— que pronunciara en la sede de la Corte Suprema de Justicia con motivo de la apertura de las labores judiciales del año 1993, expresó, luego de un breve análisis de algunos modelos europeos, lo siguiente:

Y es precisamente ese último aspecto el que deseamos resaltar en el marco de esta intervención, pues aun cuando la fórmula propuesta por la Comisión Bicameral no incluía el supuesto de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia y aunque en la versión de la Cámara del Senado se haya omitido la parte concerniente a la titularidad pasiva del Estado previendo solamente (Art. 90) que “la Ley regulará la responsabilidad de magistrados y jueces por error judicial inexcusable, retardo u omisión injustificados”, creemos, no obstante, que con base en el indicado principio de la responsabilidad genérica del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, no hace falta texto expreso para admitir en Venezuela una acción dirigida a obtener reparación del Estado por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la mala o defectuosa organización del servicio público de la justicia.

Muchas situaciones derivadas de esa causa cabrían dentro de este contencioso extracontractual contra la Administración Pública, gestora del aparato burocrático de la justicia. Así, para solo citar algunos ejemplos: los provenientes de la carencia o inadecuada dotación de los tribunales; la pérdida de un litigio por imposibilidad material de acceder a los recintos judiciales, o por falta de papel sellado o de estampillas; o que opere la caducidad de un recurso al no poder introducirlo oportunamente por huelga de los funcionarios o empleados judiciales, motivado a que la Administración no haya suplido las necesidades básicas del servicio.

Abundantes ejemplos más del mismo tipo nos inducen a plantear la conveniencia de esta acción renovadora en Venezuela, que vendría a

enriquecer nuestro sistema contencioso administrativo al engrosar el caudal de controles que ejercen los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública.

Entonces, todos los daños ocasionados por la administración de justicia, sea por acciones, hechos u omisiones de los jueces, de funcionarios auxiliares, o en fin por el propio servicio, que puedan reputarse de anormales, o incluso por aquellos que aún no siendo consecuencia de un mal funcionamiento del servicio se causen a los particulares de forma especial y grave —como los derivados de detenciones provisionales en materia penal que luego, al finalizar el proceso, son revocadas, o por inejecuciones permitidas o retardos en la ejecución de sentencias definitivas—, deberían poner en cabeza del afectado una acción directa por daños y perjuicios contra el Estado, debiendo éste responder de forma principal aunque luego pueda —y deba—, de ser la falta que motivó la lesión separable del servicio, es decir, personal, repetir contra los funcionarios públicos responsables.

Si no parece haber, entonces, mayores dificultades en afirmar lo anterior, al estudiar la situación para exigir la responsabilidad estatal por las sentencias erróneas, nos encontramos con una —ya anunciada— traba: la inmutabilidad de éstas obligan la existencia, para hacer efectivo el resarcimiento, de un medio idóneo revisorio que declare, precisamente, tal error judicial.

Es el caso de que a pesar de que, recientemente, en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se pretendió establecer un proceso judicial de revisión contra fallos definitivos cuyo fin era demostrar el error judicial y hacer posible el ejercicio efectivo de acciones destinadas a exigir la responsabilidad del Estado por los daños que tales errores en el servicio de justicia causaren<sup>37</sup>, dicho proyecto de reforma,

---

37 En el aludido Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se prevenían disposiciones específicamente destinadas a obtener del Estado la reparación de los daños que, en el funcionamiento del servicio de justicia, fuesen producidos a los particulares. El primer artículo sobre el tema propuesto en ese proyecto, que iniciaba el Título VIII “De la Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia”, establecía que: “los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en caso fortuito o de fuerza mayor y con arreglo a lo dispuesto en este Título”.



por lo menos en los actuales momentos, ha sido pospuesto y no existe en nuestro país, en consecuencia, tal medio judicial dirigido concretamente para esos fines.

Sin embargo, debe indicarse que, no obstante lo dicho, sí existen algunos mecanismos procesales que aunque no estén dispuestos específicamente a esos cometidos permitirían evidenciar la existencia de

---

Como puede verse, la disposición transcrita consagraba el principio de la responsabilidad directa del Estado pero lo limita, sin embargo, a los supuestos de error judicial o de funcionamiento anormal de la administración de justicia, lo que descartaba, desde el inicio, la posibilidad de exigir la reparación cuando el daño producido fuese consecuencia de un "normal" funcionamiento del servicio de justicia. Se contemplaban allí, también, los procedimientos previstos para exigir la responsabilidad estatal derivada de error judicial o del funcionamiento anormal de la administración de justicia. En cuanto al primer tipo de responsabilidad, las particularidades previstas en el indicado cuerpo normativo se encontraban englobadas en el artículo 301, el cual disponía: "La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial, definitivamente firme, que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de algún recurso de revisión, ordinario o extraordinario. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes: 1) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá intentarse inexcusablemente en el lapso de sesenta días a partir del día en que pudo ejercitarse. 2) La pretensión de declaración de error se intentará ante el Tribunal Civil competente. 3) Para sustanciar la pretensión se aplicará el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil, y serán parte en todo caso el Ministerio Público y el Procurador General de la República. La sentencia dictada es recurrible en casación, si hubiese lugar a ella. 4) El Tribunal competente podrá solicitar informe previo antes de la sentencia, al órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error, que lo remitirá en un plazo no mayor de quince días de despacho. 5) Si se declara sin lugar la pretensión se impondrán las costas al peticionario de conformidad con la ley. 6) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute, mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en la Ley. 7) La solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute." Además de dicho procedimiento para la constatación de los errores judiciales, en el proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establecían las directrices del procedimiento posterior destinado a exigir del Estado la responsabilidad tanto en los supuestos de error judicial como en los de anormal funcionamiento de la actividad jurisdiccional. Textualmente se disponía que "el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Consejo de la Judicatura, que la tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución podrá interponerse recurso contencioso administrativo".

decisiones judiciales erróneas e inconstitucionales que podrían dar cabida, luego, a la responsabilidad civil del Estado por los daños que éstas hubiesen causado.

Está previsto, por una parte, el recurso de revisión de las sentencias penales en los artículos 56 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal. Destinado a declarar la nulidad de las condenas “cuando dos personas hayan sido condenadas, en razón de un mismo delito, por dos sentencias que no pueden conciliarse y sean la prueba de la inocencia de uno u otro condenados”; “cuando la sentencia penal hubiese dado por probado el homicidio de una persona cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resultare demostrada plenamente”; y “cuando la prueba principal en que se hubiese causado la condena hubiese sido un documento que después resultó ser falso”.

Indudablemente que en todos estos supuestos, luego de la procedencia de ese recurso de revisión, el Estado queda sujeto a responder por los daños que la sentencia injusta o errónea hubiese causado al condenado, quien deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el procedimiento de las demandas contra la República, para hacer efectiva la responsabilidad estatal.

Lo entiende igualmente de esta forma el profesor LARES MARTINEZ, al señalar que “aun cuando ninguna ley venezolana autoriza, en estos casos, al declarado inocente para reclamar indemnización contra el Estado, a nuestro parecer, por las razones doctrinarias expuestas, sería procedente la acción encaminada a obtener del Estado una reparación patrimonial por los daños causados por tan grave error judicial”<sup>38</sup>.

Otro mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico destinado a revisar e invalidar “sentencias ejecutorias o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal” es el recurso de invalidación contemplado en los artículos 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Los supuestos que permiten el ejercicio de este recurso extraordinario de invalidación son, de conformidad con el artículo 328 e *iusdem*, los siguientes:

- 1º. La falta de citación, o el error, o fraude cometidos en la citación para la contestación.

---

38 Cfr. LARES MARTINEZ, Eloy, obra citada, página 491.

- 2º. La citación para la contestación de la demanda de menor, entredicho o inhabilitado.
- 3º. La falsedad del instrumento en virtud del cual se haya pronunciado la sentencia, declarada dicha falsedad en juicio penal.
- 4º. La retención en poder de la parte contraria de instrumento decisivo en favor de la acción o excepción del recurrente; o acto de la parte contraria que haya impedido la presentación oportuna de tal instrumento decisivo.
- 5º. La colisión de la sentencia con otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que por no haberse tenido conocimiento de la primera no se hubiese alegado en el juicio la cosa juzgada.
- 6º. La decisión de la causa en última instancia por juez que no haya tenido nombramiento de tal o por juez que haya sabido estar depuesto o suspenso por decreto legal.

Si bien sólo en algunos de los supuestos transcritos parece posible endilgarle el error judicial al Estado, ya que en algunos (como en el contenido en el ordinal 4º) el daño sería causa más bien de un tercero, siempre quedará a la víctima de la sentencia invalidada, a mi entender, la oportunidad de acudir a la vía contencioso-administrativa para exigir la responsabilidad pecuniaria del ente público.

Otra vía contemplada en nuestro medio para revisar o anular sentencias firmes es la acción extraordinaria de amparo constitucional ejercida contra decisiones judiciales, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual dispone:

Artículo 4. Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.

Esta disposición, al igual que casi todas las de la Ley Orgánica de Amparo, se ha prestado a interpretaciones disímiles, muchas de ellas contradictorias. Sin embargo, parece ser conteste la jurisprudencia en que esta modalidad de la acción de amparo resulta idónea para revisar

decisiones judiciales frente a las cuales se hayan agotado o no existan recursos ordinarios de revisión, debido el carácter extraordinario o especial del amparo constitucional<sup>39</sup>.

Los supuestos de procedencia de esta acción contra decisiones judiciales, de acuerdo con el artículo transcrito, son dos: que el Tribunal dicte una resolución o sentencia u ordene un acto actuando fuera de su competencia y que lesione, por esa actuación, un derecho constitucional.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal ha sostenido reiteradamente que la expresión “actuando fuera de su competencia” a que alude el mencionado artículo, “no se refiere sólo a la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de funciones, y en consecuencia, esa actuación lesione o vulnere derechos o garantía constitucionales. En efecto, el Juez aún actuando dentro de su competencia, entendida ésta en el sentido procesal estricto, puede hacer uso indebido de las facultades que le están atribuidas para fines totalmente distintos al que se le confirió o actuar haciendo uso indebido de ese poder, independientemente del fin logrado, y dicte una resolución o sentencia y ordene un acto que lesione un derecho constitucional” (sentencia N° 370 del 12 de diciembre de 1989, caso: “El Crack, C.A.”)<sup>40</sup>.

Entonces, debe concluirse que esta acción está dirigida a controlar que ninguna actuación de los tribunales lesionen los derechos y garantías consagrados en la Constitución es decir, vigilar el cumplimiento de la primera y quizás más importante obligación de los jueces: que sus decisiones sean dictadas conforme con las previsiones del Texto Fundamental. De donde forzosamente hay que extraer que cuando se demuestre la inconstitucionalidad de un fallo judicial por violación de

39 El carácter extraordinario del amparo constitucional se evidencia de la existencia de la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6, ordinal 5°, de la Ley Orgánica de Amparo. Especialmente por la interpretación que de ella ha realizado la Corte Suprema de Justicia. Véase, concretamente sobre el carácter extraordinario —páginas 29 y siguientes—, pero en general sobre los principios fundamentales del amparo constitucional, mi trabajo: “Análisis crítico del amparo constitucional en los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en la Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 10, Caracas, 1994.

40 En general, sobre el amparo contra sentencias, consúltese el buen trabajo de CHAVERO GAZDIK, Rafael, “La acción de amparo contra decisiones judiciales”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996.

derechos fundamentales, estaríamos en presencia de un error judicial que da lugar, sin lugar a dudas, a resarcimiento a cargo del Estado en caso de que dicho acto hubiese producido daños patrimoniales a los afectados<sup>41</sup>.

A los mecanismos procesales antes indicados que permitirían verificar los errores judiciales para hacer luego procedente la reparación o indemnización por el Estado de los daños causados, deben sumarse, también, figuras como el avocamiento, que en ocasiones ha servido para que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia anule sentencias dictadas por tribunales manifiestamente incompetentes o que hubiesen sido el resultado de extralimitaciones o graves trastocaciones procesales. Los daños producidos por esos fallos anulados deberían ser también reparados directamente por el Estado.

En fin, puede indicarse que con la sola fuerza de las disposiciones constitucionales vigentes y la utilización inteligente e ingeniosa de las vías judiciales existentes para revisar fallos firmes, también es posible en nuestro país, actualmente, exigir directamente del Estado la responsabilidad civil por las sentencias que fuesen dictadas erróneamente y que hubiesen causado daños antijurídicos, por tanto, a los particulares.

---

41 Un aspecto que se presenta como de gran relevancia en este punto es el relativo a los efectos producidos por una declaratoria con lugar de la acción de amparo constitucional ejercida contra decisiones judiciales, ya que sólo si la procedencia de esta acción equivale a un pronunciamiento judicial definitivo acerca de la contrariedad de la sentencia cuestionada a los preceptos constitucionales es que ésta podría ser considerada como un instrumento capaz de exigir, posteriormente al quedar demostrado de forma concluyente el error judicial, la responsabilidad estatal. Si bien en principio la sentencia de amparo no posee el carácter de inmutabilidad —especialmente en el plano de la jurisdicción contencioso-administrativa—, debido a que lo breve y sumario del procedimiento impide un conocimiento completo del asunto controvertido por el juez —por lo que es posible, según el artículo 36 de la ley sobre la materia, el ejercicio posterior de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes—, al ser interpuesta esta acción contra decisiones judiciales la tendencia predominante es que la sentencia que la estime resulta inmutable, al menos en la práctica, por tener efectos anulatorios.

De ser así —aceptarse que la decisión favorable de una acción de amparo ejercida contra sentencia judicial es título suficiente para demostrar la contrariedad de ésta con los derechos constitucionales, cuestión que tendrá que resolver la jurisprudencia— debería concluirse que la modalidad de amparo contemplada en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo puede servir, efectivamente, de fundamento para exigir la responsabilidad patrimonial estatal, en el procedimiento previsto a tal efecto, por los daños que la sentencia “anulada” hubiese ocasionado al demandante.

## VI. Conclusiones

Luego de todo lo anteriormente expuesto sobre la consagración en nuestro derecho positivo de la garantía patrimonial de los ciudadanos frente a la actividad estatal —que evidentemente se extiende al ámbito de la actividad judicial— y acerca de las características de directa e integral que la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado tiene —lo cual no puede ser distinto en nuestro país en virtud de la amplitud de las disposiciones constitucionales sobre la materia—, es evidente que en materia de responsabilidad civil por el servicio de justicia, aun cuando no hay disposiciones legales expresas al respecto, con las existentes, resulta perfectamente posible para los ciudadanos exigir directamente del Estado la reparación de los daños o perjuicios causados tanto por el funcionamiento anormal y normal de la administración de justicia, como por sentencias erróneas.

Esta afirmación —que luce como irrefutable— nos lleva a plantear públicamente la preocupación de que en el Proyecto de Reforma de la Constitución se vaya a incorporar una disposición, en relación con la responsabilidad estatal por los daños causados por el servicio de justicia, que constituya una traba para que rijan en el país sobre esa materia los principios más avanzados en el Derecho Comparado que, hay que repetirlo, son los más ajustados a un Estado de Derecho y al sentido de justicia.

No cabe duda de que si se estableciese constitucionalmente que la responsabilidad por sentencias erróneas y omisiones o retardos injustificados recae exclusivamente sobre los jueces y magistrados, negándose el carácter de sujeto pasivo del Estado —que es en definitiva quien pone a los jueces en el ejercicio de funciones públicas—, se está dando un gran paso atrás —quizás de unos cien años, en comparación con otros países— en lo que sería la protección o garantía de la integridad patrimonial de los ciudadanos frente al ejercicio del Poder Público, concretamente en el ámbito de la administración de justicia.

Resultaría incomprensible relevar al Estado de responsabilidad directa cuando alguno de sus funcionarios, los jueces, dicten sentencias que se demuestren luego como erróneas. Mucho más lo sería el exonerarlo de responder civilmente frente a los afectados cuando los daños sean producto de omisiones o retardos injustificados en el transcurso de un proceso, ya que es previsible que en la mayoría de los

casos tales omisiones o retardos encontrarían justificación para el juez en el excesivo número de causas pendientes por decidir y en los insuficientes recursos humanos y materiales para acatar puntualmente todos los lapsos y términos fijados en la ley, lo cual hace improbable el sancionarlo a él civilmente.

En todos esos casos, ineludiblemente, debería ser el Estado el obligado frente al particular afectado, es decir, el que responda patrimonialmente de forma directa. De esa manera se le permitiría al agraviado ejercer pretensiones concretas frente a un patrimonio siempre solvente, como es el del Estado, y no obligarlo a demandar a un particular que, seguramente, no podrá sufragar los altos daños que podría causar.

Es claro, y de eso tampoco hay dudas, que el Estado siempre puede —y debe— ejercer las acciones de regreso contra los jueces que hubiesen cometidos en el ejercicio de sus funciones faltas perfectamente separables, atribuibles personalmente a él y no al servicio como tal. El ejercicio de estas acciones de repetición, tan escasas en nuestro derecho —explicable sólo por la complicidad, quizás inconsciente, de quienes ejercen funciones públicas—, impide que el ente público corra con un gasto injusto y, a la vez, se presenta como buen instrumento para asegurar el recto actuar de los funcionarios y empleados públicos quienes sabrían, antes de cometer sus habituales arbitrariedades, que podrían pagarlas patrimonialmente.

Por otra parte, de aceptarse la propuesta de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que sea incorporado en el texto constitucional, en la disposición relativa a la responsabilidad civil por sentencias erróneas, un párrafo en el cual se contemple la responsabilidad del Estado pero limitándola sólo al mal o anormal funcionamiento de la administración de justicia, a mi parecer, si bien ello amplía un poco el espectro de la reparación, tal proposición encerraría una limitación inaceptable a la garantía de la integridad patrimonial de los ciudadanos en el ámbito del servicio de justicia, por cuanto se desconocería la posibilidad de solicitar reparaciones civiles al Estado cuando a algún particular se causaren daños graves y especiales, que constituyan un verdadero sacrificio personal por actos, hechos u omisiones no ilegítimos ni ilegales.

Piénsese en el caso de las detenciones provisionales en materia penal donde no pueda atribuirse falta en su determinación por el juzgador. También en los retardos o simplemente omisiones en la

ejecución de sentencias, especialmente en el ámbito contencioso administrativo, donde hay disposiciones —incomprensiblemente, todavía— que prácticamente dejan al arbitrio de la Administración cumplir lo decidido por los jueces. Tales daños deberían ser reparados por el Estado, a pesar de no existir o haberse cometido una falta, como tal.

No debería desconocerse en el propio texto fundamental entonces, la otra característica fundamental en materia de responsabilidad civil estatal como lo es su carácter mixto e integral que en aras de la garantía de los ciudadanos a la integridad de sus patrimonios por las acciones u omisiones de la Administración reconoce que los daños reparables e indemnizables por el Estado abarcan tanto aquellos que sean resultado de faltas como los que, a pesar de ausencia de falta, constituyan un sacrificio particular.

Es cierto que en caso de llevarse a cabo una reforma constitucional sería de gran relevancia que se incluya alguna disposición general sobre la responsabilidad civil del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia. Ello, es más, podría ser decisivo para hacer que empecemos a tener en nuestro país un verdadero sistema jurídico donde impere la garantía de la integridad patrimonial de los ciudadanos —que hasta ahora no se ha desarrollado de forma alguna—. Pero, en ese caso, la normativa constitucional a ser incorporada debe permitir una evolución cabal del sistema de responsabilidad estatal que constituya un verdadero beneficio de los particulares y no que ello imponga trabas y limitaciones que impidan alcanzar los fines por todos los amantes de la justicia deseados.

Por eso, y teniendo en cuenta que la responsabilidad patrimonial estatal debe descansar sobre un sistema de carácter directo e integral hago votos para que la disposición que sobre la responsabilidad del Estado-Juez se establezca en la posible nueva Constitución se eviten referencias que creen trabas prácticamente insalvables para la consolidación definitiva del fin querido, lo cual configuraría un retroceso, aún, en relación con la consagración constitucional actual.

Espero, finalmente, que estas líneas sirvan para llamar a la reflexión, no sólo en el contexto específico de la responsabilidad del Estado por el servicio de justicia sino, en general, sobre todos los aspectos jurídicos que en la Constitución tendrán sus bases y fundamentos principales. Es necesario un consenso entre los miembros de la comunidad jurídica sobre todos los temas de Derecho relevantes que abarcaría



la reforma de la Ley Fundamental y eso sólo es posible cuando se dé cabida a todas las propuestas y objeciones y cuando todos los relacionados directa o indirectamente con tal trascendental reforma comprendamos que al elaborar una Constitución estamos regulando no sólo para nuestra época sino especialmente para la de las futuras generaciones.

# **El derecho del hombre al ambiente\***

Alberto Blanco-Urbe Quintero\*\*

## **SUMARIO**

1. El Derecho del Hombre al Ambiente dentro del Concierto de los Derechos Humanos. Inserción de dichos Derechos dentro de los Ordenamientos Jurídicos Internos.
2. Definición del Derecho del Hombre al Ambiente.
3. Contenido del Derecho del Hombre al Ambiente.
4. La experiencia venezolana sobre el derecho del hombre al ambiente.

---

\* Ponencia presentada al I Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, patrocinado por la Fundación Jurídica Venezolana para la Defensa de la Calidad de Vida (RECUJAVI) y la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas 1994.

\*\* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, DESS en Derecho Ambiental y DEA en Derecho Público de la Universidad Robert Schuman, Estrasburgo, Francia; Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Ambiental en la Universidad Central de Venezuela. Presidente de FUJUCAVI.

## I. Consideraciones preliminares

### I.1. EL DERECHO DEL HOMBRE AL AMBIENTE DENTRO DEL CONCIERTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos, lejos de mostrarnos un logro acabado en una enumeración definitiva, nos enseña que éstos evolucionan en sus definiciones, alcances y contenidos, se amplían, se relacionan y se complementan constantemente, sin que la unidad conceptual que los caracteriza se vea afectada. Esto se debe a la interdependencia que los vincula.

En este sentido, resulta indispensable constatar que los derechos humanos experimentan un enriquecimiento permanente, que no se debe a la creación sino al descubrimiento de otros, motivado por las nuevas necesidades sociales, conceptualizadas éstas como emergentes valores dignos de tutela jurídica.

Así a grandes rasgos se observa que los *derechos individuales de carácter civil y político* enunciados, entre otros textos, en el contenido de la trascendental y ya bicentenaria Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, importantísima e influyente compilación obra de la Revolución Francesa de 1789, se vieron enriquecidos y complementados *por los derechos colectivos de naturaleza social, económica y cultural*, reivindicados originalmente en la Revolución Rusa de 1917.

Este conjunto de derechos esenciales fue estructurado sistemáticamente, y a nivel universal, en la conocida Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y constituye, como fuente principista de inspiración en la acción, uno de los pilares fundamentales del sistema de promoción y protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, desde la propia Carta de la Organización de convenciones y actos constitutivos de organizaciones internacionales, hasta llegar, entre otros, a los mecanismos “juridizados” de salvaguarda previstos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos pactos y dicho protocolo de 1966.

Todo esto sin olvidar los remarcables sistemas regionales de promoción y protección de estos derechos esenciales que han sido con-

cebidos, por ejemplo, en la Convención Europea de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

Sin embargo, la historia no termina allí. No sólo el individuo y los grupos sociales diferenciados requieren de la tutela de sus dignidades e identidades. El hombre marcha hacia la universalidad espacio-temporal bajo una concepción de bienestar global integral, por lo que a los *derechos individuales* y a los *derechos colectivos*, desde hace cierto tiempo, se han agregado los llamados *derechos de los pueblos* cuyo titular es la Humanidad, es decir, simultáneamente, el género humano como unidad y/o los Estados, las naciones y los pueblos, las comunidades diferenciadas, las Organizaciones No Gubernamentales y los individuos de las presentes y futuras generaciones.

Estos novedosos derechos esenciales han sido técnicamente catalogados como *derechos de solidaridad*, por ser derechos-deberes, son objeto de innumerables declaraciones internacionales universales y hasta de convenciones internacionales regionales, y ya han sido incorporados a casi todos los textos constitucionales que han sido promulgados o reformados después de 1972.

Ellos son, posiblemente entre otros: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al ambiente y el derecho al patrimonio común de la humanidad y sus correlativos deberes de garantizar la paz, promover el desarrollo sostenible, proteger el ambiente y conservar el patrimonio común de la humanidad.

## **I.2. INSERCIÓN DEL DERECHO DEL HOMBRE AL AMBIENTE DENTRO DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS**

La presente ponencia se consagrará, en general, al estudio de la definición y del contenido de uno de ellos: el derecho-deber al ambiente y, en particular, a precisar su situación actual en Venezuela.

No obstante, antes de ello es necesario efectuar un brevísimo análisis introductorio, a fin de mostrar la vía por la cual el derecho al ambiente ingresa a los distintos ordenamientos jurídicos internos, incluso antes de su consagración expresa y formal por parte del derecho positivo, dado su carácter de *derecho inherente a la persona humana*. Desde esta perspectiva se observa que, gracias a la participación activa de cada

Estado en diversos foros internacionales (en particular en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, Suecia, 1972 y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 1992), así como en la negociación, redacción y firma de declaraciones internacionales sin fuerza coercitiva —*sauf-law*— o de convenciones internacionales aún no ratificadas que reconocen este derecho esencial (como el “Protocolo Adicional de San Salvador”, de 1988, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y en virtud de las técnicas de interpretación jurídica de las fuentes en Derecho Internacional Público, como lo veremos más adelante, se puede afirmar que en *los órdenes jurídicos internos fundamentales o dogmáticos se reconoce y tutela, dentro de los derechos humanos, el derecho al ambiente, aunque no esté expresamente contenido en un texto constitucional o legal, por ser éste un derecho esencial inherente a la persona humana.*

Fuera de condiciones ambientales adecuadas para el normal desarrollo de la vida, mal puede plantearse el disfrute efectivo de los demás derechos humanos. Un ambiente sano es el presupuesto necesario para la vigencia de todos y cada uno de los derechos esenciales del hombre. Así se desprende de la ejemplarizante jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional colombiana, donde se ha establecido, por ejemplo en la Sentencia N. T411 del 17 de junio de 1992, que declaró con lugar de acción de tutela en favor del derecho al ambiente, que: “...el ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro”.

El derecho al ambiente es un derecho humano de solidaridad al que se refieren un significativo número de textos internacionales, obligatorios o meramente principistas, consistentes en convenciones regionales de derechos humanos, declaraciones de conferencias y organizaciones internacionales gubernamentales o no y preámbulos de tratados en el campo del Derecho Internacional Ambiental.

Asimismo, casi todas las Constituciones de los Estados del Mundo, promulgadas o reformadas luego del año de 1972, consagran expresamente en su parte dogmática el derecho del hombre al ambiente. Tal es el caso, por ejemplo, de las Constituciones latinoamericanas siguientes:

Brasil, Artículo 225: “*Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso público del pueblo y esencial*

a la sana calidad de la vida, por lo que se impone al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones”.

Colombia, Artículo 70: “*Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano.* La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”.

Ecuador, Artículo 19.2: “Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantizará: *el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.* Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

Perú, Artículo 123: “*Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza.* Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente”.

*a) Uno de los Principios del “Jus Cogens”:*

La primera vez que se reconoció explícitamente la existencia de este derecho como uno de los derechos inherentes a la persona humana fue en 1972, con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano . En esa oportunidad la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de Estocolmo, documento no directamente vinculante en cuyo Principio 1 se lee: “*El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar...*”.

Posteriormente, dentro del marco global de actividades de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (P.N.U.D.) y del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (P.N.U.M.A.) y de otras instancias internacionales dentro o fuera del sistema de las Naciones Unidas, como el Consejo Económico y Social, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Meteorológica Mundial, la Organización Marítima Internacional, la Organización internacional del Trabajo, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Comunidad Económica Europea y muchas otras, se han dictado numerosas Declaraciones,

Resoluciones y Directivas y se han suscrito, aunque no ratificado por muchos Estados, algunas convenciones que reconocen explícitamente el derecho al ambiente.

Esto nos permite concluir por la vía del concenso principista, *aún cuando este novedoso derecho no está expresamente incorporado a los textos generales o específicos, universales o regionales de derechos humanos* (con excepción de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos), tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración y la Convención Americanas sobre Derechos Humanos y la Convención Europea de los derechos humanos que *el derecho al ambiente*, como los otros derechos de solidaridad, *es un derecho esencial a la sobrevivencia del ser humano inherente a su condición de hombre*, el cual se integra, a través de las reglas de interdependencia y complementaridad, a los demás derechos humanos: civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de solidaridad, para formar parte de la dogmática universal, conocida como los *principios inmodificables del "jus cogens"*, a que se refiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

*b) Uno de los principios de derecho generalmente admitidos por las naciones civilizadas*

A idéntica conclusión se arriva si partimos de la interpretación del Estatuto de la Corte Internacional de la Justicia en materia de fuentes del Derecho Internacional: *la existencia y el reconocimiento del derecho al ambiente, aún en ausencia de norma expresa de derecho positivo, son realidades jurídicas incontestables.*

En efecto, en ausencia de tratado universal o regional sobre la materia (tal es el caso venezolano), por ejemplo por no haber sido ratificados ni el "Protocolo Adicional de San Salvador", de 1988, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra expresamente este derecho, ni el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, que lo hace en provecho de los pueblos indígenas, y como quiera que aún no ha transcurrido un tiempo prudencial que justifique la ocurrencia de normas consuetudinarias, debemos recurrir a los llamados "principios de derecho generalmente admitidos por las naciones civilizadas", observándose que *el derecho al ambiente está*

*garantizado por la casi totalidad de las Constituciones y/o leyes ambientales, generales o especiales, de los Estados del Mundo, con representación de todos los sistemas políticos, económicos, religiosos y culturales, como un principio fundamental.*

Existe pues a niveles planetario y regional y en cada Estado un derecho del hombre al ambiente, y lo que nos resta es proceder a la determinación de su definición y contenido generales, antes de observar algunas experiencias normativas y jurisprudenciales del derecho vigente en Venezuela.

## **II. Definición del derecho del hombre al ambiente**

Los detractores del derecho en estudio han afirmado que no puede hablarse del ambiente como un verdadero derecho humano. en razón de que éste no es un concepto definible concretamente, sino por medio de referencias abstractas que se sintetizan en una política pública a seguir: “el mejoramiento constante de la calidad de la vida”, por lo que le niegan también su carácter justificable.

Pero ¿acaso no adolecen muchos de los derechos humanos, por no decir todos, de ese presunto defecto de abstracción? ¿Puede definirse en concreto y con validez universal lo que debe entenderse por libertad, salud, privacidad o integridad física?

La libertad no sólo se viola cuando nos detienen arbitrariamente, también cuando se nos induce subliminalmente a adquirir un producto o una idea. La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud como el estado de máximo bienestar físico y mental y no sólo como la ausencia de enfermedad. La idea de privacidad no es la misma para el ciudadano común que para el hombre público. La integridad física se deteriora ciertamente con la tortura, pero igualmente con los daños corporales generados por los procesos agudos de contaminación ambiental

Incluso el derecho a la vida ha dejado de ser la simple garantía de las funciones biológicas que sustentan la existencia, para enriquecerse con la idea de una vida digna y decorosa que asegure el libre desenvolvimiento de la personalidad humana.

Sin embargo, nadie niega el reconocimiento y la posibilidad real de ejercicio de estos derechos humanos y tradicionales. ¿Acaso esta multi-



plicidad de ideas implica que no existen estos derechos o que no son justificables?

!Obviamente no! los derechos a la vida, a la libertad, a la salud, a la privacidad, a la integridad física, al *ambiente*, etc. son derechos inherentes a la persona humana, plenamente reconocidos y salvaguardados por los ordenamientos jurídicos internos e internacional, sólo que se ejercen de modo distinto, aunque complementario, dadas sus finalidades diversas.

El ambiente ha sido definido, siguiendo al administrativista venezolano Henrique Meier<sup>1</sup>, como el conjunto de los elementos de orden biológico y físico que constituyen la base o el sustento natural del medio humano, sumados a los aspectos socio-culturales y económicos que deben garantizar una interacción hombre-sociedad-naturaleza que asegure la satisfacción de las necesidades sociales más importantes e impida la degradación de los mismos.

Entonces, *el derecho al ambiente, formulado generalmente como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado sería el derecho individual y colectivo al mantenimiento balanceado, en condiciones de sustentabilidad, de los bienes ambientales (agua, suelo, aire, flora, fauna, paisaje, ecosistemas naturales, hábitats humanos), para el disfrute físico y espiritual de cada vez mejores condiciones de vida.*

Evidentemente, este enunciado idealista de contornos bastantes indeterminados, no llevaría a concebir un contenido múltiple que, con arreglo a un informe del Consejo Económico y Social de la O.N.U.<sup>2</sup>, nos presentaría más que un derecho al ambiente, un conjunto de “derechos ecológicos” como por ejemplo: derecho a productos alimenticios ecológicamente limpios, derecho a bienes de consumo sin peligro para el ambiente, derecho a que las actividades productivas no presente peligro para el ambiente, derecho a un medio de vida natural ecológicamente puro, derecho a la salubridad ambiental, etc., para cuyo disfrute tendríamos que salir del campo de los derechos humanos y situarnos en el dominio de la policía administrativa.

---

1 MEIER Henrique, conferencia intitulada “El Derecho Ambiental en el Régimen Social Venezolano”, Caracas, 1979.

2 Conseil Economique et Social, “Droits de l’homme et environnement”, rapport établi par Mme”. Fatma KSENTINI, document N° L/CN. 4/Sub. 2/1991/8.

Visto de esta forma, no es difícil caer en el error de considerar el derecho al ambiente como no justiciable, dada la gran abstracción de estos conceptos, por la imposibilidad de materializarlos en un espacio y momento dado en cabeza de un sujeto de derecho perfectamente individualizable y por los inconvenientes que presentaría su ejercicio efectivo y su restablecimiento en caso de violación.

Es por ello que debemos concretar el contenido de este derecho.

En este sentido, partiendo de la imperiosa necesidad del hombre de asegurar la sobrevivencia y subsiguiente vivencia propia y la de su descendencia, en condiciones de calidad, dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, debemos hablar, no ya del derecho al ambiente simple y llanamente, sino del *derecho a la conservación ambiental*, en el lenguaje del Profesor francés Alexandre Kiss<sup>3</sup>.

La conservación no es únicamente un objetivo. Es fundamentalmente un mecanismo, o mejor, un conglomerado de técnicas y procedimientos que conducen a la meta de la utilización racional o sostenida de los bienes ambientales en función del desarrollo social.

Por tanto, podemos afirmar que el *derecho a la conservación ambiental es derecho procedural a la protección del ambiente en provecho de todos que, como otros, se ejerce por medio de procedimientos legales especialmente creados para asegurar su disfrute efectivo*. Estos mecanismos de ley no son exclusivos de este derecho. Además, ellos encuentran justificación en la necesidad de una verdadera democracia, vale decir, de una democracia directa, dado que el pueblo, como una reacción a la crisis de los sistemas representativos y “paternalistas”, clama por información y participación en la toma de decisiones.

### III. Contenido del derecho del hombre al ambiente

Dado el carácter procedural del derecho esencial al ambiente tenemos que el contenido concreto de este derecho está integrado por tres tipos de procedimientos, que revisten a su vez la condición privilegiada de derechos humanos.

---

3 KISS, Alexandre, “Le droit a la conservation de l’environnement”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, vol. 2 Nº 12, 31 décembre 1990.

Se trata del derecho a la información, del derecho a la participación en la toma de decisiones susceptibles de afectar el entorno del titular y del derecho al debido proceso, llamado en España derecho a la tutela judicial efectiva y en Venezuela derecho de acceso a la justicia.

- a. *El derecho a la información*, del cual la libertad de acceso a los documentos administrativos es una especie, está previsto expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 19.2), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 13.1) y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990 (Artículo 17) y, concretamente en el campo de la protección ambiental, *exige que todos los interesados o posibles afectados por una proyectada o instalada actividad industrial, urbanística, forestal, minera, agropecuaria... o por la incorporación de un nuevo producto en el mercado, etc., deben ser previa oportuna y suficientemente informados sobre las eventuales consecuencias que puedan generarse sobre su entorno, así como sobre las características físicas de la actividad, producto, etc. y sobre las medidas a tomar o ya implementadas para eliminar o reducir al mínimo las consecuencias dañosas.*

Para ello se crean procedimientos de encuestas públicas; se publicitan las solicitudes de permisos de construcción, industriales, sanitarios, de manejo de los recursos naturales o de otra índole, a través del afichaje *in situ*, de los medios de comunicación y/o se llevan expedientes y registros, accesibles a todos, en las oficinas administrativas; se dan a conocer los Estudios de Impacto Ambiental; etc.

- b. *El derecho a la participación de la toma de decisiones susceptibles de afectar el entorno*, reconocido en diversas declaraciones y convenciones internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 25.a) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 23.a), y en Constituciones y leyes internas, implica:
  1. En lo relativo a la *actividad legislativa*, la implementación de referenda, plebiscitos, “lobby” o cabildeo y mecanismos de iniciativa popular;
  2. En lo referente a la *actividad administrativa* autorizatoria o de vigilancia, debe garantizarse la intervención y la consideración de los alegatos de los terceros-interesados (previamente informados a cabalidad de todos los detalles del caso), en la fase constitutiva o

preparatoria del acto administrativo y/o en la fase de revisión de su legalidad, hayan sido iniciados estos procedimientos por el solicitante del permiso, de oficio o por ellos. Especialmente se destaca el ejercicio del denominado “derecho de contra-experticia” en materia de Estudio de Impacto Ambiental’ y,

3. En cuanto a la *actividad judicial*, debe permitirse la intervención de los terceros-interesados, como parte, en todo juicio del que pueden sobrevenir consecuencias para su entorno.
- c. Por último, *el derecho al debido proceso*, reconocido en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 2.3), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 25.1 ) y en casi todas las Constituciones, *exige que toda persona afectada por una decisión o actuación directamente perjudicial para el ambiente, o que se le haya lesionado sus derechos a la información y/o a la participación, pueda acceder a la justicia* a fin de obtener, según los casos, la anulación de una ley, de una sentencia o de un acto administrativo, la prevención o indemnización de daños, la represión del depredador, la recuperación ambiental y el restablecimiento de su situación jurídica lesionada, sea ésta individual o colectiva.

El Recurso de Amparo, nacional o internacional, constituye uno de los procedimientos del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros, del derecho al ambiente.

He aquí la definición del derecho en estudio como el derecho a la conservación ambiental y el contenido procedural que asegura su disfrute.

Pasemos ahora revista a algunas experiencias normativas y jurisprudenciales venezolanas, relativas al ejercicio del derecho al ambiente.

## **IV. La experiencia venezolana sobre el derecho del hombre al ambiente**

### **IV.1 CONSAGRACIÓN TÁCITA**

En Venezuela tenemos un caso concreto de *consagración implícita del derecho al ambiente*, pues la Constitución de la República, vigente desde 1961, no reconoce explícitamente, dentro de su catálogo de dere-

chos fundamentales, el derecho al ambiente, llamado también derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado o derecho a la conservación ambiental.

La única referencia expresa, aunque parcial, al fenómeno ambiental que encontramos en la parte dogmática de dicha Constitución, consiste en un principio orientador de la política económica según el cual: los recursos naturales deben ser explotados en beneficio de todos.

Dice la Constitución en su Artículo 106: *“El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos”*.

Obviamente, mal podría pretenderse la emergencia, a partir de esta norma, del derecho al ambiente, a pesar de su ubicación en el Capítulo de los derechos económicos.

No obstante, la Constitución venezolana, aunque de modo indirecto, sí contempla el novedoso derecho al ambiente y le ofrece, en consecuencia todo su régimen protector de los derechos humanos, notablemente el jurisdiccional, toda vez que en su Artículo 50 consagra, como principio básico de nuestro sistema de derechos humanos, la *regla del “numerus apertus”*. En otras palabras, para el ordenamiento jurídico fundamental que rige a Venezuela la enumeración de los derechos de la persona humana que en él consta de manera expresa, es meramente enunciativa.

Dice el Artículo 50: *“La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”*.

No quiso pues el Constituyente venezolano negar o desconocer la existencia, ni entorpecer la protección jurídica, de nuevos derechos que pudiesen surgir en razón de la natural evolución de la sociedad y su enfrentamiento a novedosos problemas.

Por supuesto, tales derechos deberán siempre revestir la condición de derechos humanos, vale decir, habrán de ser considerados como inherentes a la persona humana, como esenciales al respecto de la dignidad del hombre, como *garantía del ejercicio efectivo del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad humana*, como ocurre con el derecho procedural a la conservación del ambiente.

En el mismo orden de ideas se destaca que el derecho al ambiente no está expresamente previsto en una convención internacional aplicable a Venezuela. Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron ratificados mediante Leyes Aprobatorias publicadas en la Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 2.146 del 28 de enero de 1978, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo fue por Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial Nº 31.256 del 14 de junio de 1977, pero, como ya vimos, estos tratados no se refieren particularmente al derecho que nos ocupa. En cambio, no han sido ratificados tratados que sí consagran este derecho, como lo son el “Protocolo Adicional de San Salvador”, de 1988, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo.

Distinto, aunque no determinante, es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1990, ratificada mediante Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial Nº 34.541 del 29 de agosto de 1990, que de alguna manera se refiere al derecho de los niños a la salubridad ambiental.

Tampoco lo prevé expresamente la Ley Orgánica del Ambiente, ni otra ley general o especial, orgánica u ordinaria, o texto de inferior jerarquía.

Sin embargo, por los motivos expuestos anteriormente, este derecho humano existe en Venezuela, como lo ha admitido discretamente la jurisprudencia, tanto de los tribunales de instancia, como de la Corte Suprema de Justicia, aunque de manera tímida e incidental, como consecuencia de la consagración legal no sistematizada de los tres derechos humanos que confirman el contenido del derecho al ambiente.

Así, el Legislador y también el Reglamentador, como respuesta a las exigencias de un movimiento asociativo urbano-ambientalista cada vez han comprometido en la senda de la descentralización y la democracia directa, creando cada vez mayores posibilidades de información, participación y acceso a la justicia, a través de procedimientos jurídicos que facilitan la salvaguarda de los intereses públicos generales, colectivos y difusos, en especial la protección del ambiente.

Desde esta perspectiva mostraremos primero un parte de esa rica evolución normativa, para luego ocuparnos de la protección jurisdiccional del derecho al ambiente.

## **IV.2. EL DERECHO DEL HOMBRE AL AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA: LA INFORMACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN:**

La ley-marco o ley general que regula en Venezuela todo lo relativo al ambiente, estableciendo los principios básicos del Derecho Ambiental, es la *Ley Orgánica del Ambiente* del 16 de junio de 1976. El objeto de esta Ley es el de determinar y declarar de utilidad pública los principios rectores de la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente (Artículos 1 y 2).

El Artículo 3, destinado a precisar lo que ha de entenderse por conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, consagra el fomento de iniciativas públicas y privadas que *estimulen la participación ciudadana* en los problemas relacionados con el ambiente (Numeral 8). El establecimiento de un deber a cargo del Estado genera, como contrapartida, el nacimiento de un derecho consecuencial en provecho de los individuos. Queda así consagrado el derecho a la participación en materia ambiental, garantizado por procedimientos legales, de los que mostraremos algunos más adelante.

El derecho a la información también está presente en esta norma, primero porque *el derecho a la información es el corolario del derecho a la participación*: mal puede participarse eficaz y oportunamente en un procedimiento si se carece de un mínimo de información al respecto. Y segundo, en razón de que este Artículo se refiere, igualmente, a la orientación de *los procesos educativos y culturales* que fomenten una *consciencia ambiental* (Numeral 6), a la *educación y coordinación de las actividades de la Administración Pública y de los particulares en cuanto tengan relación con el ambiente* (Numeral 9) y a la promoción y divulgación de estudios e investigaciones concernientes al ambiente (Numeral 7).

De esta manera puede observarse la ilegalidad de que adolece el Artículo 13, Párrafo Primero del Decreto N. 2.213 del 23 de Abril de 1992, contenido del *Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Ambiente sobre Estudios del Impacto Ambiental*, cuando somete a la discrecionalidad (“cuando lo considere necesario”) del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables la promoción de procesos de revisión y consulta del proyecto y sus implicaciones ambientales mediante audiencia pública, lo cual es una obligación por mandato del Legislador. Distinto es el caso de la norma del Artículo 30

la cual, garantizando el derecho a la consulta pública” del Estudio de Impacto Ambiental y su correspondiente Declaración.

También en materia propiamente ambiental, la *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio* del 11 de Agosto de 1983, en sus Artículos 26 y 32, consagra la obligatoriedad de la participación no sólo inter-institucional, sino también de los organismos privados nacionales, regionales, estatales y municipales interesados, y de la colectividad en general, previa consulta, en la elaboración del Plan Nacional de Ordenación del Territorio, de los Planes Regionales de Ordenación del Territorio, de los Planes de Ordenación Urbanística, de los Planes Sectoriales y de los Planes de Ordenamiento de las Areas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), siendo que la ordenación del territorio comprende la protección del ambiente (Artículo 3, Numeral 9).

En igual sentido, la *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística* del 16 de Diciembre de 1987 dispone que uno de los objetivos fundamentales de los Planes de Ordenación Urbanística será la determinación de los estímulos para lograr la participación de los particulares en el desarrollo urbanístico (Artículo 17, Numeral 6).

Por otro lado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos del 1 de julio de 1981, aplicable notablemente a los procedimientos autorizatorios y de vigilancia y al control de la legalidad de los actos administrativos en sede administrativa, obliga a la Administración Pública a *notificar a los particulares* cuyos derechos subjetivos (ya vimos que el derecho al ambiente es uno de los derechos que revisten carácter esencial) o intereses legítimos, personales y directos pudiere resultar afectados, de la apertura de todo procedimiento, concediéndoles *oportunidad para participar* en la protección de sus esferas jurídicas subjetivas, sean individuales o colectivas (Artículo 48); o de todo acto administrativo de carácter particular que pueda igualmente afectar los derechos o intereses mencionados (Artículo 73).

Es de destacar, obviamente, que tales particulares también pueden provocar el inicio del procedimiento para la revisión de la legalidad de un permiso ya concedido y que en todo caso las decisiones administrativas que puedan afectarlos deben siempre serles comunicadas, a fin de garantizarles el derecho a la defensa y el derecho al debido proceso. En todo caso, acorde con el Artículo 59, y en garantía del derecho a la información, los particulares podrán acceder a los expedientes adminis-



trativos de su interés, con derecho a examinarlos en cualquier estado o grado del procedimiento, leerlos, copiarlos y hacerlos certificar.

En idéntico orden de ideas, la *Ley Orgánica de Régimen Municipal* del 15 de junio de 1989 dispone que los vecinos tendrán derecho a *participar en la gestión municipal* (Artículo 167), por lo que “Los Municipios y Distritos deben *suministrar la más amplia información sobre su actividad y promover la participación de todos los ciudadanos en la vida local*” (Artículo 168). Además, dentro de la competencia del Municipio encontramos la “*protección del ambiente y la cooperación con el saneamiento ambiental*” (Artículo 36, Numeral 10).

Ahora bien, dentro de los mecanismos específicos que consagra esta Ley encontramos lo siguiente: “todos los ciudadanos tienen *derecho a consultar los archivos y registros de los Municipios, así como a obtener copias o certificaciones de las decisiones*” (Artículo 169); los Municipios deben favorecer el desarrollo de las Asociaciones de Vecinos destinadas a la defensa de los intereses colectivos, con derecho a participar en la gestión municipal y a obtener la más amplia información sobre las actividades municipales (Artículo 170); se realizarán *cabildos abiertos periódicos donde el público podrá formular preguntas, opiniones y propuestas* (Artículo 171) las Asociaciones de Vecinos u otras igualmente representativas gozan de *iniciativa legislativa* (Artículo 174); los vecinos pueden lograr que los proyectos de ordenanzas u otros asuntos de interés colectivo se sometan a *consulta por la vía del referéndum* (Artículo 175); instalación de *comisiones de vecinos para vigilar* el funcionamiento de los servicios públicos (Artículo 180); etc.

Finalmente, en materia específicamente ambiental, cabe destacar el Decreto Nº 1.221 del Presidente de la República, de fecha 2 de noviembre de 1990, contentivo del *Reglamento de Guardería Ambiental*, en el que se aseguran *los derechos a la información y a la participación*.

Por *guardería ambiental* se entiende la actividad tendente a la prevención, vigilancia, examen, control y sanción de las acciones u omisiones que directa o indirectamente sean susceptibles de degradar el ambiente. Dentro de los *órganos auxiliares del servicio de guardería ambiental*, el Decreto menciona a las Asociaciones de Vecinos, las Juntas para la Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente, los Comités Locales Conservacionistas, las ligas contra incendios y los demás órganos y asociaciones de participación ciudadana

A tales órganos auxiliares se les asignan las siguientes atribuciones: denunciar ante las autoridades administrativas y judiciales los hechos dañosos al ambiente, *participar en los procedimientos administrativos* de su interés, planificar y *ejecutar* actividades de gestión ambiental, *colaborar* con la administración y la policía en la protección ambiental, etc.

Sin embargo, *no se ha implementado un registro* que centralice y ponga a disposición de estos órganos auxiliares toda la Información relativa a los permisos y autorizaciones que se hayan emitido, o estén en trámites, por lo que en la práctica se dificulta en extremo, por no decir que se imposibilita completamente, la labor de control preventivo de las actividades capaces de alterar perjudicialmente al ambiente.

En realidad, tal y como si este reglamento no existiese estos entes quedan limitados a la reacción puntual frente a un fenómeno de contaminación que afecte la salud pública u otro interés colectivo. *Existe el derecho, pero fallan las garantías para su ejercicio.*

Sin lugar a dudas se trata de un buen ejemplo de los que queremos mostrar aquí como experiencia normativa, en cuanto a la creación de procedimientos legales para el ejercicio del derecho a la conservación ambiental.

### **IV.3. EL DEBIDO PROCESO AMBIENTAL EN VENEZUELA**

Hablemos ahora, para terminar, del derecho de acceso a la justicia en el campo del derecho al ambiente. Ante todo es menester señalar que la jurisprudencia, en general, se ha mostrado opuesta a admitir la acción en justicia, cualquiera sea la pretensión del actor, cuando ésta persigue la tutela jurisdiccional de intereses generales, difusos o colectivos, habiendo sido instaurada por individuos u Organizaciones No Gubernamentales no autorizadas legalmente para actuar en defensa del interés general.

De modo que son muy pocos los casos en los que se ha logrado que la consciencia ambiental y la creatividad del Juez ponga en juego la *responsabilidad civil* del depredador ambiental, en virtud del peso y la interpretación tradicional del conocido adagio según el cual “en ausencia de interés, no hay acción”, enunciado en nuestro *Código de Procedimiento Civil* de 1986, Artículo 16: “Para proponer la demanda el actor

debe tener interés jurídico actual". Por esto, muchas veces se ha preferido recurrir al Ministerio Público, para que sea éste quien accione en justicia.

En todo caso, resulta notorio que la ausencia de reconocimiento legal expreso del carácter popular de la acción ambiental en justicia no debería ser un obstáculo para la admisión de las demandas. Se requiere una nueva lectura de la norma procesal. En efecto, por ninguna parte la norma adjetiva transcrita requiere que el interés sea individual, necesita que sea jurídico y actual, lo cual no está en discusión. Además, no debe perderse de vista que en esta materia se trata de obtener la tutela judicial de un derecho humano, no de un mero interés simple o legítimo.

Esta aparente limitación legal al carácter popular de la acción ambiental en justicia también ha interferido en otras áreas del derecho, además de la civil, en razón de la supletoriedad y/o la ratificación de esta norma adjetiva en todo el ordenamiento procesal, como lo veremos. Pero, más adelante se mostrarán casos en los cuales el derecho positivo consagra mecanismos de acceso comunitario a la justicia.

Por lo que respecta a la *responsabilidad penal*, cabe destacar que la *Ley Penal del Ambiente* del 3 de enero de 1992 no prevé la constitución, como parte civil, de las organizaciones No Gubernamentales. Sin embargo, la acción penal ambiental es pública (Artículo 20) y ello podrá llegar a significar un arma persuasiva de importancia en manos de tales organizaciones, cuando actúan como auxiliares de guardería ambiental. Esta Ley consagra también la obligación, para el Ministerio Público, de ejercer la acción civil derivada de los delitos ambientales (Artículo 21).

En cuanto al *control de la constitucionalidad de las leyes* rige la acción popular, ya que tal como lo ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia patrias, según el Artículo 112 de la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* del 30 de julio de 1976, para nuestro ordenamiento jurídico basta un interés simple, aunque particularizado, en el accionante. Esto es fundamental, toda vez que, como ya dijimos, el derecho al ambiente está implícitamente consagrado en la Constitución.

En lo relativo al *control de la legalidad de los actos administrativos*, es el caso que nuestro derecho exige, en principio, que el accionante o interviniente haya sido afectado en sus derechos, como lo dispone el Artículo 121 de la indicada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Al comienzo este requerimiento motivó que la jurisprudencia, en ausencia de afectado directo, considera que la protección al ambiente

# **Los principios del derecho procesal agrario venezolano y su integración con los principios del derecho procesal civil**

Josafat González López

## **Sumario**

Consideraciones preliminares.

- I. Fundamento de la existencia de Procesos Especiales: -La unidad de Jurisdicción - Especialización de la Jurisdicción Civil -Los principios del Derecho Procesal Civil. -Condicionalidad y vinculación como características de los principios que regulan el proceso civil. -Necesidad de la aplicación armonizada de los principios del Derecho Procesal Civil y los que resultan propios de las materias especiales
- II Principios del Derecho Procesal Agrario: Sustantivo - Adjetivo - Principios del Derecho Procesal Judicial Agrario - Condicionalidad y conexión de los principios del Derecho Procesal Agrario con los principios del Derecho Procesal Civil.
- III Aplicación de los principios del Derecho Procesal Judicial Agrario y su condicionalidad y conexión con los principios del Derecho Procesal Judicial Civil. Examen de los principios fundamentales. Justicia Distributiva. Poderes Especiales del Juez. Ampliación del elenco probatorio.
- IV Poderes del Juez Agrario.
- V Código de Procedimiento Civil único.

## **Consideraciones preliminares**

El objeto de este ensayo no es otro que el de procurar destacar los inconvenientes derivados de la indebida práctica procesal de pretender aplicar a raja tabla las consecuencias derivadas de la “especialidad” del Derecho Agrario, (sustancial y adjetivo), y al amparo de lo cual se quiere sustentar la existencia de una radical oposición entre los principios que regulan nuestro Procedimiento Civil ordinario, modelo paradigmático que respeta inclusive la normativa procesal agraria ( Artics. 17 de la LOTPA y 20 de la LOTPT) con los que particularmente regulan esa rama “especial”.

En oportunidad de meditar sobre dicho tema en el curso de una especialización que cursé, he llegado a la conclusión que entre las tesis que pretenden dar solución a dicha problemática, debe prevalecer la sustentada por el Dr. Román José Duque Corredor, conforme la cual debe deducirse la conveniencia de mantener la posición que se contrapone a la radical postura de que “prive la especialidad del proceso agrario” por sobre los principios que rigen el proceso civil ordinario.

Duque, opta por recomendar una “integración entre los principios que regulan esos procesos especiales y las atenuación y modificación de los principios generales procesales” postura que nos atrevemos a defender, en adición, para sustentar la imperiosa necesidad de luchar por la conveniencia de un proceso único, prototipo y evitar la predominante y lamentable actitud de favorecer la proliferación de múltiples procesos especiales.

## **I. Fundamento de la existencia de procesos especiales**

### **1. LA UNIDAD DE LA JURISDICCIÓN**

No podemos analizar el tema propuesto sin citar la Exposición de Motivos del nuevo Código de Procedimiento Civil, Título Preliminar, que define y consagra el principio de la *Unidad de Jurisdicción* de una manera clara y terminante.

Arístides Rengel Romberg, co-redactor del nuevo, defiende esta idea y la expone textualmente en su obra.<sup>1</sup> En ello resulta por igual coincidente otro de los co-autores del citado instrumento legal, Leopoldo Márquez Añez<sup>2</sup>, cuya opinión por ser particularmente relevante a lo que sustentemos en el presente estudio, nos permitimos transcribir:

“El principio de unidad de jurisdicción al que se refiere la primera parte del artículo 1º del nuevo C.P.C., envuelve,... una aspiración a futuro,... ciertamente la proliferación de jurisdicciones especiales es un índice de la quiebra del procedimiento ordinario, y un factor perturbador de la actividad jurisdiccional en general considerada. El fenómeno de las jurisdicciones especiales... que siempre reaparece en la historia en los períodos de crisis del Estado, se debe en gran parte al empuje del nuevo derecho que, sin formularse aun en leyes y no encontrando su reconocimiento en las sentencias de los jueces juristas, necesariamente fieles al derecho codificado, busca en la específica competencia de los jueces técnicos una vía de evasión y una puerta de escape. Pero esas magistraturas especiales, que no sin razón se consideraron en momentos de renovación del Estado como las válvulas de seguridad del ordenamiento jurídico, tienen una función siempre transitoria y contingente, y su misión termina cuando el nuevo derecho, libre ya de los lazos tan combatidos por la jurisprudencia, se afirma victorioso en la nueva codificación... la unidad de la jurisdicción significa precisamente actuación del precepto general según el cual cada ciudadano es igual ante la ley y, por consiguiente, que cada uno puede obtener justicia del mismo juez”.

La tendencia mundial de los nuevos ordenamientos procesales impulsadas por las corrientes de las uniones económicas de entes estatales a niveles supranacionales no es otra que la procura de la unificación y simplificación de los sistemas e instituciones jurídicas, y entre ellos la definida búsqueda por lograr ordenamientos uniformes, con ello igualmente se observa en lo internacional y en lo interno, la tendencia por procurar un modelo único de Código de Procedimiento, y en él , a su vez, la entronización de un modelo tipo de procedimiento, todo con la aspiración de lograr así la unidad de la jurisdicción .

En las VIII Jornadas Iberoamericanas del Derecho Procesal (Ecuador 1982), se nombró una comisión para que “formulen el proyecto definitivo del Código de procedimiento Civil Tipo para Iberoamérica y un proyecto

1 RENGEL ROMBERG, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo I, pág. 34.

2 MÁRQUEZ A—EZ, Leopoldo: *El Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Pág. 104.

igual para materia penal”. Ambas comisiones presentaron sus anteproyectos en la IX Jornadas (Brasil 1988) y la Secretaría del instituto iberoamericano de Derecho Procesal, ha dado publicación a dichos proyectos<sup>3</sup>.

Pienso que la idea recogida por ese modelo, debe entenderse que abarca por igual a la regulación de todos los procesos y las instituciones que los mismos alcanzan, extendiéndose sus propósitos por igual a todas las ramas especiales del derecho, sin excluir por supuesto las que atienen al derecho social.

Como lo destaca el profesor Márquez Añez, la aspiración de un futuro debe ser la de “Un solo Código Procesal Civil” ... una vez que se logre un procedimiento ordinario simple, ágil y eficaz ...”<sup>4</sup>.

## **2. LA ESPECIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.**

Entre nosotros, a pesar de lo expresado en la propia exposición de motivos del C.P.C., que proclama la unidad de la jurisdicción civil, se deja a salvo la existencia de algunas jurisdicciones especiales.

Esa aparente contradicción la analiza acertadamente Duque Corredor quien explica el comentado fenómeno refiriéndose a que el nuevo Código optó por consagrar el principio de la “unidad procesal del Derecho Civil y su especialización respectivamente”, aclarando que: “el legislador prefirió comenzar precisando el carácter del Juez Civil y por excelencia el del ordinario; pero previendo que una ley especial pueda encomendar la jurisdicción civil a otros jueces, en cuyo caso, tanto los jueces civiles ordinarios como los especiales, quedan sometidos a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”.

Destaca el comentado autor, que tan cierto es cuanto se afirma que al vincular la jurisdicción con la competencia, el legislador, antes que separar de manera autónoma la jurisdicción ordinaria de la especial, determinó que ‘por reglas de la competencia, la jurisdicción se especializara en lugar de dividirla en varias diferentes. Al respecto concluye: « Por definición, la jurisdicción civil, según el artículo en comentario ( artículo 1), se contrapone a la Penal, a la de derecho público , a la Constitucional y a la Contencioso Administrativa, pero no a las que constituyen

---

3 RENGEL ROMBERG, Arístides: Obra y tomo citados, pág. 65.

4 *Opus cit*, p. 104 ss.

especialidades de la civil, tales como la del trabajo, tránsito terrestre, la agraria, la de menores y familia. Por tanto, estas especialidades de la jurisdicción civil, quedan reguladas por el nuevo Código de Procedimiento Civil en lo que propiamente no constituya su especialidad procesal...”<sup>5</sup>

O sea, que el C.P.C. fundamentalmente consagra el principio de la unidad procesal y antes que separar la jurisdicción ordinaria de la especial, determinó que la jurisdicción se especializará en lugar de dividirla en varias diferentes.

En otra de sus obras,<sup>6</sup> sostiene que el derecho procesal agrario no es independiente totalmente del proceso civil y que no obstante estar regulado dicho proceso por los principios de «concentración y brevedad» aquél no llega a alcanzar el rango de un sistema judicial autónomo, concluyendo al respecto: «...y puede decirse que lo fundamental del proceso agrario lo es la competencia, los tribunales y las atenuaciones y modificaciones de los principios generales procesales, porque su procedimiento es un desprendimiento del procedimiento civil, y por lo tanto, no podrá olvidar su origen común».

### 3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

A) Definición: Siempre se enumeran y explican separadamente los principios del proceso civil, pero sin dar una definición de los mismos y establecer diferencias necesarias para darles una identificación o reconocimiento como instituciones del proceso, razón que nos obliga a procurar definirlos así:

“Son reglas generales ordenadas, no absolutas, de interpretación y aplicación, contenidas en normas procesales vigentes que se siguen como orientación para unificar y facilitar el desarrollo del proceso”.

B) Diferencias y afines: Afirmamos con apoyo, de la opinión de Couture, copiada al final de esta sección, que los principios del derecho procesal civil “no son absolutos”, como pasa con los mandatos constitucionales, que “no son principios”, sino que constituyen “mandamientos absolutos”.

5 DUQUE CORREDOR, Román: *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Pág. 36.

6 Mismo autor. *Derecho Procesal Agrario*, Edit. Jurídica Venezolana, p. 191.



Los principios que regulan el proceso, son como un objetivo para conseguir un fin en el proceso, operan como orientaciones generales que da la ley para regular su desarrollo; en cambio, los mandamientos constitucionales no son orientaciones sino órdenes cuyo cumplimiento no puede evadirse nunca, por eso, porque son mandamientos impretermitibles.

Esta diferencia es preciso tenerla muy en claro para poder concluir, como resulta imprescindible, en que los principios procesales, son objetivos destinados a la obtención de un fin, deben operar como orientaciones a seguir para procurar el mejor logro del proceso, y fundamentados en la realidad del mundo que trata de regir la ley, y como esa realidad, es esencialmente mutable, cambiante de manera constante, tales principios no pueden ser interpretados y aplicados en forma rígida, sino que el Juez y quienes pretenden invocarlos, tienen que adecuarse y adecuar aquellos a esa realidad a través del derecho, de tal manera que los principios del derecho procesal están sujetos a la condicionalidad de la realidad a través de la ley.

Tal interpretación coincide con las ideas de Couture<sup>7</sup> quien precisa al respecto:

“La enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse en forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada o imprevisible de la ley. Pero la repetición de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones”.

#### **4. CONDICIONALIDAD RECÍPROCA E INTERCONEXIÓN COMO CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO CIVIL**

Cada autor enumera y califica distintamente los principios del derecho procesal civil, los describe separada y particularmente como si naturalmente estuvieran muy alejados los unos de los otros, olvidando imprevisiblemente que no pueden ser objeto de aplicación aislada, que solo se obtiene el fin perseguido con ellos cuando se los considera en su

---

7 COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, págs. 181 y sgtes.

conjunto, interconectados, los unos con los otros, como un todo, y con miras a obtener el fin último del Derecho Procesal.

Si se pretende juzgar una determinada situación a la luz de un concreto y aislado principio, con ello se estará sacrificando la aplicación, sin justificación, de otro. Por ejemplo, cuando se pretenda que una determinada situación debe juzgarse a la luz del principio de la “brevedad”, no se lo podrá hacer conculcando totalmente el principio de “igualdad” so pena de crear indefensión o falta de seguridad jurídica. Por igual ocurrirá si lo hacemos con otro cualquiera de los demás principios.

Tal como lo veremos más adelante, al analizar en concreto los principios que regulan el proceso civil y compararlos con los que regulan el proceso agrario, veremos que aún cuando algunos aparecen como contrapuestos, tal contradicción es solo aparente, derivada de la simple terminología con la cual se los identifica y por el contrario observaremos que entre los unos y los otros existe estrecha compenetración y adecuación .

Tal contradicción es pues, solo aparente, y se pondrá en evidencia con mayor o menor intensidad, dependiendo de las situaciones concretas de que se trate, pero sin que con ello en modo alguno pueda afirmarse que entre los mismos existe un definitivo divorcio, requiriéndose, por el contrario de lo que demuestra esa apariencia, la aplicación armoniosa de todos para obtener la mas adecuada y eficaz solución del caso concreto.

## **5. NECESIDAD DE UNA APLICACIÓN ARMONIZADA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL Y LOS QUE RESULTAN PROPIOS DE LAS MATERIAS ESPECIALES**

Es esa y no otra la posición que debe adoptarse a la luz del concepto de “unidad de la jurisdicción y su especialización” a que se aludió al inicio de estos comentarios, conforme al cual : “los jueces especiales en material civil quedan sometidos a disposiciones del C.P.C.”, y que los principios que a éste regulan resultan aplicables en los procesos destinados a las demás ramas especiales, en lo que propiamente no constituyan su especialidad procesal», y por eso debe concluirse afirmando, que, en los procedimientos judiciales especiales, son aplicables todos los principios del derecho procesal civil general, aun cuando por las circunstancias concretas de la especialidad de que se trate, aquellos sea menester

adecuarlos y utilizarlos en una forma atenuada, o con ciertas modificaciones derivadas de algunas particularidades del caso concreto de que se trate.

Conforme a lo dicho, resulta que cualquier posición contraria a lo antes expresado o cualquier decisión que se adopte en un proceso judicial especial con prescindencia de lo afirmado precedentemente, será violatoria del enunciado postulado de la “unidad de jurisdicción”.

## **II. Principios del derecho procesal agrario**

### **1. DERECHO AGRARIO SUSTANTIVO**

La existencia del Derecho Agrario como rama especial, es innegable y su reconocimiento como tal fue posible por el esfuerzo y estudio de algunos hombres preocupados por la cuestión social de nuestro mundo y tiempo, que exigieron el reconocimiento, entre otros aspectos, de la injusta distribución de los elementos naturales requeridos para garantizar la adecuada producción de alimentos y la necesidad de morigerar las diferencias existentes entre propietarios de la tierra y efectivos explotantes de la misma.

La puesta en vigencia de la Ley de Reforma Agraria y otras normativas relacionadas con los problemas agrarios, son ejemplo de la presencia innegable de esa rama especial del derecho. Independientemente de los resultados que con aquellas se hayan obtenido y el poco o mucho beneficio logrado en la sociedad, es indiscutible la presencia de esa rama especial del derecho. Aquellas consideraciones escapan a la ciencia del Derecho, y las distorsiones producidas más bien resultan producto de la inadecuada aplicación de los principios de esa nueva ciencia o de la indebida aplicación que se ha dado a algunas de sus instituciones, bajo la mira de otros fines ajenos a la legalidad y la justicia, todo lo cual significa que quizá ameriten un reexamen de las mismas, más a la luz más de otras ciencias que bajo la óptica del Derecho.

Resulta insólito e inexplicable, que aún hoy los redactores y cultores de ley de reforma Agraria, todavía no hayan abandonado el errado criterio de pretender que el único fin de dichas regulaciones sea el de la sola protección de la clase campesina, la protección de su vida y actividad, en todas sus alternativas, desde su gestación hasta sus

funerales, olvidando que las mismas por igual tienen que tener por norte y ser interpretadas con fundamento a la actividad agroproductiva, al beneficio general del país, y a las circunstancias y condicionamientos existentes para una determinada época.

Si bien en los momentos en que se promulgaron dichos ordenamientos, la dotación agraria y las expropiaciones resultaban instituciones adecuadas para producir los cambios sociales que ellas perseguían, hoy puede decirse que son obsoletas.

## **2. DERECHO AGRARIO ADJETIVO**

Instituido cabalmente el derecho agrario sustantivo, fue menester proveer del brazo armado que proveyera a su defensa y consecución de los fines del mismo, con ello apareció el Derecho Agrario Adjetivo, al cual ha costado mayor esfuerzo obtener su reconocimiento como rama especial del procesal civil y lograr la fijación de algunos conceptos propios para su aplicación.

Existen un conjunto de reglas de procedimiento típicamente agrarias, de obligatorio cumplimiento por los jueces agrarios, contenidas en la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, lo que nos pone de manifiesto que el derecho procesal agrario está instituido y vigente, siendo también ineludible admitir que como rama aún en formación, resulta deficiente en algunas de sus instituciones, confusa aún en algunos aspectos, lo que motiva con frecuencia errores en su aplicación e interpretación y que en definitiva hasta provocan evidentes injusticias.

El 20 de abril de 1976 se promulga la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios y la misma se reforma en 1982, corrigiéndose muchos de sus defectos y errores, referidos principalmente a lo que como tal debe reputarse es materia propia de lo agrario, normas que deben regular lo relativo a la tramitación y decisión de las controversias agrarias y determinación de los poderes especiales conferidos al Juez Agrario.

Comienza a aplicarse la ley con su reforma, con resultados más o menos aceptables, pero con muchas discusiones y discrepancias en cuanto al motivo de su especialidad, excesos en la aplicación *de los principios que regulan el derecho agrario* y la indeterminación de postulados que permitieran fijar criterio definitivo para precisar cuando

eran de aplicación las reglas bien de la normativa agraria, o bien del proceso común en cuanto lapsos y términos, razón por la cual, aún hoy tanto la jurisprudencia como la doctrina se debaten en criterios contrapuestos.

En su obra, como ya lo comentamos, el tantas veces citado autor, Román José Duque Corredor<sup>8</sup> se refiere a las dos tendencias actuales en cuanto a la aplicación del derecho procesal agrario, comentándolas y aportando sus observaciones en cuanto a ellas, una, la prevalencia de la especialización y primacía de las leyes procesales laborales y agrarias por el hecho de ser especiales, otra, la de integración (y hasta unificación), que propugna la aplicación fundamental de la mayoría de las normas procesales civiles, y justificando la aplicación de aquellas normas expresas procesales agrarias y laborales, solo en lo que propiamente constituyan especialidad.

Como lo destacamos, es a esta última posición a la que se adhiere Duque, quien al respecto destaca:

“Por mi parte, antes de aparecer estas dos tendencias, apuntalé para el proceso agrario una posición de integración del nuevo proceso con el agrario”.<sup>9</sup>

Es indudable que la aplicación mas integral y racional de los principios del derecho procesal agrario, en particular, y del derecho procesal en general, aunado a que ello se lo hiciera con criterios menos técnicos y mucho mas procesales, contribuirían a la creación y desarrollo del verdadero derecho procesal agrario, con lo cual se subsanarían o eliminarían, en mucho, los problemas derivados de la aplicación y fijación de los “lapsos y términos” dentro de aquellos procesos.

### **3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO**

A) Enumeración: Israel Argüello Landaeta<sup>10</sup> señala como los principales, su carácter predominantemente inquisitivo, su no formalismo, el predominio de la concentración (que deviene a su vez en otros tres:

---

8 *Apuntaciones*, p. 36 ss.

9 *Opus cit*, p. 33.

10 Argüello Landaeta, Israel, *Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios*, p.17 ss.

economía, celeridad e intermediación procesales) su gratuidad y los poderes especiales cautelares.

Duque Corredor<sup>11</sup> hace énfasis, en cambio, en su gratuidad, la no formalidad, oralidad, concentración y brevedad, intermediación, sana crítica en la aplicación de las pruebas y el conferimiento de poderes especiales al Juez, que le permiten su actuación de oficio.

B) Fines: El Derecho Agrario y su Proceso, procuran esencialmente por un fin social: el triunfo de la Justicia Agraria, cuestión que no es de la esencia del derecho civil ni de su proceso, de tal manera que los fundamentos que deben tomarse en cuenta para caracterizar aquél tienen que variar frente a los del proceso ordinario, sin que por ello signifique que los principios que lo regulen estén totalmente en contradicción con los que deben aplicarse en el otro.

Es ello lo que justifica que en la normativa procesal agraria y en las normas sustantivas de dicha especialidad se contemplen una serie de modalidades especiales bajo las cuales deben cumplirse determinados actos e instituciones procesales, que privan sobre actos e instituciones del proceso civil.

C) Reglas de aplicación de tales principios. La inter-relación.

El nuevo C.P.C. consagra una serie de principios que se ajustan a esas modalidades especiales exigidas por el derecho procesal agrario, que son concretamente: gratuidad, simplicidad formal, oralidad, concentración, brevedad, los que a su vez son elementos que caracterizan al proceso agrario lo cual de por sí ya pone de manifiesto la inexistencia de esa tajante división o diferencia entre una y otra rama del Derecho Procesal.

Quiere decir pues, que por el contrario de lo que algunos han pretendido hacer observar como motivos de diferencias entre el Proceso Civil ordinario y el especial agrario, al destacar esas aparentes diferencias entre los principios que regulan una y otra clase de procesos, no constituyen ellos causas de diferencias radicales y lo prudente resulta procurar aplicarlos en forma coherente e inter-relacionar los unos con los otros, cuando con ello se obtengan los mismos resultados perseguidos

---

11 *Opus cit.* p. 33 ss.

por el Legislador, tal como lo hemos dejado sentado antes y conforme lo que examinaremos en los siguientes párrafos.

#### **4. CONDICIONALIDAD Y CONEXIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL**

Si comparamos los principios del derecho procesal agrario, con los principios del derecho procesal general civil, vemos que algunos son aparentemente opuestos, contrarios o contrapuestos, en cuanto a terminología, pero aparte de esa aparente y gramatical contrariedad u oposición, hay también una adecuación o una adaptación de los unos con los otros que permite así regular adecuadamente esas situaciones y materias que constituyen especialidad dentro del primero de dichos procesos para procurar el logro de la justicia social.

Siguiendo a Couture<sup>12</sup> podemos destacar como principios que regulan el proceso civil los siguientes: El de igualdad, el dispositivo, el de economía, el de probidad, el de publicidad, el de preclusión, el de concentración, el de inmediación, y el de oralidad.

Para Duque Corredor<sup>13</sup>, por igual lo son: el de unidad y especialidad, el de brevedad, el de inderogabilidad de la competencia, el de irretroactividad, el de primacía del orden público, el de legalidad formal, el del interés procesal, el del impulso procesal a cargo de las partes para su inicio, (dispositivo), los de igualdad y de defensa, el de publicidad, los de lealtad y probidad, el de que las partes se mantienen a derecho una vez citadas, el de especialidad procesal, el de responsabilidad personal de los jueces, y el de la no firmeza de las decisiones dictadas en lo no contencioso.

Es preciso igualmente hacer algunas precisiones, así, literalmente examinados, encontraremos que de acuerdo con el significado de las palabras, gratuidad se opone a oneroso, a la no perención se opone preclusión, a lo inquisitivo se opone el poder dispositivo, a lo formal se opone la libertad de actuar.

También observaremos que algunos de aquellos principios, tales como los de concentración, brevedad, oralidad e inmediación, instituidos

---

12 *Fundamentos*, p. 293 ss.

13 *Apuntaciones*, p. 35.

como guías reguladoras del procesal agrario ya encuentran por igual reconocimiento en el nuevo código de procedimiento civil , lo cual nos pone de manifiesto , no la pérdida de vigencia o derogatoria tácita de los que regulan el proceso ordinario civil cuando se trate de casos relacionados con lo agrario, sino que rigurosamente aplicados, impedirían lograr los resultados perseguidos con la naturaleza especial del proceso agrario cuyo fin, es el obtener la Justicia Agraria, y por ello es menester el que aquellos se adecúen y adapten a las fines de esa nueva rama del derecho en creación y desarrollo, para caracterizarla y darle mas fisonomía.

Veremos por igual, en otras ocasiones, que la operatividad de algunos de dichos principios, permite o facilita , a su vez, el logro de los efectos de otros, por ejemplo, el de oralidad, facilitará obtener la inmediatez, concentración y brevedad, con iguales consecuencias, tanto en una como otra de las modalidades del proceso ordinario o especial.

De todo lo anterior podemos concluir destacando que ni los principios del proceso general ni los del proceso especial son absolutos, ni puede permitirse derivar de ellos consecuencias de tal índole .

Nuestra anterior afirmación concuerda con la posición adoptada por el tratadista Luis M. Ponce de León A<sup>14</sup> quien al estudiar los principios del derecho procesal agrario, destaca: “Estos principios no son absolutos, tienen sus excepciones; sin embargo, delimitan y caracterizan el derecho procesal agrario como un sector autónomo de la ciencia jurídica”.

Concluyo pues afirmando, que si bien es cierto que tanto el derecho procesal civil general, como sus diversas especialidades tienen principios generales característicos, la realidad del derecho procesal actual hace que aquéllos y éstos, por no ser absolutos, se acoplen y alíen para el mejor logro de los fines del derecho procesal.

---

14 PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis M., *Derecho Procesal Agrario*, México, Ed. Trillas, 1988 ,p. 96 y sigtes.



### **III. Aplicación de los principios del derecho procesal agrario y su condicionalidad y conexión con los principios del derecho procesal civil**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Sin que por ello desmerezcamos otras posiciones, adoptaremos la enumeración que hace el Dr. Duque Corredor de los principios del derecho procesal agrario<sup>15</sup> por estimarla la más adecuada en razón de su sencillez y el que la misma facilita el análisis de aquellos, sin embargo, considero conveniente añadir otros dos, uno el del predominio de los fines de la Justicia Distributiva al cual refiere Luis M. Ponce de León Armenta<sup>16</sup> y otro, el de los especiales poderes conferidos al Juez Agrario.

#### **2. EXAMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE ALGUNOS DE DICHS PRINCIPIOS**

##### ***Gratuidad***

A La vigencia de este principio en el proceso agrario, se consagra a través de la remisión que hace el art. 17 de la L.O.T.P.A. al art. 15 de la L.O.T.P.T

Tiene que ser así, no se concibe que un proceso encaminado a la consecución de un fin de la justicia social, la Justicia Agraria, cuyos beneficiarios son débiles económicos, pueda cumplir su cometido sin que en el mismo prive la gratuidad para ejercerlo.<sup>17</sup>

El proceso civil se caracteriza por ser oneroso y el agrario por la gratuidad, lo que constituye evidentemente una diferencia en cuanto a

---

15 *Opus cit.*

16 *Opus cit.* p. 294.

17 Es preciso destacar que en la última reforma de la Ley de Arancel Judicial, se impuso el carácter oneroso de las actuaciones cumplidas en el proceso agrario, cuando las mismas son cumplidas por partes a quienes no benefician las características de "sujetos de protección agraria", lo cual si bien puede parecer justo, desde un punto de vista meramente conceptual, no parece lo deseado por el constituyente al propugnar la igualdad de la justicia. Esta en nuestro criterio, por esencia ,debe ser gratuita.

los principios; sin embargo, hay muchas nuevas disposiciones en el proceso civil, que consagran la gratuidad de ciertas actuaciones, lo que quiere decir que se está imponiendo el principio de la gratuidad, de tal manera que de ello no deriva un marcado divorcio entre sendos tipos de procesos.

### **No formalidad y oralidad**

En el proceso agrario, los actos que se realicen, no tienen que ser solemnes para conseguir el fin perseguido. No es necesaria la formalidad extrema en esos actos, para confirmar su validez, bastará que exista de autos alguna constancia de su ejecución y en la manera como se los cumple, de tal manera que de ello pueda apreciarse que se ha logrado el fin con ellos perseguido.

Ahora bien, para poder garantizar la certeza de tales efectos, debe de alguna manera proveerse un medio ad hoc que permita juzgar su efectiva y debida ejecución, esto es que quede un rastro, y ello se lo logra a través de que exista en autos constancia escrita de cuando y como acontecieron, sin que por ello se persiga solemnidad alguna.

Se trata de una atenuación o adecuación del principio de la formalidad con lo cual a su vez se provee a la necesidad de celeridad.

El derecho procesal judicial venezolano, no ha encontrado otro medio más eficaz para atenuar la formalidad que el de la representación escrita de los actos, razón por la cual el derecho procesal judicial agrario continúa siendo escrito ya que se sigue el procedimiento de la L.O.T.P.T.

Esa necesidad de adaptación o adecuación de los principios que rigen los procesos generales y los especiales ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, quien aboga por la oralidad, sin dejar de reconocer la necesidad de la forma escrita.<sup>18</sup>

“...la oralidad opera fundamentalmente en el campo de las pruebas y que no se opone a la formulación escrita de la demanda y su contestación, ni a las argumentaciones técnico-jurídicas de las partes respecto de la interpretación de las normas, y los documentos, pues en estas áreas el método verbal trae consigo ciertos inconvenientes (dificultad de precisar la materia procesal, falta de oportunidad para

18 ZELEDON Z. Ricardo, “Proceso Agrario comparado en América Latina”, p. 129, citado por Duque C en *Derecho Procesal Agrario*, p. 171 y Figallo A. Guillermo, *El Proceso Agrario*, citado también por Duque, opus cit. p. 171.

la meditación y el estudio de las argumentaciones). La oralidad no persigue la prisa sino una búsqueda mas efectiva de la verdad objetiva, a la vez que reduce a lo mínimo los formalismos, todo lo cual trae consigo como efecto complementario la simplificación, de celeridad del proceso”.

### ***Concentración y brevedad***

Este principio, de la concentración y brevedad se logra con la cooperación y efectividad de otros de los que rigen el proceso, concretamente con los de no formalidad y la oralidad. El mismo se pone de manifiesto en la abreviación de los actos y términos en el proceso agrario y se cumple con la aplicación del procedimiento de la L.O.T.P.T.

### ***Inmediación***

Dicho principio está muy ligado a los de oralidad y concentración y logra su cometido imponiendo al juez estar presente en todos los actos del proceso y le prohíbe delegar sus actuaciones en otros jueces. En nuestro sistema, no deja de ser una mera enunciación, pues por igual se permite en la normativa procesal ordinaria y en la agraria el que los jueces puedan dar comisión a otros jueces.

Un paso de avanzada dentro de la corriente de modernización del derecho procesal común, lo constituye la reciente regulación que impide a los jueces ordinarios dar comisión para ciertos actos de pruebas, regulaciones estas, que, aún sin estar expresamente contempladas en el ordenamiento del proceso agrario, le son aplicables, precisamente por razón de los postulados de integración y adecuación, con los cuales deben ser interpretados los principios que rigen una y otra clase de procesos.

### ***Actuación de oficio***

En el decurso de los procesos agrarios el Juez tiene el reconocimiento de la Ley para actuar asumiendo su dirección e impulsándolo para llegar a su más pronta terminación, procurando la celeridad del mismo, sobre todo en trámites, actuaciones y pruebas, poderes que deben ser ejercidos prudentemente, de tal manera que no incurra en violación de otros principios.

En el proceso civil, a pesar que predomina el principio dispositivo, conforme al cual solo las partes tienen a su cargo el impulso del proceso, cada vez más se reconocen al Juez poderes de dirección e impulso, muestra de lo cual son las expresas disposiciones contenidas en el NCPC ( arts. 398, 405, 428, 451, 472, 503 y 504) que confieren al Magistrado facultades especiales para lograr el fin último del proceso, la verdad; de manera que el principio dispositivo va adecuándose y moldeándose con tendencias cada vez más marcadas a lo inquisitivo.

### **3. Otras consideraciones**

Se omite la revisión de otros principios, no por ser menos importantes, sino en tanto que el examen de algunos, quedan comprendidos dentro de los ya analizados, sea por ser consecuencia de aquellos, sea por su estrecha relación con los mismos, por ejemplo, el caso del de “no preclusión” que se justifica y encuentra sustento en la primacía del carácter «inquisitivo» del proceso agrario, pues supone que el Juez asuma el cumplimiento o disposición de actos aún de oficio, tal como se lo dispone en el art. 70 de la L.O.T.P.T.

Sin embargo, si insistiremos en otros que estimamos muy importantes por las implicaciones que tienen en relación a los principios generales y su aplicación tales como lo son el de procurar el cumplimiento de los postulados de la Justicia Distributiva y los especiales poderes conferidos al Juez agrario.

#### ***Justicia distributiva***

El proceso agrario debe procurar fundamentalmente dar cumplimiento a los postulados de la justicia distributiva y tomar en cuenta que en él forma parte generalmente un débil jurídico. Debemos si tener claro que no por ello se vulnera o lesiona el principio de unidad procesal y el de igualdad de las partes, pero precisamente por ese contenido social, en dicho proceso, es menester considerar una cierta adecuación del principio de la unidad procesal y del de igualdad de las partes que imperan en el proceso civil general, que no pueden pasarse por alto a fin de fijar su recta interpretación ni límites lógicos pues podrían dar lugar a su indebida aplicación.

Destaca al respecto Ponce de León Armenta<sup>19</sup> que de ello deriva “no desigualdad sin razón, sino con motivos justos suficientes” pero que esto tampoco permite sostener un criterio tajante de separación entre ambos tipos de procesos:

“En general, no es posible aceptar la igualdad de las partes en el proceso agrario porque no son iguales; su aceptación es la ratificación jurídica de la desigualdad; no obstante hacemos notar que hay casos específicos donde se da un tratamiento igual a las partes”.

Con lo expuesto se puede llegar a la siguiente conclusión: la desigualdad no es tanto de procedimiento, sino en el resultado y éste obliga a cierta desigualdad procesal. Pero esta separación razonable, no es motivo para justificar la absoluta escisión de tales procesos.

### ***Poderes especiales del juez***

El Dr. Duque<sup>20</sup> destaca que son los siguientes: El impulso procesal oficioso, indisponibilidad del proceso y potestades probatorias (que son varias).

Sobre estas potestades del juez haremos especial referencia en el próximo capítulo donde trataremos de explicar la especial prudencia con la cual deben ser ejercidas esas facultades especiales.

En adición a tales poderes procesales, tienen los jueces agrarios la facultad de tomar medidas especiales de conservación o asegurativas respecto a bienes afectados con ocasión de los procesos agrarios, que lejos de estar concebidas para el solo beneficio de las partes, se las contempla para proteger el interés colectivo.

Estas medidas consagradas por el art. 8 de L.O.T.P.A., e indebidamente interpretadas por muchos órganos judiciales se las regula solo para la protección del interés agrícola, sus bienes y la producción agraria y los recursos naturales renovables.

### ***Ampliación del elenco probatorio***

Aún cuando es un poco ajeno al tema de los “principios procesales”, vale la pena destacar que con la promulgación del N.C.P.C se abandonaron

---

19 *Opus cit.* p. 96 ss.

20 Derecho Procesal Agrario, p. 176 ss.

en ambos tipos de procesos, las limitaciones impuestas al juez, en beneficio del mejor logro de la verdad procesal, de solo poder juzgar y sentenciar con base a las denominadas pruebas legales o admitidas por el legislador en el Código Civil y en el de Procedimiento, admitiéndose ahora apreciar cualquier prueba aportada a los autos, con la sola limitación de que no esté prohibida en la ley , y que en tales casos, tratándose de pruebas cuya valoración no esté tasada por aquella , el Juez solo podrá apreciarla y valorarla bajo el sistema de la sana crítica.

En efecto, conforme lo prevenido en el art. 395 se puede promover en cualquiera tipos de procesos, ordinario o de los especiales, toda clase de pruebas, aunque no estén consagradas concretamente en las leyes y de acuerdo con el art. 507, cuando no exista una regla para valorar su mérito, el Juez debe aplicar la sana crítica.

Es esta otra prueba evidente de que debe prevalecer el criterio de unidad entre unos y otros tipos de procesos, en beneficio del mejor logro de la justicia.

#### **IV. Poderes del juez agrario**

Los poderes extraordinarios que se confieren al Juez Agrario, en cuanto a conducción del procedimiento y las medidas conservatorias, son necesarios y encuentran fundamento en justicia, a él esta confiado buscar la verdad a través del proceso y preservar, entre otras cosas, no solo la producción agropecuaria, sino las riquezas renovables que tiene el país.

Pero en la aplicación de tales poderes el juez agrario debe ser extremadamente prudente, pues por cumplir con los postulados y fines del derecho agrario no puede permitir la majestad de su función, perder su imparcialidad, dejar de garantizar la igualdad y seguridad, garantizar el derecho de defensa y la unidad del proceso a fin de evitar la anarquía y no producir decisiones antojadizas, sin justificaciones prudentes.

El ejercicio de tales potestades jamás podrá justificar un comportamiento anárquico o arbitrario, resolver con fundamento a tales potestades no significará resolver conforme su leal saber y entender, desapegado a los principios de legalidad procesal, y sin razonar o justificar el porqué de su conducta.

*Toda decisión judicial tiene que estar y debe estar razonada y fundamentada en la Ley y en la lógica y tal proceder debe aparecer claramente expresado en el fallo.* Estos razonamientos constituyen la forma mas indicada para preservar la majestad del ejercicio de sus potestades, la manera como puede considerarse conservada la unidad de las instituciones procesales y evitar con ello todo género de arbitrariedad y obtener así la aquiescencia para sus fallos por parte del grupo social de su entorno.

Pero ocurre en ocasiones que los jueces agrarios tergiversan el verdadero sentido de sus funciones, se sienten más técnicos que juristas y como tales, creen que al aplicar esos poderes lo pueden hacer a su capricho, según la ciencia o el arte que practican y dominan, y no apegados a los principios legales, ni sustentando sus decisiones en adecuados razonamientos, que convengan al conglomerado social en el cual deben producir sus efectos, ni que puedan ser comprendidos por todos los que lo integran.

Concluimos pues destacando que para aplicar estos poderes hay que ser menos técnicos y mas jueces.

El errado proceder de quienes ejercen esas magistraturas especiales, apegándose a una pretendida técnica que derivan de la especialidad de esa materia, mas que procurar la aceptación social de los fallos de ellos emanados, hace que se los califique como verdadero desaire a los que no son tan técnicos como ellos.

Con esa errada postura, el derecho procesal agrario, se lo hace aparecer más como una técnica, que una rama especial de la ciencia del Derecho, cuyos postulados e instituciones solo son comprensibles por otros técnicos, carente en sus instituciones de la universalidad requerida para compararlas con las de otras ramas científicas, todas las cuales se deben a principios y regulaciones legales y regidas por normas de lógica y razón , interconectadas por vínculos comunes, y cuya finalidad última es poner término a conflictos subjetivos y con ello ejecutar el deber jurisdiccional del Estado.

Somos de opinión que esos Magistrados llamados a aplicar esa rama especial del derecho , acogiendo para ello principios especiales de su proceso propio, precisamente por estar dotados de tales poderes especiales, extraordinarios, deberían extremar la prudencia en la aplicación

de ellos y poner en evidencia material las razones que los motivaron a ejercerlos y el fin que persiguen con su aplicación.

Solo en esa forma conseguirán ser menos técnicos, mas maestros y mas jueces, dándole mas institucionalidad a sus decisiones y mas unidad a la jurisdicción y contribuirían al desarrollo y fijación de ese “nuevo derecho” (para que éste se afirme “victorioso”, de acuerdo con la concepción pre-aludida del Profesor Márquez Añez, invocada en el encabezamiento de estos comentarios).

## **V. Código de Procedimiento Civil único**

### **A) LOS PRINCIPIOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EL PROCEDIMIENTO CIVIL GENERAL Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES**

Como lo dejamos señalado supra se pretende afirmar que el procedimiento agrario tiene que ser muy especial, distinto del procedimiento civil ordinario, porque los principios que lo rigen son distintos a los del procedimiento general.

Pero consideramos que hemos explicado satisfactoriamente en los capítulos anteriores el que los principios de uno y otros están absolutamente vinculados e interconectados, el que no pueden ser aplicados e interpretados en forma “absoluta” y que simplemente adecuando y morigerando la aplicación de los unos y los otros, es que podemos obtener el fin último que con ellos se persigue y el postulado de unidad de jurisdicción a que hace referencia nuestro constituyente y el legislador.

Las consideraciones formuladas en este ensayo solo pretenden poner de manifiesto esos vínculos y crear en nuestros lectores la inquietud de que solo así pueden interpretarse los principios que regulan uno y otro tipo de procesos.

### **B) LAPROS Y TÉRMINOS**

Todos los procedimientos civiles, ordinarios y especiales son iguales, por la unidad de la jurisdicción y con ello debe proclamarse también una identidad entre sus principios, aún cuando aparenten diversidad, todos vienen relacionados y conexos, y sólo se diferencian



aquellos y estos, en cuanto algunos efectos propios de su respectiva especialidad, atendido ello a los fines que persiguen , diversidad de términos y lapsos, para que se lleven a cabo actos que deben cumplirse , siendo mas breves en los especiales que en los ordinarios para lograr así, en forma más efectiva, que los procedimientos sean mas expeditos.

Cabe pues concluir destacando en que la verdadera diferencia entre los unos y los otros , provendrá de esa diferencia de tratamiento de los términos y lapsos en ellos.

### **C) CÓDIGO ÚNICO**

Si es un solo procedimiento, si es una sola la jurisdicción, por no estar dividida, si son los mismos, o muy estrechamente vinculados , los principios que deben regular una y otra clase de procesos y solo diferenciarles la regulación de sus términos y lapsos, tiene que entenderse la conveniencia de que exista un Código único de procedimientos , que comprenda por igual a los procesos ordinarios y a los especiales, con lapsos breves y comunes, en todo lo que no resulte especialmente diferente por razón de la finalidad que se persiga en ellos, facilitando así el mejor conocimiento del proceso y el logro de sus fines y el que sus resultados se produzcan en forma “mas simple, ágil y eficaz”<sup>21</sup>.

### **Abreviaturas**

- C.P.C. Código de Procedimiento Civil
- N.C.P.C. Nuevo Código de Procedimiento Civil
- L.O.T.P.A. Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios
- L.O.T.P.T. Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo.

---

21 Márquez Añez, Leopoldo, *opus cit.* p. 104.

# **Régimen legal de la inversión privada en la industria venezolana de los hidrocarburos.**

## **Especial referencia a la materia impositiva**

Juan Cristóbal Carmona Borjas

### **I. Consideraciones preliminares**

Venezuela atraviesa por una de las etapas más importantes de su vida democrática. La crisis generada por el colapso del esquema de desarrollo rentista ha tenido fuertes repercusiones en todos los sectores, lo que ha obligado al Gobierno Nacional a adoptar una serie de medidas de emergencia que tratan de estabilizar la actividad económica y la situación política, así como asegurar la paz social. La estabilización del país se presenta como una condición imprescindible para acometer un sólido proceso de crecimiento económico, que se refleje en una mejora de la calidad de vida de la población.

La nueva estrategia de desarrollo debe propiciar el fortalecimiento de los sectores más competitivos con que cuenta Venezuela. De éstos, el petróleo es, sin lugar a dudas, uno de los que ofrece más oportunidades para apuntalar el necesario mejoramiento económico del país.

Tal como lo han señalado en numerosas oportunidades importantes personeros de PDVSA, Venezuela cuenta con la base de recursos petrolera más abundante del hemisferio occidental, lo cual, unido a oportunidades crecientes de mercado durante los próximos años, permite sustentar una estrategia de crecimiento de este sector a largo plazo, que tendrá importantes efectos en el logro de un mayor desarrollo económico,

tan necesario después de dos años consecutivos de contracción y uno de leve crecimiento, así como también en el incremento de los ingresos en divisas, a objeto de restaurar la salud de nuestras cuentas externas. Dicha estrategia de crecimiento constituye la base de la política petrolera definida por el Ejecutivo Nacional, cuya instrumentación se ha detallado en el Plan a Mediano Plazo de Petróleos de Venezuela, S.A.

“Se requiere de un enorme esfuerzo de inversión durante los próximos años: por una parte, en el aumento de la capacidad de producción está implícita la necesidad de desarrollar nuevas áreas productivas “... que permitan compensar la declinación de los yacimientos y sostener la producción en las áreas tradicionales... tales como los nuevos yacimientos de crudos livianos y medianos y la Faja del Orinoco; además, se requiere adecuar nuestras refinerías a las estrictas exigencias de calidad en los productos de nuestros principales mercados”.<sup>1</sup>

La posibilidad de usar intensivamente los recursos petroleros disponibles, y el consecuente aprovechamiento de las oportunidades de mercado que se le presentan a Venezuela a corto y mediano plazo, está estrechamente relacionada con la búsqueda de socios para que, con sus aportes de capital, tecnología y mercados, se puedan acometer al ritmo requerido las enormes inversiones que permitirán el acelerado crecimiento de nuestra capacidad de producción petrolera.

En la actualidad, han confluído una serie de factores, entre los cuales destacan las posibilidades de crecimiento de la demanda petrolera, la amplia base de recursos de hidrocarburos existentes, la alta prospectividad de nuestros yacimientos y la ventana de oportunidad con respecto a otros países para captar inversiones extranjeras. Los capitales privados, nacionales e internacionales, coadyuvarán a una importante expansión del sector petrolero, limitada solamente por las posibilidades del mercado mundial, generando riqueza, bienestar, empleo y avance tecnológico.

El esquema de participación privada asociado a PDVSA que de seguida se procede a analizar en sus aspectos más resaltantes, se adapta a las condiciones legales y fiscales venezolanas, y mediante él se hará una importante contribución a la consolidación del desarrollo del sector petrolero venezolano, generando efectos positivos en el crecimiento

---

1 GIUSTI, Luis E. *La apertura es una opción real para la inversión privada*. PDVSA Informa Oct. 94, N° 56, Pág. 2.

económico, en la estabilización financiera y en la imagen de Venezuela como un país atractivo para la inversión extranjera.

## **II. Alcance de la reserva consagrada en la Ley de Nacionalización**

La reserva de la industria y el comercio de los hidrocarburos en nuestro país, implica que el Estado, por medio del Ejecutivo Nacional o bien indirectamente por medio de los entes de su propiedad contemplados en el artículo 6 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, comúnmente denominada Ley de Nacionalización, ejerce en forma exclusiva y excluyente las actividades de:

- a) exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos;
- b) explotación de yacimientos de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos;
- c) manufactura o refinación de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos;
- d) transporte por vías especiales (oleoductos, poliductos, gasductos) y almacenamiento de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos;
- e) comercio interior de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos;
- f) comercio exterior de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos;
- g) las obras que su manejo requiera.

Tal como lo señala Carlos Eduardo Padrón Amaré, la reserva no fue absoluta, sino que el Legislador de la Nacionalización decretó la reserva “en los términos señalados por esta Ley”. La reserva de la industria y el comercio de los hidrocarburos puede en consecuencia ser gestionada o ejercida, como se aseveró precedentemente, por el Ejecutivo Nacional o indirectamente por medio de entes de su propiedad, a cuyo efecto se permite la celebración de cualquier tipo de convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que por medio de estos convenios operativos se pueda afectar la esencia de las actividades atribuidas. Y además, en casos especiales y cuando así convenga al interés nacional, se prevé igualmente la posibilidad de

celebrar convenios de asociación con entes privados, en los términos consagrados en el aparte único del artículo 5° de la Ley de Nacionalización.

“Al respecto, valga señalar que así como el aparte primero del artículo 97 Constitucional permite al Estado reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, a renglón seguido el aparte segundo de dicho artículo establece que “la ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado”. Por manera que la reserva de actividades económicas por parte del Estado, con base en lo previsto en el aparte primero del artículo 97 Constitucional, no tiene porque ser absoluta. Ello depende, en todo caso, de lo que establezca o señale el legislador como términos de la reserva de que se trate”.<sup>2</sup>

“Es más, en la especie, es evidente de toda evidencia que el legislador de la nacionalización tuvo claramente en mente que los particulares, nacionales o extranjeros, pudieran concurrir en todo tipo de contratos operativos, sin afectar como quedó dicho, la esencia de las actividades atribuidas; y , además, que también pudieran concurrir o participar , en convenios de asociación, en caso especiales y cuando así conviniera al interés nacional, en cualesquiera de las actividades reservadas, siempre y cuando la participación garantizara el control por parte del Estado y en todo caso que la relación contractual fuera por una duración determinada”.<sup>3</sup>

### **III. Esquemas de participación privada**

#### **A. CONVENIOS OPERATIVOS**

La incorporación de esta figura contractual en la Ley de Nacionalización, se evidencia en el artículo 5° de dicho texto normativo, según el cual: “El Ejecutivo Nacional o los entes de su propiedad pueden celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones”.

---

2 PADRÓN AMARE, Carlos Eduardo. *Proceso de apertura petrolera*. Charla dictada en el Foro Marco Jurídico de la Inversión Privada en la Industria Petrolera organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Financiero. 21/02/95.

3 Ídem.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Nacionalización presentado por el Ejecutivo Nacional, al referirse a los Convenios Operativos, explicaba: “No se excluye así, la celebración de convenios o servicios por los cuales estas últimas (contratistas del sector privado) reciban un pago en dinero o en especie, sin que en el caso citado en segundo término se pueda comprometer un porcentaje fijo de la producción de un determinado campo o la entrega de una cantidad substancial de petróleo que desdibuje la figura del simple contrato de servicio u operación.

El Estado podrá participar como socio en una de estas empresas prestadoras de tales servicios, lo que redundaría en acopio de experiencia para el Estado y sus entes en el campo operativo industrial.”

No obstante no existir en la Legislación Nacional definición alguna acerca de los contratos operativos, por vía analógica a la figura del contrato de obra contemplada en el Código Civil, y en base a la experiencia que de su celebración se ha obtenido desde la reforma de la Ley de Hidrocarburos en el año 1967, la doctrina ha concebido a los contratos operativos como aquellos conforme a los cuales Petróleos de Venezuela, S.A. o sus empresas filiales, en su condición de entes designados por el Ejecutivo Nacional para el ejercicio de las actividades reservadas al Estado en el artículo 1º de la Ley de Nacionalización, contratan con un tercero la ejecución de determinado trabajo relacionado con hidrocarburos, mediante un precio en efectivo o en especie, que aquellas se comprometen a cancelar.

En los contratos operativos, sólo se otorga a la contratista derechos de crédito, lo que supone la no transferibilidad de los derechos reales sobre los yacimientos, por lo que el petróleo o cualquier otro hidrocarburo extraído pertenece al Estado, hasta que éste decida su venta.

En los contratos operativos la contratista generalmente ejecuta con sus propios elementos y por su exclusiva cuenta y riesgos, pero siempre en nombre y en representación de PDVSA o de la filial contratante, las actividades relacionadas con la exploración del área contratada, así como el desarrollo y producción del petróleo en aquella.

En este tipo de contratos, la Nación debe reservarse el derecho de supervisar y controlar las gestiones de la contratista, siendo posible además su participación en su capital social. La contratista tiene la obligación de conservar los bienes adquiridos para serles entregados a

la Nación en plena propiedad y sin pago adicional al que por su gestión reciba.

De lo hasta ahora señalado, con la inclusión de los contratos operativos en la Ley de Reserva, no se está contemplando la posibilidad de crear empresas mixtas o de participación para la propia realización de las actividades reservadas, como si lo prevé el aparte único del comentado artículo 5° de la Ley, sino la celebración de convenios o contratos con empresas privadas para la ejecución de determinadas obras o la prestación de servicios (ello no obsta sin embargo, para que los servicios sean prestados a través de una empresa mixta en la que el Estado, PDVSA o sus operadoras tengan participación).

## **B. CONVENIOS DE ASOCIACIÓN**

### ***b.1. Forma societaria***

El aparte único del artículo 5° de la Ley de Nacionalización, señala que en casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los entes de su propiedad (PDVSA y sus filiales) podrán celebrar convenios de asociación con entes privados, con una participación tal que garantice su control por parte del Estado y con una duración determinada.

Se dice que hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común. La asociación tiene por efecto producir mediante la concentración, el crecimiento de las fuerzas individuales y por consiguiente, la posibilidad de conseguir un resultado que de otra manera sería irrealizable o por lo menos conseguirlo con más eficiencia y facilidad.

El hecho asociativo puede cristalizarse a través de un contrato innominado en cuya virtud las partes convienen en establecer un régimen que regule sus relaciones y que permita la utilización y destino de recursos humanos y materiales al fin común que los ha llevado a asociarse. Este tipo de contrato tiene similitud con lo que sería la figura de la inversión conjunta, que no implica la creación de una nueva persona jurídica.

Por otra parte puede recurrirse a la creación de personas jurídicas quienes serán los entes encargados del cumplimiento de este objetivo

común. Ahora bien, la forma jurídica más afín al contenido del aparte único del artículo 5º de la Ley de Nacionalización, es la que la doctrina ha denominado “Empresa Mixta”, revistiendo la forma de sociedad anónima y teniendo como socios al Estado o entes de su propiedad (PDVSA y sus filiales) y a personas jurídicas privadas, siempre que se asegure una participación tal al primero de los mencionados que le garantice el control.

Todo contrato de asociación presupone una dualidad o pluralidad de partes, las cuales deben obligarse a efectuar un aporte para la consecución de ese fin económico común.

Buena parte de la doctrina considera esencial a la noción de sociedad la *affectio societatis*, concepto que se suele definir de manera imprecisa como la intención de formar una sociedad o como la voluntad de cooperar aceptando deliberadamente ciertos riesgos.

Además de la *affectio societatis* y de la necesidad de que se persiga la realización de un fin económico común en provecho de los socios, deriva la consecución de que es esencial la participación de todos los socios en los beneficios o pérdidas que produjere la sociedad.

Algunas de las características relevantes del contrato de sociedad, son la reciprocidad que surge entre los asociados en lo que a obligaciones y derechos se refiere, el ser a título oneroso porque cada uno de los socios arriesga su aporte respectivo y el ser sinalagmático, porque en el momento de su formación cada uno de los asociados se obliga a hacer un aporte.

Ese carácter recíproco y oneroso de todo contrato de sociedad se pone de manifiesto en el artículo 1664 del Código Civil Venezolano, según el cual, es nula en un contrato de sociedad, la cláusula que aplique a uno sólo de los socios la totalidad de los beneficios y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios.

Por razones de seguridad jurídica y a fin de determinar los límites en que podrá llevarse a cabo la actividad de los particulares, a través de la figura de la asociación con forma societaria ha sido establecido por la Industria Petrolera y el Congreso un conjunto de condiciones de obligatorio cumplimiento para las mismas. Tales condiciones cubren aspectos tales como: los objetivos del proyecto a desarrollarse, la transferencia al ente estatal de las acciones de la sociedad al término del



Convenio sin pago alguno, la ley aplicable y los mecanismos de solución de controversias.

“La razón de las Asociaciones Estratégicas viene fundamentada en aspectos tales como: transferencia o incorporación de tecnología, financiamiento, aseguramiento de mercados internacionales, desarrollo interno de regiones, estímulo al flujo de inversiones extranjeras indispensables en las actuales circunstancias del país”.<sup>4</sup>

“Dentro del marco normativo señalado, el Congreso Nacional, previo el ‘informe de la Comisión Bicameral para las Asociaciones Estratégicas’, el 10 de agosto de 1993, autorizó formalmente las Asociaciones Estratégicas a celebrarse entre: 1) Maraven, S.A. y Conoco INC, 2) Maraven S.A. y TOTAL y un grupo de empresas internacionales liderizadas por Itochu Corporation y Marubeni Corporation y 3) Lagoven S.A. y Shell, Exxon y Mitsubishi. Las dos primeras para explotar, mejorar y comercializar petróleos crudos extrapesados de la Faja del Orinoco y la última para la materialización del Proyecto Cristóbal Colón para la exploración y explotación de campos de gas costa afuera, al norte del estado Sucre, y para la construcción de la infraestructura necesaria”.<sup>5</sup>

## **b.2 Convenios de asociación no societarias (ganancias compartidas)**

Las asociaciones no societarias son aquellas en las que las partes no supeditan ni condicionan su intervención en el negocio común a su participación en el capital accionario de una empresa, sino que aseguran tal participación a través de las estipulaciones de un convenio.

La instrumentación que de esta alternativa de inversión privada en la industria petrolera, ha venido haciendo PDVSA, el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y el Congreso, va dirigido a la exploración y explotación de 10 áreas ubicadas en diversas localizaciones del territorio nacional, desde el estado Zulia hasta el estado Amacuro. Su extensión es de unos 2.000 km. cuadrados, y las expectativas de recursos petrolíferos por descubrir están en el orden de los 7 mil millones de barriles.

---

4 URDANETA PÉREZ, José. *Convenios de asociación*. Charla dictada en el Foro Marco Jurídico de la Inversión Privada en la Industria Petrolera organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Financiero. 21/02/95.

5 Ídem.

Las inversiones totales para el desarrollo de la producción de estas nuevas áreas se estiman en el orden de los 11 mil millones de dólares durante la vida de los diferentes proyectos de producción.

Los ingresos fiscales por concepto de exportación de los crudos se estiman en un rango de 15 a 20 mil millones de dólares (calculado como valor presente neto), dependiendo de los volúmenes producidos y de los precios de realización. Estos ingresos fiscales se comenzarán a percibir una vez iniciada la producción, lo cual se estima ocurra a partir del cuarto o quinto año después de comenzado el proceso.

Adicionalmente, los convenios de ganancias compartidas establecen la obligatoriedad de adquirir bienes y servicios nacionales para suplir las necesidades de insumos para la producción, siempre y cuando dichos bienes y servicios sean competitivos en calidad, precio y tiempo de entrega. Las redes de proveedores nacionales que actualmente suplen los insumos para las operaciones de PDVSA se verán reforzadas y estimuladas por esta provisión contractual.

Estos son esquemas mediante los cuales un país llega a un arreglo con un inversionista casi siempre internacional por el cual el inversionista se compromete a efectuar dentro de un área determinada un esfuerzo exploratorio a su costo y riesgo, de suerte que si hay un descubrimiento comercial exitoso de hidrocarburos, este inversionista asume la obligación de desarrollar la producción de ese yacimiento. De la producción, el inversionista parte una porción que le da al Estado y la otra porción la retiene como retribución o compensación por el esfuerzo y riesgo que ha corrido.

Su punto de partida o marco legal en el caso venezolano, constituye el artículo 5º de la Ley de Nacionalización.

Cuando en el artículo se utilizan las palabras “Convenios de asociación”, hay quienes con cierta superficialidad suponen que la asociación es siempre una empresa mixta, o sea una sociedad de capital, una sociedad mercantil, donde las partes constituyen un patrimonio separado, donde los socios conforman una entidad que tiene personalidad jurídica propia. Sin embargo debe tenerse siempre presente, que las asociaciones en el derecho tienen un alcance más amplio, que implica en general cualquier tipo de convenio por el cual dos o más partes convienen en compartir los riesgos y beneficios en común, para cuya obtención normalmente aportan no necesariamente la propiedad sino el

uso de ciertos derechos y bienes que cada uno tiene. De lo anterior debe concluirse que de la aplicación del artículo 5 no necesariamente tenemos que sostener que la asociación tiene que revestir la forma de una sociedad mercantil, puede revestir también la forma de un contrato de producción compartida.

Examinadas estas dos alternativas, de ir con una empresa mixta o una asociación no societaria tipo contrato de ganancias compartidas, se dieron para el caso en particular que está llevando a cabo Venezuela en los actuales momentos ciertas ventajas al esquema de la asociación no societaria. Entre estas ventajas pueden mencionarse:

- La disminución de los riesgos exploratorios para la industria.
- Si se hace un descubrimiento pero éste no es lo suficientemente comercial, sino que permitirá únicamente recuperar costos, es posible que al Estado no le convenga dedicarse a la explotación de ese descubrimiento, mientras que si fuera socio de la empresa, tendría forzosamente que dedicarse a esa actividad.

*Principales términos de la celebración y funcionamiento del esquema aprobado mediante Acuerdo Autorizatorio de la Celebración de Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas, publicadas en Gaceta Oficial Nº 35.754 de fecha 17 de Julio de 1995:*

- El MEM hace la determinación geográfica de ciertas áreas específicas previamente establecidas en base a la aprobación del Congreso en favor de una filial de propósito especial de PDVSA, en las cuales podrán llevarse a cabo actividades relacionadas con la exploración, explotación de yacimientos de hidrocarburos, transporte por vías especiales, almacenamiento y comercialización de la producción que de ellas se obtenga.

- La filial de propósito especial de PDVSA que no es una de las filiales operadoras (Corporación Venezolana de Petróleos - CVP), es una empresa que va a tener como único objeto la administración de estos convenios de asociación con un inversionista o un grupo de inversionistas.

- En el Convenio de Asociación se establece un acuerdo recíproco de crear lo que se ha denominado Comité de Control. Este Comité estará conformado por igual número de miembros designados por el inversionista y por la filial de propósito especial. Dicho Comité será presidido por un

miembro designado por esta última. Para la validez de sus deliberaciones y decisiones, se requerirá la presencia y el consentimiento de los miembros designados por la filial, teniendo el Presidente doble voto para resolver los casos de empate. A este Comité de Control se someterán las decisiones fundamentales relativas al negocio de la asociación, tales como la aprobación de los planes de exploración y explotación.

- Los inversionistas y la filial, constituirán, antes de iniciar las actividades del Convenio, una sociedad anónima en Venezuela (Empresa Mixta), en la cual la filial poseerá el 35% del capital social. La empresa mixta tendrá por finalidad dirigir y supervisar las actividades de exploración, producción, transporte y comercialización objeto del Convenio. La participación de la filial se hará mediante acciones doradas, las cuales conferirán prerrogativas a sus representantes en las decisiones sobre materias que de acuerdo al respectivo Convenio de Asociación, deban ser decididas por la Asamblea o Junta Directiva.

- Dentro de los términos y condiciones de la Asociación pautados en el Convenio, se establecerá el compromiso de los inversionistas de llevar a cabo las actividades exploratorias por su exclusiva cuenta y riesgo.

- En caso de que se haga un descubrimiento comercial, lo primero que debe hacer la empresa mixta es preparar un plan de evaluación para determinar los rasgos y características de la viabilidad de la explotación comercial de ese yacimiento.

Luego habrá de preparar un plan para el desarrollo de la producción del yacimiento y entre tanto el esfuerzo exploratorio sigue su curso.

- Una vez hecho un descubrimiento comercial y aprobado el Plan de Desarrollo por el Comité de Control, la filial y los inversionistas establecerán un Consorcio, en el cual la filial tendrá una participación de un 35% para financiar el desarrollo. La filial podrá ir reduciendo su participación hasta el 1% dependiendo del atractivo comercial. La filial mantendrá una serie de prerrogativas que le asegurarán el control en la asociación.

- La producción resultante de la ejecución de los planes de desarrollo será comercializada por los inversionistas y la filial en proporción de su participación en el consorcio, en los mercados internacionales, a precios de exportación y en las mejores condiciones obtenibles en ese mercado. Los consorciados conservarán el derecho

preferente de adquirir la producción mediante un mecanismo que maximice los ingresos de los Consorcios.

Lo anterior no será óbice para colocar toda o parte de esa producción dentro del territorio nacional, siempre que ello no represente un perjuicio en los términos para las mejores intereses de los Consorciados.

- La filial recibirá una cuota parte en los beneficios que resulten de la venta o mercadeo de la producción proveniente de cada Área de Desarrollo, esto es, después de deducir de los ingresos brutos los costos operativos permitidos en el Convenio (excluidos los costos financieros), la depreciación y los impuestos aplicables a dicha producción. La cuota parte de la filial consiste en un bono sobre la rentabilidad neta del proyecto denominado “PEG”, que se calculará aplicando al total de los beneficios así determinados y antes del impuesto sobre la renta el porcentaje ofrecido por los inversionistas en el respectivo proceso de licitación (la filial recibe el PEG y lo entera al Fisco Nacional).

- La celebración y ejecución del Convenio no estarán sometidos al pago de impuestos municipales ni estatales. Sin embargo, y en atención a lo establecido en el artículo 136 ordinal 10 de la Constitución, el Congreso de la República establecerá un sistema de beneficios económicos especiales con cargo al bono sobre la rentabilidad “PEG” en favor de los Estados y Municipios en cuyos territorios se realicen las referidas actividades y otros fines que considere convenientes (Condición Décima).

- La condición Vigésima Primera, establece que el Ejecutivo Nacional podrá establecer un régimen que permitirá ajustar el impuesto establecido en el artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos, cuando se le demuestre, en cualquier momento, que no es posible alcanzar los márgenes mínimos de rentabilidad para la explotación comercial de una o más áreas de desarrollo durante la ejecución del Convenio.

### **C. EMPRESAS MIXTAS. CORRIENTES DE INDUSTRIALIZACIÓN**

“En toda refinería el insumo que se procesa es el hidrocarburo, que luego de someterse a un proceso primario de transformación por intermedio de procesos industriales deriva en diferentes subproductos refinados o lo que se ha llamado corrientes de refinería. Algunos de estos subproductos ya tienen valor por sí mismos, pudiendo ser destinados al mercado petroquímico o de hidrocarburos.

Sin embargo, hay otras corrientes que se conocen como en “tránsito” que por si solas no tienen mayor valor y que necesitan someterse a otros procesos industriales para poder obtener productos comercializables que en muchos de los casos significan altas inversiones por la tecnología que debe ser utilizada y que se destinan al mercado de las llamadas especialidades de petróleo. Dentro de estos productos finales podemos mencionar a las ceras, los lubricantes terminados, el propileno grado polímero y los solventes, entre otros”.<sup>6</sup>

Las actividades relacionadas con hidrocarburos están reservadas al Estado según lo dispone el artículo 1º de la Ley de Nacionalización. Por otra parte se ha establecido en el artículo 3 de la Ley de Conversión del Instituto Venezolano de Petroquímica en Sociedad Anónima que la ejecución de actividades petroquímicas, carboquímicas y similares, corresponden a Pequiven, S.A.

Queda así un área libre, como lo es la industrialización de las corrientes de refinería que no se encuentra delimitada ni sujeta a ninguna reserva específica.

Sobre la base de la Resolución Nº 537 emanada del MEM, el 1º de enero de 1994, se permitió que las empresas filiales operadoras de PDVSA celebraran contratos de suministro de productos refinados o lo que se ha identificado como corrientes de refinería, a aquellas empresas mixtas, que se encuentran ubicadas en el país, y que hagan uso de dichos productos refinados como materia prima o insumo en la manufactura de productos semielaborados o terminados destinados al mercado petroquímico y al de especialidades.

“En consecuencia, en ningún momento se está vulnerando la Ley de Nacionalización ya que la manufactura, el transporte, almacenamiento y comercio de las sustancias refinadas, que se encuentran reservadas al Estado de acuerdo con el artículo 1º de la mencionada Ley, permanece en manos del Estado a través de las filiales operadoras. Estas se constituyen en suplidores únicos de la materia prima a ser utilizada por estas industrializadoras, permaneciendo las sustancias refinadas que

---

6 MONTIEL PARRA, Leonor. *Empresas Mixtas. Corrientes de industrialización*. Charla dictada en el Foro Marco Jurídico de la Inversión Privada en la Industria Petrolera organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Financiero. 01/02/95.

están destinadas al mercado de hidrocarburos hasta el final de la cadena en manos del Estado”.<sup>7</sup>

## **IV Régimen impositivo aplicable a las distintas opciones de inversión privada en la industria petrolera**

### **A. IMPUESTO DE EXPLOTACIÓN PREVISTO EN LA LEY DE HIDROCARBUROS**

#### ***a. Determinación de los sujetos obligados al pago del impuesto de explotación o regalía:***

De acuerdo con el artículo 7° de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH), *las empresas a las que se refiere el artículo 6°* quedarán sujetas al pago de los impuestos y contribuciones nacionales establecidas para las concesionarias de hidrocarburos.

Lo primero que debe precisarse en relación al contenido de la precitada disposición, es lo relativo a su ámbito de aplicación subjetivo, es decir, la determinación de lo que ha de entenderse por las “empresas a las que se refiere el artículo 6°” de dicho instrumento normativo.

El artículo 6° de la LOREICH establece:

*“A los fines indicados en el artículo anterior, el Ejecutivo Nacional, organizará la administración y gestión de las actividades reservadas, conforme a las siguientes bases:*

*Primera: Creará, con las formas jurídicas que considere conveniente, las empresas que juzgue necesarias para el desarrollo regular y eficiente de tales actividades, pudiendo atribuirles su ejercicio a una o más de éstas, modificar su objeto, fusionarlas, asociarlas, extinguirlas y liquidarlas y aportar su capital a otra u otras de esas mismas empresas. Estas empresas serán de la propiedad del Estado. Sin perjuicio de lo dispuesto en la base segunda de este artículo, y en caso de revestir la forma de sociedades anónimas, podrán ser constituidas con un solo socio.”*

---

7 Ídem.

*Consideración de algunos aspectos de interés, contemplados en la base primera del precitado artículo 6º de la LOREICH:*

- *Remisión hecha por el artículo 6º al artículo 5º de la LOREICH:*

Las empresas a las que se refiere la base primera del artículo 6º *ejusdem*, son aquellas que el Ejecutivo Nacional constituye para la consecución de los fines indicados en el artículo 5º de ese mismo texto normativo, esto es, el pleno y eficiente ejercicio de las actividades reservadas.

Siendo que la disposición citada en último término reconoce como alternativa para la consecución de esos fines, no sólo a la creación de empresas propiedad del Ejecutivo Nacional, sino también, a la celebración de convenios de asociación con entes privados de los cuales puede resultar “empresas”; se torna forzoso dilucidar en relación al artículo 7º, el verdadero alcance de la referencia por él hecha a las empresas reguladas por el artículo 6º, y la vinculación que esta última norma tiene con el contenido del artículo 5º.

En tal sentido vale traer a colación, lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley en comentarios, con acuerdo al cual:

“El Estado *ejercerá las actividades señaladas en el artículo 1º de la presente Ley por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad*, pudiendo celebrar los convenios operativos necesarios para la mejor realización de sus funciones, sin que en ningún caso estas gestiones afecten la esencia misma de las actividades atribuidas.

En casos especiales y cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional o los referidos entes podrán, en el ejercicio de cualesquiera de las señaladas actividades, celebrar convenios de asociación con entes privados...”

La referencia hecha por el artículo 6º al artículo 5º de la LOREICH se limita en nuestra opinión únicamente al ejercicio de actividades reservadas por medio de entes propiedad exclusiva del Estado y no a las que se originen de los convenios de asociación con entes privados.

Si bien es cierto, que el artículo 6º hace una referencia al artículo 5º, la misma no ha de entenderse dirigida a la totalidad de la norma, sino a la parte que por lógica resulta a aquella vinculada, esto es, la relativa al ejercicio de las actividades reservadas por *medio de entes propiedad del Ejecutivo Nacional*.

Lo anterior deviene del análisis integral de que debe ser objeto el artículo 6º “*ejusdem*”, en el que necesariamente han de ser tomados en



consideración los elementos definitorios de las empresas a las que alude la norma en comentarios.

*Aspectos característicos de las empresas a las que se refiere el artículo 6º de la LOREICH:*

• *Empresas:*

- (i) creadas por el Ejecutivo y *propiedad del Estado*.
- (ii) a las cuales el Estado podrá fusionar, asociar y aportar su capital a otra u otras *de esas mismas empresas*.
- (iii) con distintas formas jurídicas, y en caso de tratarse de sociedades anónimas, pudiendo constituirse con *un sólo* socio.

De las notas relevantes extraídas del artículo en comentarios, vale hacer las siguientes observaciones:

a) Cuando el artículo recalca que estas empresas serán propiedad del Estado, pareciera estarse refiriendo a empresas en las que éste es el único titular de los derechos y obligaciones que de la actividad por ellas realizadas se generan.

b) Cuando hace referencia a que esas empresas podrán fusionarse, asociarse y aportar su capital con otras de su misma categoría, pareciera darse a entender que el Estado con su sola actuación es capaz de tomar este tipo de decisiones. Si se tratara de empresas mixtas (con participación privada), lo anterior resultaría improcedente en el ámbito mercantil, por más control que tuviera el Estado en las mismas, viéndose así reforzada la tesis de que se trata de empresas de exclusiva propiedad del Estado.

c) Cuando se menciona la posibilidad de que esas empresas adopten la forma de sociedad anónima, en principio debe asumirse que para su constitución se requiere de un socio adicional al Estado. El señalamiento hecho en forma expresa por el artículo en comento, de que en ese caso la compañía se *podrá* constituir *con un sólo socio*, constituye un fuerte indicador de la consagración de un régimen excepcional al previsto en el Derecho Mercantil, que pretende legitimar la verdadera intención del legislador, que no fue otra que la de referirse a empresas *propiedad exclusiva del Estado*.

La aplicación que le ha venido dando el MEM al artículo 21 de la LOREICH, regulador del proceso de determinación de las áreas geográficas

en las que se realizan las actividades reservadas, constituye muestra adicional de que la posición antes expuesta es compartida a nivel oficial:

De acuerdo con el artículo 21 *ejusdem*:

“El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos (hoy el día Ministerio de Energía y Minas), determinará las áreas geográficas en las cuales realizarán sus actividades las empresas que creare conforme a lo previsto en *el artículo 6º...*”

Las áreas en referencia, han vendido siendo “asignadas” por el MEM única y, exclusivamente a las operadoras de Petróleos de Venezuela, S.A., y en los nuevos esquemas de asociación, a éstas mismas empresas o a otras, propiedad exclusiva del Estado, también creadas de conformidad con el artículo 6º de la Ley de Nacionalización.

Si bien es cierto que la creación de empresas por la vía de los Convenios de Asociación es de reciente data y muy limitada en su número, en los casos que se han ido presentando y que se tiene proyectado celebrar, la posición anterior ha sido la adoptada, muestra de lo cual lo constituye como veremos más adelante, el esquema de ganancias compartidas diseñado por el MEM y Petróleos de Venezuela, S.A.

Lo anterior constituye a nuestro parecer argumentación suficientemente sólida como para concluir que las empresas a que alude el artículo 6º de la LOREICH y que de acuerdo con el artículo 7º de la misma, están sujetas al pago de impuestos y contribuciones nacionales establecidas para las concesionarias, son únicamente las empresas de exclusiva propiedad del Ejecutivo Nacional (o de PDVSA) y no las que se originen en los convenios de asociación.

Vale destacar que si bien el numeral 3º del artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos, contemplaba la posibilidad de que las actividades petroleras fueran llevadas a cabo a través de asociaciones, y que a éstas se les aplicaba los impuestos en ella previstos, no debe olvidarse que en opinión de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1991, fue declarada su derogatoria por la Ley de Nacionalización.

No obstante lo anterior, debe admitirse que la Ley de Nacionalización dejó una laguna en relación al tratamiento tributario de los convenios de asociación en lo que respecta a la aplicación de los impuestos previstos en la Ley de Hidrocarburos, resultando sin embargo lógico que los mismos también cumplan con el pago de dichos gravámenes dada la

configuración respecto de los mismos de los distintos hechos impositivos o supuestos que obligan a la realización de estos pagos. Dicha laguna ha sido llenada por la vía de las aprobaciones del Congreso que por no tener carácter de Ley, podrían resultar de dudosa procedencia a la luz del principio de legalidad tributaria contemplado en el artículo 224 de la Constitución, si llegara a sostenerse que el impuesto de explotación califica como un tributo, salvo que se les enmarcara dentro de los convenios a los que alude el artículo 15 del Código Orgánico Tributario (COT).

### ***b. Elementos del "Impuesto de explotación"***

Base legal:	Artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos:
Sujetos pasivos:	De acuerdo con la Ley de Hidrocarburos, "los concesionarios", hoy en día las empresas constituidas de conformidad con el artículo 6° de la LOREICH y los convenios de asociación (estas últimas por las condiciones contractuales aprobadas por el Congreso).
Causa del pago:	Extracción del petróleo.
Alícuota:	16 2/3 por ciento del petróleo crudo extraído, medido en el campo de producción en las instalaciones en que se efectúe la fiscalización.
Base de cálculo:	El valor mercantil a ser utilizado con el propósito de calcular el monto del impuesto a pagar se determinará convencionalmente entre el MEM y el concesionario, tomándose en cuenta las cotizaciones del petróleo venezolano en el mercado, o equiparando éste a otro petróleo similar que tenga un mercado amplio
Rebajas:	A discreción del Ejecutivo Nacional, cuando se demuestre a su satisfacción que la explotación no es comercial, o con el fin de fomentar o prolongar la explotación.
Modo de pago:	Este impuesto se pagará, en especie o en efectivo, a la elección del Ejecutivo Nacional.

### **c. Naturaleza jurídica**

En la doctrina existen dos tendencias para determinar la naturaleza jurídica de la Regalía Nacional o Impuesto de Explotación. Una que la considera como un derecho de propiedad, que tiene la Nación sobre la sexta parte del petróleo explotado por las concesionarias en el campo de producción. Parte del principio fundamental de que el Estado es propietario del subsuelo, que al otorgar concesiones para la explotación de las minas se reserva una cuota parte del mineral extraído y da las otras partes restantes a los concesionarios explotadores, como compensación de sus actividades industriales.

La segunda tendencia doctrinaria es la que la equipara a una exacción pública, es decir, la que la cataloga de impuesto.

Es un principio general de hermenéutica universalmente reconocido y proclamado multitud de veces por nuestra jurisprudencia, que para determinar la naturaleza jurídica de una institución legal hay que atender más bien a su contenido que al nombre que los particulares o el mismo legislador le hayan asignado y que es como veremos más adelante precisamente su contenido jurídico lo que para muchos obliga a negarle al llamado “impuesto de explotación” el carácter de tributo.

#### *c.1. Régimen concesionario*

La concesión de explotación, puede concebirse como un verdadero contrato por el cual el Estado otorga a una tercera persona o compañía el derecho exclusivo de explorar, explotar y disponer durante un tiempo determinado del petróleo y demás hidrocarburos que puedan hallarse en una extensión de terreno definida, a cambio del pago de una participación sobre el producto bruto de las explotaciones.

La calificación que de contrato puede dársele a la Concesión, contribuye a negarle el carácter de impuesto al pago que realiza el concesionario. La concesión no confiere la propiedad del yacimiento, sino el derecho a explotarlo, reteniendo el Estado aquella propiedad y estando obligado el concesionario en contraprestación al pago del mal llamado “impuesto de explotación”.

Por regalía se entiende aquella parte o porcentaje del producto de una explotación que el concesionario paga al dueño del yacimiento en virtud de una estipulación contractual. Tal participación podría decirse que resulta de un contrato de adhesión, pues el concesionario

voluntariamente acepta efectuar estos pagos como condición para el otorgamiento del derecho que la concesión confiere, independientemente de que sea la Ley quien ordene su incorporación como término contractual.

Para que pueda hablarse de impuesto debe existir una independencia entre la obligación de pagar el tributo y la actividad del Estado, independencia ésta que no se presenta en nuestra opinión entre aquel y el concesionario.

Como respaldo de lo sostenido, vale citar parcialmente el contenido de la Exposición de Motivos de la Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos de 1967, que establece textualmente:

“Es imperativo y urgente hacer una revisión completa de la situación a fin de establecer para el futuro una reglamentación ... que garantice el ulterior desarrollo de la industria con toda la estabilidad y fijeza que por su extraordinaria importancia requiere, dando a la Nación de cuyo subsuelo se extrae la riqueza la justa participación que económicamente le corresponde, y garantizando así de ambos modos, la más larga posible paz industrial en el país, que sólo puede descansar en los preceptos respetables de justicia, equilibrando deliberadamente, los intereses de la Nación y de los industriales.”

Pareciera clara la vinculación que existe entre el pago efectuado por el concesionario y la actuación del Estado de conferirle a aquél el derecho a explotar y a apropiarse del producto del subsuelo nacional, lazo éste, que contribuye a calificar a dicho pago como contraprestación y no como impuesto.

Otra muestra del carácter contractual y de contraprestación que lleva inmerso el llamado “impuesto de explotación” se evidencia también, en el artículo 75 de la Ley de Hidrocarburos según el cual:

“Cuando hayan dejado de pagarse los impuestos correspondientes a un año, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos puede declarar caduca la concesión...”

En el precitado artículo se evidencia la correlación entre el pago y el derecho a cambio del cual aquel se efectúa, poniendo de nuevo en duda el carácter de impuesto que se le ha pretendido atribuir.

Por otra parte resultaría contrario al poder de imperio con que actúa el Estado al crear impuestos y del cual deviene justamente su nombre, el

que éste limite el ejercicio de su potestad tributaria en los términos en que lo hace el artículo 46 de la Ley de Hidrocarburos, al establecer que los concesionarios no estarán sujetos a pagar por los impuestos contemplados en dicha ley, cantidades mayores a las previstas en su Sección Séptima, no siendo posible el menoscabo de tal “derecho” o situación mientras subsista la concesión.

*c.2. Régimen posterior a la nacionalización:*

La Ley de nacionalización no hace referencia a transferencia alguna de derechos de exploración y explotación a las empresas que el Ejecutivo creare para llevar a cabo las actividades nacionalizadas o reservadas.

El artículo 1º de dicha ley, reserva al Estado la exploración y explotación de los hidrocarburos y su artículo 6º simplemente señala que el ejercicio de tales actividades lo hará el Estado a través de las empresas que creare (PDVSA y sus filiales), a las cuales para tales fines se les asignará un área geográfica, de conformidad con el artículo 21 *ejusdem*.

En opinión de Román José Duque Corredor, “la redacción ambigua de la Ley de Nacionalización, presenta el riesgo de que se interprete que no se desprende de la ley, que la atribución de actividades a las operadoras, involucra una transferencia de derechos reales de explorar o de explotar, sino que por el contrario, no son sino un medio de gestión (interpuesta persona), que actúa por cuenta y orden del Ejecutivo, sin que ello signifique el otorgamiento de derechos reales sobre los yacimientos que se encuentran bajo las áreas geográficas determinadas por el Ejecutivo.

La Ley en su artículo 21 simplemente hace referencia a la asignación que hará el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, de las áreas geográficas en las cuales las empresas estatales desarrollarán sus actividades.

En virtud de lo señalado concluye Román José Duque Corredor, que el contenido de los artículos 6 y 21 *ejusdem*, tienen los mismos efectos que el régimen de asignación contemplado en la Ley de Hidrocarburos, en virtud de que conservan las características de las concesiones extinguidas y por cuanto quedan las operadoras sometidas a las mismas normas que regían a esas concesiones.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley de Nacionalización, empresas que creare el Ejecutivo de conformidad con la facultad le da el artículo

6 *ejusdem*, quedarán sujetas al pago de impuestos y contribuciones nacionales establecidos para concesionarios de hidrocarburos.

Si bien no se pueden equiparar plenamente el régimen de las concesiones con el existente después de la nacionalización, debe recordarse que el Estado es el propietario absoluto de Petróleos de Venezuela, S.A. y de sus filiales operadoras, siendo éstas y aquellas personas jurídicas distintas, cada una con su propio patrimonio. Los yacimientos siguen siendo propiedad del Estado y no de las operadoras, quienes al igual que los concesionarios simplemente tienen un derecho de explorarlas y explotadas, así como de disponer de una porción de los recursos extraídos.

Podría sostenerse que el pago del impuesto de explotación, no es más que la porción del valor del petróleo extraído que conserva en propiedad el Estado a cambio del derecho que ha conferido a las operadoras de explotar tal producto.

#### ***d. Incidencia del impuesto de explotación en casos de inversión privada***

##### *d.1. Convenios de asociación*

###### *d.1.1. Forma societaria*

La sociedad que se constituya de conformidad con el artículo 5° de la Ley de Nacionalización, no sería de acuerdo con el artículo 7° de la misma, sujeto pasivo de los impuestos contemplados en la Ley de Hidrocarburos.

No obstante lo anterior, debe recordarse que para que dicha Asociación pueda llevar a cabo las actividades reservadas y dentro de ellas las de explotación, es necesario que ésta opere en un área geográfica determinada, área ésta que de acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Nacionalización, habrá sido determinada respecto de una de las empresas constituidas por el Ejecutivo, y a las que alude el artículo 6° *ejusdem*, esto es, las operadoras de PDVSA.

Cuando Maraven, Lagoven, Corpoven, u otras operadoras a ser creadas, celebran un convenio de asociación con forma societaria, éstas aportan a la nueva entidad que de aquel surge, la posibilidad de explotar en el área a ellas "asignadas", así como el derecho de apropiarse de parte del petróleo extraído.

Es la operadora sin embargo, quien mantiene el vínculo con el Estado (MEM) derivado de tal asignación y la posibilidad de explotarla. La operadora conserva su condición de sujeto pasivo del “impuesto de explotación”, sólo que la obligación que de él deriva y que se traduce en la entrega de una cuota parte de producción en especie o en dinero al Estado, es satisfecha antes de calcular las utilidades o resultados económicos de la actividad conjunta emprendida por ella y sus socios en el Convenio de Asociación. De esta manera, si bien la obligada al pago del “impuesto de explotación”, es la operadora, el importe del mismo es cubierto por la asociación.

Otro enfoque que podría dársele a este punto, sería aquel con acuerdo al cual, en virtud del Convenio, la nueva empresa que se constituye es la que paga al Fisco el impuesto, por ser ella la que realiza en definitiva la actividad reservada y es respecto de ella que se configura el hecho imponible. En todo caso se trataría de una argumentación en relación a la obligación del pago y del sujeto pasivo de la misma que tendría un fundamento contractual y no legal.

#### b) Ganancias compartidas

Bajo el esquema de las ganancias compartidas una filial de propósito especial de PDVSA (CVP- empresa de acuerdo con el artículo 6 de la LOREICH), celebra un convenio de asociación con un inversionista a los fines de explorar y explotar un área que ha sido previamente asignada a su favor.

En estos convenios de asociación, se estipula el derecho de la filial de recibir un porcentaje de los beneficios derivados de la comercialización de la producción obtenida a través del convenio (PEG). Esta participación de la filial de propósito especial constituye la contrapartida de la facultad que la firma del convenio le otorga a los inversionistas, de ejecutar las actividades reservadas por la Ley al Estado, dentro del área afectada a las operaciones de aquella. Dicha participación será cancelada en última instancia al Fisco Nacional, una vez satisfecho el pago de todos los impuestos y contribuciones aplicables de conformidad con la legislación vigente.

- En lo que respecta al impuesto de explotación, el Modelo del Convenio de Asociación (Versión Definitiva de Diciembre de 1995), en su disposición 20.2, impone la obligación de pagar el importe de dicho tributo sobre los Consorcios y no sobre la CVP. Dicha cláusula establece



que “Los miembros de cada Consorcio con Participaciones en cualquier Descubrimiento, o en el caso de Producción Temprana los Inversionistas pertinentes, pagarán a las autoridades competentes de Venezuela el monto en bolívares causado por concepto de Impuesto de Explotación relativo a la Producción a la cual los miembros del Consorcio o dichos Inversionistas, tengan derecho de levantamiento”.

La condición Vigésima Primera por su parte establece, que el Ejecutivo Nacional podrá establecer un régimen que permitirá ajustar el impuesto establecido en el artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos, cuando se le demuestre, en cualquier momento, que no es posible alcanzar los márgenes mínimos de rentabilidad para la explotación comercial de una o más áreas de desarrollo durante la ejecución del Convenio.

Como señaláramos con anterioridad, el pago del Impuesto de Explotación por los consorcios o inversionistas, se trata de una obligación de origen contractual, que califica como obligados al pago del tributo a terceros distintos del verdadero contribuyente, que es la CVP, en su carácter de filial de PDVSA, constituida de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Nacionalización.

Otra muestra de que lo hasta ahora expuesto es lo correcto, lo constituye a nuestro parecer, el hecho de que el acuerdo de fecha 5 de diciembre de 1995, relativo a la determinación del valor mercantil de la Producción en el campo de producción, conforme a lo previsto en la Ley de Hidrocarburos en materia de impuesto de explotación, fue suscrito por el MEM y la CVP, y no entre el MEM y los inversionistas o consorcios.

- En lo atinente al llamado PEG, vale señalar que bajo las condiciones originalmente presentadas por PDVSA al Congreso en relación al esquema de ganancias compartidas, se reflejaba expresamente que dicho concepto sería transferido al Fisco Nacional como retribución del interés patrimonial del Estado en los derechos que otorga a la filial de propósito especial de desarrollar las actividades reservadas en las áreas a ella determinadas por el MEM.

A pesar de que tal referencia fue omitida en las condiciones finalmente aprobadas, a nuestro modo de ver, el espíritu y objeto del pago del PEG no se vio alterado.

Es así como, además del pago del impuesto de explotación al Estado en los términos previstos en la Ley de Hidrocarburos, la intención ha sido la de que la participación que corresponda a la filial (PEG) sea

entregada también en pago al Estado como retribución patrimonial, derivada de su propiedad sobre el recurso explotado y de haber permitido a la filial su utilización y aprovechamiento dentro del marco de un convenio asociativo con particulares.

## **2° Convenios operativos**

La operadora de PDVSA que contrate los servicios del sector privado en materias relativas a la explotación de hidrocarburos será quien tenga que cancelar el impuesto de explotación, cuando el convenio operativo lleve implícito el desarrollo de actividades de explotación de hidrocarburos.

## **3° Empresas mixtas - Corrientes de industrialización**

Por estar dedicadas a actividades no reservadas, dentro de las que quedan excluidas la explotación de hidrocarburos, resulta obvio que el impuesto en comentarios no le es aplicable.

## **B. IMPUESTO SOBRE LA RENTA**

### **B.1. Régimen aplicable a los convenios de asociación**

Bajo la vigencia de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991, su artículo 9° contemplaba como régimen especial para los Convenios de Asociación en materia de explotación de crudos pesados y extrapesados, y para la explotación y procesamiento de gas natural, la aplicación, de la tarifa corporativa del 30%.

Artículo 9: "...Se gravarán con el impuesto previsto en el artículo 55, los enriquecimientos provenientes de las nuevas actividades que, para la ejecución de proyectos en materia de explotación y refinación de crudos pesados y extrapesados, y de explotación y procesamiento de gas natural libre, se realicen bajo los convenios de asociación celebrados conforme a la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, o mediante contratos de interés nacional previstos en la Constitución".

Dado lo preciso y limitado del régimen especial que consagraba la parte final del artículo en comento, en ese entonces resultaban aplicables a los convenios de asociación, el resto de las disposiciones de la LISR en

materia petrolera, incluyendo el pago complementario del extinto impuesto derivado de la aplicación de los valores fiscales de exportación que contemplaba el Artículo 32 de dicha ley, y que ha vuelto a plantearse como una fuente alterna de financiamiento por organizaciones como el Consejo Nacional de Economía en reporte publicado el 8 de enero de 1996 en el periódico Economía Hoy.

De igual manera le eran aplicables el gravamen sobre dividendos provenientes de la participación en empresas que realizaran actividades económicas en el país diferentes a la de hidrocarburos.

De esta manera, dichas sociedades estaban sometidas a una especie de régimen impositivo mixto, por lo cual quedaban sujetas a todas las vicisitudes fiscales futuras que confrontara la industria petrolera nacional, principal proveedora de los ingresos del Fisco Nacional.

En el año 1993 durante el gobierno del Presidente Ramón J Velásquez fue presentado por Petróleos de Venezuela un Proyecto de Ley sobre el régimen tributario aplicable a las empresas que se constituyeran bajo convenios de asociación en materia de hidrocarburos, cuyas propuestas cristalizaron en el Decreto-Ley N° 3.113, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.628 de fecha 9/9/93, en cuyo artículo 9° se estableció:

*“Quedan excluidas del régimen previsto en este artículo, las empresas que se constituyan bajo convenios de asociación celebrados conforme al artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos” o mediante contratos de interés nacional previstos en la Constitución, para la ejecución de proyectos integrados verticalmente en materia de explotación, refinación, industrialización, emulsificación, transporte y comercialización de petróleo crudos extrapesados, bitúmenes naturales y gas natural costa afuera, las cuales tributarán bajo el régimen ordinario establecido por esta Ley para las compañías anónimas y los contribuyentes asimilados a éstas”.*

En esta oportunidad también se incluyó en el artículo 12, un numeral para eximir de impuesto sobre la renta, a las empresas del Estado por los aportes de intangibles que incorporaran a los proyectos, y se excluyó del texto de la Ley al artículo 32 que establecía las facultades del Ejecutivo para fijar valores fiscales de exportación, en virtud de que esta facultad ya había sido derogada por la ley especial que dispuso la eliminación gradual de dichos valores.

De los argumentos expuestos por la Industria al presentar el Proyecto de Ley a que se hizo referencia con anterioridad, se desprende la intención del proyectista de avanzar en cuanto a los términos del régimen excepcional aplicable a los convenios de asociación, así como de ampliar el alcance de las inversiones sujetas al mismo, no sólo a los proyectos de explotación y refinación de crudos extrapesados y a la explotación y procesamiento de gas natural.

En el Proyecto de ley se señalaba:

“...resulta una real necesidad definir su situación jurídica (la de los convenios de asociación), sometiéndolos íntegramente al régimen ordinario previsto para las compañías anónimas y demás contribuyentes asimilados que realizan actividades comercio-industriales.

De esta forma se equipararía el tratamiento de tales asociaciones con el de otros contribuyentes inversionistas que participen en Venezuela en proyectos de desarrollo de gran magnitud”.

Sobre la base de esta intención se modificó el artículo 9 de la LISR en el año 1993, siendo objeto de nuevos cambios en la reciente reforma del 29 de noviembre de 1995, quedando sin embargo una serie de puntos confusos en cuanto a sus efectos e implicaciones.

Art. 9 LISR (Reforma de 1995): Los contribuyentes distintos de las personas naturales y de sus asimilados, que se dediquen a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación, el transporte, o a la compra o adquisición de hidrocarburos y sus derivados para la exportación, estarán sujetos al impuesto previsto en el literal b) del artículo 54 de esta ley (67,7%).

Quedan excluidos *del régimen previsto en este artículo*, las empresas que se constituyan bajo convenios de asociación celebrados conforme a la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos o mediante contratos de interés nacional previstos en la Constitución, para la ejecución de *proyectos integrados verticalmente* en materia de explotación, refinación, industrialización, emulsificación, transporte y comercialización de petróleos crudos extrapesados, bitúmenes naturales y gas natural costa afuera, y las empresas ya constituidas y domiciliadas en Venezuela que realicen actividades integradas de producción y emulsificación de bitumen natural, todas las cuales *tributarán bajo el régimen ordinario establecido en esta Ley para las compañías anónimas y los contribuyentes asimilados a éstas*.

### **B.1.1. Alcance del Régimen Especial previsto en el artículo 9°**

- El artículo 9° amplió sin lugar a dudas su alcance subjetivo al incluir no sólo a los proyectos de explotación, refinación, industrialización, emulsificación, transporte y comercialización de petróleos crudos extrapesados, bitúmenes naturales y gas natural costa afuera, sino que incluyó también, a las empresas ya constituidas y domiciliadas en Venezuela que realicen actividades integradas de producción y emulsificación de bitumen natural, todas las cuales tributarán, bajo el régimen ordinario establecido en esta Ley para las compañías anónimas y los contribuyentes asimilados a éstas. En pocas palabras se estableció un régimen especial para Bitúmenes del Orinoco, S.A.

Tal reforma obedeció a la conveniencia que tiene para Venezuela el desarrollo oportuno del producto Orimulsión, el cual permitiría disponer a corto plazo de bitúmenes naturales provenientes de la Faja del Orinoco. Orimulsión es una emulsión de bitumen en agua y surfactantes, que compite ventajosamente con el carbón en su utilización en las plantas de generación eléctrica. Por su valor calorífico, los precios aplicables a Orimulsión son comparables a los del carbón, razón por la cual la rentabilidad de cualquier proyecto tiene que tomar en consideración esa realidad. Ello significaba que los impuestos aplicables a Orimulsión, la cual requería un tratamiento fiscal diferente, no podían ser los mismos que los de petróleos convencionales.

- Si bien es cierto que la parte inicial del segundo párrafo del artículo 9 en comento, se refiere exclusivamente a la no aplicación del régimen previsto en ese artículo respecto de los Proyectos de Asociación, lo que podría entenderse como que se limita al tipo de tarifa aplicable, la parte final expresamente establece que ese tipo de actividad estará sujeta al régimen ordinario aplicable a las compañías anónimas y a sus asimiladas. Esta última afirmación analizada a la luz de la Exposición de Motivos de las reformas antes mencionadas de 1993 y 1995 se desprende claramente, que esto último fue lo que se pretendió alcanzar.

- Vale destacar que este régimen excepcional sólo aplicará para convenios de asociación, ya sean con forma societaria o no, que puedan calificarse como proyectos integrados verticalmente y a través de los cuales se explote, refine, industrialice, emulsifique, transporte y comercialice: (i) petróleos crudos extrapesados, (ii) bitúmenes naturales y (iii) gas costa afuera.

Los actuales proyectos que se llevarán a cabo bajo el régimen de ganancias compartidas o con forma societarias, que manejen crudos livianos y medianos, quedarían sometidos al régimen ordinario de PDVSA y sus operadoras.

- Otro de los aspectos que requiere de aclaratoria en lo que respecta al artículo en comento lo constituye el significado de un “proyecto verticalmente integrado”.

En principio se traduciría en un proyecto que comprenda la totalidad de actividades reservadas, esto es las llamadas aguas abajo, exploración y explotación, y aguas arriba, es decir, transporte, refinación, emulsificación, comercialización, etc.

Esta calificación trae consigo el inconveniente no sólo de su imprecisión, sino también de la exclusión del régimen especial previsto en el artículo 9° para aquellos proyectos que no comprenden la totalidad de estas actividades reservadas.

### **B.1.2. Rebajas por inversión**

Tanto los Proyectos de Apertura (ganancias compartidas) como las Asociaciones Estratégicas de la faja (forma societarias) asumen fuertes inversiones de desarrollo antes de empezar a generar ingresos. Actualmente existen dos regímenes de rebaja por inversión en el área petrolera, uno aplicable a las asociaciones estratégicas dedicadas a gas costa afuera, Orimulsión y crudos extrapesados (bajo la forma de proyectos integrados a los que se refiere el artículo 9° de la LISR) y la otra aplicable a la IPPCN y a las asociaciones que no cumplan los requisitos señalados anteriormente (apertura áreas nuevas). La primera permite rebajas máximas del 20% hasta por 5 años de promulgada la ley (1999), y la otra admite rebajas del 8% y 4%, pero sujetas a un techo del 2% del enriquecimiento global neto y susceptibles a ser trasladados hasta 3 años.

#### *b.1.2.1. Rebaja contemplada en el artículo 57 (PDVSA, operadoras y ganancias compartidas)*

Artículo 57: Los contribuyentes que se dediquen a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación y el transporte, gozarán de una rebaja de impuesto equivalente al ocho por ciento (8%) del monto de las nuevas inversiones hechas en el país dentro del ejercicio anual, representadas en activos fijos destinados a la producción del enriquecimiento. Para determinar el monto de las

inversiones a que se contrae el encabezamiento de este artículo, se deducirán del costo de los nuevos activos fijos destinados a la producción del enriquecimiento, los retiros, las amortizaciones y las depreciaciones de estos nuevos activos fijos, hechos en el ejercicio y un dos por ciento (2%) del promedio del activo fijo neto para el ejercicio anterior, calculado éste con base en los balances de principio y fin de año.

Se concederá una rebaja adicional del cuatro por ciento (4%) sobre el costo total de las nuevas inversiones hechas en:

- a) Exploración, perforación e instalaciones del impuesto conexas de producción, transporte y almacenamiento, hasta el puerto de embarque o lugar de refinación en el país, inclusive;
- b) Recuperación secundaria de hidrocarburos;
- c) Aprovechamiento, conservación y almacenamiento del gas, incluido el licuado; y d) Valorización de hidrocarburos y los egresos por concepto de investigación.

Para los fines expresados se excluirán las inversiones deducidas conforme al numeral 10, del artículo 27 de la presente Ley.

Parágrafo único: Las rebajas de impuesto a que se contrae el presente artículo no podrán exceder del dos por ciento (2%) del enriquecimiento global neto del contribuyente. Además, cuando el total de las rebajas previstas en este artículo sea mayor del dos por ciento (2%) del enriquecimiento global neto del contribuyente, el excedente podrá traspasarse hasta los tres (3) años siguientes del ejercicio respectivo. A los fines del cómputo del excedente utilizable en un ejercicio dado, cualquier excedente proveniente de ejercicios anteriores será aplicable antes de las rebajas del impuesto correspondientes al ejercicio.

Las rebajas a que se contrae el presente artículo solamente serán imputables a los impuestos determinados conforme a lo previsto en los literales a) y b) del artículo 54, según el caso.”

- *Sujetos a quienes aplica*

De acuerdo a la parte final del artículo 57, “Las rebajas a que se contrae el presente artículo solamente serán imputables a los impuestos determinados conforme a lo previsto en los literales a) y b) del artículo 54, según el caso.”

Lo anterior quiere decir que esta rebaja sólo aplica a aquellas empresas que se dediquen a la actividad petrolera que resulten gravadas con el 67.7%.

- *Fórmula de cálculo*

Esta rebaja se calcula restándole a las inversiones en activos fijos incorporados a la producción de la renta la depreciación, las amortizaciones

y los retiros del ejercicio. Es decir, que lo que se considera como parte de la rebaja es la inversión neta de depreciación y a esto a modo de cálculo se le resta el 2% del promedio del activo fijo neto para el inicio del año y el final del año. A este monto que resulta de esa sumatoria aritmética se le aplica un 8%, traduciéndose ello en la rebaja general que tiene este tipo de industrias.

- *Observaciones al contenido de la norma*

a) Que debe considerarse como nueva inversión: se debe partir de las cifras históricas o aplicando los valores ajustados por inflación.

b) A los efectos de calcular el límite máximo del 2% del enriquecimiento global neto, el aumento o disminución de la renta que resulta del ajuste por inflación debería formar parte del enriquecimiento global neto.

c) Las empresas que se dediquen a la prestación de servicios bajo la figura de los Convenios Operativos, no disfrutarán de estas rebajas. Será la filial de PDVSA que haya contratado quien tendrá la propiedad de los activos, y por consiguiente a quien corresponderá disfrutar de la rebaja.

d) En este artículo a diferencia del artículo 58, no se supedita para el cómputo de la inversión el que los activos se encuentren efectiva y directamente incorporados a la producción del enriquecimiento (activos fijos).

- *Otros aspectos de interés:*

En opinión de Aurora Moreno el artículo 58, supone que las rebajas se calcularán sobre la base de las inversiones efectuadas entre el 1° de Julio de 1994 y hasta el 1° de julio de 1999, las cuales comenzarán a ser aplicadas a los impuestos que se causen en los ejercicios posteriores a su arranque.

En lo que respecta a las inversiones efectuadas antes del 1° de julio de 1994, se aplicará el régimen previsto en la LISR anterior, de un 10%.

*b.1.2.2. Rebaja contemplada en el artículo 58:*

Artículo 58: " Se concede una rebaja de impuesto del veinte por ciento (20%) del monto de las nuevas inversiones que se efectúen en los cinco (5) años siguientes a la vigencia de la presente Ley de Reforma, a los titulares de enriquecimientos derivados de actividades industriales y agroindustriales, *distintas de hidrocarburos y actividades conexas* representadas en nuevos activos fijos, distintos de terrenos, destinados



al aumento efectivo de la capacidad productiva o a nuevas empresas, siempre y cuando no hayan sido utilizados en otras empresas.

Las rebajas establecidas en este artículo sólo se concederán en aquellos ejercicios en los cuales los activos fijos adquiridos, construidos o instalados para los fines señalados en este artículo, estén efectiva y directamente incorporados a la producción de la renta.

Parágrafo primero: Para determinar el monto de las inversiones a que se contrae este artículo, se deducirán del costo de los nuevos activos fijos incorporados a la producción de la renta, los retiros, las amortizaciones y las depreciaciones hechas en el ejercicio anual sobre tales activos. Los retiros de activos fijos por causas no fortuitas ni de fuerza mayor que se efectúen por el contribuyente dentro de los cuatro (4) años siguientes al ejercicio en que se incorporen, dará lugar a reparos o pagos de impuestos para el año en que se retiren, calculados sobre la base de los costos netos de los activos retirados para el ejercicio en que se incorporaron a la producción de la renta.

Parágrafo segundo: Para los fines expresados se excluirán las inversiones deducidas conforme al numeral 10, del artículo 27 de la presente Ley.

- *Sujetos a los que les aplica*

Una interpretación muy literal de la norma podría hacer pensar, que las empresas a las que se refiere el Párrafo Segundo del artículo 9º de la LISR, no disfrutan de ningún tipo de rebaja por nuevas inversiones.

El artículo 57 por una parte se refiere únicamente a las empresas que tributan por el artículo 54, quedando excluidos los convenios de asociación a que alude el artículo 9º. Por su parte el artículo 58 se refiere a actividades distintas a las de hidrocarburos, sin distinguir la modalidad que se haya adoptado para su ejercicio. Lo anterior crearía un limbo, que sin embargo ha sido resuelto por la doctrina, partiendo de la parte final del artículo 9º de la LISR, con acuerdo a la cual, a los convenios de asociación en él señalados tributarán bajo el régimen ordinario del resto de las compañías anónimas y de sus asimilados. Sobre esta base se ha dicho que el legislador quiso dar un real beneficio a estos convenios, considerando que por sus particularidades (crudos extrapesados, bitumen, y gas costa afuera) requieren de incentivos que fueran más allá de la disminución de la tarifa al 34%, sino que también debía reconocérseles la posibilidad de disfrutar de rebajas con ocasión de las cuantiosas inversiones que los mismos suponían.

- *Sociedades de hecho*

“En vista de que los proyectos petroleros a ser desarrollados bajo la modalidad de convenios de asociación antes de la suscripción formal

de la sociedad, en el caso de que se adopte la forma societaria o durante su desarrollo a través de consorcios, si se trata de ganancias compartidas, requieren que los participantes suscriban una serie de acuerdos preliminares para establecer las bases bajo las cuales funcionará la sociedad y la factibilidad de la misma y que esos convenios preliminares implican aportes de capital de los participantes, gastos de investigación y desarrollo, estudios económicos, contratación de servicios técnicos, etc., así como la constitución de un equipo gerencial que dirija el proyecto, y por consiguiente la apertura de cuentas bancarias que pueden generar ingresos por intereses, y el manejo de divisas y moneda local que pueden generar diferencias en cambio, entre otros, esos convenios preliminares tienen a efectos fiscales consecuencias jurídicas”.<sup>8</sup>

Estas sociedades de hecho, son consideradas por el Código Orgánico Tributario y por la Ley de Impuesto sobre la Renta como sujetos pasivos tributarios, distintas a las personas que las integran:

**Artículo 22.3 COT:**

Son contribuyentes los sujetos pasivos respecto de los cuales se verifica el hecho imponible de la obligación tributaria. Dicha condición puede recaer:

“... 3. en las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional”.

**Artículo 5° LISR:**

Están sometidas a la ley:

- c) Las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, las comunidades, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho.
- e) las asociaciones, fundaciones y demás entidades jurídicas o económicas no citadas en los literales anteriores.

El Parágrafo Primero del mismo artículo 5° considera como contribuyentes asimilados a las compañías anónimas, a las sociedades irregulares o de hecho que revistan forma de compañía anónima y el artículo 7 en su tercer aparte dispone que las entidades jurídicas o económicas a que se refiere el Literal e) del Artículo 5 pagarán el impuesto por todos los enriquecimientos netos con base a lo dispuesto en el artículo 53 (tarifa 2).

---

8 MORENO DE RIVAS, Aurora. “Régimen Impositivo de la Inversión Privada en la Explotación de Hidrocarburos”. *Revista de Derecho Tributario* N° 66. Legislación Económica. Caracas. 1995. Pág. 65.

“Igualmente se previeron los efectos tributarios de la transformación de esas sociedades basadas en acuerdos preliminares en sociedades mercantiles formalmente constituidas, al establecer el Código Orgánico Tributario en su artículo 27 la responsabilidad solidaria de los sucesores a título particular de empresas o entes colectivos con personalidad jurídica o sin ella”.<sup>9</sup>

Por otra parte vale destacar como ya se mencionara, que en los convenios de asociación bajo la modalidad de ganancias compartidas, la relación entre el inversionista y la filial se canalizará a través de la constitución de un “Consortio”, que como sabemos se traduce en lo que al ámbito del Derecho Mercantil se refiere a una sociedad de hecho.

En relación a lo anterior, la LISR en la parte final del Parágrafo Segundo de su artículo 5º, define a los consorcios como “agrupaciones empresariales, constituidas por personas jurídicas que tengan por objeto realizar una actividad económica específica en forma mancomunada”.

Por su parte el artículo 8 *ejusdem*, señala:

Artículo 8º: Las sociedades y comunidades a que se refiere el literal c) (sociedades de hecho) del artículo 5 de esta Ley, que realicen actividades distintas a de las señaladas en el artículo 9, no estarán sujetas al pago del impuesto por sus enriquecimientos netos, en razón de que el gravamen se cobrará en cabeza de los socios o comuneros, pero estarán sometidas al régimen de esta ley para la determinación de sus enriquecimientos, así como a las obligaciones de control y fiscalización que ella establece y responderán solidariamente del pago del impuesto que, con motivo de las participaciones, corresponda pagar a sus socios o comuneros. La suma de las participaciones que deberán declarar los socios o comuneros será igual al monto de los enriquecimientos obtenidos en el correspondiente ejercicio por tales sociedades o comunidades. A igual régimen estarán sometidos los consorcios en cuanto sea aplicable.

La exclusión de que son objetos las empresas a las que se refiere la totalidad del artículo 9º, dejaría sin efecto la solidaridad entre los miembros del consorcio o sociedad de hecho, según se trate.

---

9 Op. Cit. Pág. 66.

### **B.1.3 Depreciación y amortización de inversiones para los contribuyentes dedicados a la explotación de hidrocarburos**

Esta materia se encuentra regulada en los artículos de la LISR que de seguida se transcriben:

**Artículo 24:** Cuando se trate de contribuyentes que se dediquen a la explotación de minas, de hidrocarburos y de actividades conexas, tales como la refinación y el transporte, se imputará al costo una cantidad razonable para atender a la amortización de las inversiones capitalizadas o que hayan de capitalizarse de acuerdo con las normas de esta Ley. El costo de las concesiones sólo será amortizable cuando estén en producción.

**Artículo 25:** El sistema para calcular la amortización a que se refiere el artículo anterior será el de agotamiento, pero cuando se trate de empresas que no sean concesionarias de explotación, las inversiones previstas podrán ser amortizadas mediante una cuota razonable. El Reglamento podrá fijar, mediante tablas, las bases para determinar las alícuotas de depreciación o amortización.

En ningún momento se admitirán amortizaciones de bienes que no estén situados en el país.

**Artículo 26:** Se consideran inversiones capitalizables las siguientes:

- a) El costo de las concesiones, integrado por el precio de adquisición y los gastos conexos. No son capitalizables los sueldos y otros gastos indirectos que no hayan sido hechos con el fin de obtener la concesión.
- b) Los gastos directos de exploración, levantamientos topográficos y otros similares.
- c) Una cuota razonable de los gastos indirectos hechos en las operaciones de los campos, aplicables a los trabajos de desarrollo en las diversas fases de la industria; y
- d) Cualquier otra erogación que constituya inversión de carácter permanente.

Recientemente fue aprobado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros el Reglamento Parcial de la LISR en materia de Depreciación y Amortización de Inversiones para los Contribuyentes Dedicados a la Explotación de Hidrocarburos. Este Reglamento va dirigido únicamente a los contribuyentes a que se refiere el artículo 9 de la Ley, que realicen actividades petroleras a través de convenios de asociación, pero que tributen de conformidad con el literal b) del artículo 54 de la misma ley, es decir, aquellos que son gravados con la tarifa del 67.7%. En principio este reglamento aplica en los actuales momentos

únicamente a los llamados convenios de asociación bajo el régimen de ganancias compartidas.

En cuanto a la depreciación, el artículo 2° del Reglamento define a los activos depreciables y los somete en su artículo 5° al método de la línea recta. A tales efectos corresponderá al contribuyente la determinación de la vida útil probable a ser aplicada, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los 5 años.

En materia de amortización, se establecen distintos métodos según el activo de que se trate:

- *Gastos directos*

En el caso de gastos directos de exploración capitalizados mediante el sistema de agotamiento, para el cálculo de la amortización de los mismos se tomará como base el total de las reservas probadas a ser explotadas en cada área de desarrollo durante la vigencia del convenio de asociación correspondiente.

La alícuota a ser amortizada (A.A) en cada ejercicio será igual al coeficiente del monto total de la inversión, menos la amortización acumulada, entre las reservas probadas remanentes a ser explotadas durante la vigencia del convenio de asociación.

$$A.A = \frac{\text{Monto total de la inversión - amortización acumulada}}{\text{Reservas probadas remanentes a ser explotadas}}$$

A.A. x volumen de hidrocarburos, determinará la amortización relativa al ejercicio fiscal correspondiente.

En el caso de los gastos directos incurridos en los pozos que resultaren secos durante la etapa exploratoria, éstos podrán capitalizarse y amortizarse conforme al método descrito, o de acuerdo al método de línea recta, para un período de amortización que en ningún momento podrá ser inferior a tres (3) años.

Son ejemplos de gastos directos aquellos en que se incurre con ocasión a trabajos geológicos, sismográficos, carreteras de acceso a los campos.

Una vez presentada la declaración definitiva de rentas del ejercicio de que se trata y el contribuyente haya optado por alguno de los mecanismos señalados en cuanto a los gastos directos de pozos secos, no podrá sustraerse del mismo.

- *Gastos indirectos*

Los gastos indirectos efectuados en las distintas operaciones de los campos, correspondientes a gastos capitalizados conforme a lo dispuesto en el artículo 3° (aplicables a los trabajos de desarrollo en las diversas fases de la industria), deberán ser distribuidos en cuotas razonables entre las respectivas unidades de exploración y producción, de acuerdo al método de amortización antes explicado respecto de los gastos directos.

- *Perforación de pozos de explotación y otros gastos de desarrollo tangibles o intangibles:*

La amortización se hará en estos casos mediante el sistema de agotamiento en los mismos términos explicados en materia de gastos directos.

Los gastos incurridos en los pozos que resultaren secos durante la etapa de explotación y cualesquiera otros gastos que fueren inherentes, podrán capitalizarse y amortizarse conforme al método en comento o podrán considerarse como pérdida del ejercicio. La elección corresponderá al contribuyente..

Las cuotas de depreciación y de amortización establecidas en el reglamento bajo estudio sólo podrán deducirse o imputarse al costo en el ejercicio en que se causen.

- *Contabilidad en dólares*

Se ha manifestado la necesidad que existe de que las empresas dedicadas a la realización de proyectos de inversión en el área petrolera, puedan llevar su contabilidad en dólares, a objeto de evitar las consecuencias negativas que la devaluación de la moneda produce a nivel tributario para las mismas, por llevar su contabilidad en bolívares.

En lo que respecta al ajuste por inflación, se evitaría tener que tributar por la ganancias cambiarias que experimentaría la empresa. Por otra parte para el Fisco tendría el atractivo de que esas empresas no experimentarían pérdidas cambiarias no viéndose afectado por las deducciones que por tal motivo aquellas pudieran efectuar.

En materia del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, los créditos fiscales que deben ser indexados y utilizados al generarse el primer débito, una vez concluida la fase preoperativa, de reconocerse la posibilidad de llevar la contabilidad en dólares no tendrían que ser ajustados por la inflación, no experimentándose pérdidas al

contribuyente, derivadas del diferencial entre el crecimiento de la inflación y el comportamiento de la devaluación del bolívar.

## **B.2. Régimen aplicable a los convenios operativo (campos marginales)**

a) La empresa que realiza los servicios de operación tributará a la tarifa N° 2, por cuanto ésta no realiza actividades de explotación de hidrocarburos, sino un actividad de servicios.

b) No tendrá activos que depreciar, y la mayoría de sus ingresos corresponderán a gastos reembolsables, hechos por cuenta de la contratante.

c) Los ingresos gravables a la contratista serán únicamente aquellos que califiquen como honorarios de operación, y sus costos sólo aquellos calificables como costos operacionales.

d) “En vista de que los contratos establecen, que la contratista costeará todos los servicios sin recurrir a la filial, y de que todos los activos, equipos y demás costos serán capitalizables por la filial, por cuanto se trata de instalaciones para una producción que le está reservada a ésta por ley, es obvio que lo que la Contratista hace en estos convenios es financiar a su propio riesgo el proyecto de la filial. El recobro de esos costos por parte de la Contratista, no se corresponde con el concepto de ingresos brutos que como elemento de determinación de la renta gravable contiene el artículo 14 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. La naturaleza del ingreso bruto que la Ley establece como elemento determinante de la renta gravable es la de un provento o producto, tal como se desprende de la redacción del texto legal y de la naturaleza misma del impuesto que esa ley crea”.<sup>10</sup>

“Se da en este caso el ejemplo perfecto de lo que constituye el reembolso de gastos, que no puede estar sujeto a anticipos de impuesto por el mecanismo de retención por parte del pagador del gasto o costo, por cuanto no es un producto o provento de una actividad económica gravable. El provento que recibe el contratista por el servicio que presta es el honorario de producción y los costos que realiza por cuenta propia

---

10 Op. Cit. Pág. 69.

para sus operaciones serán los que puede aplicar como determinantes de su renta”.<sup>11</sup>

### **B.3. Régimen aplicable a las empresas mixtas. Corrientes de industrialización**

No obstante que este tipo de empresas están sometidas al régimen ordinario previsto para las sociedades mercantiles en la LISR, vale destacar sin embargo el tratamiento recibido por los dividendos pagados por las mismas.

De acuerdo con el Parágrafo único del artículo 54 de la LISR, los contribuyentes distintos de las personas naturales y las herencias yacentes, que se dediquen en el país a la explotación de hidrocarburos y de actividades conexas, estarán sujetos al pago de un impuesto proporcional de veinte por ciento (20%) sobre el monto de los dividendos percibidos, cuando tales enriquecimientos provengan de empresas que se dediquen a realizar actividades económicas en el país, diferentes a las señaladas en este parágrafo, aun cuando éstos sean adquiridos a título de dividendos en acciones.

Las empresas mixtas que se dediquen a la industrialización de corrientes de refinería, tal como fuera señalado no llevan a cabo actividades que puedan calificarse como reservadas de acuerdo con la Ley de Nacionalización, no siendo por tanto gravadas con el 67.7%. Siendo esto así, no cabe duda que respecto de PDVSA o de sus operadoras en su condición de accionistas de esas empresas mixtas, se aplicaría la retención del 20% por concepto de impuesto sobre la renta. Pareciera que no estarían sujetas a este régimen los socios privados, en tanto ellos no se dedican en el país a la explotación de hidrocarburos. Lo anterior ha sido calificado como un desincentivo para este tipo de proyectos.

### **C. LEY DE IMPUESTO AL CONSUMO Suntuario y a las Ventas al Mayor**

- *Etapa Preconstitutiva de los convenios de asociación (especial referencia al Proyecto Cristóbal Colón)*

Para el desarrollo de los proyectos vinculados con las actividades reservadas a ser llevadas a cabo a través de los convenios de asociación,

<sup>11</sup> Ídem



se requiere que antes de la constitución formal de la sociedad que los llevará a cabo, los entes por asociarse e incluso los ya asociados bajo la requerida aprobación del Congreso de la República suscriban una serie de acuerdos preliminares para establecer las bases bajo las cuales funcionará dicha sociedad y para determinar la factibilidad del referido proyecto.

Durante esta fase del proceso se opera bajo los términos de un convenio denominado “Acuerdo Preliminar de Desarrollo”, del cual derivan una serie de obligaciones a empresas afiliadas a los suscriptores del mismo. En la ejecución de estas actividades, las empresas “afiliadas” actúan siguiendo instrucciones de las respectivas signatarias.

En este Acuerdo Preliminar se previó, que sus suscriptores efectuarían aportes de fondos para sufragar los gastos de investigación y desarrollo, los estudios económicos, la contratación de servicios técnicos y otros.

El Proyecto Cristóbal Colón como tal en esta fase, fue calificado por la Administración Tributaria como sujeto tributario, en su carácter de sociedad de hecho, siendo contribuyente reconocido por el artículo 1° de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor (LICSVM).

Dada la falta de personalidad jurídica del Proyecto Cristóbal Colón se encomendó a Lagoven, S.A., la operación del proyecto y la celebración en su propio nombre pero por cuenta del Proyecto, de los contratos necesarios. En opinión de algunos, Lagoven actuaba como un mandatario sin representación.

En los actuales momentos existe la empresa Sucre Gas, S.A., a través de la cual se materializó el Convenio de Asociación.

Cuando Lagoven celebra estas contrataciones y efectúa pagos, lo hace con recursos propios que luego le reembolsa el Proyecto, presentándose en opinión de algunos, el supuesto previsto en el ordinal 1° del artículo 21 de la LICSVM.

Artículo 21.1: Sin perjuicio de lo establecido en el Título III de este Decreto, para determinar la base imponible correspondiente a cada período de imposición, deberán computarse todos los conceptos que se carguen o cobren en adición al precio convenido para la operación gravada, cualesquiera que ellos sean y, en especial, los siguientes:

1. los ajustes, actualizaciones o fijaciones de precios o valores de cualquier clase pactados antes o al celebrarse la convención o contrato; las comisiones; los intereses correspondientes, si fuere el caso; y otras

contraprestaciones accesorias semejantes; gastos de toda clase o su reembolso, *excepto cuando se trate de sumas pagadas por cuenta del comprador o receptor del servicio, en virtud de mandato de éste...*"

Con base en lo anterior fue sostenido por personeros del Proyecto que los montos que Lagoven pagaba por concepto de ICSVM sobre los precios de los referidos servicios eran reflejados en cuentas separadas del Proyecto, quien habría de utilizarlos como créditos fiscales propios, dado que Lagoven, no efectuaba, en estos casos, pagos propios sino que correspondían a un tercero, como lo era el Proyecto.

Adicionalmente, Lagoven en su rol de operador, cedía una porción de otros servicios por ella contratadas a nombre y por cuenta propia, facturándole luego al Proyecto el monto exacto correspondiente a la porción de esos servicios que le cedía, sin percibir utilidad alguna. Tal era el caso del uso de las líneas telefónicas, fotocopiadoras, artes gráficas, etc.

Finalmente Lagoven destinó un grupo de personas para dar cumplimiento a la obligación de llevar los libros contables.

Según representantes del Proyecto los tres casos antes expuestos quedaban fuera de la aplicación del ICSVM, entre otras razones por la ausencia de onerosidad y de independencia que se presentaba respecto de los mismos entre Lagoven y el Proyecto.

El SENIAT, en relación al punto anterior se pronunció en los siguientes términos:

A) En cuanto al carácter de actividad dependiente existente entre Lagoven y el Proyecto, se señaló que se entiende por actividad independiente a aquellos actos, actividades y hechos que se ejecuten con autonomía, es decir, que no guarden relación de dependencia con el beneficiario o receptor de los servicios prestados.

En cuanto a los suscriptores y a sus filiales no se presenta carácter de dependencia respecto de la nueva compañía Sucre Gas. El que aquellos se asocien en ella, no los hace perder su identidad, ni les somete a las decisiones de la misma. De manera que estamos hablando de entes jurídicos distintos independientes entre sí, pero que se interrelacionan para el cumplimiento de un fin común.

B) En lo que respecta al título oneroso: la prestación del servicio debe efectuarse a cambio de una contraprestación, es decir, que efectivamente se realice un pago por tal concepto, independientemente de que sólo se estén recuperando costos.

En este sentido creemos conveniente destacar que jurídicamente este término hace referencia a aquellos actos conmutativos de prestaciones recíprocas, o dicho en otros términos lo que no se adquiere a título gratuito.

C) El SENIAT compartió que Lagoven actuó en virtud de un mandato sin representación, y en consecuencia lo hace en nombre propio por cuenta de un tercero, sin embargo Lagoven actúa como responsable de los pagos efectuados en razón de las operaciones que realice. Desde el punto de vista tributario los créditos fiscales producto de las referidas operaciones serán utilizados en un futuro por la ya mencionada Compañía Sucre Gas, C.A.

D) En relación a la cesión de servicios contratados para sí, y a la utilización de su personal para llevar la contabilidad, también son gravables con el Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor.

Por ello Lagoven al momento de facturar sus servicios al Proyecto, aun cuando sean calculados al costo debe incluir el monto correspondiente a los impuestos que nos ocupan.

Situación distinta es la que se presenta respecto de personal que era de Lagoven y que se asigna tiempo completo al Proyecto, dependiendo única y exclusivamente de éste, en tanto no resultan gravables sus servicios.

- *Interpretación y alcance del artículo 37 de la LIC SVM*

Una de las técnicas impositivas mediante las cuales se incentiva la venta de bienes y prestación de servicios a los mercados internacionales, es la denominada “tasa cero”, la cual como la define la mejor doctrina, es un mecanismo exentivo indirecto, mediante el cual los contribuyentes ordinarios del impuesto a las ventas (IVM), pueden recuperar el tributo que por repercusión directa hayan soportado, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la LIC SVM, en adquisición de insumos necesarios para la exportación, que constituye su giro o actividad económica habitual.

La técnica impositiva en comentarios, que evita las distorsiones propias de las exenciones y es más respetuosa de la que ha permitido su generalización e incorporación en la mayoría de los sistemas tributarios modernos acoge el principio universal de imposición indirecta de gravar los bienes y servicio, no en el país de origen sino en el país de destino,

al permitir que los exportadores puedan recuperar las cuotas de IVM devengados y trasladados por sus proveedores o prestadores de servicios.

La instrumentación de la llamada tarifa cero conlleva inevitablemente dificultades de tipo administrativo. “En efecto, la misión del FMI reconoció plenamente, como requisito para mantener el principio de destino, la necesidad de que los exportadores les fuera reembolsado el impuesto pagado por sus compras gravadas de bienes y servicios, pues dada la aplicación de la tarifa cero, carecería de débitos fiscales contra los cuales aplicar esos créditos. Ello implica la consecuente necesidad de tramitación, por parte de la Administración Tributaria, de solicitudes de reembolso de esos créditos fiscales”.<sup>12</sup>

Artículo 37: Los exportadores que sean contribuyentes ordinarios tendrán derecho a recuperar el impuesto que hubieren soportado por los insumos representados en bienes y servicios adquiridos o recibidos con ocasión de su actividad de exportación. Igual derecho tendrán respecto del impuesto a que se refiere este Decreto, por lo pagado al importar bienes muebles para el mismo objeto.

Si los exportadores efectuaran también ventas en el país, sólo tendrán derecho a la recuperación de los impuestos relativos a las ventas externas, aplicándose a estos efectos, si no llevaren contabilidades separadas unas de otras, el sistema de prorrata entre las ventas internas y externas efectuadas durante un período, en que, para el caso de la primera solicitud de devolución, se considere el total de las ventas realizadas en los tres (3) meses anteriores al período de imposición o en los meses transcurridos desde la entrada en vigencia de este Decreto, según cual de ellos sea menor; y para las solicitudes siguientes, las efectuadas durante el período transcurrido desde la última solicitud de devolución. En todo caso, el impuesto recuperable conforme a este artículo no podrá exceder de la alícuota impositiva aplicable a la correspondiente base imponible de los bienes o servicios objeto de la exportación utilizada para el prorrateo.

La recuperación del impuesto soportado por los exportadores podrá efectuarse, previa solicitud a la Administración Tributaria, de la siguiente manera:

a) Mediante la *emisión de certificados* especiales por el monto del crédito recuperable, donde se consigne el monto del crédito recuperable. Los referidos certificados podrán ser empleados por el contribuyente para el pago de tributos, intereses, multas, costas procesales y

12 VIGILANZA, Adriana. “La recuperación de créditos fiscales provenientes del ICSVM. por los contribuyente exportadores.” *Revista de Derecho Tributario* Nº 68, Legislación Económica. 1995. Pág. 34.

cualquier otro accesorio de la obligación tributaria principal De igual manera, podrán ser objeto de cesión en los términos del COT.

b) Mediante *el reintegro* de las cantidades representativas del crédito fiscal correspondiente, aplicándose para ello el mismo procedimiento administrativo previsto en el COT para la recuperación de tributos indebidamente pagados.

La Administración Tributaria, por órgano de la unidad administrativa correspondiente, deberá decidir sobre la solicitud presentada en los términos previstos en este artículo en un plazo no mayor de sesenta (60) días continuos, contados a partir de la recepción de la respectiva solicitud. Si ella no es resuelta en el mencionado plazo, el interesado podrá proceder a *la compensación* en los términos previstos en el COT.

En el caso de que el contribuyente exportador ofrezca fianza suficiente que cubra el monto del impuesto a recuperar, la Administración Tributaria deberá decidir sobre la citada solicitud en el plazo de cinco (5) días hábiles de formulada la misma.

• *Problemas que presenta la norma:*

a) Tal como lo señala Adriana Vigilanza, un primer problema que plantea la redacción de la norma transcrita está en dilucidar si existe un orden de preferencia entre los métodos de recuperación y a quien corresponde determinar ese orden (pareciera que al contribuyente).

b) La compensación como mecanismo de recuperación de créditos fiscales:

Este mecanismos de recuperación pareciera ser subsidiario, en tanto depende en su utilización a la falta de oportuna respuesta por parte de la Administración Tributaria.

De acuerdo con el artículo 46 del COT, para que proceda la compensación en materia de impuestos indirectos sobre exportaciones, se requiere la previa autorización de la Administración. Tal requerimiento responde fundamentalmente a la necesidad que tiene la Administración de verificar material y formalmente los créditos fiscales en cuestión en cuanto a su existencia, exigibilidad y liquidez.

La administración debe responder la solicitud que le haya sido formulada dentro de los sesenta días siguientes a su presentación, y en caso de silencio, el interesado podrá proceder a la compensación en los términos previstos en el COT.

En el caso de que el contribuyente exportador ofrezca fianza suficiente que cubra el monto del impuesto a recuperar, la Administración

Tributaria deberá decidir sobre la citada solicitud en el plazo de 5 días hábiles de formulada la misma.

El reintegro por la vía de certificados se traduce al final en una posible compensación en la medida en que los mismos puedan ser utilizados a su vencimiento para el pago de impuestos.

La remisión hecha por el artículo 37 de la LICSVN al COT, se traduce en un círculo vicioso, ya que pareciera que debe volverse a iniciar el trámite ante las autoridades que no respondieron.

En cuanto a al solicitud de compensación no se contempla el lapso dentro del cual la misma debe ser respondida, debiendo recurrirse al artículo 111 del COT, con acuerdo al cual en 30 días deberá emitirse el pronunciamiento.

Tal como lo sostiene Adriana Vigilanza, para que la aplicación de la tasa cero opere y cumpla con su cometido, es necesario que se produzca la recuperación de los créditos de manera inmediata, lo que resulta imposible con la implantación de tan engorrosa e injustificada metodología. De ahí que deba más bien interpretarse que la remisión al COT es para que la compensación opere de pleno derecho.

“Finalmente se plantea el problema relativo a la falta de previsión acerca del plazo y mecanismo para la liberación de la fianza, la cual en todo caso, no podría pretenderse quedara vigente durante todo el lapso de prescripción, por su alto costo para el contribuyente”.<sup>13</sup>

## **D. IMPUESTOS MUNICIPALES**

### **a. Patente de Industria y Comercio (PIC)**

“El impuesto de patente de industria y comercio, es realmente un impuesto a los ingresos brutos, es un impuesto a las ventas, es un impuesto típico al fenómeno de la producción y consumo, decir otra cosa sería ponerse de espaldas de la ciencia de la tributación y de la ciencia de las finanzas. Dada la base imponible empleada para el cálculo de la PIC, la actuación de los municipios se ha traducido en un gravísimo problema de usurpación e invasión abierta y declarada.”<sup>14</sup>

13 Op. Cit. Pág. 40.

14 ARAUJO MEDINA, Federico. *Impuestos Municipales*. Charla dictada en el Foro Marco Jurídico de la Inversión Privada en la Industria Petrolera. 22/02/95.

La materia de hidrocarburos ha sido objeto de reserva al poder Nacional, no sólo por la Ley de Nacionalización, sino también, por así desprenderse del artículo 136 de la Constitución.

Para algunos como el Maestro Florencio Contreras, la industria petrolera está excluida de la tributación municipal, por razones de la inmunidad fiscal impositiva, fundamentada en la doctrina establecida desde hace más de un siglo y medio por el Juez Marshall en los Estados Unidos. Para los seguidores de esta corriente, bastaría simplemente con ese criterio para dejar ver que la inmunidad tributaria es plenamente extensiva a estas asociaciones porque no se configura el hecho imponible, hay un supuesto de no sujeción por carecer de una capacidad contributiva como tal.

En opinión de Federico Araujo Medina: sentencias como las de Heberto Contreras Cuenca y Agemar, relativas a la interpretación sistemática de los dispositivos contenidos en el artículo 136 de la Constitución, asimilan la atribución de competencias en el mejor de los términos no fundamentado ya en el clásico pronunciamiento del ordinal 8º del artículo 136 de la Constitución que reserva al Poder Nacional los rubros tributarios que ahí están, sino que basados en el ordinal décimo del mismo sostienen que es competencia del Poder Nacional, el régimen y administración de las minas o hidrocarburos, salinas, tierras baldías, ostrales y perlas y la conservación, fomento y aprovechamiento de los montes, aguas y otras riquezas naturales del país.

En nuestra opinión el artículo 7 de la Ley de Nacionalización con acuerdo al cual, no estarán sujetas a ningún impuesto estatal ni municipal las empresas a las que se refiere el artículo 6 de la misma, esto es, las empresas propiedad exclusiva del Estado (PDVSA y sus filiales), no es extensivo en su aplicación a las empresas que surjan como consecuencia de los convenios de asociación. No obstante ello, podría perfectamente sostenerse que las mismas no se encuentran sujetas al pago de impuestos municipales ni estatales, partiendo del contenido del ordinal octavo del artículo 136 de la Constitución, en el que como señaláramos anteriormente ha quedado reservado a nuestro modo de ver al Poder Nacional, la organización, recaudación y control de los impuestos a las minas e hidrocarburos.

Por su parte el artículo 136 ordinal 10, reserva al Poder Nacional todo lo relativo al régimen de minas e hidrocarburos, pudiendo

perfectamente sostenerse que dentro de dicho régimen queda comprendido todo lo relativo a la tributación.

Situación distinta se presenta en el caso de los llamados convenios operativos y en el de las empresas mixtas dedicadas a las corrientes de industrialización, en tanto por no estar desarrollando actividades propiamente de hidrocarburos ni sometidas a reserva, les resultan perfectamente aplicables los impuestos municipales.





# **La seguridad social en América Latina. Experiencias en Chile, Argentina, Perú, Colombia y México**

José Félix Díaz Bermúdez<sup>1</sup>

## **Introducción: el estado protector al estado controlador**

No obstante que en América Latina, en el plano legislativo se ha reconocido como una obligación fundamental del Estado el establecimiento de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, bien como un derecho de “carácter integral e irrenunciable”, según lo dispone la Constitución Argentina, bien como un “servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado”, como señala la Constitución de Colombia, o bien como un derecho de desarrollo progresivo protector de “todos los habitantes de la República” como indica nuestra Carta Magna, o como el instrumento para garantizar “el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y de los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo”, como indica el legislador mexicano, nos

---

1 Abogado especialista en Derecho del Trabajo. Profesor de Práctica Jurídica de la Universidad Central Venezuela. Profesor en el Post Grado en Gerencia de Empresas de la Universidad Metropolitana. Gerente de la División Legal Laboral de la C. A. La Electricidad de Caracas. SACA.

encontramos ante el contraste de los hechos que señalan la inexistencia de unas verdaderas garantías, extendidas a toda la población, por medio de instituciones eficientes, inspiradas en principios fundamentales de solidaridad propios del instituto, como parte de la misión de un Estado Social que hubiese alcanzado plenamente, bien administrados los recursos y sus oportunidades, en esta materia como en otras sus deberes frente al individuo y la colectividad misma. La asistencia social, por otra parte, considerada como un derecho a favor de los más desprotegidos, mientras, como indica nuestro constituyente “sean incorporados al sistema de seguridad social”, tampoco ha sido suficiente para enfrentar la pobreza y el abandono, y la miseria con que subsisten grandes sectores poblacionales a quienes no ha logrado promover la justicia social con que debe desenvolverse y materializarse el crecimiento económico en una sociedad libre y democrática.

Se discute en nuestro tiempo el llamado Estado benefactor del hombre, lo puede seguir siendo y si se corresponde con sus responsabilidades futuras sostener única y exclusivamente todos los objetivos sociales que auspicia y defiende en el plano de sus responsabilidades institucionales y de su propia filosofía como organización de la sociedad.

Los cambios y las transformaciones políticas actuales de finales de siglo, han trastocado el orden de los sistemas comunistas, desconocedores de la propiedad individual, destruyendo al Estado hegemónico y absoluto que los sustentaron. El capitalismo ha impuesto su presencia, su significación política y económica en el mundo, pero no puede renunciar —y este es el peligro— inerte ante los condicionamientos que permitan las reglas del mercado, a sus deberes esenciales ante el hombre y ante la sociedad misma, subrogándolos a los indignos términos de la miseria. En ocasiones, el análisis simplista de los derechos sociales pareciera retrotraernos a concepciones y realidades superadas propias del siglo XIX.

Tanto el Estado protector como la democracia representativa, sufren inevitablemente cambios justificados e inaplazables, pero los nuevos modelos que se impongan, no pueden omitir o transgredir sus deberes y derechos sociales aunque se diversifiquen sus agentes y se universalicen las relaciones económicas, prescindiendo del hombre en sí mismo y de las instituciones responsables ante él.

La Seguridad Social en América Latina, no se sustrae de este contexto de transformaciones y de crisis. Ya que entre las exigencias de

arduas definiciones políticas y ante la implantación de los nuevos sistemas económicos, adquiere relevancia y prioridad como medio indispensable para el logro de los objetivos generales fundamentales, que sin ella no se realizarían justa y eficientemente.

Las deficiencias actuales y hasta el fracaso de la Seguridad Social estatal en América Latina se asocian a diversos factores, de orden propio y ajenos a ella misma, que comprenden asuntos relacionados con el alto crecimiento de las poblaciones, la inequidad en la asignación de pensiones, la deficiente administración del sistema, la presencia excesiva e incontrolada de subvenciones estatales, la desviación injustificada e ilegal de recursos, la inadecuada relación entre las prestaciones y las cotizaciones, el indetenido agotamiento de las reservas de los organismos administradores, la evasión de los aportes obligatorios de los contribuyentes. Por otra parte, la vulnerabilidad del sistema económico al haberse contraído de manera irracional deudas exteriores, mala inversión de los recursos, el crecimiento arbitrario de la estructura burocrática, el abandono de la capacitación y reconversión laboral, la implantación de los programas severos de ajuste estructural sin atenuación de las implicaciones colectivas (el desempleo y la inflación), todas ellas forman parte de un complejo de causas y de consecuencias que contribuyeron a hacer ineficientes e insostenibles los costos públicos de los sistemas de Seguridad Social.

La respuesta estatal se vuelve contradictoria y limitada ante la magnitud de los errores públicos, que compromete la viabilidad de sus propias instituciones y en extremos su justificación misma. El aparato del Estado no puede sostenerse a sí mismo, ni respetar sus compromisos esenciales. Se intentan ensayar inexperta y precipitadamente, las políticas que el ajuste estructural demanda y aconseja, con justificación tal vez teórica, pero con pragmatismo, sin atenuantes en sus comienzos, la reducción de los gastos sociales, la liberación de las tasas, la reducción de las dimensiones de lo estatal y la apertura al capital interno y externo.

### **Chile. El modelo**

En el Continente, se buscan otras formas de sustentar las obligaciones esenciales, en materia de seguridad social, que reemplacen el mecanismo de las prestaciones definidas, financiadas por el sistema de reparto de los recursos y administradas por entidades públicas, que

comparan y son sustituidos por los nuevos regímenes de cotizaciones definidas, capitalizadas por los particulares y administradas por el sector privado.

Si examinamos la evolución histórica de estas tendencias que surgen a partir de 1980 y sus características fundamentales, nos encontramos en primer lugar con el sistema chileno de pensiones, establecido en el Decreto Ley 3.500, del 18 de noviembre del mismo año, y que consagra un nuevo mecanismo de pensiones y con el Decreto 3.501 del 18 de noviembre, que se refiere al financiamiento de otras áreas de la Seguridad Social de aquel país.

A diferencia de los sistemas contributivos anteriormente existentes, se implanta, con la sola excepción de los seguros por infortunios de trabajo que se mantuvieron a cargo del empleador, el soporte financiero de las otras pensiones a cargo del trabajador. Este régimen se extiende con carácter obligatorio a todos los laborantes dependientes, con excepción de las Fuerzas Armadas y Carabineros, siendo facultativa la incorporación de los trabajadores no subordinados, y los fondos generados por este sistema, aun cuando constituyen un ahorro propiedad de los trabajadores, no son disponibles por los mismos sino cuando nace el derecho a ser pensionados.

Los aportes de los trabajadores representan un 10% de sus ingresos en lo relativo a la pensión de vejez y un 3% en relación al seguro de invalidez y sobrevivientes, siendo admitidas las contribuciones voluntarias hasta ciertos límites que en definitiva mejorarían el monto de las pensiones futuras. El capital en ahorro en las cuentas individuales de los trabajadores generan intereses y se han establecido una serie de requisitos para que las entidades administradoras de los fondos, las llamadas AFP, realicen determinadas inversiones mayoritariamente en el propio país. Estas instituciones están obligadas a suscribir un seguro grupal de vida e invalidez a favor de sus afiliados.

Establecida la edad de jubilación del trabajador en Chile, al este cumplir los 65 años para el caso de los hombres y a los 60 años en la mujer, los ahorristas pueden optar por retirar sus haberes, de dos maneras, bien por la vía de un retiro programado del capital o bien a través de una renta vitalicia que le compromete a suscribir una póliza de este tipo con la institución que el elija. El mecanismo de las jubilaciones anticipadas se permite cuando el solicitante tiene en su cuenta individual de ahorros

recursos suficientes que le permitan disfrutar de una renta vitalicia, bajo ciertas condiciones.

Los riesgos de invalidez y muerte igualmente son cubiertos, bajo la figura de contratación de los respectivos seguros.

Reemplazando a las anteriores instituciones públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social, la legislación chilena consagra que las sociedades anónimas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones, las cuales tienen fines de lucro, se rijan por una normativa precisa en materia de eficiencia y seguridad de los ahorros, encontrándose supervisada dicha gestión por la Superintendencia de las AFP. Se dispone igualmente que los capitales propios de las empresas administradoras y de los trabajadores ahorristas, se encuentran jurídicamente separados. Por otra parte, estas sociedades tienen la obligación de aportar un encaje del 1% de los fondos recibidos los cuales deben ser invertidos en las mismas carteras en que se invierten los activos de los ahorristas.

Hay que destacar, que en el sistema chileno la normativa previó diversas reglas en materia de tipos de instrumento y límites máximos en materia de inversiones—no pudiendo exceder de un 10% las que realicen en el exterior—, de las cuales, para 1994 un 40% correspondió a bonos del gobierno, un 30% en acciones, un 14% en hipotecas, un 10% en obligaciones de sociedades y un 6% en otros instrumentos.

La figura de los títulos denominados “bonos de reconocimiento” se instrumentaron en favor de los afiliados al antiguo sistema que pasaron al nuevo, mediante éstos el trabajador acreedor, tiene la facultad de cederlo o integrarlo a su Fondo de Capitalización Individual.

La normativa y los mecanismos de Fondos de Ahorro para retiro instrumentados en Chile, han constituido el precedente de las posteriores reformas que en materia de Seguridad Social se han establecido y que consideran instrumentar actualmente distintas naciones del continente, representando, en todo caso, tema de reflexión y debate sobre la naturaleza de la Seguridad Social, su significación institucional y jurídica, la irrenunciabilidad de los derechos que involucra, la responsabilidad del Estado, la presencia contributiva y participación administradora de otros agentes diferentes.

Se le atribuye al sistema chileno como un acierto, el haber alcanzado el 95% de afiliados entre los trabajadores activos de aquella nación, el haber contribuido al fortalecimiento de la economía, el haber

reunido un capital a cargo de las AFP superior a los 28 mil millones de dólares, el haber superado la estratificación, la diversidad institucional, el déficit y la heterogeneidad de programas de pensiones y altos índices de subvenciones estatales que caracterizaban al sistema de Seguridad Social público. Esa rentabilidad inicialmente prevista en un 4%, alcanza en los momentos actuales de un 12 y un 13%. El sistema en la práctica, ha permitido ciertas flexibilidades para la disposición parcial de los recursos, en supuestos relacionados con la construcción y adquisición de viviendas.

Se le cuestionan, los altos costos de comercialización y ventas asumidos por las AFP, lo cual hace que los rendimientos pueden variar en el futuro, de igual manera, la creciente proporción de afiliados no cotizantes, la optatividad de la afiliación de los trabajadores independientes, de los cuales sólo el 10% se encuentra afiliado al mismo. Por otra parte, se le señala el hecho de que aun cuando la cotización es obligatoria para los trabajadores, los aportes pudieran representar capitales tan bajos que no nacería el derecho por el sistema mismo, a una pensión. Sin embargo, el Estado en estos casos se obliga a subsidiar una pensión mínima, que en los momentos actuales se sitúa en la cantidad de 120 dólares mensuales.

Las organizaciones sindicales chilenas, han objetado que el sistema creado, no ha admitido una amplia participación gremial. Sin embargo, se han establecido administradoras de fondos de pensiones, como es el caso de Magister, integradas por importantes sectores de trabajadores, formada por el prestigioso Colegio de Profesores que agrupa a más de 120 mil afiliados. Por otra parte, indican los sindicatos que las administradoras de los fondos alcanzan beneficios que se estiman entre el 3 al 4 % del capital.

En otras áreas de la Seguridad Social de Chile, en particular en el caso de la salud, el gobierno militar que estableció los anteriores cambios, pretendió igualmente instaurar mecanismos de privatización de este sector, bajo la figura del ISAPRES, cuyos altos costos no le permitieron realizarse exitosamente. En la actualidad es el Estado chileno el responsable de tal actividad, a través del Fondo Nacional de Salud que recibe aportes de los trabajadores en el orden del 7%, a parte del 10% relacionados con el fondo de ahorros antes citado.

No obstante los buenos resultados alcanzados en materia de ahorros para el retiro, existen evidentes carencias en el modelo adoptado,

al no facilitar éste la protección a numerosos sectores de trabajadores, como los temporales, particularmente relacionados con actividades agrícolas, aun cuando tal situación, no constituyó un propósito preconcebido de la reforma que se instauró y que se intenta resolver.

### **Argentina, Perú y Colombia**

Otros países cuyos regímenes de Seguridad Social involucraban notables deficiencias, tales como Argentina, Perú, y Colombia, resolvieron instrumentar reformas legislativas en la materia.

El rasgo distintivo entre las legislaciones e instituciones adoptadas en estos países con respecto al ejemplo chileno, se caracteriza por el establecimiento de mecanismos complementarios privados, sin eliminar la actuación, bien como gestor o un controlador del Estado en el campo de la Seguridad Social.

Evidenciándose en común los problemas característicos de otras naciones tales como: altas limitaciones en cuanto a personas protegidas, dificultades financieras del régimen, presencia de notables crecimientos poblacionales, significativa evasión empresarial y laboral en materia de cotizaciones, ineficiencia y vicios en la actividad administrativa encargada de las misma, se instrumenta la actividad privada como coexistente con la pública, sujeta a reglas y procedimientos particulares.

En Argentina se mantienen las prestaciones universales de base, a cargo del Estado y se desarrollan las complementarias, con aportes privados en las cuentas particulares. Los trabajadores pertenecientes a ambos sectores, nacidos después del 31-12-1946, obligatoriamente debían pasar al nuevo sistema. Los nacidos en fecha anterior, podrían escoger entre uno de los dos sistemas. El beneficio a una pensión básica otorgada por el Estado se otorgará a las personas con 65 años de edad cumplidos y que alcancen los 30 años de cotizaciones.

Por su parte, la prestación complementaria privada se asemeja a los Fondos de Retiros chilenos en cuanto en sus aspectos generales: la afiliación y los aportes a una cuenta individual; libertad de escogencia entre Fondos; la aportación adicional voluntaria; la suscripción por parte de las administradoras de un seguro colectivo de tiempo de invalidez y fallecimiento. La escogencia por el jubilado de una renta vitalicia o de retiros diferidos, se mantiene. Las pensiones se determinarán en función



de los ahorros personales e igualmente tendrán derecho a recibir una pensión por invalidez las víctimas de una incapacidad permanente con una pérdida del 66% de la capacidad de trabajo y que no perciban una pensión anticipada. Si ocurriere el fallecimiento del trabajador, sus causahabientes recibirían una pensión.

En lo que respecta al sistema peruano, el mismo se instauró por Decreto Legislativo 724 del 08-11-91, entre otras disposiciones. En el Perú se mantienen las instituciones públicas de Seguridad Social que consideramos, pudiendo los trabajadores disponer del sistema privado por otra parte y sin poder regirse al mismo tiempo por ambos. El nuevo instrumento, en teoría, se inspira en los principios de universalidad, uniformidad e integridad, pero al mismo tiempo se deslinda de la administración ejercida por el Estado, creando un régimen administrativo, funcional y económico que le otorga cierta autonomía. La actividad pública se restringe y se limita a cumplir su función normativa y fiscalizadora.

De la misma manera que en experiencias anteriores, los trabajadores que se acojan al sistema privado se encontrarán protegidos por las contingencias de la vejez, invalidez y muerte. Asimismo constituyeron sociedades privadas denominadas AFP encargadas de la administración de las cotizaciones, las cuales se depositarán en las respectivas cuentas individuales. La libre competencia entre estas empresas mercantiles, contribuye a la mayor eficiencia de la administración del sistema y al ofrecimiento de prestaciones atractivas a los afiliados. Existe, de la misma manera, que en otras experiencias nacionales consideradas, normativas sobre la inversión de los recursos y se creó una Superintendencia con el objetivo de ejercer las actividades de control correspondientes. Una particularidad interesante del sistema peruano lo constituye, la previsión de cotizaciones de solidaridad, mediante las cuales el trabajador aporta un 1% de su salario, y éste se destina al IPSS.

Los beneficios que se obtengan como consecuencia de la administración privada de los fondos no son consecuencia del carácter redistributivo sino que se relacionan directamente con los aportes en ahorro que se acumulen en las cuentas individuales. La edad de jubilación para hombres y mujeres es de 65 años y se requiere como mínimo el transcurso de 20 años de aportes al sistema. Las contribuciones de los trabajadores en el sistema de fondos peruano oscilan alrededor del 15% de sus remuneraciones. En cambio para el Sistema Nacional de Pensiones

(de carácter público) el aporte de los trabajadores es del 3% y de los empleadores del 6%.

No obstante su permanencia, el Sistema Nacional de Pensiones que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, no aporta pensiones suficientes y atraviesa serias dificultades financieras. El crecimiento de la población asegurada que debe atender dicho Instituto y la necesidad de modificar los porcentajes de cotización, son aspectos importantes que determinan su crisis actual, además de la ingerencia política que hay en sus determinaciones y administración desviando sus objetivos y recursos.

Con similar orientación en cuanto a la existencia paralela de un sistema público y privado en materia de Seguridad Social observada en los ejemplos precedentes, la Constitución colombiana en su artículo 48 establece que “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la Ley”. Indica igualmente la expresada disposición que los recursos correspondientes a la Seguridad Social no podrán ser destinados a fines distintos y, por otra parte, la ley definirá los medios para que las pensiones mantengan “su poder adquisitivo constante”.

La ley 100 del 23-12-1993, introduce los cambios sugeridos por el constituyente, al establecer que los seguros de pensiones, salud, riesgos profesionales se prestarán de manera concurrente por parte del Estado y las instituciones privadas. Surgen las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. Igualmente se crean Empresas Promotoras de Salud (EPS), Aseguradoras de Salud (ATEP) e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS). El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ejerce la función reguladora y reglamentaria. La Superintendencia Bancaria controla la actividad de las empresas aseguradoras, inclusive el ISS: Por su parte, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia Nacional de Salud se ocupan del IPS y EPS.

En Colombia legislativamente se ha pretendido desarrollar una reforma integral de la seguridad social cuyo objetivo es “garantizar a la población, el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte”, estableciendo pensiones y prestaciones correspondientes a los riesgos. El artículo 12 de la expresada ley, contempla la creación de dos regímenes solidarios que coexisten, pero que son excluyentes: El administrado por el ISS y el régimen de ahorro individual con solidaridad

que administra el AFP. La afiliación es obligatoria para los trabajadores activos e independientes. Entre los mencionados regímenes, los beneficiarios pueden cambiar de uno a otro cada 3 meses, y entre las distintas AFP, cada 6 meses. El mecanismo de los “Bonos Pensionales” igualmente se previeron a favor de los que optaron por el sistema de los Fondos. Otra característica que se observa en cuanto a la presencia de los llamados Fondos de Solidaridad Pensional, es que aún recibiendo aportes del Estado y del sistema mismo, otorgará subsidios a grupos deprimidos de la población. Las pensiones serán reajustables actualmente considerando la variación del IPC del año anterior.

Además de las modalidades de pensiones, en materia de atención a la salud se han constituido distintas alternativas al sistema estatal. Las Empresas Promotoras de Salud, organizadas bajo el esquema afiliatorio, de manera directa o indirecta, pretenden garantizar a sus beneficiarios la prestación de sus servicios. El Consejo Nacional de Salud fija el monto de los aportes, que en lo que corresponde al trabajador es del 33% y del empleador un 66%.

En materia de riesgos profesionales, que sigue siendo en parte responsabilidad del Estado, las empresas aseguradoras privadas participan en la cobertura de dicho riesgo, estableciendo planes de invalidez, con tarifas competitivas y podrán contratar servicios de salud al IPS. Entre la institución pública de seguridad social y la privada, existe una necesaria y conveniente competencia de servicios.

## **La experiencia mexicana**

La experiencia de México en esta materia, resulta de gran interés y es una de las más recientes entre las naciones que han intentado modernizar las instituciones protectoras de los trabajadores en las contingencias esenciales para su seguridad personal y familiar.

Elaborado por el gobierno de México en el año 1990 un Proyecto de Estabilización de Pensiones, inspirado en los modelos existentes en Chile, Argentina, España, Estados Unidos y Singapur, se pretendía responder a las graves e insostenibles dificultades en materia de desfinanciamiento creciente del SIVCM y del IMSS, con repercusiones inmediatas en el nivel de las pensiones. Los bajos niveles de ahorro existentes en ese país y los compromisos establecidos de reordenamiento econó-

mico establecidos por los organismos financieros internacionales, constituyeron igualmente importantes factores influyentes para una reforma.

Los elementos principales de la propuesta en referencia, están representados en los siguientes aspectos: La creación de un sistema complementario de pensiones; la administración a través de cuentas individuales por parte del sector bancario; el aporte sería enteramente patronal (2% del salario base de cotización); los valores de capitalización serían establecidos por el Estado; los fondos creados eran susceptibles de traspaso por parte del beneficiario a una sociedad de inversión; el Banco de México ejercería el control de la productividad de los fondos, los cuales serían invertidos en instrumentos del Estado; incorporación progresiva del Seguro de Invalidez, Vejez, Cesantía y Muerte a la administración privada, para excluirlo del IMSS público.

La reacción sindical, en particular de la CTM, fue contraria a la propuesta del gobierno, señalando que el problema esencial era el saneamiento del IMSS y no la privatización de la seguridad social, el aumento de las cotizaciones patronales y mayores controles a la evasión, la creación de un Fondo Nacional de Desempleo, financiado por los patronos y por último, la preservación de la estructura de prestación social como parte de las actividades tradicionales de los sindicatos (elemento de poder).

El resultado de ese complejo proceso de negociaciones—ajena por cierto la presencia y manifestación decisiva de otros sectores, inclusive el parlamentario mismo—, fue la creación de un sistema complementario de pensiones (objetivo a favor del gobierno), la permanencia del IMSS en su actual estructura y funciones (objetivo sindical). Los gremios no alcanzaron que el gobierno aceptase que fuese el Banco Obrero el administrador de los aludidos fondos, ni tampoco la intervención sindical en la fijación de las tasas de productividad de los recursos.

Se reformó la Ley de Seguridad Social en 1992, se decretó la creación de un sistema de ahorro para el retiro de los trabajadores del Estado en ese mismo año, y se dictó la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorros de Retiro del 22-07-1994.

En relación a los trabajadores del Estado, instrumentado el Sistema de Ahorros para Retiro, SAR, el art. 3 del Decreto mencionado establece aportaciones mensuales equivalente al 2% del salario de tabulador con su respectivo límite, depositadas en cuentas individuales de los trabajadores

abiertas en Instituciones de Crédito. La Secretaría de Hacienda, ejercería funciones normativas y de control, e igualmente con facultad para celebrar acuerdos con los encargados de la administración de los recursos. Tales aportaciones tienen una frecuencia bimestral, aún cuando se calcule mensualmente. Se obliga la institución de crédito a emitir comprobantes de las aportaciones efectuadas a los trabajadores.

Se estructura un procedimiento de reclamos por parte de los trabajadores por los incumplimientos de los empleadores en materia de aportes ante la Secretaría de Hacienda y si fuese contra las instituciones de crédito, ante la Comisión Nacional Bancaria, procedimiento de carácter conciliatorio y expedito, que no excluye el ejercicio de otras posibles acciones.

Las instituciones bancarias operadoras de las cuentas individuales, depositarán sus aportes en una cuenta del Banco de México a nombre del Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado. Este banco a su vez podrá realizar inversiones con los recursos a nombre del respectivo Instituto de Seguridad y Servicios Sociales, en créditos a cargo del gobierno. Los intereses no pueden ser menores al 2% anual, y serían reajustados considerando el IPC.

La cuenta en ahorro individual, devengará intereses, y descontada la comisión bancaria, no podrán ser inferiores al 2% anual.

Los trabajadores tendrán la libertad de solicitar ante la institución bancaria, en cualquier momento, el traspaso de los fondos a otra entidad de crédito, previo el pago de la comisión respectiva. Igualmente se permite que el mismo, destine estos recursos a la inversión en sociedades, casas de bolsa, instituciones aseguradoras o sociedades operadoras. La Ley del Seguro Social, prevé que tales sociedades de inversión deben contar con la previa autorización de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorros para el Retiro.

Al cumplir el beneficiario la edad de 65 años, tendría derecho a las pensiones por jubilación, vejez, invalidez, incapacidad permanente total o parcial y recibir los mencionados fondos en ahorro: "a fin de adquirir una pensión vitalicia o bien entregándoselos al propio trabajador en una sola exhibición".

El trabajador que deja de prestar sus servicios, puede continuar realizando sus aportes en la cuenta de ahorros, con una cantidad no inferior a 5 días de salario mínimo vigente en el DF o podrá realizar retiros

parciales que no superen el 10% de su haber, bajo ciertas condiciones de previo ahorro y cantidad depositada. El derecho a designar beneficiarios se le reconoce, junto al derecho de solicitar que a cargo de los fondos en ahorro le sea contratado un seguro de vida o invalidez.

Finalmente, la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, establece una Comisión Nacional del Sistema de Ahorros para Retiros, el cual es un órgano de tipo administrativo descentralizado de la Secretaría de Hacienda, con el objetivo de coordinar las dependencias públicas y las instituciones de crédito y financieras, vincular entre sí —elemento de interés— a las instituciones de seguridad social con el Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores, además de disponer de facultades de inspección, vigilancia y sancionatoria administrativa, siéndole obligatorio a los entes que supervisan suministrar cualquier información que requieran en los procedimientos que se adelanten. La imposición de multas, la denuncia obligatoria inmediata ante el Procurador Fiscal de la Federación mexicana de posibles delitos y la aplicación directa de multas no pagadas a las cuentas que en el Banco de México dispongan los sancionados, son parte de las importantes atribuciones del referido organismo.

## **Observaciones y conclusiones**

Las experiencias descritas no constituyen por sí mismas modelos a ser adoptados en Venezuela, ni en otros países, ya que cada nación debe realizar de acuerdo a sus concepciones y características sus propias reformas en esta materia.

Aun cuando el rol del Estado, en estas legislaciones, se ha transformado de gestor directo a controlador, no obstante el Estado no debe desprenderse de sus responsabilidades sociales esenciales, ya que los derechos de los trabajadores no deben ser expuestos, a las determinaciones exclusivas del mercado. Si así fuera, el orden público laboral desaparecería en esta materia, en lo que respecta a los trabajadores, y además un importante aspecto de los derechos sociales del individuo correrían igual suerte. La eficiencia de las instituciones deben vincularse con los objetivos de política económica y social del país donde actúen y contribuir con el cumplimiento prioritario de los objetivos sociales, que cada colectividad requiera y establezca, eso sí con criterio realista y pragmático.

Las reformas deben ser en lo posible consentidas, en el entendido de que conspiran contra ellas, no obstante su legitimidad y conveniencia, significativos intereses provenientes del poder tradicional interno de grupos sindicales, gubernamentales y empresariales

Lo cierto es, que las modificaciones del sistema actual de Seguridad Social en Venezuela —así como en otras naciones de América Latina—, son inaplazables y que en ningún caso se debe desconocer que los cambios que se instrumenten en la Seguridad Social tienen que representar como fin último e irrenunciable el valor del individuo, la pervivencia de sus derechos fundamentales, la necesidad de enfocar las instituciones sociales con un criterio que las haga eficientes y accesibles y que le devuelva a la sociedad las posibilidades de crecer y de expandirse en las realidades actuales y futuras, creando otras formas de organizar y producir riqueza y bienestar; legítima y esforzadamente adquirido, con justicia social y con estímulos y responsabilidades para que el hombre y la sociedad sean mejores.

**Improcedencia de la acción  
de nulidad ordinaria contra decisiones  
de las Asambleas.  
La acción de impugnación  
de las Resoluciones de las Asambleas  
de las compañías anónimas  
en el Derecho venezolano  
(Artículo 290 del Código de Comercio)**

José Andrés Fuenmayor

Nuestro vigente Código de Comercio, dispone:

Art. 290. A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la Ley puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva Asamblea para decidir sobre el asunto.

La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se de la decisión.

Si la decisión fuere confirmada por la Asamblea, con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salve que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282 en que se procederá como él dispone.



## I. Introducción

La “acción” establecida en el artículo 290 del Código de Comercio es de carácter muy particular ya que de “acción”, en el sentido netamente procesal, sólo tiene el nombre, a menos que tomemos dicha acepción en el sentido de derecho subjetivo de acuerdo con la concepción privatística de él y a su posibilidad de ejercicio judicialmente. Tal afirmación es sostenible en razón de la naturaleza de la sentencia en que desemboca el juicio en el cual se ventila, y, a su vez, dicha sentencia está subordinada en su naturaleza y efectos a la forma sustantiva del contrato que la genera.

La doctrina nos enseña, que si queremos tener una descripción gráfica del contrato tendríamos que verlo como un instrumento que regula pretensiones contrapuestas y, por lo tanto, debemos representarlo como una línea recta en cuyos extremos están en forma antagónica las partes. La manifestación de voluntad de las partes es el instrumento que regula sus pretensiones contrarias, pero hay una categoría especial de contratos en que las partes (se trata siempre de contratos plurilaterales), en vez de tener intereses contrapuestos, muy por el contrario apuntan todos hacia un mismo fin común. En este tipo de contratos su descripción gráfica corresponde a la de una circunferencia en que las partes todas están situadas en el círculo apuntando hacia el centro de ella por medio de sus radios. Estos contratos corresponden a todas las formas de sociedades.

Todos los socios tienen como objetivo lograr el fin social. A su vez la formación de la voluntad presenta profundas diferencias entre los contratos bilaterales y los plurilaterales. En los primeros la simple manifestación exterior del acto volitivo perfecciona y hace permanente los objetivos contractuales y, los objetivos personales que movieron a la realización del acto volitivo externo, genera una nueva estructura del contrato fundado en la causa. Por el contrario, en los contratos plurilaterales las manifestaciones de voluntad de los distintos contratantes se transforman en una sola que viene a formar un haz púnico que representa la voluntad del ente colectivo.

### Descripción gráfica

---

Contrato Plurilateral	Contrato Bilateral
Manifestación de voluntad concurrente	Manifestación de voluntad antagónica

---

La estructura contractual descrita anteriormente tiene unas consecuencias de derecho importantísimas y trascendentes, y una de ellas, quizás la más importante, es que en razón del mecanismo de formación de la voluntad (la que a su vez genera la manifestación de voluntad secundaria del ente colectivo), es que los derechos individuales de los asociados manifestados dentro del estatuto que rige el ente, se diluye y pierde la calidad jurídica propia de los contratos bilaterales ordinarios, en los cuales aun cuando haya varios individuos en cada extremo de la línea recta, como lo hemos descrito gráficamente, siempre hay intereses contrapuestos entre grupos diferenciales.

Así, suponemos que hay una compañía anónima con diez accionistas que celebran una Asamblea y en el momento de tomarse una decisión por ésta, uno de los socios disimuladamente apunta por la espalda a otro accionista y le hace votar favorablemente una proposición que es aprobada libremente con el concurso de los nueve restantes; dicha decisión de la Asamblea es perfectamente válida con las nueve manifestaciones de voluntad no viciadas, y el accionista violentado en su libertad contractual podrá ejercer alguna de las acciones personales contra quien lo violentó, pero no podrá oponer al tercero que contrata con la compañía tal vicio del consentimiento. Igual posición produce el error en el consentimiento de uno o varios de los votantes siempre y cuando ellos no constituyan la mayoría dentro de la Asamblea (Conf. De Gregorio. De las Sociedades y Asociaciones Comerciales, Tomo I, págs. 702 y 703).

Como fundamento en esta explicación, podemos deducir y afirmar que el ejercicio de la acción establecida en el artículo 290 del Código de Comercio sólo queda reservado a los accionistas y nunca a terceros, ni siquiera por la vía de un acción declarativa u oblicua. Esta es una acción personalísima reservada a los accionistas, y sólo puede tener lugar cuando se alegue como fundamento de ella que la decisión es contraria a los estatutos o a la Ley. Creo, además, que tal situación no puede ser discutida en forma contradictoria-litigiosa por los restantes accionistas.

## **II. La Sentencia de Casación de 1925**

El antecedente de nuestro artículo 290 del Código de Comercio lo encontramos en el artículo 163 del Código de Comercio Italiano de 1882, fuente de gran parte de nuestras leyes mercantiles. Sin embargo, en dicha disposición la acción de impugnación figuraba en forma de apéndice de

la disposición consagrante de la autoridad de la manifestación de la voluntad colectiva de la compañía. Dicha disposición estaba concebida en estos términos: “Las deliberaciones tomadas por la Asamblea General dentro de los límites del acto constitutivo, del estatuto o de la Ley, son obligatorias para todos los socios, aun cuando no hayan intervenido o sean disidentes, salvo las disposiciones del artículo 1588 ....”. A las deliberaciones manifiestamente contrarias al acto constitutivo, al estatuto o a la ley, puede hacerse oposición por todo socio y el Presidente del Tribunal de Comercio, oídos los administradores y los síndicos, puede suspender su ejecución mediante providencia a notificarse a los administradores”. *Mutatis mutandi* pero sometiendo el destino final de la discusión a una nueva Asamblea, aparece por primera vez dicha disposición en nuestro Código de Comercio de 1919 y ha permanecido con igual redacción en las otras reformas.

La disposición legal que ha motivado el presente examen produjo como consecuencia de su vigencia en el Código de 1919 una sentencia rectora de nuestra Casación del 13 de octubre de 1925 (publicada en la Memoria de 1926, páginas 399 y siguientes) que por su calidad y trascendencia me permito transcribir en su parte fundamental.

Ahora bien, una decisión contraria a los estatutos es un acto realizado sin haberlos reformado o modificado previamente; y al reconocer expresamente la Ley validez a esas decisiones si son confirmadas por la nueva Asamblea, o virtualmente si no son reclamadas, es porque considera que la voluntad de la sociedad representada por su Asamblea en las condiciones que la misma Ley prescribe, es soberana en esos casos lo cual es esencialmente lógico, si se toma en cuenta que los Estatutos son la obra de la sociedad, y ésta debe tener, en todo momento, el poder de manifestar una voluntad contraria. Hay algo más notable aun, la propia Ley, en la tesis del artículo 295 (290), abdica de su preeminencia ante la voluntad soberana de la Asamblea que es la de la sociedad, árbitra, más que los estatutos y la Ley, de sus intereses y de sus conveniencias económicas; y esto demuestra hasta que extremo lleva la Ley su acatamiento por las decisiones de las Asambleas, cuando, no sólo se resigna a la posibilidad de que se dicten en manifiesta oposición con sus disposiciones, sino que a pesar de esto, les imprime el sello de la más perfecta validez si no son reclamadas o si son confirmadas en una nueva Asamblea.

Esta doctrina de la Corte ha sido respetada por sus posteriores sentencias.

### **III. Naturaleza del procedimiento establecido en el Artículo 290 del Código de Comercio y efectos del pronunciamiento judicial que sobre el recae**

Habiendo examinado anteriormente la estructura sustantiva del artículo 290, objeto de nuestro estudio, nos queda por dilucidar una importante cuestión, cual es la naturaleza de este procedimiento y del pronunciamiento del Juez al estimar o desestimar la pretensión del solicitante.

En primer lugar, debemos analizar si se trata de un juicio en el sentido procesal de la palabra. “Juicio”, en el sentido forense de la palabra, debemos tomarlo como una relación de continente de una pretensión jurídica de una persona para que un Juez se pronuncie favorable o desfavorablemente sobre ella con el objeto de que dicho pronunciamiento surta efecto contra otra persona. Este sería el concepto más simple dentro de la terminología forense. Atendiendo esta idea simplista, el trámite forense indicado en el artículo 290 es un juicio. Sin embargo, la génesis de la palabra juicio deviene del vocablo latino *indicium*, proveniente del verbo *indicare* (*ius y dicere*), declarar o aplicar el derecho en concreto. Y el derecho se dice o se declara a través de una sentencia. Así examinado lo que caracteriza el juicio de la “contención” que equivale a “litigio entre partes”. El “proceso” es un conjunto de actos y acontecimientos interpartes sucesivos y relacionados concatenados entre sí encaminados a obtener un pronunciamiento del Juez.

El primer problema que se nos presenta en el examen del artículo 290 del Código de Comercio, consiste en determinar si lo allí establecido nos permite subsumirlo correctamente dentro de la idea del “juicio”. De acuerdo con las explicaciones anteriores, no tenemos la menor duda de que se trata de un “proceso”, pero para determinar si dicho proceso es contentivo de un “juicio”, tenemos que hacer un análisis sobre si existe contención entre las partes y la naturaleza de la decisión del Juez. La solicitud del accionista concatenada a la “decisión” judicial perseguida no es un juicio contencioso porque el pronunciamiento del Juez no causa cosa juzgada sino que remite a la voluntad legalmente manifestada nuevamente por los accionistas la decisión final de la pretensión del accionista solicitante. La palabra “oposición” utilizada por el legislador para conceder el derecho de impugnación al accionista no aporta un elemento determinante para el estudio que estamos efectuando aquí,

pues dicho vocablo, de acuerdo con su acepción etimológica, lo que significa es repugnar la decisión en sí y no la pretensión de los otros accionistas.

Debemos concluir, por lo tanto, que la naturaleza del proceso establecido en el artículo 290 no es la de juicio de carácter contencioso. En cuanto a la naturaleza de la decisión del Tribunal debemos notar que ya el Código Italiano de 1882 utilizó la palabra “providencia” lo cual nos parece muy acertado. Dentro del léxico forense los pronunciamientos del Juez se hacen a través de distintas especies: a) mediante “sentencia” en que ponen fin a un contradictorio entre las partes; b) mediante “auto” en el cual dictan una decisión sin que nadie se la solicite (ej. auto para mejor proveer); c) mediante “decreto”, en que a solicitud de una sola parte, y sin oír la otra, hace un pronunciamiento (ej. decreto de embargo). Cuando el legislador tiene duda acerca de la naturaleza del pronunciamiento utiliza el término “providencia” que es genérico y comprende las especiales anteriores.

No hay contención en el procedimiento del artículo 290 y al actividad procesal se limita a “oír” en forma soberana informaciones de los administradores para formarse opinión de lo sucedido, pero los administradores no son parte, ni son testigos que pueden ser repreguntados. La facultad atribuida al Juez para el artículo 290 es una potestad soberana que lo faculta para pronunciarse según su prudente arbitrio y, en mi opinión, es una decisión no sujeta a apelación por no tener el carácter de una “sentencia” ni la de un acto de jurisdicción voluntaria sino la de una “providencia”.

Nuestra Casación ha sostenido constantemente el criterio de que la naturaleza de la decisión del Juez es la de un acto de jurisdicción voluntaria. (En este sentido han habido los siguientes pronunciamientos: 10 de agosto de 1972; 11 de mayo de 1983, y 15 de octubre de 1987. De estas sentencias la que más trascendió fue la correspondiente al litigio que se seguía por la propiedad del periódico Tribuna Popular entre miembros del Partido Comunista). En mi opinión, como expresé en el Capítulo III de este trabajo, la providencia que recae no se corresponde con exactitud dentro de la naturaleza del acto de jurisdicción voluntaria, sino más bien a la de un acto de naturaleza especial pues no interviene en la formación de una situación jurídica ni su pronunciamiento reviste las características establecidas en el aparte único del artículo 11 del Código de Procedimiento

Civil, pues una vez pronunciada su decisión ésta se hace permanente, inmodificable e irrevocable.

No desvirtúa mi opinión anteriormente expresada la utilización de la palabra “acción” porque dicho término no puede ser tomado sino en el sentido de “derecho” potestativo del accionista, ya que cuando surgió esta norma en el mundo jurídico universal todavía no se había aclarado suficientemente este término en el campo procesal y el concepto que él expresaba era el mismo de Celso en el Derecho Romano, “derecho de perseguir en juicio lo que no es debido (*ius persequendi in iudicio, quo, sibi debetur*). El término de caducidad de quince días establecido en el artículo 290 nada nos aporta, ni influye en las opiniones anteriormente expresadas.

#### **IV. Conclusiones Preliminares**

- 1º. El artículo 290 del Código de Comercio otorga al accionista un derecho de revisión, pero no de nulidad, de lo decidido por una Asamblea General de Accionistas normalmente establecida. Dicha revisión es de carácter privado pues ésta no se realiza por el Juez sino por los mismos accionistas en una Asamblea posterior convocada por él. No hay acción de nulidad directa en cabeza del accionista para atacar una decisión de la Asamblea General. Esto es así en razón del mecanismo de la formación de la voluntad en los entes colectivos (antes explicado) y lo dispuesto en el artículo 290 del Código de Comercio.
- 2º. La resolución del Juez acordando o negando la convocación de la Asamblea es inapelable pues la providencia del Juez es dictada en sede de jurisdicción potestativa especial sin obligación de ajustarse en forma estricta al Derecho sino a su prudente arbitrio (véase arts. 23 y 624 del Código de Procedimiento Civil). La nueva apelación introducida en el artículo 896 para las resoluciones judiciales sobre jurisdicción voluntaria no tiene cabida contra la providencia del Juez surgida del artículo 290 del Código de Comercio, pues dicha disposición establece un procedimiento de diferente naturaleza.
- 3º. No hay condena en costas en la providencia del Juez pues no hay parte demandada.

- 4º. Otorga un poder omnímodo a la segunda Asamblea para dictar decisiones aún contrarias a los estatutos o a la Ley. Este poder que de primera intención repugna a la conciencia jurídica lo debemos examinar en su alcance y justificación. En primer lugar, si bien la autorización para tomar decisiones contrarias a la Ley parece autorizar un estado de ilegalidad, debemos comenzar por decidir que *todo lo que esta en la ley es legal y moral*, y al estar autorizado por la Ley deja de ser ilegal. En cuanto a la permisibilidad de un acto contrario a los estatutos no merece mayor comentario pues siendo éstos producidos por un acto de voluntad del ente colectivo queda sujeto a la voluntad del mismo ente para variar su contenido y mantener un acto contrario a los estatutos por decisión de la segunda Asamblea no es nada más que reconocer este derecho y tenerlo como una reforma a los mismos. La ilegalidad de los actos que contrarían lo dispuesto en el artículo 285 del Código de Comercio es un problema de otra naturaleza.
- 5º. La violación por una decisión de la Asamblea del régimen legal de la compañía o del régimen legal en general sólo puede ser invocada por el tercero por vía de excepción, por lo cual éste no tiene acción para demandar la nulidad de la resolución hasta que no choque contra su patrimonio. Esta situación deviene de que para que haya acción debe haber interés y este interés no surge para los terceros hasta que se pretenda hacer efectiva contra él lo decidido por la Asamblea. No cabe tampoco el ejercicio de la acción de mera declaración por el tercero ya que la decisión de la Asamblea no le es oponible sino mediante juicio ordinario conforme al artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.
- 6º. El derecho de oposición sólo corresponde a los accionistas y no puede ser ejercido por un tercero porque el derecho que concede el artículo 290 es *intuitu socius* en forma exclusiva.

## **V. IEI cambio de Doctrina de Casación: la Sentencia del 21 de enero de 1975**

En nuestro anterior análisis del artículo 290 del Código de Comercio, tratamos de aclarar el contenido y alcance de dicha disposición legal dentro de las limitaciones normales de una publicación de esa naturaleza. Pero hay un punto que merece ser tratado aparte por su

relevancia y, porque a través de la jurisprudencia se ha infiltrado un concepto que considero absolutamente erróneo. Se trata de la situación que se ha establecido en la práctica forense venezolana de aceptar una demanda de nulidad contra las decisiones de las Asambleas mediante el ejercicio de una acción autónoma y diferente al procedimiento establecido en el artículo 290 del Código de Comercio.

Tradicionalmente se había venido respetando, creo que con gran acierto, la jurisprudencia establecida por nuestra Casación el 13 de octubre de 1925 en que se había dejado muy claro cual era el contenido y alcance del artículo 290 del Código de Comercio en el sentido de que lo resuelto por la Asamblea de Accionistas tenía preeminencia sobre los Estatutos y la Ley, y constituida preclusivamente la manifestación de voluntad del ente colectivo. Pero lamentablemente, por lo menos en mi opinión, el 2 de enero de 1959 la Corte superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda irrumpió contra la jurisprudencia de nuestra Casación de 1925, y a través de una serie de argumentos que examinaremos más adelante abrió una brecha que luego fue utilizada para admitir el posible ejercicio de una acción de nulidad contra las decisiones de una Asamblea legalmente constituida. Esta jurisprudencia había sido precedida por otra del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la misma Circunscripción Judicial del 5 de diciembre de 1957, en la cual se dijo:

En el Código de Comercio Italiano, base y antecedente de nuestro Código de Comercio, se reconoce que el procedimiento sumario, que es el contemplado en el artículo 290 de nuestro Código, orientado a obtener la suspensión transitoria de una decisión manifiestamente contraria al acto constitutivo, o a la Ley, o a los Estatutos, es distinto a la acción ordinaria tendiente a conseguir la anulación de la decisión impugnada; *no ve el juzgador el por qué entre nosotros se vaya a sostener jurídicamente el único procedimiento que tenga un socio contra una decisión inícuca tomada por la asamblea de una compañía sea el del procedimiento expedito y sumario del artículo 290 del Código de Comercio, el cual únicamente puede ejercer dentro de los quince días ya indicados para obtener la suspensión de la decisión y convocatoria de una nueva asamblea que decida sobre el punto. El acuerdo de la asamblea si es confirmatorio de la decisión impugnada, no tiene a nuestro criterio otro efecto que dar por consumada la obligatoriedad de la decisión, sin que ello implique pronunciamiento sobre la validez de la misma, cuestión que corresponde a la jurisdicción ordinaria, y por ello, puede también el socio, sea porque no ejerció la*



*oposición en el término fatal del artículo 290, tantas veces citado, sea porque la asamblea hubiese confirmado la decisión controvertida, ocurrir a la vía ordinaria en demanda de nulidad de la decisión que considera violatoria de la ley y de los estatutos, y para ello tiene el término de cinco años, que es precisamente el previsto para pedir la nulidad de una convención, según lo dispuesto en el artículo del Código Civil... (véase Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Volumen VI, Tomo II, pág. 576).*

Por su parte la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda en su sentencia del 2 de enero de 1959 hace un largo análisis sobre la disposición objeto de nuestro examen, y en el enjundioso estudio que hace en la parte motiva de la sentencia asienta conceptos que son de nuestro interés, pues, como veremos más adelante, las cuestiones allí tratadas fueron las que, a mi entender, inspiraron a la Sala de Casación Civil posteriormente para apartarse de la interpretación ortodoxa de la sentencia de 1925. Lo limitado de este trabajo nos impide transcribir *in extenso el texto de la sentencia*, pero no podemos omitir algunos de sus argumentos.

La Corte Superior abre sus razonamientos con estudio sobre la cosa juzgada material, y en razón de los conceptos previamente emitidos, asienta:

... Respecto a la situación de aquellos socios que habiendo denunciado ante el Juez de Comercio una decisión como contraria a la Ley o a los Estatutos, éste la desechare por considerarla infundada, considera el juzgador que la acción de impugnación precluye para los que la intentaron, pasando a cosa juzgada por ser ello la intención de la ley a la cual debe recurrirse en cada caso, por las siguientes razones: pluralidad de acciones que el artículo 290 del Código de Comercio confiere a los socios por hacer oposición ante el Juez de Comercio y obtener mediante una nueva Asamblea la anulación de otra anterior que ofrece precisamente un caso de acciones concurrentes. En estos casos el objeto del juicio lo constituye la sola acción del socio o de los socios que ha propuesto la impugnación, de suerte que, en caso de rechazo, la sentencia no tiene otro contenido que el de declarar la inexistencia de la acción propuesta, sin prejuzgar ni precluir la acción de otros socios que no fueron deducidas en juicio. Por eso no puede deducirse que este fallo de rechazo resulte contradicho por el de anulación, necesariamente total, *que otro socio pueda obtener separadamente*, por lo que la acción acogida es otra, si bien tendiente al mismo resultado ...”

Y más adelante expresa:

... De admitir que ello sea posible, o sea, que habiéndose rechazado la oposición por medio del procedimiento especial contemplado en el artículo 290 del Código de Comercio, pudiera luego intentarse la acción de nulidad de tales decisiones por medio de un acción ordinaria, tendríamos que aceptar que podría ser nuevamente discutido lo que fue objeto de un proceso anterior como consecuencia de no haberse discutido en él una cuestión que pudo haber sido, pero no lo fue, lo cual es inadmisibile, ya que si en el juicio el demandado no opuso una serie de deducciones defensivas que habría podido oponer y fue condenado, hasta ella se extiende la cosa juzgada.

Como podemos observar, esta sentencia llevaba escondida el germen, o mejor dicho, la insinuación de la rebeldía contra la integridad de la sentencia de Casación de 1925.

Así las cosas de todas maneras se siguió aplicando el artículo 290 como había sido la intención de nuestro legislador, pero el 21 de enero de 1975 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció una nueva jurisprudencia en virtud de la cual “abandonaba”, como dijo expresamente la sentencia, la que durante cincuenta años rigió el criterio de interpretación de los Tribunales. Esta última sentencia tiene el aval de los eminentes juristas que la firmaron, por lo que se hace muy difícil la labor de crítica de su contenido. En efecto, ella fue proyectada por el denso jurista Dr. Carlos Trejo Padilla, merecedor de un gran respeto por su intelecto, conocimientos y criterio jurídico, y los que acogieron la ponencia fueron los doctores José Ramón Duque Sánchez, Luis Loreto, R. Rodríguez Méndez e Ignacio Luis Arcaya. Pero tal como lo expresara otro eminente jurista, el Dr. Ramiro Parra, en su prólogo del libro sobre las Acciones Posesorias, *la ciencia tiene por objeto la verdad, y ésta debe decidirse sin pretensiones ridículas pero con la firmeza de la convicción que no admite superioridades ni timideces propias de intelectos poco nutridos*. De esta sentencia paso a transcribir sus más importantes párrafos:

Quedan por analizar las denuncias de los artículos 290 del Código de Comercio; 234 del Código de Procedimiento Civil, en conexión con los artículos 1109 y 1110 del Código de Comercio y 233 del mismo Código de Procedimiento Civil y 4 del Código Civil. La suerte de estas denuncias está supeditada a la interpretación que se sostenga del artículo 290 del Código de Comercio, materia en la cual discrepan los criterios del formalizante y de la recurrida, pues mientras en ésta los

sentenciadores sostienen que la vía de oposición, prevista en el mencionado artículo 290, es la única que tienen los accionistas para reclamar contra decisiones viciadas de las asambleas en las compañías anónimas, el recurrente sostiene que existe además la acción ordinaria de anulación.

El artículo 290 del Código de Comercio es del tenor siguiente:

A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto”.

La acción que da este artículo dura quince días a contar de la fecha en que se de la decisión”.

Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone”.

La primera observación que surge del análisis del texto transcrito es que el procedimiento previsto no constituye en realidad un juicio, en el cual el órgano jurisdiccional, como es característico si lo fuera, tuviera autoridad para resolver mediante sentencia el conflicto intersubjetivo de intereses, sino que se trata de un simple recurso de oposición concedido al socio, para que pueda obtener la suspensión de la decisión de la asamblea que considere manifiestamente ilegal o contraria a los estatutos.

Prevé el precepto en estudio que ordenada la suspensión de la decisión impugnada, el Tribunal deberá ordenar que se convoque una segunda asamblea, de mejor calificación por su *quorum* y por su voto, a fin de que decida sobre el asunto planteado, bien en el sentido de dejar sin efecto la resolución viciada, o bien en el sentido de confirmarla, caso este último en el cual la decisión reclamada, por expresa disposición legal, será obligatoria para todos los socios, aunque haya adolecido de nulidad relativa, ya que el defecto no podría ser alegado posteriormente por haber sido saneado por la voluntad confirmatoria del ente social.

Lo expuesto revela, en criterio de esta Corte, que el indicado procedimiento de oposición no tiene en rigor un carácter contencioso, sino meramente precautelativo, de naturaleza simplemente administrativa como lo señalan algunos expositores, y por tal razón no puede hablarse en estos casos de que haya cosa juzgada sobre la validez de la actuación cuestionada, ya que el Juez no dicta decisión alguna en ese sentido, pues se limita a suspender la ejecución y a

ordenar que se convoque una segunda asamblea, cuya resolución tampoco tiene la autoridad de la cosa juzgada por no emanar obviamente de un órgano judicial.

Por otra parte, es de observar que la facultad de confirmar el acto impugnado, que el mencionado artículo confiere a la segunda Asamblea, no puede referirse sino a decisiones viciadas de nulidad relativa que afecten únicamente el interés privado de los socios, ya que sólo esta clase de vicios es la que puede ser subsanada mediante los efectos de la confirmación.

Pero cuando se trate de decisiones de asambleas afectadas de nulidad absoluta, su confirmación sería completamente ineficaz, en razón de que en estos casos la Ley no persigue la protección de intereses simplemente privados, sino que tiende a preservar la observancia de normas imperativas o prohibitivas cuyo fin es amparar el interés de toda la colectividad. Por ello, las decisiones afectadas de nulidad absoluta no pueden ser subsanadas por confirmación, de acuerdo con los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el interés privado nunca podría sobreponerse al interés supremo del Estado o de la sociedad. De nulidad absoluta, en la materia que nos ocupa, puede hablarse, por ejemplo: cuando la decisión de la asamblea infringe una disposición de orden público; cuando atenta contra la buenas costumbres; y cuando la decisión ha sido adoptada sin cumplir con los requisitos formales que sean esenciales para su validez.

Juzga, por lo consiguiente, esta Sala que cuando se trate de decisiones de asambleas viciadas de nulidad absoluta, el interesado, además de la oposición a que se refiere el artículo 290 del Código de Comercio, puede intentar también la acción ordinaria de nulidad para que se declare a juicio contencioso la invalidez del acto. También podría ser ejercida por el socio esa misma acción, cuando se trate de nulidad relativa de una decisión cuya suspensión no se hubiere ordenado y tampoco hubiera sido confirmada por la segunda asamblea en referencia, dentro del procedimiento sumario previsto en el artículo 290 del Código de Comercio.

En el caso concreto, los jueces que dictaron la recurrida, sin haber establecido previamente en su fallo que, a su juicio, lo pretendido por el actor era la nulidad de decisiones de asamblea afectadas de nulidad relativa y oportunamente confirmadas por la voluntad de la sociedad, supuesto único en el cual, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte, es cuando el socio carece de la acción ordinaria de nulidad, llegaron a la conclusión de que el demandante sólo podía hacer uso de la oposición prevista en el artículo 290 del Código de Comercio y le estaba vedado, por lo consiguiente, el ejercicio de la acción ordinaria.

Con este modo de decidir, la recurrida hizo una errónea interpretación del texto legal en referencia, al atribuirle un alcance general que no tiene, e incurrió, consiguientemente, en falsa aplicación del mismo, porque, como antes se expuso, no era procedente negar la acción ordinaria sino en el supuesto -no establecido en la sentencia- de que se trataba de actuaciones de una Asamblea viciada de nulidad relativa que hubiera sido confirmada por la sociedad.

Con este pronunciamiento, la Corte no prejuzga sobre la clase y naturaleza de los vicios que pudieran afectar las decisiones impugnadas por el actor de la situación de especie, pues ello es una cuestión de hecho que no le corresponde establecer bajo el alcance de las denuncias formuladas, sino que se ha limitado a censurar la errónea interpretación y la falsa aplicación del mencionado artículo legal.

En consecuencia, fue infringido por la recurrida, por errada interpretación y falsa aplicación, el artículo 290 del Código de Comercio, y por vía de efecto, los artículos 234 del Código de Procedimiento Civil, 4 del Código Civil y 1105 y 1110 del citado Código Mercantil.

También considera esta Corte que fue infringido por la recurrida, por mala aplicación, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, porque aún en el supuesto de que el demandante hubiera equivocado la pretensión que ha debido deducir, lo procedente, como lo ha establecido la Sala en anterior sentencia, no era la reposición de la causa para obligarlo a seguir la vía que la recurrida consideraba correcta, sino la desestimación de la pretensión en su oportunidad por no estar autorizada por la Ley.

Con la jurisprudencia que ahora se consagra, se abandona la sentada por Casación en sentencia de fecha 13 de octubre de 1925, en la cual se adoptó el criterio de que el socio, en todo caso, sólo disponía del derecho a hacer oposición contra las decisiones viciadas de las asambleas, según lo previsto en el artículo 290 del Código de Comercio. Ha considerado esta Corte que la interpretación que se ha hecho en el presente fallo, concilia el valor que otorga la Ley a la autonomía de la voluntad privada, con el respeto que en todo ordenamiento jurídico debe imperar por los principios inmanentes que lo informan y sustentan.

Podría pensarse que la doctrina sustentada en este fallo acerca de la correcta interpretación del artículo 290 del Código de Comercio habrá de crear trastornos en la vida de las compañías anónimas porque pueden hacer prolíferas las acciones de nulidad contra las decisiones de las asambleas de esas sociedades mercantiles. Tal apreciación es, sin duda, exagerada, y puede aplicarse a todo género de controversia entre las partes. La Sala, por el contrario, estima que esta nueva jurisprudencia ha de contribuir a hacer respetar la situación del accionista minoritario y evitar decisiones de asambleas viciadas de nulidad absoluta, que la mayoría se cuidaría de hacerlo por temor al

juicio ordinario. En la actualidad, dentro de la errada interpretación del artículo 290 del Código de Comercio, el abuso cometido en la primera asamblea quedaría intangible con la ratificación pro la nueva Asamblea, convocada en virtud de dicho artículo, y en la cual quedaría aprobada la decisión, no obstante estar viciada de nulidad absoluta, lo que es manifiestamente contrario a los principios que rigen la nulidad de los actos jurídicos, como se dijo anteriormente. Sólo quedaría al accionista el raquítico recurso de retirarse de la compañía en los casos previstos en el artículo 282 del Código de Comercio.

Por tanto, se declara procedente, en los términos expuestos, la presente denuncia.

#### DECISION

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara con lugar el presente recurso de casación; y, en consecuencia, ordena a la competente Corte Superior dictar nueva sentencia con sujeción a la doctrina aquí establecida”.

## VI. Improcedencia de la acción de nulidad autónoma

No comparto la tesis de la existencia de una acción de nulidad autónoma contra la decisiones de una Asamblea General de Accionistas de una Compañía Anónima, tesis esta que sustento en las razones que paso a exponer:

En primer lugar parto de la premisa de que la solución del problema en consideración no se basa en razones de orden procesal sino sustantivas. Es un problema eminentemente estructural.

Como punto de partida de nuestro estudio debemos examinar la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad de la asamblea, y aun cuando las disposiciones legales de nuestro Código son anteriores a las modernas teorías sobre la formación de la voluntad del ente colectivo, nada obsta para que examinemos dichas disposiciones a la luz de estos estudios, pues no forman antítesis con la intención de nuestro legislador.

La voluntad de las compañías anónimas expresadas a través de *su órgano* que es la asamblea no es una suma de voluntades porque constituye *una sola voluntad substitutiva y propia no delegada por los accionistas* (conf. De Gregorio). La voluntad del órgano puede coincidir con la de los accionistas o no. Es una voluntad autónoma y distinta que, según algunos, tiene como disciplina el que sus decisiones sean tomadas

en interés del ente (algunos pretenden que cuando actúa fuera del interés del ente incurre en abuso o desviación de poder). Pero debemos tener muy claro que la voluntad de la Asamblea es una voluntad propia y totalmente divorciada de la idea de que es la suma de la voluntad de los accionistas. Esta situación se nos hace patente cuando observamos que en las asambleas posteriores a aquellas que no se han constituido por falta de quorum y se constituyen con el número de los presentes, cualquiera sea el que concurra (arts. 276 y 281 del Código de Comercio), las decisiones son válidas. En estos casos puede observarse que la minoría es la que determina el interés de la sociedad y tal situación es inobjetable porque así lo quiere la Ley. El interés particular o privado pierde vigencia y es sacrificado frente a la voluntad de la compañía que es una nueva voluntad (Art. 289 del Código de Comercio).

Las anteriores explicaciones ponen de relieve que habiendo sido formada y manifestada la voluntad de la compañía sin sumatoria de la de sus socios, mal podemos hablar de “cosa juzgada” en el artículo 290 que estudiamos. Los mecanismos establecidos por la Ley son los determinantes de la prevalencia de las decisiones de la asamblea por encima de la voluntad de los accionistas. Esto es así *ex-lege*, y el accionista no puede invocar defectos en su manifestación de voluntad para pretender la nulidad del negocio jurídico establecido por la asamblea.

Comparto la tesis de la Sala en cuanto a que la naturaleza de los efectos que emanan del artículo 290 del Código de Comercio no son los de una cosa juzgada (contrariando lo dicho por el Juez Superior Primero), pero disiento en cuanto a que cuando la decisión infringe el orden público nazca una acción de nulidad particular en favor del accionista, porque es la propia disposición legal la que autoriza a la Asamblea a tomar decisiones aun contrarias a los estatutos o a la Ley. Podríamos hablar entonces de que lo decidido por la Asamblea no es posible oponerla a los terceros (los contratos no dañan ni aprovecha a terceros, art. 1166 del Código Civil), pero en modo alguno derogar la voluntad del legislador de declarar legal lo ilegal porque su hecho permisivo transforma en legítimo lo que no es. El aceptar el legislador expresamente lo ilegal lo transforma en legal. La nulidad de los negocios jurídicos, salvo los casos expresamente determinados por la Ley, sólo puede ser ejercida por el contratante a través de la alegación de un vicio de la voluntad, pero cuando el accionista está ejerciendo su derecho dentro de una asamblea su manifestación de voluntad queda borrada por el nacimiento de una

nueva voluntad, la de la asamblea. Aun los patrocinadores de la teoría del abuso y desviación de poder en las decisiones de las asambleas aceptan que las decisiones de éstas escapen al control de la legalidad, porque el hecho económico que la genera es de orden subjetivo con respecto al accionista, variable de individuo a individuo, y "... escapa al control jurisdiccional y lógicamente debe dejarse a la determinación de la asamblea de socios, como el órgano más a propósito, también por ser interesado" (*Ferri*).

La doctrina considera que la determinación del "interés social" presenta la dificultad de que los accionistas quieren a la sociedad en su interés personal y que esto se antepone al establecimiento del "interés social", por lo que ese interés no puede servirnos de guía para aniquilar los efectos de las decisiones de las Asambleas. En el estado actual de nuestra legislación no cabe la aplicación de la teoría de la "desviación de poder" como factor determinante de una posible acción de nulidad de las decisiones de las asambleas de las compañías anónimas, y en otros países han considerado que la disciplina de la sociedad debe privar sobre este tipo de especulaciones.

Examinado el problema desde este punto de vista netamente de carácter sustantivo, llegamos a la conclusión de que no se puede a través del proceso derogar la disposición del artículo 289 del Código de Comercio, y que todos los argumentos que se esgriman, por rebuscados que sean, son deleznable e insuficientes para aniquilar el imperativo mandato del mencionado artículo.

Lo limitado de este trabajo por su naturaleza nos impide ser más explícitos en el tema, y, especialmente, en el examen de la naturaleza de las decisiones de la asamblea de una compañía anónima. Asimismo, hemos obviado abundar en más argumentos sobre la improcedencia de la acción de nulidad contra dichas decisiones, tales como la que emerge del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, porque la tesis que sustento sobre el tema tratado se sostiene con el solo argumento de la naturaleza de las decisiones de las asambleas. Sin embargo, considero conveniente concluir este análisis sobre la improcedencia de las acciones de nulidad contra las decisiones de la asamblea de compañías anónimas, invitando al lector a pensar en el caos jurídico que se formaría si el legislador no hubiera sido tan sabio y hubiera excluido el ejercicio de las acciones de nulidad, y que pudiera obtenerse a través de esta acción la nulidad de la elección de una Junta Directiva y que, además, se intentara



ella ya para concluir el período de caducidad de la acción (cinco años). ¿Cómo quedarían los negocios jurídicos celebrados por los espurios administradores? ¿Tendríamos que darlos por buenos recurriendo a la fábula de que la nulidad no produce efectos sino después de declarada? entonces ¿qué lograríamos con declararla si ya el acto írrito había producido sus efectos? ¿Cómo quedarían los derechos contractuales de los terceros de buena fe?

## **VII. Imposibilidad de aplicar la normativa del artículo 1346 del Código Civil en apoyo de la tesis de la nulidad ordinaria**

En los capítulos precedentes hice un análisis sobre el artículo objeto de este estudio, el cual tuvo por objeto incitar a un mejor y más profundo estudio de la disposición legal que comentamos, advirtiendo sobre la degeneración que de su interpretación se ha venido haciendo en estos últimos tiempos. Creo que desde el punto de vista netamente científico, quedaron demostradas las razones que impiden al accionista usar otra vía que la establecida en la disposición legal comentada. En otras palabras que contra las decisiones de las Asambleas no hay ninguna otra acción que la de impugnación establecida en el artículo 290, ya que no cabe contra ella la acción de nulidad ordinaria.

Sin embargo, como remate de los anteriores análisis debo advertir que si bien el Código Civil en su artículo 1346 establece que “la acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, salvo disposición especial de la Ley ...”, dicha disposición no es aplicable al caso de las impugnaciones de las decisiones de las Asambleas por los accionistas no solo porque el artículo 290 del Código de Comercio es una disposición especial con respecto al 1346 del Código Civil, que establece la salvedad legal, sino, además, y principalmente, porque las decisiones de las Asambleas no son una “convención” sino una toma de voluntad colectiva donde los accionistas apuntan todos al fin social y no hay contraposición de intereses como lo expliqué en mi primer artículo.

Para el legislador civil la definición de convención está referida exclusivamente a la definición del contrato como instrumento regulador de intereses contrapuestos. Dicha idea está excluida por el artículo 289 del Código de Comercio cuando da valor absoluto a las decisiones de las

Asambleas contra los accionistas que no concurrieron a ella. Para que haya “convención” se requiere la presencia de los interesados.

En este sentido la doctrina tradicional ha visto que la idea de convención aplicada al contrato tiene un campo específico. Ya desde *Pothier* se ha venido depurando este concepto. Dicho autor definía el contrato así: “*El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan con respecto a otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”. Desde entonces este concepto del contrato ha sido admitido por la doctrina y merece destacarse la posición de *Planiola* este respecto, que siguiendo a *Demogue* afirma: “Es también innecesario indicar de modo especial que el contrato resulta del acuerdo *entre personas con intereses opuestos*”. De *Page* también se identifica con estas ideas (ver *Traite Elementaire de Droit Civil Belge*, Tomo Segundo, Páginas 403 y siguientes, Bruselas, *Etablissements Emile Bruylant*, 1948). Desde el campo estricto del Derecho Civil, *Planiol* va más allá en sus consideraciones cuando estudia lo que él denomina *contratos colectivos*, donde enseña:

En consideración al interés colectivo, pueden oponerse excepciones al principio según el cual solamente quedan obligados por las cláusulas de un contrato, aquellos que hubieren intervenido en los mismos representados o como partes. Puede ser inadmisibles que uno o varios interesados se nieguen, por egoísmo o incomprensión de sus verdaderos intereses, a sujetarse a una reglamentación concertada por la mayoría restante y; en tal caso, hay que declarar obligatoria esa reglamentación para los disidentes o ausentes. El caso más claro es el del convenio en materia de quiebra o de liquidación judicial (2).  
Nota 2. V. Asimismo el reglamento transnacional de la Ley del 2 de julio de 1919, especialmente en cuanto concierne a los obligacionistas de una sociedad, considerados como un colectividad. Se ha dicho que en tal supuesto existe un contrato colectivo (Cf. *supra*, 26) ....

Se habla en este caso de voluntad colectiva y se toma inspiración en las doctrinas que admiten la realidad de las personas jurídicas, sea porque efectivamente se pretenda considerar la colectividad de que se trate como tal persona jurídica, sea porque se tenga como suficiente para justificar la alicación del principio mayoritario alegar con un interés caracterizado, calificado a veces de estado de necesidad, una determinada organización de la colectividad.

En todo caso el artículo 1165 del Código Civil, no es ya obstáculo a que los interesados, miembros de la colectividad, se vean obligados en contra de su sentir, por el acuerdo adoptado en nombre de ésta: no

son terceros, sino que se confunden con la colectividad de que forman parte. Pero, hay que tener en cuenta, y por ello es que se descarta el artículo 1165, que no se trata ya, al menos directamente, en cuanto a éstas de una obligación contractual: quedan obligados porque están forzados a conformarse a las decisiones de la colectividad, la cual posee, respecto a sus miembros, un poder de mando que se ha querido comparar con el de las autoridades administrativas respecto a los ciudadanos y que se ha denominado poder reglamentario. (Véase Marcelo Planiol - Jorge Ripert. *Tratado Práctico barro de Derecho Civil Francés*, Tomo Sexto 1946, Cultural S.A., Habana, Páginas 23, 511 y 512).

Un estudio más profundo de los conceptos de “convención” y “contrato” dentro de la doctrina moderna nos permite afirmar con *Sánchez Román* que la convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra, o varias entre sí, *al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer*. En otras palabras, técnicamente la convención jurídica en el sentido del artículo 1133 del Código Civil no es aplicable a las disposiciones de las Asambleas, pues en ellas no se constituyen, reglan, transmiten, modifican o extinguen entre los accionistas ningún derecho, pues ellas pueden constituir actos distintos a los enunciados como cuando la Asamblea decide abrir una agencia o sucursal en lugar distinto a la sede de la compañía o cuando resuelve vender un inmueble.

Por lo anterior queda descartada, en mi opinión, totalmente, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil, tanto por cuanto en el 290 del Código de Comercio constituye una salvedad con respecto a él como por no quedar comprendidas las decisiones de las Asambleas dentro del concepto de convención jurídica constitutiva de un contrato.

## Anotaciones sobre los principios de Unidroit

Jaime Martínez Estévez

Del 6 al 9 de noviembre de 1996 se celebró en Valencia el Congreso Interamericano titulado “Hacia un Nuevo Régimen Para la Contratación Mercantil Internacional: Los Principios de UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales”. En el mismo se discutió, entre otros, la influencia y utilización de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante denominados los “Principios”) elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“Unidroit”) para la reglamentación y solución de disputas en operaciones de comercio internacional.

Estas anotaciones tienen por propósito recoger algunas observaciones iniciales que encuentran su origen en el referido congreso y colaborar a la discusión de los Principios, en vista de la conveniencia de conocerlos y utilizarlos en la concepción y ejecución de nuestras operaciones de comercio internacional.<sup>1</sup> Estas anotaciones están divididas

---

1 Existen diversos trabajos que se refieren a los Principios, entre ellos: Gonzalo Parra Aranguren, “Aspectos de Derecho Internacional Privado de los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales Elaborados por el Unidroit”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 91, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994; Michael Joachin Bonell, *I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali: Origini, Natura e Finalità, Diritto del Commercio Internazionale*, Giuffrè Editore, Milan, 1996; y, Michael J. Bonell, *The Unidroit Principles of*

en cuatro secciones, con los siguientes títulos y contenidos: (1) Los Principios, en cuya sección se describe el origen y la naturaleza de los Principios; (2) Aplicación de los Principios, donde se plantea la forma como los Principios pueden ser utilizados para regular una relación contractual, incluyendo su incorporación como parte del acuerdo, su utilización como mecanismo de interpretación y su aplicación como costumbre mercantil internacional (*lex mercatoria*); (3) Los Principios Como Fuente Alternativa Común, en la cual se sugiere la utilización de los Principios como fuente normativa alternativa, ante el desacuerdo respecto al derecho aplicable; y, (4) Los Principios Como Ayuda de Análisis, donde se plantea la utilización de los Principios para la identificación y análisis de las distintas consecuencias jurídicas que una transacción internacional puede presentar.

## 1. Los principios

Los Principios constituyen un conjunto armónico de regulación de relaciones contractuales internacionales, contenidos en siete capítulos, divididos en artículos y en algunos casos en secciones y cuyo texto contiene normas y comentarios a éstas. Los Principios están acompañados de un prólogo, un índice analítico y un apéndice.<sup>2</sup> Los Principios fueron publicados en mayo de 1994 y constituyen el fruto de un grupo de trabajo constituido en 1980.<sup>3</sup>

Los Principios no tienen efectos normativos autónomamente. Constituyen una fuente para regular las relaciones comerciales en la medida en que a los mismos se hace referencia en el contrato, se les reconoce como manifestación de la costumbre comercial internacional o

---

*International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention (CISG) - Alternatives or Complementary Instruments?*, Uniform Law Review, NS - Vol. I, 1996-1.

- 2 Al final de estos comentarios, con autorización de Unidroit, se transcribe el apéndice, donde se reproducen los artículos de los Principios, sin sus comentarios. Los comentarios forman parte de los Principios y facilitan su comprensión e interpretación. No se transcriben por razones de espacio. El texto de los artículos de los Principios será de particular utilidad en la revisión de los comentarios de la Sección 4.
- 3 Como se indica en la introducción de los Principios, sus orígenes se remontan a 1971, cuando se realizaron estudios preliminares para determinar la viabilidad del proyecto.

la *lex mercatoria*, se les identifica con principios generales del derecho o se les adopta dentro de la legislación nacional. Ellos, aisladamente, no tienen fuerza jurídica.<sup>4</sup>

Los Principios evidencian un nuevo método para Unidroit en la búsqueda de la uniformidad normativa internacional. La armonización y unificación de la normativa internacional se considera deseable pues al reducir o eliminar la adversidad de un régimen jurídico distinto, el flujo comercial mejora.<sup>5</sup>

Comúnmente se han utilizado como instrumentos para fomentar una homogeneidad normativa internacional los tratados internacionales, las leyes modelo, los formularios de contratos y la adopción de conjuntos de reglas de manera contractual. Los primeros dos mecanismos son tradicionalmente utilizados por organismos como Unidroit y Uncitral, mientras que los segundos son propios de organizaciones privadas, incluyendo asociaciones gremiales, que dictan normas y producen modelos de contrato que sus miembros comúnmente utilizan en el desarrollo del comercio.<sup>6</sup>

---

4 El carácter no vinculante de los Principios se reconoce en la introducción que precede a su texto y en el preámbulo de los mismos.

5 Unidroit no es el único organismo que promueve la uniformidad normativa internacional. Tal labor también la realiza al Comisión de las Naciones Unidas Sobre Derecho de Comercio Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law*, conocida como "Uncitral"). De una naturaleza distinta, pero con un objetivo de armonía normativa internacional, son algunas tareas de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI").

Dentro de las obras de Unidroit se encuentran las Convención de La Haya de 1964 Sobre la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional, la Convención de Ginebra de 1983 Sobre la Representación en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Convención de Ottawa de 1988 sobre el *Leasing* Financiero Internacional y la Convención de Ottawa de 1988 sobre el *Factoring* Internacional. Dentro de los logros de Uncitral están sus Reglas de Arbitraje de 1976, la Convención Sobre Transporte de Bienes por Mar (adoptada por las Naciones Unidas en Hamburgo en 1978) y la Convención Sobre Contratos para la Venta Internacional de Bienes (adoptada en Viena en 1980). Los trabajos de la CCI incluyen los Incoterms, las Reglas y Usos Uniformes Sobre Créditos Documentarios y las reglas formuladas conjuntamente con la Conferencia Sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas (*United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD*) Sobre los Documentos de Transporte Multimodal.

6 Cabe referir los contratos tipo de asociaciones tales como ISDA (*International Swap Dealers Association*), LME (*London Metal Exchange*), GAFTA (*Grain and Feed Trade Association*) y *The International Wool Textile Organization* (véase Clive M.

Dada la dificultad y lentitud con que los estados incorporan dentro de su ordenamiento jurídico los convenios internacionales o adoptan leyes modelos, y considerando las reservas y modificaciones que comúnmente los acompañan, pareciera prometedor este nuevo enfoque seguido por Unidroit. La adopción por los particulares de las reglas de derecho aplicables ha probado ser efectiva. Más aún, el fenómeno del comercio internacional y la reconocida interdependencia económica de los estados ha hecho que las relaciones comerciales se desarrollen con independencia de las fronteras y derechos internos. Los comerciantes que actúan dentro de este universo ampliado están en mejores condiciones de establecer sus propias reglas, más éstas pueden requerir ajustes frecuentes, difíciles de obtener si se someten al procedimiento de enmienda de una convención internacional o modificación de una ley.<sup>7</sup> Los Principios pueden servir como ley modelo, que constituye un mecanismo tradicional de promover la uniformidad para organismos como Unidroit pero al mismo tiempo pueden ser incorporados al contrato o aplicados con base a la costumbre comercial internacional o la *lex mercatoria*, cuya metodología en la tarea de armonización no era propia de Unidroit.

---

Schmitthoff, *Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Stevens & Sons, London, 1986, Capítulo 3). De naturaleza similar son las Reglas Uniformes Para los Documentos de Transporte Combinado de la Cámara de Comercio Internacional, Publicación 298 de 1985; y, las Condiciones Estándares de Comercio del Instituto de Despachadores de Carga (*Institute of Freight Forwarders LTD*) de 1984. Son significativos los logros que en materia de uniformidad de la actividad comercial se han obtenido por las normas elaboradas por la CCI, las cuales tienen aplicación en la medida en que se las incorpora contractualmente o se aceptan como reflejos de una costumbre mercantil internacional o *lex mercatoria*.

- 7 En el caso de Venezuela pareciera aún más acertado este medio, dadas las evidentes largas demoras del Congreso Nacional en ratificar convenciones internacionales suscritas. Cabe destacar que la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en Nueva York en 1958 fue apenas incorporada dentro de nuestro ordenamiento jurídico el 29 de diciembre de 1994; el Convenio de Paris Para la Protección de la Propiedad Industrial, suscrito en 1883 y luego revisado en diversas oportunidades y enmendado en 1979, fue incorporado en nuestro derecho interno el 30 de marzo de 1995; y, la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena de 1980, la cual fue suscrita por Venezuela al 30 de septiembre de 1981 (véase John O. Honnold, "Derecho Uniforme Sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)", Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1987, Página 69), aún no ha sido ratificada.

Los Principios, sin embargo, una vez llamados a regular una relación comercial internacional no constituirán la única fuente normativa. Si éstos son incorporados contractualmente, deberán igualmente aplicarse las otras estipulaciones que hayan hecho las partes y en la medida en que del texto del contrato o de los Principios o de la aplicación analógica de disposiciones de los mismos no se pueda resolver una determinada materia, existirá como fuente el derecho que conforme a las normas de derecho internacional privado, sea aplicable. Igualmente se atenderá a lo que disponga dicho derecho, cuando sus normas no puedan ser objeto de modificación o derogación contractualmente.<sup>8</sup>

Buena parte de los contratos comerciales internacionales son ventas y los Principios no están particularmente referidos a ellas. Más aún, es reconocido que existen materias importantes que no están tratadas en los Principios.

Si los Principios van a ser llamados a regular una relación comercial, por ser éstos un reflejo de la costumbre mercantil internacional o *lex mercatoria* o constituir una formulación de principios de derecho comúnmente aceptados, los mismos serán utilizados como fuente supletoria al derecho aplicable.<sup>9</sup>

Finalmente, si los principios son incorporados dentro de la legislación nacional, serán utilizados únicamente en la medida en que formen parte del derecho aplicable.

Por lo anterior, los Principios no constituirán una solución normativa total de los contratos comerciales internacionales.

- 
- 8 Ver Artículos 1.4, 1.5, 3.1 y 7.2.4 de los Principios. Conforme al Artículo 115 del Código de Comercio será aplicable el derecho del país donde se celebró el contrato, entendiéndose por éste aquél donde se originó la oferta. Según el Artículo 116 del mismo cuerpo legal, si los contratos son ejecutables cumplideros en Venezuela, aún cuando se hayan celebrado en el extranjero, se regirán por la ley venezolana. El Artículo 186 de la Convención Sobre Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928, conocida como Código Bustamante, establece que el lugar de celebración determina el derecho aplicable. El Artículo 244 del Código Bustamante hace referencia a las normas sobre los contratos civiles para los contratos mercantiles. Véase Tatiana B. de Maekelt, "Normas de Conflicto en el Código de Comercio Venezolano: Comentario y Sugerencias Para su Reforma", en Jornadas de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1978.
- 9 El Artículo 9 del Código de Comercio dispone las condiciones que debe satisfacer la costumbre para ser fuente de derecho.



Si bien los Principios no regulan plenamente el fenómeno del comercio internacional, permiten un marco común de referencia que facilita la celebración de contratos internacionales y por tanto ayuda al desarrollo del comercio internacional con los subsiguientes beneficios económicos mundiales.<sup>10</sup>

## 2. Aplicación de los principios

Las partes pueden incorporar los Principios al contrato, por referencia. En tal supuesto los Principios constituirán una manifestación de la voluntad contractual de las partes y consecuentemente estarán sujetos a las limitaciones a la autonomía de la voluntad.<sup>11</sup> La incorporación de grupos de reglas por referencia no es extraña en la práctica comercial actual.<sup>12</sup> Debe sin embargo ser cuidadosa la incorporación de los Principios al contrato, considerando las materias acordadas por las partes, los vacíos que en ellos existen y el derecho aplicable.

- 
- 10 Véase la Sección 3 de estas anotaciones. Respecto de los beneficios del comercio internacional a nivel mundial véase Miltiades Chacholiades, *Economía Internacional*, Impresiones Editoriales S.A. de C.V., México, 1985; Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld, *Economía Internacional. Teoría y Política*, McGraw Hill, Madrid, 1994; y, Glenn Harrison, Thomas Rutherford y David Tarr, *Cuantificación de los Resultados de la Ronda de Uruguay, Finanzas y Desarrollo*, Volumen 32, Número 4, Washington, Diciembre 1995.
- 11 Véase Eugenio Hernández-Bretón, "Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Número 12, Caracas 1995; José María Espinar Vicente, *La Regulación Jurídica de los Contratos Internacionales de Contenido Económico*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, Capítulo IV, Sección II; y, Hans Smit, Nina M. Galston y Serge L. Levitsky, Editores, *Parker School of Foreign and Comparative Law, International Contracts*, Matthew Bender, Nueva York, 1981, Capítulo 4. En relación con la autonomía de las partes, véase el Artículo 7 de la Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales suscrita en México en 1994.
- 12 Muchas de las publicaciones de la CCI son utilizadas como normas complementarias que se incorporan a la relación contractual mediante una mención expresa en los documentos. La mención a los Incoterms (*International Rules For Interpretation of Trade Terms*) de la CCI tiene un sentido normativo, pues al describirse las modalidades comerciales se mencionan los derechos y obligaciones de las partes bajo cada una de ellas.
- En la práctica bancaria nacional también observamos cómo se hace referencia a documentos inscritos por ante oficinas públicas contentivos de condiciones generales de contratación.

Al igual que se puede incorporar por referencia los Principios, se pueden hacer formar parte del contrato otros conjuntos normativos. Puede ser aconsejable hacer referencia a distintos textos con un orden de aplicación. Por ejemplo, puede establecerse como orden prioritario el siguiente: las disposiciones expresas del contrato, las disposiciones de la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías,<sup>13</sup> los Principios y las normas supletorias del derecho aplicable.<sup>14</sup>

Otro posible enfoque es hacer asimilación de los Principios u otro texto con exclusiones particulares. En cualquier caso, desde luego, se supone un buen conocimiento de los mismos.

La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales suscrita en México el 18 de marzo de 1994 y la cual pasó a formar parte del derecho interno por ley aprobatoria del 21 de junio de 1995, incorporaría como fuente de derecho de los contratos internacionales a los Principios, en la medida en que éstos sean vistos como principios generales de derecho comercial internacional, por haber sido aprobados por un organismo internacional, como es Unidroit.<sup>15</sup>

13 La Convención de Viena fue aprobada el 11 de abril de 1980 por una Conferencia Diplomática con la asistencia de 62 estados. Dicha convención a la fecha ha sido ratificada por 45 estados. Ella es aplicable a operaciones de compraventa entre establecimientos ubicados en estados diferentes, cuando ambos son partes que adoptaron la Convención o cuando uno de ellos es parte que adoptó la Convención y su derecho es el que regula la relación. La Convención tiene normas respecto a la formación del contrato (Parte II de la Convención) y respecto de los derechos y obligaciones de las partes bajo el mismo (Parte III), incluyendo de manera fusionada materias que habían sido tratadas separadamente en las Convenciones de La Haya de 1964. En relación con la Convención de Viena de 1980, véase John O. Honnold, *opus citatis*. En cuanto a su uso conjuntamente con los Principios, véase Michael Joachim Bonell, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention (CISG)-Alternatives or Complementary Instruments?*, *Uniform Law Review*, NS-VOL. I, 1996-1, Italia, 1996.

14 Cuando se trate de contratos distintos a los de venta puede ser preferible hacer mención secundaria, como fuente de analogía, a la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, dada la referencia de sus disposiciones a la venta internacional.

15 Los dos primeros párrafos del Artículo 9 de la referida convención rezan: "Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si la elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos."

"El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales."

Los Principios pueden constituir un reconocimiento de prácticas y usos mercantiles o principios jurídicos generalmente aceptados. Al mismo tiempo, los Principios pueden moldear la conducta de los comerciantes e influenciar la revisión y formación de tales costumbres y principios.

El origen de los Principios, con la variada composición del grupo de trabajo, las distintas influencias de sistemas jurídicos en su formación, y la mención en el preámbulo de los Principios a su aplicabilidad cuando se llame a la *lex mercatoria* o se utilicen expresiones semejantes, no los hacen de por sí, automáticamente y sin revisión, reflejo fiel de una costumbre mercantil internacional o *lex mercatoria*. Según entendemos, los mismos no fueron formulados como una recopilación de prácticas, costumbres y principios existentes. Corresponderá pues, a los jueces o a los árbitros, según el caso, apreciar prudencialmente si las circunstancias particulares reflejan una costumbre uniforme y reiterada.<sup>16</sup>

### **3. Los principios como fuente alterna común**

En las operaciones de comercio internacional las partes tienen una relación jurídica más compleja. La diversidad de los elementos implica riesgos adicionales y los puntos a considerar para lograr un acuerdo son

---

16 Respecto a la costumbre mercantil, véase Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986, Tomo I, páginas 94 y siguientes. Los Principios, si influyen la práctica mercantil internacional y son actualizados esporádicamente, pueden conferir un nuevo vigor a la aplicación de los usos y costumbres mercantiles en la regulación de las relaciones comerciales. La inseguridad implícita en la incertidumbre en el proceso de determinación de las costumbres mercantiles y la *lex mercatoria*, incompatible con el moderno y ágil tráfico económico, hace debilitar esta fuente. Véase Manuel Broseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, Página 61. Los usos mercantiles en buena medida están recogidos en los contratos tipo que prestaran los gremios de comerciantes, en la búsqueda de un sistema normativo justo y equitativo independiente del derecho interno de un determinado estado (véase Jorge Labanca, *La Venta Internacional*, Abeledo-Perrott, Buenos Aires, 1968, Página 37). Véase también Eugenio Hernández-Bretón, "Usos no Pactados: Del Código de Comercio Alemán (HGB) a la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, número 90, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993.

de número superior a los comúnmente encontrados en una relación doméstica.<sup>17</sup>

En una operación de comercio internacional, más de un ordenamiento jurídico puede tener vocación para regular la relación. Es del interés de las partes el establecer de manera clara cuál es el derecho aplicable. De lo contrario existirán riesgos derivados de la inseguridad en la determinación y el contenido del derecho aplicable. Estos riesgos pueden afectar adversamente las probabilidades de conclusión y éxito de la operación o producir un incremento de los costos de la misma.

Comúnmente las partes preferirán que el derecho aplicable sea el propio. Verán con recelo una cláusula donde se establezca el derecho de la contraparte y más aún aquellas donde se sometan a la jurisdicción de los tribunales de la misma. Ordinariamente aquella parte con el mayor poder en la negociación impondrá su voluntad respecto al derecho aplicable y la jurisdicción competente.

Al plantear incorporar los Principios al contrato se está haciendo referencia a unas reglas de derecho distintas de aquellas de las partes contratantes. Este terreno neutral puede facilitar la confluencia de voluntades respecto de las reglas de derecho a aplicar. Es de esperar que sea más fácil para una parte someterse a unas reglas estimadas como neutrales, que someterse a las del derecho de la contraparte.

El carácter neutral de los Principios, su presentación de manera ordenada y su fácil acceso, conjuntamente con la divulgación que los

---

17 En las relaciones de comercio internacional es común conseguir diferentes vínculos, por ejemplo, en una relación de compraventa internacional deberá ordinariamente contratarse igualmente un seguro o un transporte y puede, así mismo, ser necesaria la participación de una institución financiera por requerirse una carta de crédito o para realizar una cobranza. El idioma que utilizan las partes no necesariamente es el mismo y aún cuando fuera un solo idioma, las acepciones de ciertos términos pueden ser variadas en uno y otro lugar. Al menos una de las partes tendrá que enfrentar los riesgos que implica una negociación en una moneda distinta de aquella de curso legal en su domicilio. Finalmente, más de un sistema jurídico podrá ser aplicable (con las consecuentes interrogantes del alcance de los derechos, obligaciones y acciones de las partes y las condiciones y medios para su ejercicio) y distintas autoridades judiciales podrán pretender competencia para conocer las disputas que puedan surgir entre las partes. Respecto de la complejidad práctica de los contratos comerciales internacionales puede verse Luis Cova Arria, "La Compraventa Internacional", *Revista de Derecho Marítimo*, Volumen VII, Año 1987, Caracas, 1987; y, Francisco Vicent Chuliá, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, Tomo II, Tema 23.

mismos están teniendo, puede constituirlos en una fuente alterna de normas de derecho. Los principios pueden ser para los comerciantes internacionales algo parecido a su segunda lengua jurídica. Será más sencillo que los comerciantes internacionales conozcan su derecho interno y los Principios a que se dispongan a estudiar los distintos ordenamientos jurídicos de los potenciales socios de negocios.

Cada vez más se observan cláusulas contentivas de compromisos arbitrales en los convenios comerciales internacionales. Es normal la incomodidad que para una parte implica someterse a la jurisdicción de los tribunales del país de la otra. Hay temores, inseguridad y, a todo evento, gastos adicionales involucrados. Por las ineficiencias comúnmente atribuibles a los medios jurisdiccionales y en busca de un foro neutral, cada vez más se acude al arbitraje.<sup>18</sup> Los Principios constituyen unas reglas de derecho que pueden ser aplicadas por el árbitro y vistas

---

18 Existen diversas normas y reglamentos en materia de arbitraje, dentro de los que se pueden mencionar, entre otras: (i) el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Publicación N 447 de 1988; (ii) el Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional; (iii) las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje; (iv) las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Londres; (v) las Reglas de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial; (vi) las Reglas de Arbitraje del Centro para el Arbitraje Internacional de la Comisión Económica para el Asia y Lejano Oriente; y, (vii) las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. La importancia del arbitraje ha sido igualmente reconocida por distintas convenciones internacionales sobre la materia, entre las que se encuentran: (i) la Convención Interamericana Sobre la Eficacia Extraterritorial de la Sentencia y Laudos Arbitrales Extranjeros, la cual se incorporó al derecho venezolano mediante ley aprobatoria del 15 de enero de 1985; (ii) la Convención Sobre Reconocimientos y Ejecución de la Sentencias Arbitrales Extranjeras adoptada el 10 de junio de 1958 en la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional e incorporada al derecho venezolano mediante ley aprobatoria del 29 de diciembre de 1994; (iii) la ley modelo Uncitral (Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional) sobre arbitraje comercial internacional. Sobre el arbitraje puede verse María Elsa Uzal, *Solución de Controversias en el Comercio Internacional*, Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1992; Roland Matthies, *Arbitrariedad y Arbitraje, un Análisis de la Normativa Acerca del Arbitraje de Derecho Privado en Venezuela*, Oscar Todtmann Editores C.A., Caracas, 1996; y, James Rodner, "Arbitration in Venezuela", en *International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin, December 1996*. Véase también José Alfredo Giral Pimentel, "Cláusulas de Sumisión en Contratos Mercantiles Internacionales", *Revista de Derecho Mercantil*, Año V, Números 9-15, 1990-1993, Caracas, 1994.

igualmente como neutrales (en oposición a los tribunales de la jurisdicción de una de las partes), para la solución de las eventuales controversias. Con el mecanismo de solución de disputas y el derecho aplicable sucede lo mismo, en el sentido de que se preferirá el propio al de la contraparte y donde será más fácil consentir en un tercero neutral que en el de la contraparte.

#### **4. Los principios como ayuda de análisis**

La mayoría de las normas de los Principios prevén consecuencias similares a aquellas de nuestro ordenamiento jurídico (bien sea expresamente previstas por el derecho positivo o resultantes de su interpretación con vista a las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales).<sup>19</sup> Sin embargo, en ocasiones los Principios contemplan consecuencias jurídicas que difieren de las que resultarían de ser aplicable el derecho venezolano. Esto es producto de la variada influencia de sistemas jurídicos en la preparación de los Principios y en la diferencia de data de éstos y las normas contenidas en nuestro Código de Comercio y Código Civil. Los Principios, en algunas materias, pueden considerarse más cónsonos con las expectativas que de ordinario tienen actualmente los comerciantes.

A continuación mencionaremos algunas discrepancias entre los supuestos de nuestro derecho interno<sup>20</sup> y los Principios. Aunque evidente, es un buen recordatorio de las posibles consecuencias jurídicas disímiles que pueden producirse de ser aplicable un derecho distinto al venezolano,

---

19 A continuación del Apéndice (texto de los Principios, excluyendo los comentarios) se encontrará una tabla de referencias donde se listan algunos artículos del Código Civil, el Código de Comercio y el Código de Procedimiento Civil relativos a las materias reguladas por algunos artículos de los Principios.

Para el estudio de los Principios debe acudir al derecho comparado, dada la influencia de diversos sistemas jurídicos sobre los mismos, la ausencia en ocasiones de normas equivalentes en el derecho interno y la necesidad de una interpretación con criterio internacional, como lo manda el Artículo 1.6.

20 Respecto a un análisis comparativo con vistas al Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América, donde igualmente se evidencia la discrepancia de conclusiones jurídicas, véase Beverly M. Carl, "Contratos Internacionales: La Compraventa de Mercaderías Entre Empresas de Países con Distintos Sistemas Jurídicos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Número 73, Año XXXIV, Caracas, 1989.

lo que urge a la precisión del derecho aplicable para así las partes poder conocer el alcance de sus derechos y obligaciones. Una revisión de los Principios facilitará un mejor percatamiento de situaciones o eventos con relevancia jurídica que pueden presentarse, el vacío que al respecto puede existir en un contrato en particular y la ausencia o variante de la norma expresa en el derecho aplicable.

Las referidas divergencias serán mencionadas siguiendo el orden y clasificación de las normas en los Principios.<sup>21</sup>

## **A. FORMACIÓN**

### *(i) El Artículo 2.1 de los Principios establece:*

“Todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea relevante para demostrar la existencia del mismo”.

De la lectura de la norma pareciera que el consentimiento podría verse implícito en la conducta de las partes. Esto parece compadecerse con la manifestación de aceptación mediante la ejecución de la contraprestación solicitada.

Las disposiciones venezolanas únicamente hacen referencia a la ejecución antes de la aceptación cuando de la naturaleza del contrato se deriva la expectativa de tal reacción. El Artículo 111 del Código de Comercio exime de la respuesta de aceptación cuando el oferente requiera la ejecución de manera inmediata. El Artículo 1.138 del Código Civil contempla el perfeccionamiento del contrato, sin que medie aceptación, cuando la ejecución se requiere por el oferente o cuando ésta debe preceder a la aceptación en virtud de la naturaleza del negocio.

### *(ii) Artículo 2.2*

El Artículo 2.2 de los Principios requiere que haya una indicación de la intención de vincularse para que una propuesta constituya una oferta. Los Artículos 110 y 111 del Código de Comercio no establecen como condición de la oferta la indicación de la intención

---

21 El Capítulo 1 de los Principios, titulado Disposiciones Generales, no presenta disposición que evidentemente sea contraria a la del derecho venezolano.

de vincularse del oferente. Sin embargo, si no hay la intención de contratar, estará ausente uno de los elementos necesarios para la formación (Artículo 1.141 del Código Civil).

Si no se desea vincularse con la oferta, debe mencionarse expresamente. De lo contrario podrá exigirse responsabilidad por los perjuicios que la anulación del contrato produzca a la otra parte (Artículo 1.149 del Código Civil).

*(iii) Artículo 2.3*

El segundo numeral del Artículo 2.3 dispone que cualquier oferta, aún siendo irrevocable, puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. Por su parte el Artículo 113 del Código de Comercio dispone que mientras el contrato no es perfecto, es decir, mientras la aceptación no llega a conocimiento del proponente dentro del plazo correspondiente, tanto la propuesta como la aceptación son revocables. El Artículo 113 establece la obligación de indemnizar por los daños que causó la revocación, cuando se comenzó la ejecución después de haber recibido la oferta, si esta impidió el perfeccionamiento del contrato.

*(iv) Artículo 2.4*

El numeral 1 del Artículo 2.4 establece la posibilidad de revocar una oferta siempre y cuando la revocación llegue al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación. La revocabilidad bajo el Código de Comercio existe hasta que se haya recibido la aceptación, que es cuando se perfecciona el contrato (Artículos 112 y 113).

Adicionalmente, el Artículo 2.4 dispone que la oferta no podrá revocarse si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta. Si sería revocable bajo el derecho venezolano, pero si la revocación impidió el perfeccionamiento, el que había comenzado la ejecución tendrá derecho a solicitar al revocante indemnización por los daños que ésta produce (Artículo 113 del Código de Comercio).

*(v) Artículo 2.7*

La disposición del Artículo 2.7 establece que la aceptación de la oferta debe producirse dentro del plazo que se haya fijado en la



misma o en ausencia de éste, dentro de aquél razonable, considerando las circunstancias, incluyendo la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente. Puede haber una pequeña discrepancia toda vez que el Artículo 112 del Código de Comercio hace referencia al “término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio”. No así en materia de ofertas verbales, donde los Principios, al igual que el Artículo 110 del Código de Comercio, exigen que la respuesta sea inmediata.

*(vi) Artículo 2.8*

El Artículo 2.8 se refiere al cómputo del plazo que se haya fijado para responder a una oferta, indicando cuándo debe comenzar a computarse y los días que deben excluirse del cálculo. Según el Artículo 2.8, deben obviarse, cuando se hacen los cálculos, los días feriados oficiales o no laborales. Tal manera de computar los plazos discrepa de aquella prevista en el Artículo 12 del Código Civil.

*(vii) Artículo 2.9*

Los Principios establecen que una aceptación tardía, cuya demora derive de las circunstancias de su transmisión, que de haber sido normales hubieran llegado en buen término, será efectiva a menos que el oferente manifieste inmediatamente que para él la oferta había caducado. Este resultado es contrario a lo establecido en los Artículos 110 y 111 del Código de Comercio.

*(viii) Artículo 2.11*

El Artículo 2.11 en su numeral 2 dispone que si la aceptación incluye estipulaciones adicionales o diferentes que no alteran sustancialmente la oferta, no se entenderá como una nueva oferta y se perfeccionará el contrato, con dichas adiciones o diferencias, si el oferente no objeta la discrepancia. La consecuencia jurídica prevista en el Artículo 2.11 puede ser distinta de aquélla resultante de aplicar el Artículo 1.137 del Código Civil, aún cuando no necesariamente el resultado va a ser distinto si aplicamos, a los fines de la interpretación de la norma y el contrato, las disposiciones de los Artículos 4 y 1.160 del Código Civil, con atención a la intención del legislador y la buena fe.

*(ix) Artículo 2.12*

Este artículo toma como parte del contrato no solamente lo expresado inicialmente sino las estipulaciones adicionales o modificatorias manifestadas con posterioridad, siempre y cuando no se altere sustancialmente lo pactado y no se produzca una objeción por la otra parte. Bajo el derecho venezolano, parecería que tal enmienda del contrato no se produciría sin el consentimiento de ambas partes, salvo que se estime que no es más que una interpretación y ejecución de buena fe de lo acordado (Artículo 1.160 del Código Civil).

En materia de facturas, sin embargo, puede conseguirse una norma similar. El Artículo 147 del Código de Comercio considera aceptada la factura si no hay reclamación respecto de su contenido dentro de los ocho días siguientes a su entrega.

*(x) Artículo 2.16*

Este artículo crea una obligación de confidencialidad y establece una medición de los daños resultantes de su incumplimiento. Salvo en materia bancaria<sup>22</sup> no existe en nuestro ordenamiento jurídico disposición que establezca la obligación de confidencialidad. La misma puede resultar de la costumbre mercantil, vista como fuente de derecho, o de un acuerdo contractual.

En lo que respecta a la compensación por los daños puede contractualmente estipularse el monto de la misma (Artículo 1.276 del Código Civil), más de no ser el caso deberá determinarse su cuantía considerando aquellos que sean directos, previstos o previsibles y con el fin de cubrir el daño sufrido y la utilidad de la que se ha privado (Artículo 1.273 y 1.275 del Código Civil). El Artículo 2.16 trae a la memoria la disposición sobre enriquecimiento sin causa (Artículo 1184 del Código Civil).

*(xi) Artículo 2.20*

Este artículo se refiere a las cláusulas estándar donde una de las partes se adhiere a lo manifestado por otra. Según el mismo si existen disposiciones que no son razonablemente previsibles para la parte adherente, las mismas no serán vinculantes, salvo que

---

22 Artículo 11 de la Resolución 94-09-05 del Banco Central de Venezuela.

medie una manifestación expresa. Esto es contrario a lo que resultaría de la aplicación de normas supletorias del derecho venezolano. Si ha habido aceptación de la oferta ésta abarca la totalidad de la misma, independientemente del texto propuesto por el oferente.

Leyendo los comentarios al Artículo 2.20 pareciera partirse de la premisa de que el aceptante no analizó con detenimiento los términos y condiciones de la oferta. En dado caso, hay una manifestación inapropiada del consentimiento, más causado por la mera negligencia de quien lo emite. Podría ser aplicable la disposición del Artículo 1.149 del Código Civil si se alega una situación de error por parte del aceptante.

*(xi) Artículo 2.22*

Este artículo pretende regular lo que se ha denominado la guerra de los formatos, donde las partes se comunican utilizando formularios con cláusulas generales incorporadas, lo que hace que no coincidan los términos de la oferta y la aceptación. En base al Artículo 2.22, si existe acuerdos sobre los elementos esenciales, el contrato se tendrá por celebrado, siendo aplicable únicamente las disposiciones comunes de los formularios utilizados, salvo que una de las partes declare no quedar obligada en tales términos. Esto presenta un resultado aparentemente distinto del que se produciría de seguirse lo dispuesto en el Artículo 114 del Código de Comercio y el 1.137 del Código Civil.

**B. VALIDEZ**

*(i) Artículo 3.2*

Este artículo restringe el análisis de la existencia del contrato a la del elemento del consentimiento. Nuestro Código Civil en su Artículo 1.141 requiere del consentimiento, el objeto contractual y la causa lícita. El Artículo 1.158 *ejusdem* exime de la obligación de expresar la causa y presume su existencia.

*(ii) Artículo 3.3*

Los Principios establecen que la imposibilidad del objeto del contrato al momento de su celebración no lo hará inválido. El Artículo 1.155 del Código Civil dispone que el objeto del contrato debe ser posible. La interpretación tradicional de esta condición se refiere al momento de la celebración del contrato.<sup>23</sup>

El Artículo 3.3 declara como inocuo a la validez del contrato que la parte no estuviera facultada para disponer de los bienes objeto del mismo. Ello está fundamentalmente referido, como se evidencia del segundo comentario, a la venta de la cosa ajena. El Artículo 1.483 del Código Civil dispone que la venta de la cosa ajena es anulable si el comprador ignoraba que no era propiedad del vendedor. En materia mercantil, el Artículo 133 del Código de Comercio declara como válida la venta de la cosa ajena.

*(iii) Artículo 3.5*

Este artículo expresa los criterios para determinar la existencia de un error que afecte la validez del contrato de manera diferente a como lo hacen los Artículos 1.147 y 1.148 del Código Civil.

El Artículo 3.5 requiere para la anulabilidad del contrato que el error sea tal que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos de haber conocido la realidad. El Artículo 1.147 del Código Civil exige que el error de derecho sea la causa única o principal para que produzca la nulidad del contrato, mientras que el Artículo 1.148 requiere para el error de hecho que éste recaiga sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes hayan considerado esenciales.

El Artículo 3.5 exige otras condiciones para que el error pueda causar la nulidad del contrato, a saber: que la otra parte incurrió en el mismo error o conocía o debió conocer de su existencia y a sabiendas dejó caer en él a la otra parte; y, que la otra parte no había comenzado la ejecución del contrato.

---

23 Véase Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, "Código Civil de Venezuela, Antecedentes, Comisiones Codificadoras, Debates Parlamentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Concordancias", Tomo correspondiente a los Artículos 1.146 al 1.158, Caracas, 1978, Páginas 244 a 246.

El Artículo 3.5 califica al contrato como no anulable cuando la incursión en el error se ha debido a la culpa grave de la parte o ésta ha asumido el riesgo respecto del mismo. A diferencia, el Artículo 1.149 del Código Civil dispone que si el error proviene de la falta de la parte, el contrato será anulable, pero ella estará obligada a reparar a la otra los perjuicios que ocasione la invalidez.

*(iv) Artículo 3.7*

Los Principios no permiten solicitar la nulidad del contrato cuando la parte que incurrió en error podría ver en los hechos objeto de la equivocación, la base de derechos y acciones por incumplimiento contractual. Nuestro Código Civil no contiene una disposición similar en materia de vicio del consentimiento.

*(v) Artículo 3.8*

La norma sobre dolo como vicio de consentimiento, contenida en el Artículo 3.8, tiene un detalle distinto del Artículo 1.154 del Código Civil. La primera incluye como vicio del consentimiento el dolo de un tercero que era conocido o debió ser conocido por la parte, mientras que la segunda requiere que las maquinaciones realizadas por un tercero sean del conocimiento de la parte.

*(vi) Artículo 3.10*

El Artículo 3.10 contempla la posibilidad de anular o ajustar un contrato donde haya cláusulas excesivas en beneficio de una de las partes, la cual se haya aprovechado injustificadamente de la situación en que se encontraba la otra. En nuestro derecho existe algo similar, para casos especiales, bajo las normas de usura (Decreto 247 del 9 de abril de 1946), rescisión por lesión (Artículo 1.350 del Código Civil) y protección al consumidor (Artículos 107 y 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).<sup>24</sup>

*(vii) Artículo 3.14*

Esta disposición de los Principios indica que el derecho de anulación se ejerce mediante el envío de una comunicación a la

---

24 Véase James Otis Rodner, "El Dinero, la Inflación y las Deudas de Valor", Editorial Arte, Caracas 1995, Capítulo 7.

otra parte, en lugar de una acción judicial, según lo contempla el Artículo 1.346 del Código Civil.

*(viii) Artículo 3.15*

Los Principios exigen que la comunicación mediante la cual se da por anulado un contrato debe efectuarse dentro de un plazo razonable después de que la parte que plantea la nulidad conoció o debió haber conocido los hechos o pudo actuar libremente. A diferencia de este plazo indefinido, el Artículo 1.346 del Código Civil dispone que la acción para pedir la nulidad dura cinco años.

*(ix) Artículo 3.16*

Disímil a nuestro derecho positivo, el Artículo 3.16 de los Principios prevé la posibilidad de una anulación parcial del contrato, referida sólo a las cláusulas a que se refiere el vicio del consentimiento.

## **C. INTERPRETACIÓN**

*(i) Artículo 4.3*

Los Principios indican de manera expresa los elementos a considerar para interpretar los contratos, haciendo referencia a las negociaciones previas, las prácticas convenidas, las conductas desarrolladas, la naturaleza y finalidad del contrato, el entendido de ciertas expresiones en el ramo comercial y los usos. Probablemente no haya distinción respecto del derecho venezolano, si hacemos una interpretación integral de sus disposiciones. Sin embargo, las expresiones de nuestras normas son más sucintas (véanse los Artículos 12 del Código de Procedimiento Civil, 1.160 del Código Civil y 9 del Código de Comercio).

En las disposiciones siguientes de los Principios se establecen otros criterios para la interpretación de los contratos. Algunos de dichos criterios han sido utilizados por la jurisprudencia nacional.<sup>25</sup>

---

25 Véase Jurisprudencia Ramírez y Garay, Sentencia del 29 de abril de 1963, Tomo VII, Número 96-93 (a), Página 279.

*(ii) Artículo 4.6*

Dentro de las directrices para la interpretación de los contratos contenidas en los Principios caben destacar aquéllas de los Artículos 4.6 y 5.5, la primera referida a la interpretación en favor de aquél que se adhirió al contrato, en caso de dudas en torno a las cláusulas objeto de la adhesión, y la segunda relativa a la definición de una obligación como de medio o resultado.

**D. CONTENIDO**

*(i) Artículo 5.2*

Conforme a los Principios, las obligaciones contractuales incluyen aquellas expresas y las implícitas, las cuales emanan de la naturaleza y finalidad del Contrato, las prácticas establecidas por las partes, la buena fe y la lealtad negocial y el sentido común. Si bien no tenemos una disposición idéntica en nuestro ordenamiento jurídico positivo, se puede concluir un resultado equivalente de la aplicación del Artículo 1.160 del Código Civil y de la interpretación del contrato, en base al Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, utilizando los criterios acogidos por la jurisprudencia.

*(ii) Artículo 5.7*

Si no se fija el precio, los Principios establecen que se entenderá que las partes desean aplicar aquél generalmente utilizado para prestaciones similares en circunstancias equivalentes dentro del ramo comercial. Esto es distinto a lo que dispone nuestro Código de Comercio, el cual en su Artículo 134 sólo permite la validez de la venta sin precio cuando se ha establecido el modo de determinarlo o se ha hecho referencia al precio justo o corriente.

El Artículo 5.7 señala que cuando el precio sea determinado por un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable. El Artículo 134 del Código de Comercio dispone que cuando el tercero no quiera o no pueda aceptar el encargo, se hará un nuevo nombramiento. Por su parte el Artículo 1.479 del Código

Civil establece que si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula.<sup>26</sup>

## **E CUMPLIMIENTO**

### *(i) Artículo 6.1.3*

Este Artículo prevé que el acreedor puede rechazar una oferta de cumplimiento parcial, a menos que carezca de interés legítimo para ello. Ello difiere de lo estatuido por el Artículo 1.291 de nuestro Código Civil, que dispone que el deudor no puede constreñir al acreedor de recibir en parte el pago de una deuda, aunque ésta fuera divisible. Sin embargo, se podría pretender inducir una cierta flexibilidad mediante la aplicación de la norma del Artículo 1.160 del Código Civil.

### *(ii) Artículo 6.1.5*

Los Principios establecen que el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo. Esto es distinto a lo que dicta nuestro ordenamiento jurídico, donde de ordinario el plazo es en beneficio del deudor (Artículo 1.214 del Código Civil). Sin embargo, una conclusión jurídica similar es aplicable respecto del pago de obligaciones cambiarias, puesto que el Artículo 448 del Código de Comercio establece que el portador de una letra de cambio no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento.

### *(iii) Artículo 6.1.6*

Los Principios señalan como lugar del pago, ante la falta de estipulación contractual, el del establecimiento del acreedor, cuando se trata de obligaciones de dinero. Nuestro Código Civil fija como lugar del pago el domicilio del deudor, salvo si hay estipulación contractual, se trata de una cosa cierta y determinada y ésta se halla en un lugar distinto (ver también Artículo 1.492 del Código Civil) o se trata de una obligación de venta en cuyo caso

---

26 En relación con el precio de mercado, véase James Otis Rodner, *El Dinero*, página 602.



el lugar de cumplimiento es el del domicilio del comprador (Artículo 1.528).

*(iv) Artículo 6.1.7*

Este Artículo establece que el pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago. Nuestro Código Civil dispone que no puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe (Artículo 1.290). En base al Artículo 6.1.7(2) de los Principios en las obligaciones de dinero se puede hacer el pago mediante cheque u otro medio, si éste es el uso ordinario, respecto de obligaciones dinerarias. A una conclusión similar ha llegado nuestra doctrina y jurisprudencia.<sup>27</sup> Bajo los Principios, así como en nuestra doctrina y jurisprudencia, el pago mediante cheque u otra promesa de pago está condicionado al cumplimiento de éste.

*(v) Artículo 6.1.9*

Este Artículo establece que si la moneda en la cual está denominada la obligación no tiene curso en el lugar del pago, la obligación puede satisfacerse mediante la entrega del equivalente en la moneda legal de dicho lugar, salvo que haya pacto sobre la moneda de pago. El Artículo 94 de la Ley del Banco Central de Venezuela pauta que las obligaciones en moneda extranjera se pueden pagar con la entrega del equivalente en moneda de curso legal al tipo de cambio corriente en el lugar a la fecha de pago, salvo acuerdo en contrario (designación de la moneda extranjera como la exclusiva de pago). El Artículo 449 del Código de Comercio contiene un precepto similar, excepto que la tasa de cambio a utilizar será aquella vigente en el momento en que la letra de cambio haya vencido. La diferencia entre la disposición de los Principios y las de nuestro ordenamiento jurídico la conseguimos en que los Principios, para el caso de incumplimiento del deudor, dan la opción al acreedor de exigir el equivalente utilizando la tasa de cambio vigente al momento del vencimiento o aquella vigente al momento del pago efectivo.

---

27 Véase James Otis Rodner, *El Dinero*, páginas 189 a 196.

*(vi) Artículo 6.1.12*

Hay unas pequeñas variaciones en las normas del Artículo 6.1.12 y los Artículos 1.302 al 1.305 del Código Civil, en materia de imputación de pagos. El Artículo 6.1.12 en su primer párrafo establece como orden supletorio de imputación, cualquier gasto, los intereses vencidos y finalmente el capital, mientras que el Artículo 1.303 se refiere a los intereses y al capital, sin mención de otros conceptos.

*(vii) Artículo 6.1.14*

Este artículo dispone que si es necesaria la autorización de una autoridad pública para la validez del contrato o su cumplimiento, salvo norma expresa en contrario bajo el derecho interno aplicable o si sólo una de las partes tiene un establecimiento en el estado que exige tal autorización, la parte cuyo cumplimiento requiere la autorización deberá obtener la misma. En base a lo previsto en el Artículo 1.160 del Código Civil, corresponderá al obligado el obtener las autorizaciones que por mandato de la ley son exigidas para poder dar cumplimiento a su obligación.

**F. EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)***(i) Artículo 6.2.2*

Esta disposición se refiere a la denominada excesiva onerosidad (*hardship*) y plantea un supuesto de hecho similar a aquél en el cual se plantea la solución de la teoría de la imprevisión.<sup>28</sup>

*(ii) Artículo 6.2.3*

Este artículo regula los efectos de la excesiva onerosidad, de manera similar a como lo hace la doctrina al discutir la teoría de la imprevisión.

28 Ver Eloy Maduro Luyando, *Obligaciones Derecho Civil III*, Fondo Editorial Luis Sanojo, Caracas 1983, Secciones 455 a 458; los Artículos 62 al 67 del Decreto 1.417 de 1996, contenido de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, respecto de los ajustes a los precios para cubrir variaciones producto de hechos imprevisibles; y, el Capítulo 8 de la obra *El Dinero*, de James Otis Rodner.

## **G. INCUMPLIMIENTO**

### *(i) Artículo 7.1.4*

En ejecución del principio de la lealtad contractual y la buena fe, el cual en el caso venezolano es referido en el Artículo 1.160 del Código Civil, el Artículo 7.1.4 de los Principios establece la posibilidad de subsanar un incumplimiento y señala las condiciones para ello. El derecho a corregir un incumplimiento suspende el derecho de la otra parte de plantear la resolución del contrato. Este derecho podría considerarse tener algún asidero en el Artículo 1.160 del Código Civil, en materia contractual, pero está en contradicción con el Artículo 1.264 *eiusdem*. El Artículo 143 del Código de Comercio prevé una notificación al comprador que incumple dentro de las 24 horas después de vencido el término, de manera tal que se suspende el derecho de venta en el mercado, previsto en el artículo precedente, hasta el día subsiguiente al del aviso.

### *(ii) Artículo 7.1.5*

En esta norma los Principios introducen el concepto del incumplimiento esencial, que podría definirse en contraste con un incumplimiento inmaterial. El Artículo 7.3.1 de los Principios contiene criterios que sirven para determinar si un incumplimiento es esencial. Se permite un plazo adicional para el cumplimiento de aquello que no era esencial y no puede resolverse el contrato si el incumplimiento no es sustancial.

Las normas de los Artículos 1.167 y 1.212 del Código Civil tienen un dispositivo distinto.

### *(iv) Artículo 7.2.2*

Los Principios establecen excepciones y condiciones al derecho de exigir el cumplimiento de obligaciones no dinerarias. A diferencia de lo que prevé el Artículo 1.167 del Código Civil, el Artículo 7.2.2 de los Principios dispone que no se puede exigir el cumplimiento cuando la ejecución forzosa sea excesivamente gravosa u onerosa, cuando podría obtenerse la prestación de otra fuente y exigir después la reparación de los daños (esta posibilidad está prevista en el Artículo 142 del Código de Comercio, respecto a la venta

mercantil), o cuando no haya sido exigido el cumplimiento dentro de un plazo después de haber tenido conocimiento o debió saberse del incumplimiento, entre otros casos.

*(v) Artículo 7.2.4*

Esta disposición de los Principios establece la posibilidad de que la autoridad judicial penalice a la parte incumpliente si ésta no subsana la situación una vez le es ordenado. Esto va más allá de los daños y perjuicios y consecuentemente excede lo previsto en los Artículos 1.273 al 1.275 del Código Civil. La pena sería pagada a la parte que sufrió el incumplimiento sin excluir el derecho a resarcimiento de ésta.

*(vi) Artículo 7.2.5*

Este Artículo se refiere a la posibilidad de cambiar la pretensión, una vez que se haya exigido el cumplimiento de una obligación no dineraria y éste no se haya producido. Deben distinguirse las reclamaciones extrajudiciales de aquéllas formuladas en sede jurisdiccional. Respecto de estas últimas, en el caso venezolano tendremos las limitaciones que derivan de la necesidad de precisar el objeto de la pretensión en el libelo de demanda y las restricciones en cuanto a su reforma (Artículos 340(4) y 343 del Código de Procedimiento Civil).

*(vii) Artículo 7.3.1*

Esta disposición describe qué situaciones se considerarán como incumplimiento esencial. Como manifestamos previamente, la idea del incumplimiento esencial colide con lo que establece el Artículo 1.264 del Código Civil. Sin embargo, en ciertos casos, en base a la ejecución de buena fe prevista en el Artículo 1.160 *ejusdem* e interpretando el contrato, puede concluirse que un incumplimiento de un aspecto trivial del contrato, no debería dar lugar al derecho de plantear la resolución del mismo en base al Artículo 1.167 del Código Civil.

*(viii) Artículo 7.3.2*

Esta norma establece que el derecho a dar por terminado un contrato se ejercerá mediante comunicación a la otra parte. Por su

parte el Artículo 1.167 del Código Civil consagra el derecho de solicitar alternativamente el cumplimiento o la resolución mediante un reclamo judicial. El Artículo 7.3.2 de los Principios parece referirse más bien a una revocación del contrato.<sup>29</sup>

*(ix) Artículo 7.3.3*

Esta norma y la del Artículo 7.3.4 prevén acción ante un futuro incumplimiento. El Artículo 7.3.3 permite la terminación del contrato si está claro que habrá incumplimiento de la otra parte antes de la fecha en que éste es debido. Por su parte el Artículo 7.3.4 establece que la parte que crea razonablemente que la otra incurrirá en un incumplimiento esencial, podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y mientras tanto suspender su propia prestación. Nuestro derecho positivo no contempla el incumplimiento anticipado y la exigencia de garantía referida, excepto que (i) el cambio de las circunstancias, en especial la insolvencia del deudor, puede hacer que éste no pueda oponer el plazo que le fue conferido (Artículo 1.215 del Código Civil); y, (ii) en materia de relaciones entre el fiador y el deudor principal, se puede requerir el relevo o la caución de las resultas de la fianza, aún cuando ésta no haya sido exigida, en ciertas situaciones (Artículo 1.825 del Código Civil).

*(x) Artículo 7.4.2*

Esta norma se refiere a los daños e incluye la pérdida sufrida, las ganancias no obtenidas y la reparación del daño moral (el sufrimiento físico y la angustia emocional). Tratándose de una relación contractual la inclusión del daño moral no cabría en el derecho venezolano (Artículo 1.196 del Código Civil).

*(xi) Artículo 7.4.9*

Para las obligaciones dinerarias se establece como daños y perjuicios un monto de intereses, calculado en base a la tasa activa bancaria promedio. El Artículo 7.4.9 de los Principios usa como tasa de referencia aquella de préstamos bancarios a corto plazo para la moneda correspondiente en la plaza donde debe realizarse el pago. En materia de obligaciones mercantiles el Artículo 108 del

---

29 Véase Sección 1222 de la obra de Eloy Maduro Luyando antes citada.

Código de Comercio dispone la aplicación de intereses corrientes en el mercado, siempre que no excedan del 12% anual. Esta disposición ha sido interpretada para referirse al mercado en la moneda en que esté denominada la obligación.<sup>30</sup> El Artículo 7.4.9 expresamente prevé la posibilidad de exigir una indemnización adicional por los mayores daños.

*(xii) Artículo 7.4.12*

Los Principios establecen la posibilidad de que el resarcimiento se establezca en la moneda en que la obligación dineraria fue contratada o en aquella en la cual el perjuicio haya sido sufrido. Esta alternativa diverge de lo que sería la consecuencia jurídica de ser aplicable el derecho venezolano. Si se trata de una obligación pecuniaria los daños y perjuicios estarían dados por los intereses, los cuales deberían ser calculados en la misma moneda que la obligación principal (Artículo 1.277 del Código Civil).

*(xiii) Artículo 7.4.13*

Los Principios prevén la posibilidad de reducir el monto de los daños cuando la cláusula penal convenida fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado. Esto es contrario a lo que establece el derecho positivo venezolano (Artículo 1.276 del Código Civil).

Un análisis comparativo exhaustivo de los Principios y el derecho venezolano puede identificar mayores discrepancias o puede concluir que, en base a decisiones jurisprudenciales o interpretaciones doctrinarias, algunas de las diferencias antes referidas son ínfimas.

---

30 Ver James Otis Rodner, *El Dinero*, páginas 320, 321, 346 y 347.

## **Apéndice\***

### **PREÁMBULO**

#### **(Propósito de los principios )**

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

### **Capítulo 1 - Disposiciones generales**

#### **ARTÍCULO 1.1**

(Libertad de contratación)

Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.

#### **ARTÍCULO 1.2**

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

---

\* Sin olvidar que los comentarios a los artículos deben ser considerados como parte integrante de los Principios, en el presente apéndice se reproduce el texto de los artículos separadamente para la comodidad del lector.

**ARTÍCULO 1.3**

(Efecto vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en estos Principios.

**ARTÍCULO 1.4**

(Reglas imperativas)

Estos Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

**ARTÍCULO 1.5**

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Salvo que en ellos se disponga algo diferente, las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.

**ARTÍCULO 1.6**

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Aquellas cuestiones que, sin estar expresamente resueltas por los Principios, se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, se resolverán en lo posible de acuerdo con sus principios generales subyacentes.

**ARTÍCULO 1.7**

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.



### **ARTÍCULO 1.8**

(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

### **ARTÍCULO 1.9**

(Comunicación)

(1) Cuando sea necesaria una comunicación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida.

(3) A los fines del inciso anterior, se considerará que una comunicación “llega” a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “comunicación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

### **ARTÍCULO 1.10**

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

- “tribunal” incluye un tribunal arbitral;
- cuando una de las partes tiene más de un “establecimiento”, el “establecimiento” relevante será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o contempladas por las partes antes de la celebración del contrato o en ese momento;
- “deudor” o “deudora” es la parte a quien compete cumplir una obligación, y “acreedor” o “acreedora” es el titular del derecho a exigir su cumplimiento.

“escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

## **Capítulo 2 - Formación**

### **ARTÍCULO 2.1**

(Modo de formación del contrato)

Todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea relevante para demostrar la existencia del mismo.

### **ARTÍCULO 2.2**

(Definición de oferta)

Toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación.

### **ARTÍCULO 2.3**

(Retiro de la oferta)

(1) La oferta surte efectos desde el momento que llega al destinatario.

(2) Cualquier oferta, aún cuando sea irrevocable, puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

### **ARTÍCULO 2.4**

(Revocación de la oferta)

(1) Cualquier oferta puede ser revocada hasta que el contrato se celebre, si la comunicación de su revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

(2) En todo caso, la oferta no podrá revocarse:

(a) si en ella se indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de alguna otra manera;

(b) si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta.

### **ARTÍCULO 2.5**

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la comunicación de su rechazo llega al oferente.

### **ARTÍCULO 2.6**

(Modo de aceptación)

(1) Constituirá aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que manifieste su asentimiento a una oferta. Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación.

(2) La aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta o como resultado de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifestara su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente, la aceptación producirá efectos cuando dicho acto fuere ejecutado.

### **ARTÍCULO 2.7**

(Cuándo produce efectos la aceptación)

La oferta deberá ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluida la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente. Una oferta verbal tendrá que aceptarse inmediatamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

### **ARTÍCULO 2.8**

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

(1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta, comenzará a correr desde el momento de la entrega del telegrama para su transmisión o desde la fecha indicada en la carta o, si ésta no indica ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente para la aceptación por medio de comunicación instantánea comienza a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.

(2) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro del plazo fijado para la aceptación no se incluirán para el cómputo de dicho

plazo. Sin embargo, si la comunicación de la aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, debido a que dicho día es feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

### **ARTÍCULO 2.9**

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

(1) No obstante, la aceptación tardía producirá efectos si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.

(2) Si la carta o cualquier otro escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación tardía surtirá sus efectos a menos que el oferente informe al destinatario sin demora injustificada que para él la oferta ya había caducado.

### **ARTÍCULO 2.10**

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede ser retirada siempre que la comunicación de su retiro llegue al oferente antes que la aceptación o simultáneamente a ella.

### **ARTÍCULO 2.11**

(Aceptación modificativa de la oferta)

(1) La respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretendiendo ser una aceptación, contenga estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción, las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

### **ARTÍCULO 2.12**

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad a la celebración del contrato, fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere estipulaciones adicionales o modificadoras de su contenido original, éstas pasarán a integrar el contrato mismo, a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete tales discrepancias.

### **ARTÍCULO 2.13**

(Celebración del contrato condicionado a acuerdos específicos o al cumplimiento de requisitos formales)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas o se celebre bajo una forma determinada, el contrato no se considerará celebrado mientras que no se cumplan tales requisitos.

### **ARTÍCULO 2.14**

(Contrato con estipulaciones que las partes han dejado deliberadamente pendientes)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún punto sujeto a negociaciones ulteriores, o a su determinación por un tercero, no impedirá la celebración del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

- (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho punto, o
- (b) el tercero no lo determinare, siempre y cuando haya algún modo razonable de determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

### **ARTÍCULO 2.15**

(Negociaciones con mala fe)

(1) Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte.

(3) En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo.

#### **ARTÍCULO 2.16**

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor.

#### **ARTÍCULO 2.17**

(Cláusulas de restricción probatoria)

Todo contrato escrito que contenga una cláusula indicativa de que lo allí contenido expresa todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

#### **ARTÍCULO 2.18**

(Cláusulas que exigen que la modificación o extinción del contrato sea por escrito)

Todo contrato escrito con cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido sino por ese medio. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte hubiere actuado confiando en dicha conducta.

#### **ARTÍCULO 2.19**

(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar para celebrar un contrato, se aplicarán las normas generales que se refieren a la formación del contrato, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.20 al 2.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte.

#### **ARTÍCULO 2.20**

(Estipulaciones sorprendentes)

(1) Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente.

(2) Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

#### **ARTÍCULO 2.21**

(Contradicción entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de contradicción entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

#### **ARTÍCULO 2.22**

(Contradicción entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado en base a lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiera indicado claramente con antelación, o que luego de formalmente celebrado y sin demora así lo comuniquen a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligada por dicho contrato.

### **Capítulo 3 - Validez**

#### **ARTÍCULO 3.1**

(Cuestiones excluidas)

Estos Principios no atañen a la invalidez del contrato causada por:

- (a) incapacidad;
- (b) falta de legitimación;
- (c) inmoralidad o ilegalidad.

**ARTÍCULO 3.2**

(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito.

**ARTÍCULO 3.3**

(Imposibilidad originaria de cumplimiento)

(1) No afectará a la validez del contrato el hecho de que en el momento de su celebración no sea posible la ejecución de la obligación contraída.

(2) Tampoco afectará a la validez del contrato si al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

**ARTÍCULO 3.4**

(Definición de error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho, que debió existir al tiempo de la celebración del contrato.

**ARTÍCULO 3.5**

(Error determinante)

(1) Cualquiera de las partes podrá dar por anulado un contrato, basándose en error, únicamente si en el momento de su celebración el error fue de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y además:

- (a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido, y cuando dejar a la otra parte en el error hubiese sido contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o
- (b) en el momento de darse por anulado el contrato, la otra parte no había actuado aún de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede dar por anulado un contrato cuando:



- (a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error, o
- (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo o si, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

### **ARTÍCULO 3.6**

(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración será considerado como un error de la parte de quien emanó dicha declaración.

### **ARTÍCULO 3.7**

(Derechos y acciones por incumplimiento)

La parte equivocada no puede dar por anulado el contrato invocando error, si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado derechos y acciones por incumplimiento del contrato.

### **ARTÍCULO 3.8**

(Dolo)

Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió revelar información que debería haber sido revelada conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

### **ARTÍCULO 3.9**

(Amenazas)

Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave que no le dejó otra alternativa razonable. En especial, una amenaza se considera injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente ilícita, o era ilícito emplear dicha amenaza como medio para obtener la celebración del contrato.

### **ARTÍCULO 3.10**

(Excesiva desproporción)

(1) Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato o cualquiera de sus disposiciones si en el momento de su celebración, éste

o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la impugnante, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para dar por anulado el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió una comunicación de darlo por anulado, siempre y cuando dicha parte le haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de dar por anulado el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las previsiones del Artículo 3.13(2).

### **ARTÍCULO 3.11**

(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la amenaza, fuerza o intimidación, la excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato podrá ser anulado bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la amenaza, fuerza o intimidación, o la excesiva desproporción sea imputable a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato podrá ser dado por anulado si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la amenaza, fuerza o intimidación, o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de darlo por anulado dicha parte no había actuado todavía de conformidad con lo dispuesto en el contrato.

### **ARTÍCULO 3.12**

(Confirmación)

No habrá lugar a la anulación del contrato si la parte facultada para darlo por anulado lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para comunicar la anulación.

### **ARTÍCULO 3.13**

(Pérdida del derecho de dar por anulado el contrato)

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para dar por anulado el contrato por causa de error, pero la otra parte declara quererlo ejecutar o cumple el contrato en los términos previstos por la parte facultada para darlo por anulado, el contrato se considerará celebrado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá declarar inmediatamente que desea cumplir, o bien deberá cumplirlo tan pronto como sea informada de la manera en que la parte facultada para dar por anulado el contrato lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar de conformidad con la comunicación de anulación.

(2) La facultad de dar por anulado el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra comunicación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

### **ARTÍCULO 3.14**

(Comunicación de dar por anulado el contrato)

El derecho de dar por anulado el contrato se ejerce mediante una comunicación a la otra parte.

### **ARTÍCULO 3.15**

(Plazos)

(1) La comunicación de dar por anulado el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.

(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser dada por anulada en virtud del Artículo 3.10, el plazo para comunicar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

### **ARTÍCULO 3.16**

(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar la validez del resto del contrato.

### **ARTÍCULO 3.17**

(Efectos retroactivos)

(1) La anulación tendrá efectos retroactivos.

(2) La anulación habilita a cada parte para pedir la restitución de lo entregado conforme al contrato o a las cláusulas que sean anuladas, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a dichas cláusulas. Si una de las partes no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra.

### **ARTÍCULO 3.18**

(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no dado por anulado, la parte que conoció o tenía que haber conocido la causa de anulación habrá de resarcir a la otra, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

### **ARTÍCULO 3.19**

(Carácter imperativo de las disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo en lo que se refiere a la fuerza vinculante del mero acuerdo, la imposibilidad originaria de cumplimiento y al error.

### **ARTÍCULO 3.20**

(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

## **Capítulo 4 - Interpretación**

### **ARTÍCULO 4.1**

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias.

#### **ARTÍCULO 4.2**

(Interpretación de declaraciones y otras conductas)

(1) Las declaraciones y demás conductas de cada una de las partes se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el inciso precedente no fuera aplicable, tales declaraciones y conductas deberán interpretarse conforme al sentido que les daría una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias.

#### **ARTÍCULO 4.3**

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluso:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) la conducta observada por las partes luego de celebrarse el contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (e) el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
- (f) los usos.

#### **ARTÍCULO 4.4**

(Interpretación contextual del contrato y sus disposiciones)

Las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren.

#### **ARTÍCULO 4.5**

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas.

**ARTÍCULO 4.6**

(Interpretación contra proferentem)

Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

**ARTÍCULO 4.7**

(Discrepancias idiomáticas)

En caso de discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, todas con la misma jerarquía, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual el contrato fue redactado originalmente.

**ARTÍCULO 4.8**

(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- (a) la intención de las partes;
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial;
- (d) el sentido común.

**Capítulo 5 - Contenido**

**ARTÍCULO 5.1**

(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales pueden ser expresas o implícitas.

**ARTÍCULO 5.2**

(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas dimanar de:

- (a) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;

(c) la buena fe y la lealtad negocial.

(d) el sentido común.

### **ARTÍCULO 5.3**

(Cooperación entre las partes)

Una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

### **ARTÍCULO 5.4**

(Obligación de resultado y obligación de medios)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de alcanzar un resultado específico, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad, dicha parte estará obligada a desplegar tales medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias.

### **ARTÍCULO 5.5**

(Criterios para determinar el tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una de las partes es una obligación de medios o de resultado, se tendrá en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- (a) la manera en que la obligación se expresa en el contrato;
- (b) el precio y demás elementos del contrato;
- (c) el nivel de riesgo normalmente involucrado en la obtención del resultado esperado;
- (d) el influjo de las habilidades de la otra parte en la ejecución de la obligación.

### **ARTÍCULO 5.6**

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada ni puede ser determinada en base al contrato, la prestación debe ser de una calidad razonable y en ningún caso inferior a la calidad mediana, según las circunstancias.

### **ARTÍCULO 5.7**

(Determinación del precio)

(1) Si el contrato no fija el precio ni prevé su determinación, a falta de cualquiera indicación en contrario, se entenderá que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. De no poder establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.

(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable.

(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencias a factores que no existen, que han dejado de existir o no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

### **ARTÍCULO 5.8**

(Contrato por tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con una anticipación razonable.

## **Capítulo 6 - Cumplimiento**

### *Sección 1: Cumplimiento en general*

#### **ARTÍCULO 6.1.1**

##### **(MOMENTO DEL CUMPLIMIENTO)**

Cada parte debe cumplir sus obligaciones:

- (a) en el momento estipulado en el contrato o determinable según éste;
- (b) en cualquier momento dentro del término estipulado en el contrato o determinable según éste, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde escoger el momento del cumplimiento;



- (c) en los demás casos, en un plazo razonable después de celebrado el contrato.

### **ARTÍCULO 6.1.2**

(Cumplimiento de una sola vez o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), una parte debe cumplir con sus obligaciones de una sola vez, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

### **ARTÍCULO 6.1.3**

(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar la oferta de un cumplimiento parcial que se le haga en la oportunidad en que deba cumplirse la obligación, independientemente de si el deudor garantiza o no el cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial son a cargo del deudor, sin perjuicio de cualquier otra pretensión que le pueda corresponder al acreedor.

### **ARTÍCULO 6.1.4**

(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida de lo posible, las partes cumplirán sus obligaciones en forma simultánea, a menos que las circunstancias indiquen otro modo de cumplimiento.

(2) En la medida en que el cumplimiento de sólo una de las partes requiera un período de tiempo, dicha parte deberá cumplir primero, a menos que las circunstancias indiquen otro modo de cumplimiento.

### **ARTÍCULO 6.1.5**

(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación del acreedor de un cumplimiento anticipado no cambia el plazo de cumplimiento de sus propias obligaciones, si éste se fijó independientemente del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado de la otra parte serán a cargo de esta última, sin perjuicio de cualquier otra pretensión que pueda corresponder.

#### **ARTÍCULO 6.1.6**

(Lugar del cumplimiento)

(1) En caso de que el contrato no determine el lugar de cumplimiento, ni éste pueda determinarse con base a aquél, el deudor habrá de cumplir:

- (a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de obligaciones de dinero;
- (b) en su propio establecimiento, cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) El incremento de los gastos relativos al cumplimiento, ocasionados por el cambio de establecimiento de una de las partes con posterioridad a la celebración del contrato, serán a cargo de dicha parte.

#### **ARTÍCULO 6.1.7**

(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

(2) No obstante, se presumirá que el acreedor que acepta un cheque u otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del inciso anterior o espontáneamente, lo acepta bajo la condición de que el instrumento o promesa de pago sea cumplido.

#### **ARTÍCULO 6.1.8**

(Pago mediante transferencia de fondos)

(1) El pago puede efectuarse mediante una transferencia a cualquier institución financiera en la que el acreedor haya hecho saber que mantiene una cuenta, a menos que hubiera indicado una cuenta específica para ello.

(2) En el caso de pago mediante transferencia de fondos, la obligación se extingue cuando la transferencia a la institución financiera se hace efectiva.

**ARTÍCULO 6.1.9**  
(Moneda de pago)

(1) Si una obligación de dinero se expresa en moneda diferente a la del lugar del pago, éste podrá hacerse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

- (a) dicha moneda no fuere libremente convertible; o
- (b) las partes hayan convenido en que el pago sea efectuado sólo en la moneda expresada.

(2) Si fuere imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda expresada en la obligación, el acreedor podrá exigirle el pago en la moneda del lugar del pago, incluso en el supuesto contemplado en el inciso (1)(b).

(3) El pago en la moneda del lugar de pago deberá efectuarse conforme a la tasa de cambio prevaleciente en ese lugar en el momento que debe hacerse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no hubiere pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede exigir el pago conforme al tipo de cambio predominante, a su elección, al vencimiento de la obligación o al momento del pago efectivo.

**ARTÍCULO 6.1.10**  
(Moneda que no ha sido especificada)

Si el contrato no señala una moneda determinada en la que se deba pagar la obligación, el pago se hará en la moneda del lugar donde debe efectuarse el pago.

**ARTÍCULO 6.1.11**  
(Gastos del pago)

Cada parte debe asumir los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones.

**ARTÍCULO 6.1.12**  
(Imputación de pagos)

(1) El deudor de varias obligaciones de dinero a favor del mismo acreedor puede indicar al momento de pagar a cuál de ellas se imputará su pago. Sin embargo, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses vencidos y finalmente al pago del capital.

(2) Si el deudor no hiciere tal indicación, podrá el acreedor dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a qué lo imputa, siempre que dicha obligación se encuentre vencida y no haya controversia respecto a ella.

(3) A falta de imputación conforme a los incisos (1) y (2), el pago se imputará, en su orden, a la obligación que se encuentre en las siguientes circunstancias:

- (a) la obligación vencida y, si hubiere varias, la que venció primero;
- (b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;
- (c) la obligación más onerosa para el deudor;
- (d) la obligación que surgió primero.

En caso de no ser aplicable ninguno de los criterios precedentes, el pago se imputará a todas las obligaciones en forma proporcional.

#### **ARTÍCULO 6.1.13**

(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6.1.11 se aplicará, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

#### **ARTÍCULO 6.1.14**

(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado exija una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento, sin que la ley o las circunstancias del caso indiquen algo distinto:

- (a) si sólo una de las partes tiene su establecimiento en tal Estado, ella deberá tomar las medidas necesarias para obtener dicha autorización; y,
- (b) en los demás casos, será la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización la que deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

#### **ARTÍCULO 6.1.15**

(Procedimiento para solicitar autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización, deberá proceder sin demora injustificada y asumir todos los gastos en que incurra.

(2) Dicha parte deberá, cuando ello sea el caso, comunicar a la otra, sin demora injustificada, el otorgamiento o la denegación de la autorización.

#### **ARTÍCULO 6.1.16**

(Autorización que no ha sido otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato si, pese a que la parte obligada a obtener la autorización tomó todas las medidas requeridas al efecto, la autorización no es otorgada ni rechazada dentro del plazo convenido, o, en el caso de no haberse fijado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el inciso (1) cuando la autorización solamente concierna a alguna de las cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable conservar el resto del contrato aunque sea denegada la autorización.

#### **ARTÍCULO 6.1.17**

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización indispensable para la validez del contrato comporta la nulidad del mismo. Si la denegación únicamente involucra la validez de alguna o algunas de las cláusulas del contrato, tan sólo éstas serán nulas, siempre y cuando, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable conservar el resto del contrato.

(2) Se aplicarán las reglas relativas al incumplimiento del contrato, cuando la denegación de la autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

### *Sección 2: Excesiva onerosidad (hardship)*

#### **ARTÍCULO 6.2.1**

(Obligatoriedad del contrato)

Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la “excesiva onerosidad” (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas.

#### **ARTÍCULO 6.2.2**

(Definición de “excesiva onerosidad” (*hardship*))

Se presenta un caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato,

ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra, y además cuando:

- (a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos.

### **ARTÍCULO 6.2.3**

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato. Tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- (a) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto determine, o
- (b) adaptar el contrato, de modo de restablecer su equilibrio.

## **Capítulo 7 - Incumplimiento**

### *Sección 1: Del incumplimiento en general*

#### **ARTÍCULO 7.1.1**

(Definición de incumplimiento)

Incumplimiento es la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, e incluye tanto el cumplimiento defectuoso como el cumplimiento tardío.

### **ARTÍCULO 7.1.2**

(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá valerse del incumplimiento de otra parte, en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por actos u omisiones de la primera o por cualquier otro evento cuyo riesgo ella asumió.

### **ARTÍCULO 7.1.3**

(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

(2) Cuando el cumplimiento ha de ser sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero.

### **ARTÍCULO 7.1.4**

(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora podrá, a su cargo, subsanar cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

- (a) comunique sin demora injustificada su intención de subsanar su incumplimiento, indicando la forma en que intenta subsanarlo y el plazo para la subsanación;
- (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
- (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
- (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La comunicación de que el contrato se considera terminado no impide el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que fueren incompatibles con la prestación de la parte incumplidora, quedarán suspendidos desde la comunicación de la intención de subsanar el incumplimiento hasta la expiración del plazo para la subsanación;

(4) Mientras se encuentre pendiente la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada podrá aplazar su propia prestación.

(5) Independientemente de la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso, al igual que cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

### **ARTÍCULO 7.1.5**

(Plazo adicional para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder a la otra un plazo adicional para que cumpla, y así se lo comunicará.

(2) Durante el transcurso de ese plazo adicional, la parte perjudicada podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ninguna otra acción. La parte perjudicada podrá ejercitar cualquiera de las acciones previstas en este capítulo si recibe una comunicación de la otra parte que no cumplirá dentro de dicho plazo adicional o si éste expirase sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha comunicado a la otra el otorgamiento de un plazo adicional de duración razonable, podrá dar por terminado el contrato al vencimiento de dicho plazo. El plazo adicional que no fuere de una duración razonable podrá ser ampliado en consonancia con dicha duración. En su comunicación, la parte perjudicada podrá prevenir al comunicarle el otorgamiento de un plazo adicional, que si no cumple dentro de dicho plazo el contrato quedará automáticamente terminado.

(4) El inciso (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

### **ARTÍCULO 7.1.6**

(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad por incumplimiento, o que le permita a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente a lo que la otra podía razonablemente esperar, no podrá invocarse si fuere manifiestamente desleal en función de la finalidad del contrato.



### **ARTÍCULO 7.1.7**

(Fuerza mayor) (*force majeure*)

(1) El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento sólo sea temporal, la excusa tendrá efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del efecto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable contado a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causar a la otra dicha falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho a dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que se le debe.

#### *Sección 2: Derecho a exigir el cumplimiento*

### **ARTÍCULO 7.2.1**

(Cumplimiento de obligación dineraria)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede exigir el pago.

### **ARTÍCULO 7.2.2**

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple con una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede exigir su cumplimiento, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravoso u oneroso;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación no pueda razonablemente obtenerla por otra vía;

- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la exija dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

### **ARTÍCULO 7.2.3**

(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

### **ARTÍCULO 7.2.4**

(Pena judicial)

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena, si no cumple con la orden.

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

### **ARTÍCULO 7.2.5**

(Cambio de pretensión)

(1) La parte perjudicada que habiendo requerido el cumplimiento de una obligación no dineraria, no la obtenga dentro del plazo fijado para ello o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otra pretensión.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otra pretensión.

## *Sección 3: Terminación*

### **ARTÍCULO 7.3.1**

(Derecho a dar por terminado el contrato)

(1) Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

- (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
- (b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato;
- (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
- (d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra;
- (e) la terminación del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el Artículo 7.1.5.

### **ARTÍCULO 7.3.2**

(Comunicación de la terminación)

(1) El derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercerá mediante una comunicación a la otra parte.

(2) Si la prestación hubiere sido ofrecida tardíamente o haya sido defectuosa, la parte perjudicada perderá el derecho a dar por terminado el contrato a menos que comunique su decisión en tal sentido a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la prestación defectuosa.

### **ARTÍCULO 7.3.3**

(Incumplimiento anticipado)

Si con anterioridad a la fecha de cumplimiento de una de las partes queda claro que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte, la otra puede dar por terminado el contrato.

#### **ARTÍCULO 7.3.4**

(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial, podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, podrá suspender su propia prestación. Si esta garantía no se otorga en un plazo razonable, la parte que la exige podrá dar por terminado el contrato.

#### **ARTÍCULO 7.3.5**

(Efectos generales de la terminación)

(1) La terminación del contrato releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras.

(2) La terminación no excluye el derecho al resarcimiento por el incumplimiento.

(3) La terminación no altera las disposiciones contractuales relativas a la resolución de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a tener efecto aún después de su terminación.

#### **ARTÍCULO 7.3.6**

(Restitución)

(1) A la terminación del contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en razón de dicho contrato, siempre y cuando restituya a la vez lo que recibió. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) Con todo, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, dicha restitución cabrá sólo en relación a lo dado y recibido con posterioridad a la terminación del contrato.

### *Sección 4: Resarcimiento*

#### **ARTÍCULO 7.4.1**

(Derecho al resarcimiento)

Todo incumplimiento otorga a la parte perjudicada un derecho al resarcimiento, ya sea exclusivo o en concurrencia con otras pretensiones, salvo que el incumplimiento fuere excusable conforme a estos Principios.

**ARTÍCULO 7.4.2**  
(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño derivado del incumplimiento. Este daño comprende tanto cualquier pérdida sufrida, así como cualquier ganancia de la que se haya visto privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

**ARTÍCULO 7.4.3**  
(Certeza del daño)

(1) Solamente es resarcible el daño que pueda determinarse con un grado razonable de certeza, aún cuando sea futuro.

(2) La pérdida de expectativas podrá resarcirse en la medida de la probabilidad de éstas.

(3) Cuando no pueda establecerse la cuantía de los daños con suficiente certeza, quedará a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

**ARTÍCULO 7.4.4**  
(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento.

**ARTÍCULO 7.4.5**  
(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

La parte perjudicada que dio por terminado el contrato y efectuó una operación de reemplazo en término y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de otros daños adicionales.

**ARTÍCULO 7.4.6**  
(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada que dio por terminado el contrato y no efectuó una operación de reemplazo, pero la prestación contractual tiene un precio corriente, podrá recuperar la diferencia entre el precio del

contrato y el precio corriente al tiempo de la terminación del contrato, así como el resarcimiento de cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en dicha plaza, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como punto de referencia.

#### **ARTÍCULO 7.4.7**

(Daño imputable parcialmente a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro evento cuyo riesgo ella asumió, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

#### **ARTÍCULO 7.4.8**

(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto ésta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó.

(2) La parte perjudicada tienen derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño.

#### **ARTÍCULO 7.4.9**

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquél tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional por los mayores daños que le haya causado la falta de pago.

**ARTÍCULO 7.4.10**

(Intereses sobre la restitución)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre la restitución correspondiente al incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

**ARTÍCULO 7.4.11**

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) La indemnización se pagará en forma global. No obstante, cuando la naturaleza del daño lo justifique, podrá pagarse a plazos.

(2) La indemnización pagadera a plazos podrá ser indexada.

**ARTÍCULO 7.4.12**

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento se fijará según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria hubiera sido expresada, o en aquella en la cual el perjuicio ha sido sufrido.

**ARTÍCULO 7.4.13**

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato estipule que la parte incumplidora pagará una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma con independencia del daño efectivamente sufrido.

(2) Con todo, y no obstante cualquier pacto en contrario, la suma estipulada podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

**Tabla de referencia**

<b>Artículo de los Principios</b>	<b>Artículo del Código Civil (“CCV”), del Código de Comercio (“CdeCo”) o del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) que regula materia relativa</b>
1.1	1.155 y 1.159 CCV
1.2	11 y 1.387 CCV - 124 y 126 CdeCo
1.3	1.159 CCV
1.4	6 CCV
1.6	4 CCV
1.7	1.160 CCV
1.8	9 CdeCo
1.9	1.137 CCV
2.1	1.138 CCV - 110 al 112 CdeCo
2.2	110 y 111 CdeCo
2.3	1.137 CCV - 113 CdeCo
2.4	1.137 CCV - CdeCo
2.6	1.138 CCV - 9 y 112 CdeCo
2.7	1.137 CCV 110 al 112 CdeCo
2.8	12 CCV
2.9	110 al 112 CdeCo
2.10	113 CdeCo
2.11	4, 1.160 y 1.137 CCV
2.12	1.141 y 1.160 CCV - 147 CdeCo
2.13	1.197 y 1.198 CCV
2.14	1.159, 1.160 y 1.749 CCV
2.15	1.185 CCV
2.16	1.184, 1.185, 1.196 y 1.273 a 1.275 CCV
3.2	1.141, 1.157 y 1.158 CCV



<b>Artículo de los Principios</b>	<b>Artículo del Código Civil (“CCV”), del Código de Comercio (“CdeCo”) o del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) que regula materia relativa</b>
3.3	1.155 y 1.483 CCV - 133 CdeCo
3.4	1.147 y 1.148 CCV
3.5	1.147 a 1.149 CCV
3.8	1.154 CCV
3.9	1.151 CCV
3.10	1.350 CCV
3.11	1.150 y 1.154
3.12	1.351 CCV
3.13	1.149 CCV
3.14	1.364 CCV
3.15	1.346 CCV
4.1	1.160 CCV - 12 CPC
4.2	12 CPC
4.3	1.160 - 9 CdeCo - 12 CPC
5.1	1.160 CCV
5.2	1.160 CCV - 12 CPC
5.4	1.264 CCV
5.6	1.270 CCV
5.7	1.479 y 1.160 CCV - 134 CdeCo
6.1.1	1.160, 1.212, 1.214 y 1.264 CCV
6.1.2	1.212 y 1.264 CCV
6.1.3	1.160 y 1.291 CCV
6.1.4	1.168 y 1.493
6.1.5	1.214 CCV - 448 CdeCo
6.1.6	1.295, 1.492 y 1.528 CCV
6.1.7	1.290 CCV

<b>Artículo de los Principios</b>	<b>Artículo del Código Civil (“CCV”), del Código de Comercio (“CdeCo”) o del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) que regula materia relativa</b>
6.1.9	449 CdeCo
6.1.12	1.302 a 1.305 CCV
6.1.16	1.160 y 1.212 CCV
6.1.17	1.141, 1.271 y 1.272 CCV
7.1.1	1.264 CCV
7.1.2	1.160, 1.167, 1.168, 1.189, 1.271 y 1.274 CCV
7.1.3	1.168 CCV
7.1.4	1.160, 1.167 y 1.264 CCV - 143 CdeCo
7.1.5	1.401, 1.402, 1.211 y 1.212 CCV - 143 CdeCo
7.1.6	1.160 CCV
7.1.7	1.271 y 1.272 CCV
7.2.2	1.167 CCV - 142 CdeCo
7.2.3	1.273 a 1.275 CCV
7.2.5	340 y 343 CPC
7.3.1	1.167, 1.264, 1.272 1.275 CCV
7.3.2	1.167 CCV
7.3.4	1.215 y 1.825 CCV
7.3.5	1.167 CCV
7.4.1	1.167 y 1.271 al 1.275 CCV
7.4.2	1.196 y 1.272 al 1.275 CCV
7.4.4	1.274 CCV
7.4.5	142 CdeCo
7.4.7	1.189 y 1.193 CCV
7.4.9	1.277 CCV - 108 CdeCo
7.4.13	1.276 CCV



# **El libertador de América, Simón Bolívar, ante la corrupción administrativa\***

Elio Gómez Grillo

## **I**

No fue Simón Bolívar (1783-1830), el máximo héroe venezolano, Libertador de América, un teórico del Derecho Penal ni mucho menos de la ciencia criminológica, que como tal no había nacido. Pero como todo hombre genial que cumple grandes empresas públicas, hay en sus reflexiones juicios extraordinarios y atisbos de singular interés en todo cuanto se refiere a delitos, delincuentes, procesos penales y penas. Habida cuenta, además, de que por las supremas responsabilidades que debió asumir como jefe militar, como magistrado, como legislador y en fin como libertador y conductor de pueblos, tuvo que adoptar posiciones jurídicas y tomar decisiones de hecho ante el fenómeno del delito.

Nadie mejor que el mismo Libertador podía entender que la gigantesca tarea que debió cumplir no le permitía especializarse en ningún género del saber teórico. Cuando le envía en consulta a Londres al poeta ecuatoriano que entonces ejercía funciones diplomáticas, José

---

\* Ponencia presentada por el Dr. Elio Gómez Grillo en el XIII Congreso Internacional de Defensa Social. Lecce, Italia, 28 - 30 noviembre 1996.

Joaquín Olmedo; —el autor del “Canto a Junín”—, el proyecto de Constitución para Bolivia, que Bolívar había preparado le escribe, en carta que data de 1826:

“Véame Ud., —le dice— dictando la Ley fundamental para un Estado que acaba de nacer. ¿Esta empresa no le parece a Ud., más ardua que la de liberarlo? El camino que conduce a la gloria militar está erizado, es verdad, de picas que pueden dar la muerte, pero el que guía al de la sabiduría está cubierto de las más densas tinieblas, donde es preciso a fuerza de años y estudios leer en la oscuridad y recoger lo que haya de cierto y útil. Yo he dado pocos pasos en esta pacífica senda: la guerra, la destrucción de los enemigos de mi patria, han absorbido toda mi atención. Pero este mismo amor por los americanos me ha lanzado en esta nueva carrera y ha disipado, en parte, el temor de exponerme a la crítica de los que se han encanecido en el estudio de la ciencia de gobernar a los hombres”.

Con todo, no fue Bolívar precisamente un ignorante. “Ciertamente —escribe él mismo en su famosa carta del 20 de mayo de 1825, dirigida a Santander con motivo del juicio adverso que sobre su formación intelectual había formulado el viajero francés M. de Mollien— que no aprendí —dice el Libertador— ni la filosofía de Aristóteles, ni los códigos del crimen y de error; pero puede ser que M. de Mollien no haya estudiado tanto como yo a Locke, Condillac, Buffon, D’Alembert, Helvetius, Montesquieu, Mably, Filangieri, Lalande, Voltaire, Rollin, Verthot y todos los clásicos modernos de España, Francia, Italia y gran parte de los ingleses...”.

Los biógrafos de Bolívar citan a fuentes muy cercanas al Libertador, como a su edecán el General Florencio O’Leary y al Coronel Perú de Lacroix, autor del conocido Diario de Bucaramanga, quienes hablan de las lecturas que hacía el héroe cuando no se hallaba en campaña: obras de historia, clásicos griegos y latinos, leídos en buenas traducciones francesas, Homero, César, Tácito, Plutarco, autores franceses e italianos así como españoles e ingleses. En su biblioteca figuraban libros de alto valor jurídico y político: la *Recopilación de las Leyes de Indias*, los estudios de Jeremías Bentham, obras de Benjamín Constant, como su *Curso de Política Constitucional*, de Adam Smith, como la *Riqueza de las Naciones*, de Thomas Hobbes, como el *Leviatán*. Están, además, el *Origen de las Leyes* de Fostol; el *Derecho de la Paz y de la Guerra*, de Hugo de Grocio; el *Informe de la Ley Agraria* de Jovellanos y muchos otros trabajos de valor semejante. Estamos en presencia, pues, de un hombre genial,

superior, evidentemente, de un visionario que sin ser un profesional del Derecho, ni mucho menos de la ciencia criminopenal, se acercó a lo jurídico en su conjunto por la vía práctica de la misión libertadora que cumplió y también por las buenas lecturas que gustaba de hacer. Además de que tanta, tanta importancia le daba al Derecho, que en más de una arenga a sus tropas en campaña se dirigía a ellas llamándolas: “Vengadores de América, hijos de la libertad, soldados del Derecho...”

## II

La primera referencia pública que hallamos del Libertador en relación con el delito, se refiere a la impunidad de éstos. La formulación ofrece un íntegro sentido político, como las ofrecerán en general, todas las opiniones y ejecutorias de Bolívar. Téngase presente, además, que las exigencias de la cruenta guerra independentista que le tocó conducir, le obligaron más de una vez a tomar decisiones que, apropiadas o erradas, consideraba el Libertador eran necesarias para la realización de su obra redentor.

Esa alusión inicial señalada aparece en la “Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un caraqueño”, escrita en Cartagena de Indias en 1812 y que la historia identifica como el “Manifiesto de Cartagena”. “Los Códigos que consultaban nuestros magistrados no eran —afirma allí Bolívar— los que podían enseñarles la ciencia práctica del Gobierno, sino los que han formado ciertos buenos visionarios que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. Por manera —agrega— que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica y sofistas por soldados... De aquí nació —prosigue diciendo— la impunidad de los delitos de Estado cometidos descaradamente por los descontentos y particularmente por nuestros natos, e implacables enemigos, los españoles europeos, que maliciosamente se habían quedado en nuestro país para tenerlo incesantemente inquieto y promover cuantas conjuraciones les permitían formar nuestros jueces, perdonándolos siempre, aun cuando sus atentados eran tan enormes, que se dirigían contra la salud pública. La doctrina, que apoyaba esta conducta —añade Bolívar— tenía su origen en las máximas filantrópicas de algunos escritores que defienden la no existencia de facultad en nadie, para privar de la vida a un hombre, aún en el caso de haber delinquido

éste en el delito de lesa patria. Al abrigo de esta piadosa doctrina, a cada conspiración sucedía un perdón y a cada perdón sucedía otra conspiración que se volvía a perdonar, porque los gobiernos liberales deben distinguirse por la clemencia. “¡Clemencia criminal —exclama—, que contribuyó más que nada a derribar la máquina que todavía no habíamos enteramente concluido!”. Simón Bolívar tenía entonces 29 años.

Doce años después, le dirá al General Bartolomé Salom en carta del 15 de enero de 1824: “La impunidad de los delitos hace que éstos se cometan con más frecuencia, y al fin llega el caso de que el castigo no basta para reprimirlos”. Y al término del año siguiente, en correspondencia para el Presidente del Perú, Dr. Unánue, el 25 de noviembre de 1825, insiste: “La clemencia con el malvado es un castigo del bueno; y si es una virtud la indulgencia, lo es, ciertamente, cuando es ejercida por un particular, pero no por un Gobierno, porque los malvados no tienen honor ni gratitud y no saben agradecer, sino temer”, le escribía al General José Antonio Páez en misiva posterior del 20 de marzo de 1827. Y había expresado un par de años antes, en carta al General Heres, del 25 de julio de 1825, que “contra los canallas pueden emplearse las armas que usan ellos mismos”.

### III

La severidad de algunos juicios bolivarianos pueden hacer pensar en la existencia de un duro criterio punitivo en el Libertador. Tal juicio se robustecería, además, con algunos pasajes históricos trascendentales en la vida del grande hombre como son, por ejemplo, el Decreto de Guerra a Muerte, dictado en Trujillo en 1813 y el fusilamiento del General Manuel Piar ejecutado en Ciudad Bolívar, en 1817.

El Decreto de Guerra a Muerte, del 15 de junio de 1813, es uno de los documentos más discutidos en la historia de Venezuela. Independientemente del juicio definitivo que pueda merecer a los especialistas, el criterio aparentemente mayoritario coincide en interpretarlo como la tentativa de Bolívar de internacionalizar el proceso armado libertador en Venezuela. Bolívar “se propuso —afirma el ilustre escritor venezolano Rufino Blanco Fombona, quien le dedica todo un libro al tema —cambiar aquella guerra civil y aquella guerra social en guerra nacional de independencia”. El Decreto dispone:

“Todo español que no conspire contra la tiranía en favor de la justa causa, por los medios más activos y eficaces, será tenido por enemigo, castigado como traidor a la patria y en consecuencia, irremisiblemente pasado a las armas... Españoles y canarios, contad con la muerte aún siendo indiferentes, si no obráis activamente en obsequio de la libertad de América ¡Americano! contad con la vida, aún cuando seais culpables”.

En cuanto al fusilamiento del General Manuel Piar, el 16 de octubre de 1817, Bolívar le escribía a Bermúdez 12 días antes de la ejecución:

“Mi deseo particular privado, es ahora que el consejo pueda conciliar el rigor de la Ley y el crédito del gobierno con los merecimientos del reo. Escogeré para el Consejo de Guerra —añadía—, de entre los Oficiales Generales con las cualidades que quiera la Ley, aquellos que yo sepa no tienen motivos de resentimiento con Piar. Bríón, su paisano y su más íntimo amigo, será el Presidente...”.

Y según cuenta Perú de Lacroix en el Diario de Bucaramanga, Bolívar le confió, ocho años después, que

“... la ejecución del General Piar... fue suficiente para destruir la sedición: fue un golpe maestro en política, que desconcertó y aterró a todos los rebeldes, desopinió a Mariño y a su Congreso de Cariaco, puso a todos bajo mi obediencia, aseguró mi autoridad, evitó la guerra civil y la esclavitud del país, me permitió pensar y efectuar la expedición de Nueva Granada, crear después la República de Colombia: nunca ha habido una muerte más útil, más política y por otra parte más merecida”.

Cuando ocurre el atentado contra el Libertador, en la llamada “noche septembrina”, el 25 de septiembre de 1828, del cual se salvó milagrosamente, gracias a la decisión y astucia de Manuelita Sáez, algunos de los conjurados fueron posteriormente fusilados. Al respecto, Bolívar le escribía el 9 de noviembre de ese mismo año al General Pedro Briceño Méndez:

“La conspiración puede decirse terminada, pues las causas han sido ya sentenciadas por la comandancia general. Unos a confinamiento, otros a presidio y además de los catorce que se han fusilado, en días pasados, y de que ya se le ha noticiado a ustedes, han sido condenados a muerte seis o siete, entre éstos Santander, que ha resultado convicto. Estas causas se están viendo en Consejo de Ministros desde antes de ayer. Yo me he remitido a ellos y quien sabe lo que saldrá. Pienso



perdonar a todos los demás miserables, si se le conmuta la pena a Santander; así porque entonces sería justo, como parece que ya debemos ser clementes”.

Cinco días después el 14 de noviembre del mismo año, se dirige el Libertador, al General Mariano Montilla en los siguientes términos:

“Con cuánto sentimiento habrá usted oído la noticia de la gracia hecha a Santander y sus compañeros. Bien la considero, pero no lo he podido evitar, primero decían mis juiciosos amigos que no se debía condenar sin pruebas evidentes, y después, que no era conveniente ejecutarlo; últimamente me han probado —agrega con ironía— que mi gloria valía más que la patria. Yo he conservado el título de magnánimo y la patria se ha perdido. Mucho me duele, pero ya no lo puedo evitar”.

En el Proyecto de Constitución para la República Bolivariana, impreso en Lima en 1826, en el artículo 122 establece: “Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel de infamia trascendental. El código criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital”.

Seguramente en este proyecto de artículo fue donde el Libertador fijó su criterio definitivo sobre la pena de muerte, que por lo demás y debido a la situación que vivía el continente, figuraba en general en las Constituciones y códigos penales de toda la América Española.

#### IV

Quizás hacia ningún tipo de delito se mostró el Libertador tan implacable en la aplicación de la pena de muerte, como lo hizo para con los hechos de corrupción administrativa. “Yo sé que las penas capitales —escribió en una oportunidad— participan de la crueldad; pero la existencia del Estado es preferente a todo. Así no he vacilado en mostrarme severo contra los delincuentes que se alimentan de la sangre de sus conciudadanos”

¡Los delincuentes que se alimentan de la sangre de sus conciudadanos!. “Las malas leyes y una administración deshonestas escribe Bolívar en carta de 1827— han quebrado la República; ella estaba arruinada por la guerra; la corrupción ha venido después a envenenar hasta la sangre y a quitarnos hasta la esperanza de mejora”. Por eso aconseja que en la Administración Pública se deben “emplear hombres honrados aunque sean enemigos”.

Al peculado y a la corrupción administrativa en general se enfrentó el Libertador no sólo por la vía de la represión punitiva, sino también mediante fórmulas preventivas. De este criterio nació la primera ordenación legal que se hizo en la América Española para reglamentar la carrera administrativa. Por eso produce el Libertador el Decreto del 16 de septiembre de 1824, mediante el cual responsabiliza a los funcionarios superiores del Estado por la incompetencia de los subalternos que han obtenido sus cargos mediante recomendación. Por otro Decreto del 11 de enero de 1825, restablece la Junta Calificadora para seleccionar los empleados públicos. Y el 16 de septiembre de 1824 al declarar a los Prefectos y demás autoridades responsables ante el Estado por la incapacidad de los funcionarios, exclama el Libertador: “Las funciones públicas pertenecen al Estado; no son el patrimonio de los particulares, ni alguno que no tenga probidad, aptitud y merecimientos es digno de ellas”.

Cuando a pesar de todas estas previsiones legales y exhortativas se producía un hecho doloso contra los dineros del Estado, las sanciones propuestas por Bolívar eran ejemplarizantes: “Se deben despedazar en los papeles públicos a los ladrones del Estado”, escribía Bolívar. Y ante el Congreso peruano anuncia la aplicación de “penas terribles contra lo agentes del tesoro que contribuyan a defraudar las rentas públicas”. En 1825 desde el Cuzco denuncia que “la mayor parte de los agentes del gobierno le roban su sangre, y esto debe gritarse en los papeles públicos y en todas partes”. Y tres años después en carta a Mariano Montilla, apostrofa a los depredadores de los dineros de todos: “Ruéguele usted, por Dios al Señor Ucrós —dice la carta—, que penetre hasta el último arcano de los fraudes, para limpiar de sabandijas esa aduana y de broma esa bahía; y de zánganos y sanguijuelas toda la costa”.

Desde el mismo comienzo de su carrera pública, Bolívar se muestra inflexible con los corruptos administrativos. En 1813, en la línea de sitio de Puerto Cabello, dicta un decreto terminante contra los defraudadores de la renta del tabaco que era la única fuente de ingreso público para los patriotas. “Todo aquel que fuere convencido de haber defraudado los caudales de la renta nacional del tabaco —se dispone en el artículo 1º del Decreto—, o vendiéndole clandestinamente fuera del estanco, o dilapidándolos con robos y manejos ilícitos, será pasado por las armas y embargados sus bienes, para deducir los gastos y perjuicios que origine”. Se determina, además, en el mismo texto legal, que “sufrirán las mismas

penas que impone el artículo 1º todos aquellos jueces o personas a quienes por su parte toque aplicar o ejecutar esta Ley, siempre que se les pruebe, haberla mitigado en favor de los delincuentes por conveniencia, parcialidad u otra cualquiera causa, “y once años después, en 1824, en Lima, ordena que “... todo funcionario público a quien se le convenciere en juicio sumario de haber malversado o tomado para sí de los fondos públicos de diez pesos para arriba, queda sujeto a la pena capital”. La que se aplicaría igualmente a los jueces “a quienes según la Ley compete este juicio, que en su caso no procedieren conforme a este decreto”. El mismo año de 1824, un par de meses después, dicta Bolívar otra disposición referida a los empleados de aduana, resguardos, capitanías de puertos o cualquiera otro destino en la Hacienda Pública. De acuerdo a esta nueva normativa sanciona tanto la comisión de fraudes contra el patrimonio nacional como su ocultamiento. En ambos casos el culpable “quedará sujeto a la pena capital que se le aplicaría irremisiblemente”. Y todavía en 1827, en Caracas, legisla contra todo usurpador de bienes del Estado, quien “por pequeño que sea el montamiento incurrirá en la pena de muerte y confiscación de todos los bienes si no tuviere hijos y la del tercio y quinto si los tuviere, indemnizando además el montamiento de las costas procesales y la cantidad sustraída”.

## V

Esa actitud pública de lucha tenaz e inexorable contra la corrupción administrativa la complementa e ilustra Bolívar con la lección ejemplar de su propia conducta pública y privada. En carta al General Francisco de Paula Santander, del 22 de febrero de 1825, le hace saber su decisión sobre la actitud a asumir con la compañía británica que se había creado para iniciar las obras del Canal de Panamá:

“He visto la carta de usted —le escribe a Santander— en que se propone sea yo el protector de la compañía que se va a establecer para la comunicación de los dos mares por el istmo. Después de haber meditado mucho me ha parecido conveniente no sólo no tomar parte en el asunto, sino que me adelanto a aconsejarle que no intervenga usted en él. Yo estoy cierto de que nadie verá con gusto que usted, y yo, que hemos estado a la cabeza del gobierno, nos mezclemos en negocios puramente especulativos”.

Al mismo Santander le había escrito un par de años antes, el 27 de noviembre de 1823: “Se me olvidaba decir a usted, que estos señores (del Congreso del Perú) me han señalado cincuenta mil pesos de sueldo, pero yo he contestado que no los admito, porque no es justo, ni noble, que yo me ponga a sueldo del Perú pudiendo, con mil onzas que pueden gastarse aquí, librar de esta mancha al jefe de Colombia”. Y apenas poco más de un mes después, el 9 de enero de 1824, se dirige al Presidente del Congreso de Colombia, expresándole: “Renuncio, desde luego, —dice— a la pensión de 30.000 pesos anuales que la munificencia del Congreso ha tenido la bondad de señalarme; yo no lo necesito para vivir, en tanto que el Tesoro Público está exhausto”.

En términos semejantes se dirigió a la Constituyente del Perú en 1825, cuando esa magna asamblea acordó otorgarle en todo tiempo los honores de Presidente de la República y erogar en su beneficio un millón de pesos. Bolívar al no aceptar este dinero, le dice a la Constituyente que: “... sería una inconsecuencia monstruosa si ahora yo recibiese de manos del Perú lo mismo que había rehusado a mi Patria”. Y como el Congreso peruano insistiese sugiriéndole donar ese millón de pesos para obras de beneficencia en Caracas y en toda la Gran Colombia, el Libertador insiste en el rechazo: “Sea cual sea la tenacidad del Congreso Constituyente —escribe— no habrá poder humano que me obligue a aceptar un don que mi conciencia repugna”.

Y en su vida privada cuando familiares ambiciosos y jueces debidamente manipulados le disputaban sus derechos de propiedad en las minas de Aroa, el Libertador pidió a su hermana María Antonia que no intentase ninguna presión sobre las autoridades en beneficio de sus intereses patrimoniales.

La irreprochable pulcritud administrativa del Libertador hizo de él un hombre de situación económica precaria. En otra carta a Santander le confiesa Bolívar:

“Diré a usted, de paso, que mi posición actual es tan rara que no tengo con qué vivir, siendo a la vez Presidente de Colombia y Dictador del Perú. Por no ponerme a gajes de este país —continúa diciendo—, no cobré el sueldo que me asignaron y no teniendo autoridad en Colombia, ya no puedo pedir sueldo allá. Así que estoy pidiendo dinero prestado, y tendré que vivir de prestado hasta que vuelva a Guayaquil”.

Por todo eso exclamará definitivamente en 1828: “Quisiera tener una fortuna material para dar a cada colombiano, pero no tengo nada; no tengo más que corazón para amarlos y una espada para defenderlos”.

Quizás ningún otro documento proporcione suficientemente la desesperación del Libertador ante las abrumadoras evidencias de corrupción administrativa en los países liberados por él, que la carta dirigida al General Rafael Urdaneta el 24 de diciembre de 1826:

“Parece que se quiere saquear la República para abandonarla después —le dice Bolívar al prócer zuliano—. Cada día me convenzo más por lo que veo, y oigo en todo el país, que la hermosa organización de la República ha convertido al país en otra gran Sierra Morena. No hay más bandoleros en ella”. ¡Esto es un horror! y lo peor de todo —añade el Libertador— es que, como otro mártir, voy a batirme por sostener la santidad de nuestras leyes. Entiendo y aún lo veo, que los pérfidos o más bien los viles que han manejado los créditos contra el gobierno han robado a la patria cruelmente ¡Benditas leyes!... En este país —concluye diciendo— está prohibido el comercio lícito y sus habitantes no son más que contrabandistas y los empleados del tesoro bodegueros”.

Parece evidente que entre los grandes Capitanes de la historia ha sido Simón Bolívar el que con mayor denuedo ha condenado y perseguido en forma más inexorable esta modalidad de delincuencia de cuello blanco como lo es el peculado y todas las otras gamas de la corrupción administrativa. Esos hechos constituyen hoy por hoy un mal colectivo que hiere profundamente la estructura de los pueblos y que en Venezuela representa uno de los problemas más realmente graves de nuestra misma nacionalidad.

Esto dijo. Esto dejó dicho, todo eso dejó dicho un hombre que nació en esta tierra venezolana, que se llamó Simón Bolívar y que es nuestro Padre Libertador.

## Resumen

1. Bolívar, desde luego, —insistimos— no fue precisamente ni un criminólogo ni un penalista. En la realización de su magna hazaña libertadora tuvo necesidad de plantearse más de una vez la problemática criminopenal. Las reflexiones que ello le produjo y las decisiones que hubo de tomar, por provenir de un hombre genial, de

- un espíritu superior, de un visionario, y por el alcance histórico que tienen, son dignas de estudio para los interesados. Pero sin que se trate de buscar, desde luego, una sistemática categoría ni un cuerpo de doctrina orgánico-criminológico o penal en el pensamiento del Libertador.
2. Bolívar era partidario de la pena de muerte, pero aplicada con limitaciones. Después de todo, la situación de guerra cruenta que vivía la América Española para la época, no permitía otra alternativa. Por ello en todo el continente, en general, existía la pena capital.
  3. Parece que consideraba a la corrupción administrativa como el delito más grave contra la seguridad del Estado y contra la fe del pueblo. Calificó a los corruptos con los peores epítetos y para ningún otro delito como no fuese el de traición a la patria, propuso con mayor energía y fuerza la pena de muerte; como la exigió para los peculadores y los contrabandistas. Su propia conducta personal administrativa, pública y privadamente intachable, fue una de las armas más eficaces para enfrentarse a la corrupción.
  4. En materia penal como en todos los órdenes de su pensamiento, el Libertador mantuvo un sagrado respeto por los dos valores que rigieron su existencia de hombre político: la Libertad y el Derecho. “La libertad —escribió en el Artículo 2 del Proyecto de Constitución de Angostura— es el poder que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté prohibido por la Ley. La Ley es la única regla a que debe arreglar su conducta.

## Apéndice

En Venezuela fue creado por Decreto del Presidente de la República de 16 de enero de 1995, el cargo de Comisionado Presidencial contra la corrupción administrativa —oficialmente se llama Comisionado Presidencial para la vigilancia de la Administración Pública— y designó para desempeñarlo a un educador y político de larga y honesta trayectoria pública, el profesor Adeldo González Urdaneta, quien ha orientado su gestión tanto en el aspecto represivo como el preventivo.

En lo represivo ha cumplido con atender y canalizar las denuncias recibidas y en lo preventivo se ha elaborado un Proyecto de Plan Nacional de Compromiso Educativo Anticorrupción y han trabajado en un Proyecto de Código de Ética de los Servidores Públicos, en la preparación de un instrumento legal de simplificación Administrativa, de un Proyecto de Ley Anticorrupción y de instructivos varios. Ha producido, además un Código Moral para el ejercicio del cargo, el cual se anexa al presente trabajo con el Plan Nacional Compromiso Educativo Anticorrupción (Proyecto).

## Bibliografía

- BLANCO FOMBONA, Rufino. *Bolívar y la Guerra a muerte. Época de Boves 1813-1814*. Ministerio de Educación. Caracas, 1969.
- BOLÍVAR, Simón. *Escritos del Libertador*. Sociedad Bolivariana de Venezuela (14 volúmenes). 1967-1981. Caracas.
- : *Obras Completas* (3 volúmenes). Ediciones Lisama. Caracas.
- : *Proyecto de Constitución para la República Boliviana*. Lima 1826. Con notas de Antonio José de Sucre. Caracas, 1978 (Estudio bibliográfico de Pedro Grases).
- GUZMÁN NOGUERA, Ignacio de. *El pensamiento del Libertador* (2 volúmenes). Caracas, Gráficas Armitano, 1977.
- MENDOZA, Cristóbal L. *Prólogos a los escritos del Libertador*. Caracas, Italgráfica, 1977.
- O'LEARY, Daniel Florencio. *Memorias. Narración*. (3 volúmenes). Imprenta Nacional. Caracas, 1952.

- PÉREZ VILA, Manuel. *La formación intelectual del Libertador*. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas, 1979.
- L. PERÚ DE LA CROIX. *Diario de Bucaramanga. Vida pública y privada del Libertador Simón Bolívar*. Editorial Antollé. Barcelona, Caracas, 1981.
- POETAS DE AMÉRICA CANTAN A BOLÍVAR. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas, 1983.
- QUEVEDO, Numa. *Bolívar legislador y jurista*. Ediciones de la Contraloría de la República. Caracas, 1974.
- SALCEDO BASTARDO, J.L. *Visión y revisión de Bolívar*. Biblioteca Popular Venezolana. Nº 73. Caracas, S.A.
- : *Bolívar: un continente y un destino*. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos. Washington, D.C. Academia Nacional de la Historia. Caracas, Venezuela, 1972.
- VELÁSQUEZ, Ramón J. *Los héroes y la historia*. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1981.





# **La ejecución de hipoteca**

José Andrés Fuenmayor

## **I. Antecedentes históricos**

La institución de la hipoteca es de origen griego, como nos lo indica etimológicamente su nombre. Lo que quiere decir, que es una institución muy antigua y anterior al Derecho Romano. Sin embargo, los estudiosos del Derecho Romano reivindicaron para él el concepto que actualmente tenemos de la hipoteca, y nos enseñan que su origen tiene lugar remoto en la acción serviana, establecida para facilitar a los colonos el crédito sobre sus tierras sin desprenderse de ellas. Posteriormente se perfecciona y constituye en la acción cuasiserviana, que era la misma serviana amplificada que delimitaba los derechos del acreedor y del deudor. Sin embargo, como el derecho del acreedor se limitaba siempre al derecho de persecución se comenzó a introducir en la práctica el acompañar la hipoteca con un pacto comisorio que hacía la hipoteca muy peligrosa para el deudor que apremiado por sus necesidades se veía en situaciones muy onerosas que lo hacían perder su patrimonio. Posteriormente se unió como cláusula natural a la hipoteca el derecho de vender la cosa hipotecada, y ya bajo Justiniano se consideraba esta cláusula natural como de la esencia de la hipoteca.

Esta breve noticia histórica nos sirve de entrada a nuestro tema, pues nosotros nos encontrábamos hasta 1916 con una institución

hipotecaria regulada solamente en la legislación sustantiva, pero sin un procedimiento especial de ejecución de hipoteca, lo cual hacía que la hipoteca se encontrara en un terreno brumoso, tanto para el acreedor como para el deudor, lo que los obligaba a recurrir a medios y subterfugios que venían a sustituir la ausencia de regulación en el Derecho Positivo.

Al establecer el legislador en el Código de Procedimiento Civil de 1916 un procedimiento especial de ejecución de hipoteca se pensó que este medio, rápido y expedito, eliminaría todos los artificios a que se recurría para asegurar de una manera eficaz, en ausencia de aquel medio, los derechos del acreedor.

Este nuevo procedimiento, introducido en el Código de 1916, comenzó a funcionar en la práctica de un modo eficiente, dada la calidad que existía para aquella época en las personas que componían nuestra sociedad, donde imperaba el respeto por el derecho ajeno y el honor personal que se reflejaba en el cumplimiento de las obligaciones. A ellas sólo se faltaba en casos de estricta necesidad, y la hipoteca constituía un medio eficiente para el traslado de la propiedad del deudor al acreedor.

La hipoteca se había instituido sobre la base antes descrita y su regulación constituía, prácticamente, una ejecución de sentencia. En el caso en que el deudor hiciera oposición a la ejecución, la misma era tenida como una contestación al fondo de la demanda y el juicio ordinario quedaba abierto a pruebas. Posteriormente, sin embargo, Borjas apuntó una opinión en su Tratado, (véase el Tomo V, Pag. 110), publicado en 1924, que dice: “Objetada por el deudor y el tercero la solicitud de ejecución de la hipoteca, *el estado del procedimiento de oposición es el mismo de los juicios ordinarios* en que son varios los demandados, y pueden adoptar un plan de defensa común, *oponiendo las mismas excepciones dilatorias, de inadmisibilidad o perentorias,...*” Tal opinión, viniendo de tan autorizado jurista, vino a constituir un verdadero ataque al nuevo instituto procesal porque le restaba eficacia a su prontitud, aparte de que en el párrafo anterior al transcrito se había afirmado, al referirse a la sustancia de la oposición: “Bastará que aparezca de ella la voluntad de la parte *de objetar la pretensión del acreedor ejecutante...*” Con el respeto que me merece tan autorizada opinión debo hacer una crítica de ella, pues, a mi entender, el maestro Borjas no tomó en cuenta que se estaba ya dentro de una ejecución de sentencia, y que sólo podría hacerse valer contra dicha ejecución los medios propios de ella, es decir,

que la oposición era una oposición no al procedimiento, sino únicamente al pago por estar extinguida la obligación. En ejecución no hay lugar a excepciones y la oposición estaría siempre constituida por una excepción de fondo que atacaría la condición de acreedor o de deudor.

Pero a pesar de la opinión de Borjas el procedimiento de ejecución de hipoteca tomó cuerpo y se enraizó en la práctica forense venezolana bajo la aceptación de que la oposición constituía una contestación al fondo de la demanda, y que el juicio quedaba abierto a pruebas.

Esta práctica quedó avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de algunas de cuyas decisiones hago el siguiente traslado: "En el brevísimo término de ocho días, deben oponerse todos los medios de defensa que posea el ejecutado, los cuales han de sustanciarse por los trámites del juicio ordinario, *pero esta última frase no implica que la sustanciación de dicha oposición de lugar a un segundo acto de contestación a la solicitud de ejecución y comprende todos los medios que tengan el deudor o el tercero poseedor para impedir la ejecución...*, pero la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia está acorde en que la oposición equivale a la contestación y en que todas las defensas deben alegarse dentro del término de los ocho días que concede el propio artículo, a fin de considerar la debida distinción con el procedimiento ordinario, lento por naturaleza y opuesto a la celeridad de los especiales..." (Sentencia de la Casación del 29 de noviembre de 1948, Pág. 265).

Esta situación se mantuvo así hasta la década del sesenta en que un afán innovador despojó de toda su efectividad al juicio de ejecución de hipoteca, ya que la Casación admitió jurisprudencialmente un nuevo sistema que incluía y aceptaba no sólo la oposición y sustanciación de excepciones previas sino también la admisión de una reconvencción. (véase sentencia del 8 de junio de 1960, *Gaceta Forense* Nº 28, 2ª etapa, pág. 249), donde se expresa: "Estas son decisiones especiales, dictadas por el legislador para el caso de ser ejercida la reconvencción o mutua petición *y ninguna razón existe para descartarla si se hace uso de esa defensa en procedimiento de ejecución de hipoteca*".

Con la narración anterior vemos que un procedimiento que nació normal y produjo sus efectos normales, degeneró en un refugio de malos pagadores que inventaron cuantas argucias pueda imaginarse para que no se llevara a cabo la ejecución de sus bienes y, obligando de esta

manera al acreedor a celebrar negocios y transacciones que le sirvieron de experiencia para no aceptar nuevas hipotecas, sino ventas con pacto de rescate *que era lo que había motivado el establecimiento del juicio de ejecución de hipoteca.*

## **II. La regulación de la hipoteca en la Reforma del CPC**

Esa era la situación procesal de la ejecución de hipoteca para el año de 1967 cuando se acometió la reforma del Código de Procedimiento Civil. En esta oportunidad, con la experiencia forense que había demostrado la ineficacia del procedimiento y la pérdida de su valor como institución, se planteó en el seno de la Comisión la necesidad de formular un nuevo procedimiento que le devolviera su eficacia y prontitud al que la había perdido, y, aprovechando la sistematización que se propuso de agrupar un determinado número de juicios que tenían una característica particular, *la de comenzar con la intimación y ejecución de la pretensión del actor en virtud de la calidad de su título*, se reformuló totalmente el sistema.

La denominación de estos juicios como “Juicios Ejecutivos” atendió más, en el sentido de la reforma, a la idea de la “orden de ejecución” con base a las apariencias del título invocado por el solicitante como fundamento de su pretensión, que a la naturaleza cognoscitiva o no de la sustanciación del juicio. Hago esta advertencia para obviar las posibles críticas sobre la naturaleza de los Juicios Ejecutivos en el Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Los proyectistas acometieron pues la reforma dentro de este orden de ideas, e inspirados por la necesidad de despojar el juicio, en lo posible, de toda incidencia dilatoria y de crear un instrumento eficaz que devolviera a los acreedores hipotecarios un medio de hacer efectivo su derecho. Lamentablemente, como dice el Dr. Luis Corsi, citando a Carnelutti, en su obra *Apuntamientos sobre el procedimiento por intimación*, “mientras el instrumental de la administración de justicia sea, en hombres y cosas, lo que continúa siendo todavía, es en vano esperar milagros de la mutación de la Ley”.

Algunos Jueces, tal vez por un temor injustificado de lesionar el derecho de defensa, han comenzado a interpretar de manera torcida el

verdadero sentido de las disposiciones legales de la reforma. Ojalá que pronto, a través de un concienzudo estudio de las disposiciones de la reforma y de su *ratio legis* el Juicio de ejecución de hipoteca adquiera toda su efectividad contra los deudores maulas.

### **III. El nuevo procedimiento de ejecución de la hipoteca**

Hechas las anteriores consideraciones pasamos ahora a examinar al procedimiento de ejecución de hipoteca en sí, bajo la inspiración de la reforma.

La ejecución de hipoteca se inicia con una solicitud del acreedor acompañada del título hipotecario registrado, por lo cual queda excluida toda otra calidad de documento, porque si bien la hipoteca puede constituirse entre acreedor y deudor por documento solamente autenticado en este caso tendrá que ocurrirse a la ejecución de hipoteca en vía ejecutiva.

El juez deberá examinar “cuidadosamente” la solicitud y constatar los siguientes requisitos. 1. Si el documento constitutivo de la hipoteca está registrado en la jurisdicción donde está situado el inmueble. 2. Si las obligaciones que ella garantiza son líquidas de plazo vencido, y no ha transcurrido el lapso de la prescripción. 3. Si la obligación no se encuentra sujeta a condición u otras modalidades. (Artículo 661 del Código de Procedimiento Civil). “Si tales requisitos están llenos debe iniciar el procedimiento de ejecución ordenando la intimación del deudor, y del tercero poseedor si tal fuere el caso”.

Como la Ley faculta al Juez para reducir el monto de la pretensión del acreedor si así lo considerare justo al examinar los recaudos acompañados a la solicitud, si tal situación se hiciere presente el acreedor podrá apelar del auto del Juez, y esta apelación se le oirá en ambos efectos.

Una de las causas que puede inducir al Juez a reducir el monto de la ejecución puede ser que se considere que hay partidas no cubiertas por la hipoteca expresamente, y por eso debemos ser muy cuidadosos como profesionales al redactar un documento de ejecución de hipoteca para no encontrarnos en esta situación frente a una solicitud de ejecución redactada por nosotros. Todas las partidas, tales como intereses, honorarios,

etc., deberán ser expresa y claramente determinados, pues si no lo hacemos corremos el riesgo de transformar algunas partidas en quirografarias o, de no estar precisamente determinadas, de tener que ocurrir a la vía ejecutiva en vez de la ejecución de hipoteca.

La llamada al juicio del deudor hipotecario debe hacerse mediante intimación *personal*. “Intimar” significa conminar al pago, es decir, que la citación del deudor se hace no con el objeto de darle conocimiento del procedimiento solamente, sino de apercibirlo de ejecución, es decir, de ponerlo a derecho en el proceso de ejecución de sentencia que ha iniciado el Juez. Por lo tanto, por lo menos idealmente, la conminación al pago debe ser personal, pues el deudor es quien, en primer lugar, puede estar interesado y en capacidad de pagar.

Sobre esta cuestión debo hacer una explicación. En mi opinión, la cual manifesté en el seno de la Comisión de Reforma, no debe haber otra vía para iniciar el procedimiento de ejecución que la intimación personal del deudor, y cuando ésta no pueda ser lograda deberá recurrirse a la ejecución de la hipoteca en vía ejecutiva, que es la que presenta la garantía de defensa del juicio ordinario. Sin embargo, prevaleció la idea de dar otra solución al problema y así se aceptó, que si no se pudiere consumir la intimación en la persona del deudor pueda recurrirse al procedimiento especial de citación que establece el artículo 650 del Código de Procedimiento Civil.

Esta intimación *debe hacerse no sólo al deudor sino también al tercero poseedor*, aun en el caso de que dicho tercero poseedor no hubiere sido indicado por el acreedor solicitante de la ejecución, pues el Juez está expresamente facultado para actuar de oficio ordenándola si de los recaudos acompañados a la solicitud se desprendiere la existencia de este tercero poseedor, lo cual prevé el artículo 661 en el aparte primero de su ordinal 3º. Pero este “tercero poseedor” debe ser interpretado por el Juez en el sentido estricto de su significado: “tercero poseedor es el que detenta el inmueble a título de dominio”.

Este procedimiento especial está estructurado y reglamentado bajo la idea de limitar los derechos del deudor a los necesarios para que pueda ejercer su derecho de defensa, sin darle posibilidad de establecer un contradictorio inútil que sólo tenga por objeto demorar el juicio. En consecuencia, su derecho de defensa está limitado a ejercer los derechos que establece el artículo 663, y ningunos otros, porque estos motivos son de “rigor formal”. La Ley supone que el Juez, conforme a lo que le ordena

el artículo 661, ha dado entrada al juicio porque la obligación que garantiza la hipoteca está vencida y no ha transcurrido el lapso de prescripción de la misma, y, además, no se encuentra sujeta a condición ni modalidades, (léase bien, “modalidades”, no “modo” ). Ante una situación procesal tal se crea en favor del ejecutante una presunción *iuris tantum* de su pretensión procesal, y esta pretensión debe ser desvirtuada en la secuela del procedimiento por el ejecutado, pero sujetando los medios de desvirtuar la presunción a los indicados en el artículo 663, o sea: 1. tachando de falso el documento. En este caso se abrirá el, correspondiente juicio de tacha del documento público, y se suspenderá la ejecución hasta que se decida la tacha. Si el documento resultare falso el Juez remitirá copia de los autos al Juez Penal competente, sin que lo exima de esta obligación la presencia del Fiscal del Ministerio Público en el juicio, ni la posible transacción de las partes autorizada por el numeral 15 del artículo 442 del Código Procedimiento Civil, pues el delito cometido es de acción pública. El Juez sólo queda relevado de esta obligación en el caso en que la transacción contenga la declaración de legitimidad del documento.

Pueden ventilarse igualmente los motivos contenidos en los ordinales 2º al 5º ejusdem, pero en todos los casos previstos en dichos ordinales si el alegato del deudor no se acompaña con una prueba escrita el Juez debe negar la admisión de la oposición y continuar el curso de la ejecución. A tales fines el Juez se entiende autorizado para examinar la prueba *in limine* y pronunciarse sobre su calidad a los fines de continuar o no el procedimiento. Esta autorización del Juez para pronunciarse sobre los documentos acompañados a la oposición emana del último párrafo del artículo que comentamos, cuando expresa “...el Juez examinará cuidadosamente los instrumentos que se le presenten...”.

La no admisión de la oposición tiene como consecuencia la continuación del procedimiento, y, en el caso contrario su suspensión hasta que se decida la oposición. Debemos hacer notar que el actual Código acabó con la malsana práctica que señalamos al comienzo de esta exposición, porque expresamente establece en la parte final del artículo que comentamos que la oposición admitida declara el juicio abierto a pruebas, tal como fue la intención del legislador de 1916. Sin embargo, no despojó al ejecutado del derecho de oponer las cuestiones previas indicadas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, pero las sujetó a un trámite más breve, pues si bien extendió el lapso probatorio



de la excepción a diez días, les suprimió el derecho de apelación. De esta manera dio oportunidad al ejecutado de limpiar *in limine* el procedimiento dejando establecido un campo limpio para la posible oposición o ejecución. Paralelamente, junto con la oposición el ejecutado goza del derecho de hacer suspender la ejecución si constituye caución de las expresamente señaladas en el artículo 590 del Código. Igual derecho corresponde al ejecutante para hacer rematar el inmueble *pendente sententia* pero si ambas partes ejercen igualmente su derecho el Juez deberá continuar con la ejecución, pero en este caso en la sentencia que decida la oposición, si ésta fuere declarada con lugar, el Juez, en su sentencia, condenará al ejecutante a resarcir al ejecutado todos los gastos que le haya ocasionado la vigencia del juicio, y sus costas. Pero no debe interpretarse que esta condena debe extenderse a los posibles daños y perjuicios que se le hayan causado al ejecutado, pues éstos deberán demandarlos al ejecutado en juicio aparte.

Comentario separado merece el artículo 665 del Código de Procedimiento Civil, cuando dice: *“Artículo 665. La ejecución de las obligaciones garantizadas con hipoteca que no llene los extremos requeridos en el artículo 661 de este Capítulo, se llevará a cabo mediante el procedimiento de la vía ejecutiva. Cuando no se lograre la intimación personal del deudor o del tercero poseedor, dicha intimación se practicará en la forma prevista en el artículo 650 de este Código”*.

Esta disposición era necesaria y complementaria del nuevo juicio de ejecución de hipoteca, porque habiendo sido éste establecido sobre formas procesales rigurosas se determinó que hay casos en los cuales una obligación que si bien está garantizada con hipoteca no es posible exigir su cumplimiento dentro de este nuevo mecanismo, pues dejaría indefenso al deudor. Tales son todos los casos en que la obligación consiste en una suma determinada de dinero, exigible y determinable, pero cuya liquidez ha sido establecida en ausencia del deudor. En estos casos no puede negársele a éste el derecho de discutir el monto de la obligación y para obtener tal determinación de una manera legalmente estricta sólo existe la garantía del juicio ordinario. En estos casos habrá que recurrir, obligatoriamente, al procedimiento de la ejecución de hipoteca en vía ejecutiva, tal como lo exige el artículo que comentamos, y no en la vía electiva en que lo permitía el artículo 537 del anterior Código de Procedimiento Civil, cuando establecía: “El acreedor hipotecario podrá optar entre este procedimiento y el de la vía ejecutiva”. Tales casos, como

dije anteriormente, son aquellos en los cuales si bien el acreedor liquidó *motu proprio* la obligación el deudor puede discutirla, como por ejemplo cuando se trata de una cuenta corriente garantizada con hipoteca, (Art. 516 del Código de Comercio), o los préstamos para adquisición de viviendas de las entidades financieras donde hay cargos y descargos mes a mes, así como cualquier otro caso semejante. Pero debo advertir enfáticamente que el que el legislador haya remitido al acreedor hipotecario en determinados casos a la vía ejecutiva no lo exime de solicitar expresamente en el libelo de la demanda la ejecución de la hipoteca, pues de no hacerlo corre el riesgo de que el deudor en su contestación a la demanda el oponga la extinción de la hipoteca por la vía de la renuncia abdicativa que puede encerrarse dentro del ordinal 3º del artículo 1907 del Código Civil. Esta solicitud es, pues, de la mayor importancia.

Como hemos visto en lo anteriormente expuesto el juicio de ejecución de hipoteca ha sufrido una gran transformación. Esto cuenta para los abogados anteriores a la puesta en vigencia del actual Código de Procedimiento Civil. Hoy no es posible hablar de reconvención en el procedimiento de ejecución de hipoteca actual, ni de introducir incidencias para retardar la marcha del procedimiento.

Una cosa debo agregar antes de terminar y es que el procedimiento de ejecución de hipoteca no es electivo sino obligatorio, tal como lo establece expresamente el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 22 y 338 ejusdem.



# Medidas cautelares innominadas\*

Arístides Rengel Romberg

## 1. Planteamiento del tema

El sistema de medidas o providencias cautelares, es uno de aquellos temas del Derecho Procesal que en nuestros días se resiente más de la insuficiencia de un enfoque histórico-dogmático que ponga de relieve sus orígenes, su evolución en el transcurso de los siglos, su esencia y una concepción dogmática, que ofrezca la visión general de su trascendencia en el sistema de la tutela de los derechos. Las investigaciones acerca del tema, parecen estar dominadas por el sentido práctico que tienen tales providencias en el régimen positivo del proceso, y fuera de la idea de que constituyen una concesión que hace el principio de la bilateralidad del proceso a las exigencias de la justicia práctica, no se ha llegado a una concepción general o universal del instituto de las medidas cautelares, ni mucho menos de las providencias cautelares innominadas, atípicas, o de urgencia, como se denomina a las que son objeto del presente estudio.<sup>1</sup>

\* Resumen de la Ponencia presentada por Venezuela en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal del 22-27 de mayo de 1988 en Río de Janeiro, Brasil; y en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. II Nº \*. 1989.

1 Cfr. Millar, Robert Wyness. Los principios formativos del Procedimiento Civil. Trad. de Catalina Grossmann. Ediar. Buenos Aires. 1945, p. 55. Cfr. ALLORIO, Enrico. "Per una nozione del processo cautelare"; *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1936, I. p. 18 y ss. En sentido positivo por una teoría general de las medidas cautelares: Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares" en *El sistema de medidas cautelares*. Eunsa. Pamplona, 1974, p. 11 y ss.

Ya el ordenamiento ejecutivo austríaco del 27 de mayo de 1896, al consagrar las medidas interinas o provisionales, observaba que “delinear casos específicos y detallados de estas medidas, sería renunciar a ofrecer en la ley los medios para atender a todas las necesidades que pueden surgir de la variedad de la vida y del concurso fortuito de circunstancias diversas”. Y al tratar de los fines del instituto, expresaba que:

“requiere que los poderes del juez no resulten demasiado restringidos en lo que concierne a la escogencia de los medios para asegurar un determinado resultado procesal y de ejecución al cual aspira la parte. Una taxativa fijación de tales medios, podría fácilmente en muchos casos, frustrar el propósito del instituto y el juez podría llegar a encontrarse en una desagradable posición: la de tener que permanecer impedido de actuar y no poder proveer a las necesidades cautelares sino con medios inadecuados”<sup>2</sup>.

No obstante este antecedente, y la posición favorable de *Calamandrei* a la consagración de un *poder cautelar general*, entregado a un criterio de oportunidad del juez<sup>3</sup>, no se cuenta hasta el presente con una teoría del poder cautelar general que vaya más allá de las características propias del sistema positivo concreto que se estudia. La mayoría de los países que han contemplado en sus ordenamientos positivos la facultad del juez de dictar medidas cautelares innominadas, las conciben como supletorias de las medidas típicas contempladas en la ley, o solamente apropiadas para casos especiales de urgencia; a tal punto que autores como *Coniglio*, quien considera providencial la introducción en el Código italiano de 1942 de la atribución al juez de una potestad cautelar general, restringe sin embargo su aplicación, hasta llegar a considerar que “no se puede recurrir a las providencias cautelares innominadas, sino en ausencia de las providencias cautelares específicas”<sup>4</sup>.

Bastaría recordar la función propia de las medidas cautelares en general, para no compartir esta posición restrictiva. Sin pretender entrar en esta ocasión a revisar in extenso la función propia de las medidas cautelares y las diversas posiciones sostenidas por los autores modernos

---

2 Cfr. La referencia está tomada de CONIGLIO, Antonio. *Sui provvedimenti cautelari innominati*, Studio in Onore di Enrico Redenti. Milano. Giuffrè. 1951. Vol. I p. 321-322.

3 Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Sentis Melendo. Ed. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 65.

4 Cfr. Coniglio, ob. cit. p. 319-320.

en torno al tema, conviene observar que la tutela judicial de cualquier derecho, no escapa al peligro de la mora del proceso, o del cambio o mutación de la situación de hecho existente al momento de la proposición de la demanda, que hagan necesaria la aplicación de medidas concretas aptas para preservar los cambios de la situación de hecho y asegurar la oportuna ejecución de lo decidido. Entre la proposición de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia, existe necesariamente un tiempo de duración del proceso; o como dice *Carnelutti*, “una *vacatio*, la cual se puede considerar como una necesidad, pero también como una imperfección del proceso”<sup>5</sup>.

Lo que justifica las providencias cautelares, es pues, la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva<sup>6</sup>. De allí que para hacer menos penosa la litis, o para agilizar su composición o asegurar la reintegración del derecho, el Juez intervenga, no ya para definir la litis, sino para realizar—como enseña *Carnelutti*— “una sistematización de hecho en espera de la decisión definitiva; ya para mantener con la providencia cautelar el estado de hecho, bien para asegurar la igualdad de las partes, o ya para asegurar la realización anticipada o preventiva de la sentencia definitiva”.

Siendo esta la función propia de las medidas cautelares, ningún argumento válido puede apoyarse en ella para hacer la referida distinción y colocar a las medidas innominadas en la posición de supletorias de las contempladas tradicionalmente en la ley, porque evidentemente, igual función tienen las providencias cautelares nominadas o típicas y las innominadas, atípicas o de urgencia; y ambas están ligadas por un vínculo de subsidiariedad o de instrumentalidad con la providencia jurisdiccional definitiva que pone fin al proceso.

Por ello puede sostenerse que por el común vínculo de subsidiariedad que tienen las medidas cautelares nominadas e innominadas, con la providencia jurisdiccional definitiva, una construcción de la teoría general de las medidas innominadas debe partir de la complementariedad de éstas con aquellas, sin menoscabo de la facultad discrecional del juez para dictarlas atendiendo a criterios de oportunidad, según las circunstancias y la variedad de situaciones que presente la vida.

5 Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. PADOVA. 1926, vol. II Nº 80. Idem. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. CEDAM. PADOVA. 1936, Vol. I. Nº 71.

6 Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. p. 40.

## 2. Antecedentes históricos

El origen del poder cautelar general atribuido al juez en el derecho moderno, se hace remontar por algunos autores a los interdictos innominados que el pretor tenía la libertad de crear en el derecho romano clásico<sup>7</sup>. Los interdictos de derecho romano constituían un medio para garantizar con un procedimiento rápido el orden jurídico y de policía que debe ser asegurado en la comunidad. *Interdictum*—según RICCOBONO—era el mandato emanado del magistrado por solicitud de una persona privada contra otra, a la cual impone un cierto comportamiento, hacer o no hacer; y era emanación del *imperium* del magistrado, por lo que la competencia para dictarlos era exclusiva de los magistrados con *imperium*, esto es, del *praetor*, *proconsul*, *praeses provinciae*, con exclusión de los magistrados municipales<sup>8</sup>.

Esta forma de tutela interdictal —enseña Betti— surgió en el derecho romano al lado de las formas de la autotutela privada que se agotaba en una actividad de las partes que el magistrado era llamado solamente a controlar. Aquí, en los interdictos, el magistrado no se limita ahora a autorizar una actividad de las partes, sino que provee el mismo a la decisión del mérito con pronunciamientos normativos que no se apoyan en una *actio* de parte y tienen por sí mismos una eficacia inmediata, o al menos, tienen eficacia subordinada sólo a la comprobación de determinados presupuestos de hecho, de tal modo que la competencia para el pronunciamiento de tales mandatos está dada por aquella potestad de mando y decisión que es el *imperium* propio del magistrado y núcleo de la jurisdicción<sup>9</sup>.

Como enseña también *De Martino*, en los interdictos, la función del magistrado tiene valor constitutivo, más que un fin de control o declarativo, y no tiende a la constitución de un *iudicium*, esto es, de un arbitraje garantizado con formas estatales, sino a poner obligaciones derivadas de la plena soberanía del oficio del praetor frente a los ciu-

7 Cfr. LACERDA, Galeno. *Comentarios ao Codigo de Processo Civil*. Forense. Rio de Janeiro. 1980. Vol VIII. Tomo I, p. 141.

8 Cfr. RICCOBONO, Salvatore. "Interdicta". en *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. VII, p.3, SCIALOJA. *Procedimiento Civil Trattato Storico della Procedura Civile Romana*. Palermo. 1873 p. 317 y s.s.

9 Cfr. BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. CEDAM. PADOVA. 1947. 2º Ed. Vol. I. p. 339 y s.s.

dadanos, y se conceden siempre para tutelar el bien público, la paz social, y nunca para garantizar el interés del particular, que sólo indirectamente es tomado en consideración<sup>10</sup>. Si el mandato del pretor no es observado por la parte contra la cual es pronunciado, el mandato sirve entonces de base a una *actio* de la parte que se ejercita en un procedimiento especial (el procedimiento interdicial).

La característica de esta acción —nos dice Betti— es que la parte que toma la iniciativa del proceso, no hace valer un derecho subjetivo, sino que afirma solo que el adversario no ha observado el mandato del pretor, esto es, que ha infringido o violado el precepto administrativo dirigido a proteger su interés privado; de tal modo que el procedimiento interdicial que sigue a la proposición de la acción exige la previa declaración de certeza de si el interdicto ha sido violado o no<sup>11</sup>. Con el progreso del procedimiento formulario, desapareció la necesidad de acudir al interdicto, pues el pretor, pudiendo otorgar las acciones que quisiera mediante las fórmulas, podía regular más directamente las relaciones jurídicas, y en lugar de ordenar por vía administrativa los interdictos, otorgaba *acciones in factum* para regular todo el conjunto de las relaciones a las que se aplicaban, los interdictos<sup>12</sup>. Esta evolución se acentúa más en el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*, en el cual desaparecen los interdictos, y el magistrado no comienza por dar una orden, para juzgar después en base a esa propia orden suya, sino que interviene más para juzgar la relación que hubiera dado lugar a la emanación de un interdicto. Pero ocurrió —como observa Scialoja— que se siguió hablando de interdictos, cuando en realidad se trata de una *actio extraordinaria* que ha tomado el lugar de los interdictos<sup>13</sup>. La fusión de los interdictos y la *actio*, que se produjo en el período postclásico en virtud de la desaparición del *ordo iudiciorum* ha pasado al derecho moderno, y hoy el procedimiento interdicial se caracteriza por las dos

10 Cfr. DE MARTINO, Francesco. *La Giurisdizione nel Diritto Romano*. CEDAM. PADOVA. 1937. p.237 y s.s. Cfr. en el mismo sentido: BISCARDI, Arnaldo. *La Protezione Interdittale nel Processo Romano*. CEDAM. PADOVA. 1938. pag. 19 y s.s.; 64 y s.s. y 76 y s.s.

11 Cfr. BETTI, ob. cit. p. 341. Cfr. SCIALOJA, ob.cit. p. 312 y ss.Cfr. RICCOBONO, ob. cit. p. 8.

12 Cfr. SCIALOJA, ob. cit. p. 315.

13 Cfr. SCIALOJA, ob. cit. p. 342 y s.s. GUGINO, ob. cit. p. 347. SAVIGNY, *Il Diritto del Possesso Trattato Civile*. Trad. Pietro Conticini. Firenze. Tip. Pezzati. 1.839 p. 358 y s.s.



etapas en que se desarrolla: la primera, sumaria, que concluye al dictarse el decreto posesorio, y la segunda contenciosa y plenaria que comienza con la notificación del decreto y la apertura de la articulación probatoria que precede a la sentencia; de tal modo que como observa SAVIGNI, en su forma actual, los interdictos podrían con igual exactitud llamarse *actiones*<sup>14</sup>.

Como se ve de la evolución que sufrieron en el derecho romano, los interdictos no tenían la función propia de las medidas cautelares, sino la de las *actiones* que concedía el pretor para la tutela de los derechos en general, y más tarde, para la tutela de la posesión en particular (interdictos posesorios). Aún en aquellos casos en los cuales los interdictos tienen la finalidad de conjurar una lesión de derecho que parece inminente, como ocurre v.gr. con la denuncia de obra nueva o de daño temido, éstos son considerados como verdaderas acciones preventivas<sup>15</sup>, y no tienen la función propia de las medidas cautelares, ni las características de instrumentalidad y subsidiaridad propias de éstas, lo que nos lleva a considerar que el origen de las medidas cautelares, como hoy las conocemos, en el derecho moderno, puede encontrarse con más acierto en las estipulaciones pretorias, que cumplen una función cautelar de garantía, ya en el sentido de asegurar prácticamente, a través de su efecto jurídico la directa satisfacción del interés digno de tutela, o bien en el sentido de prevenir con toda probabilidad un perjuicio posible<sup>16</sup>. En efecto, las estipulaciones pretorias, —según *Ulpiano*— son todas caucionales por su naturaleza, porque se dan para mayor seguridad<sup>17</sup>, aunque distinguía tres categorías: las *judiciales*, esto es, aquellas que se interponen por los juicios para que sean válidos, como la de pagar lo que se determine por la sentencia; las *caucionales*, que tienen fuerza de acciones, y se interponen para que resulte nueva acción, como las que se dan por los legados, las tutelas, y por daño que no ha sucedido y se teme; y las *comunes*, que se dan por causa de presentarse un juicio. Estas estipulaciones las imponía el pretor sirviéndose de diversos medios idóneos para ejercer presión sobre la voluntad: ya concediendo a la

14 Cfr. SAVIGNY, ob. cit. p.361-362.

15 Cfr. BRUNO, Tommaso. "Denuncia di Nuova Opera e di Danno Temuto" en *Digesto Italiano*. Vol. IX p. 1004 y 1013 y s.s.

16 Cfr. BETTI, ob. cit. p.345.

17 Cfr. D. 46, 5, 1, Cfr. GUGINO, ob. cit. p. 349 y s.s. SCIALOJA, ob. cit. p. 86 y s.s.

contraparte una *missio in possessionem*; ya denegando la *actio* e impidiendo el ejercicio del derecho, o bien imponiendo una multa o la constitución de una prenda, o acordando la *sequestratio*, o en fin concediendo a la contraparte una fórmula ficticia<sup>18</sup>; y ya en el período postclásico la importancia atribuida al acto de parte va declinando y la garantía que antes se prestaba con la *cautio*, se transforma en una obligación legal, inherente a la misma relación jurídica, de tal modo que la *cautio* si se llega a prestar, sólo tiene una función confirmatoria y determinativa de aquella obligación.

En resumen, la *cautio*, la *missio in possessionem*, la *sequestratio* o *depositio apud sequestrem*, constituyen en el derecho romano diversos medios de asegurar los derechos, que se llevaban a efecto a través de las estipulaciones pretorias, y han dado origen a las medidas preventivas del derecho moderno, estipuladas en los diversos sistemas positivos; de tal modo que las innominadas, que se han venido desarrollando bajo el apremio de necesidades cautelares surgidas de la variedad de circunstancias que presenta la vida del derecho y su realización práctica, no pueden considerarse sino como, la etapa final de un desarrollo de la institución hacia el *poder cautelar general* que es manifestación de la tendencia moderna de ampliar el poder del juez también en este campo, con el fin de que pueda proveer, sin las limitaciones que le impone el sistema tradicional de las medidas cautelares específicamente contempladas en los ordenamientos positivos, entregándole a su prudente arbitrio y a un criterio de oportunidad, la escogencia de los medios más apropiados, según las circunstancias, para asegurar la real defensa de los derechos dentro del sistema de las providencias cautelares.

### 3. Concepto de las medidas innominadas

Las medidas cautelares innominadas pueden definirse como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

---

18 Cfr. BETTI, ob. cit. p. 344, cp. SCIALOJA, ob. cit. p. 89. GUGINO, ob. cit. p. 351.

En esta definición se destaca:

a) Las medidas innominadas como su nombre lo indica, no están específicamente contempladas en la ley, como ocurre con las nominadas o típicas, sino que en el sistema de las medidas cautelares, concurren con éstas o pueden ser dictadas con independencia de ellas, por lo que se les llama también atípicas o provisionales. Son pues, la expresión de un *poder cautelar general*, reconocido al juez en este campo, con el fin de que pueda proveer —sin las limitaciones que le impone el tradicional sistema de las medidas cautelares nominadas— a la mejor escogencia de los medios para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes.

b) Las medidas innominadas las dicta el juez según su prudente arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que presenta la vida, las cuales difícilmente pueden estar todas contempladas en la ley. Discreción del juez —dice GALENO *Lacerda*— no significa arbitrariedad, sino libertad de escogencia y determinación dentro de los límites de la ley<sup>19</sup>. El arbitrio judicial —según *Couture*— ha de entenderse en general, como “Facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos, sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y en entender”<sup>20</sup>. No se trata pues de una arbitraria discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica concedida al juez en este campo, que lo autoriza para obrar consultando lo más equitativo o racional según la conocida máxima, recogida en algunas legislaciones procesales, que asienta: “Cuando la ley dice: El Juez o Tribunal puede o podrá, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad”<sup>21</sup>. En esencia, se trata pues, de una facultad que hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia.

19 Cfr. GALENO, LACERDA, ob. cit. p. 138.

20 Cfr. Couture, *Vocabulario jurídico*. Voz: Arbitrio Judicial.

21 Cfr. Art. 23 C.P.C. Venezolano. Bajo el Código de 1916, sólo encontramos en Venezuela dos trabajos: uno de VENTURINI, Alí, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* N° 121. Julio-Septiembre de 1962, y otro de RODRÍGUEZ CIRIMELE, Alejandro, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Central de Venezuela, N° 40, junio de 1968, ambos dedicados a la problemática de si bajo el código de 1916 podía considerarse implícito el poder cautelar general, afirmado por el primero y negado por RODRÍGUEZ CIRIMELE.

c) Por su naturaleza *cautelar*, las medidas innominadas, lo mismo que las nominadas tienden a prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo, y a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves de difícil reparación al derecho de la otra, por lo que deben darse para su decreto, los prepuestos generales establecidos por la ley para las medidas típicas o nominadas.

Esta exigencia se encuentra algunas veces expresamente establecida en la consagración legislativa de las medidas innominadas. Así v. gr. el nuevo código venezolano (Artículo 588, Parágrafo Primero) sujeta estrictamente las medidas innominadas a los presupuestos exigidos en el Artículo 585 para las medidas típicas o nominadas, esto es: la existencia del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclame (*fumus bonis iuris*). De este modo, dados los presupuestos, la discrecionalidad del juez para el decreto de la medida consistirá en elegir o determinar en concreto la clase de actos que deben integrar el contenido de la providencia, pues la ley sólo habla en general de “autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

Así mismo, el Código de Processo Civil Brasileiro (1973), después de consagrar en el Artículo 798, las medidas cautelares innominadas, faculta al juez en general, para autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar la guarda judicial de personas y depósito de bienes e imponer la prestación de cauciones, a fin de evitar que una parte cause al derecho de la otra lesiones graves o de difícil reparación, antes de la decisión de la litis. (Art. 799, C.P.C.).

Aun en el derecho alemán, que es considerado como el sistema en el cual la consagración del *poder cautelar general* aparece en la forma más amplia, la regulación de las medidas provisionales de seguridad se hace en principio sobre la base de la legislación del embargo preventivo (Art. 936 ZPO)<sup>22</sup>.

d) Las medidas cautelares innominadas pueden solicitarse tanto antes de la proposición de la demanda de mérito como durante la pendencia de ésta.

22 Cfr. ROSENBERG, *Tratado* cit. Vol. III p. 284. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*. Ed. Labor. 1936. p. 765.

En este punto, las opciones varían según las legislaciones de los países. Así, en el derecho alemán, el Tribunal puede dictar la medida aunque no se haya acreditado la acción ni el motivo, si se presta caución por los daños que pueden derivar para la parte contraria (Art. 921, 936 Z.P.O.), y la medida puede dictarse *inaudita parte* (sin debate oral previo), sólo en los casos urgentes (Art. 937 Z.P.O.). En el derecho italiano, el Art. 701 C.P.C. menciona al juez instructor como competente para decretar la medida cuando existe la causa pendiente por el mérito; pero por analogía es competente el pretor del lugar donde el solicitante teme que se verifique el hecho dañoso, si no existe juicio pendiente, como se desprende del artículo 673 y de la remisión a este Artículo que hace el 688 referente a la denuncia de obra nueva y de daño temido<sup>23</sup>. A su vez el código brasileiro (Art. 796 C.P.C.) expresamente establece que el procedimiento cautelar puede ser instaurado antes o en el curso del proceso principal y es siempre dependiente de éste.

En cambio, el código venezolano mantiene la tradición de admitir las medidas preventivas en cualquier estado y grado de la causa, desde que se presente la demanda (Art. 588 C.P.C.) y admite para las medidas innominadas la oposición de la parte contra quién obra la medida, la cual se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en el Art. 602, 603 y 604 C.P.C. (Art. 588 Parágrafo Segundo).

Sólo en algunas leyes especiales, como la Ley sobre el derecho de Autor (Art. 98 y 99) se admite que a los efectos del ejercicio de las acciones previstas en la ley, el juez pueda ordenar *inspecciones oculares*, *experticias*, *secuestro* de todo lo que constituya violación del derecho de explotación y *embargo* de los proventos que correspondan al titular del derecho de explotación litigiosa; y según que exista o no litigio entre las partes al momento de solicitar la medida, el Art. 99 atribuye la competencia para decretarlas, al juez de la causa principal, en el primer caso, o al juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarlas si su urgencia lo exigiere, en el caso de no haber litigio entre las partes.

En estos casos es evidente que la medida cautelar tiene más bien un carácter *instructorio* anticipado con una clara finalidad conservatoria de las pruebas, que permita al solicitante utilizarlas luego, al tiempo de la iniciación del juicio principal. Pero esta posibilidad, no ha sido expresamente acogida en el nuevo Código de Procedimiento Civil para las medidas preventivas en general, ni para las innominadas en particular.

23 Cfr. CONIGLIO, ob. cit. p. 329.

#### 4. La función de las medidas innominadas

Como se ha dicho antes, en el planteamiento del tema, lo que justifica las medidas cautelares en general, es la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva; y como las medidas innominadas tienen la misma naturaleza cautelar de las medidas nominadas o típicas, y lo mismo que éstas, son temporales e instrumentales respecto de la providencia definitiva que pone fin al juicio, aparece obvia la afirmación de que las medidas innominadas tienden, como aquellas nominadas o típicas, a prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo y a evitar que una de las partes, pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, mientras se decide el juicio principal.

Sin embargo, la cuestión de la función de las medidas innominadas ha dado lugar a diversas posiciones y ha originado en la práctica dificultades que han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a distinciones que son determinantes de la admisibilidad o inadmisibilidad de la medida misma por las Cortes y Tribunales.

Las relativas cuestiones conceptuales que se suscitan, se extienden a lo que debe entenderse por la *función* o la *naturaleza* cuando se hace referencia a determinadas providencias o en general a un instituto<sup>24</sup>, a las categorías de providencias o de procesos cautelares<sup>25</sup>, hasta la consideración de los problemas que presenta la duración de las providencias de urgencia<sup>26</sup>, y otros conexos.

En esta materia sigue siendo determinante la regulación positiva del sistema de las medidas cautelares, que varía según las legislaciones, y para evitar el subjetivismo que pudiera llevar al intérprete a sustituir arbitrariamente sus propias consideraciones funcionales a aquellas que han sido plasmadas objetivamente en las normas positivas del sistema, se sostiene que toda referencia a la *función* de determinadas providen-

24 Cfr. MANDRIOLI, Crisanto. *Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Intermalli*. Riv. Dir. Proc. 1.964. p. 551 y s.s.

25 Cfr. CALAMANDREI, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires. 1945. CARNELUTTI, *Instituciones*, cit. Buenos Aires. 1959. Vol. I. Nº 45. Vol. III, Nº 898. SATTA, *Diritto Processuale Civile*. PADOVA. 1950. p. 523. REDENTI, *Diritto Processuale Civile*. Milano. Giuffrè. 1.954. Vol. III. Nº 201.

26 Cfr. MONTESANO, Luigi. *Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza*. Riv. Dir. Proc. 1956, II p. 1 y s.s. CARNELUTTI, Riv. Dir. Proc. 1962. p. 664 y s.s.

cias y de las cautelares en particular, debe tomar en cuenta el *fin objetivo* de la providencia, tal como se expresa en las normas del sistema, porque sólo aquello que aparece referido a este fin objetivo pertenece al derecho positivo y no puede ser arbitrario, como lo serían al contrario, las referencias dirigidas al fin, tal como lo pudiera entender subjetivamente el intérprete.

Siguiendo este método —enseña *Mandrioli*— se puede decir que: “la naturaleza de un instituto es la expresión sintética de la orientación del legislador en relación a la función del instituto, lo cual consiente determinados y limitados desarrollos de esta función, siempre que no se olvide, que la orientación funcional legislativa es siempre y solamente aquella que ha informado la estructura positiva del instituto”<sup>27</sup>.

En Italia se debe a *Calamandrei*, haber realizado mediante el análisis de las disposiciones legales del sistema del Código de 1865, la distinción doctrinal de varios grupos de providencias cautelares; doctrina que *mutatis mutandi* vale para la caracterización de los procedimientos cautelares previstos en el Código de 1942, entre los cuales se encuentran las *providencias de urgencia*, (art. 700 - 702) que es la denominación que trae el nuevo código italiano para las que *Carnelutti* prefiere llamar *providencias cautelares innominadas* <sup>28</sup>.

En efecto, una más profunda consideración de la función de las diversas medidas preventivas y de la relación de instrumentalidad existente entre la providencia cautelar, y la providencia definitiva, revela que según sea la naturaleza de la relación sustancial a tutelarse mediante el pceso principal, el grado y la intensidad de la relación de instrumentalidad de la providencia cautelar respecto de la providencia definitiva, admite diferencias esenciales, que dan origen a grupos diversos de providencias según la función propia de las mismas.

Así, *Calamandrei* distingue de aquellas providencias que tratan de suministrar anticipadamente los métodos idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho en litigio se produzcan cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables, aquellas otras en que la providencia interina trata de *acelerar* en vía provisoria la satisfacción del

---

27 Cfr. MANDRIOLI, Riv. cit. p. 553.

28 CARNELUTTI, Riv. Dir. Proc. Civ. 1943 II p. 78.

derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata en el juicio de mérito, caso en el cual la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida y constituye por ello una *declaración interina de mérito*, como ocurre v. gr. en los casos del derecho a los *alimentos*, o de las medidas que puedan dictarse en beneficio de uno de los cónyuges o de la prole en los *procesos de separación personal*, etc., en los cuales la providencia cautelar consiste en una *decisión anticipada de mérito*, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la regulación de carácter estable dictada en el proceso ordinario de mérito<sup>29</sup>.

Es la distinción que más en general hace *Carnelutti* del proceso cautelar, en *proceso cautelar instrumental* y *proceso cautelar final*, fijando la atención no tanto en los *efectos*, sino en los *finés* del proceso. Según esta doctrina, se entiende por proceso cautelar instrumental, el que tiende a garantizar los medios del proceso definitivo (secuestro judicial, proceso de instrucción preventiva, secuestro conservativo); y se entiende por proceso cautelar final, el que sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo, entre los cuales incluye *Carnelutti* el secuestro judicial ex Art. 670, N° 1 por el cual se trata de conservar la disponibilidad de la cosa que constituye el objeto del proceso para la parte que salga victoriosa en definitiva; el proceso por impugnación de deliberaciones de la asamblea, en los cuales, conforme al art. 2.378 del Código Civil italiano, el Presidente del tribunal o el juez instructor puede suspender la ejecución de las deliberaciones cuando se tienen graves motivos; el proceso de urgencia (Art. 700 C.P.C.) dirigido a la condena provisional en materia de alimentos, el cual tiende a evitar que la condena definitiva llegue demasiado tarde, etc.

Y en verdad —como enseña *Carnelutti*— el buen fin del proceso definitivo depende de dos órdenes de condiciones: que el Tribunal pueda disponer de los medios necesarios (pruebas y bienes), o que al final exista una situación de hecho que pueda equipararse a la relación jurídica

---

29 Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. N° 14 y 18, Conforme: CONIGLIO, ob. cit. p. 324. En contra: GUTIERREZ DE CABIEDES, ob. cit. p. 16.



declarada o constituida cierta por el juez. La primera de estas proposiciones es obvia —dice *Carnelutti*— pero en cuanto a la segunda observa que el proceso de alimentos, aunque culmine en una sentencia justa, vendría a ser inútil si, mientras la espera, quien los pide hubiera de morir de hambre; y sería idéntica la inutilidad del proceso de reivindicación de una cosa, si durante su curso, quién la posee llegare a esconderla o destruirla. En la primera hipótesis estamos en presencia de un proceso cautelar *instrumental*, y en la segunda, de un proceso cautelar *final* <sup>30</sup>.

Semejante a esta última hipótesis, es el caso referido no ya a un derecho material del solicitante de la medida, sino a uno *moral*, como el mencionado por *Calamandrei*, que se presentó en Francia:

“El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; y el pintor con objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podría presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica”.

No pudo saber *Calamandrei* si los jueces franceses encontraron en su ley la forma de ordenar la medida cautelar; pero afirma que “la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociese al juez civil el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén precisamente previstas por la ley”<sup>31</sup>.

Como se ve de lo expuesto hasta ahora, la cuestión depende fundamentalmente de la mayor o menor amplitud que tenga la relación de instrumentalidad de la providencia cautelar con la definitiva. *Coniglio* nos cita la posición muy ortodoxa de *Falzea*, que si bien está dirigida a

30 Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones* cit. Vol. I, n. 45.

31 Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. p. 65-66.

la hipótesis de la separación personal y a la providencia que puede dictar el presidente del Tribunal en beneficio de los cónyuges y la prole, revela una concepción del asunto que pudiera extenderse al caso de las medidas innominadas de urgencia bajo el código italiano de 1942.

Sostiene *Falzea*, que debe negarse carácter cautelar a la separación temporal de los cónyuges, porque ella no está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer en modo definitivo la observancia del derecho. Ella no está destinada a asegurar o facilitar la realización de la situación definitiva a través de una anticipación de sus posibles efectos, sino más bien a hacer frente a las inmediatas necesidades de los cónyuges. En el mismo sentido refiere *Coniglio* la posición similar de *Satta* en relación a los procedimientos relativos a la denuncia de obra nueva y daño temido. Y en efecto, este autor sostiene que los procedimientos relativos a la denuncia de obra nueva y de daño temido no se pueden considerar procedimientos cautelares en sentido propio, sino que se trata de procedimientos especiales, hechos necesarios por la particular naturaleza del interés que se tutela con la denuncia. No se puede en efecto decir —sostiene *Satta*— que con tales denuncias se busque asegurar la obtención de un bien por medio de los órganos jurisdiccionales, como ocurre con el secuestro, y que por tanto las providencias del juez que le siguen tengan carácter instrumental respecto a la realización de la tutela: aquí se trata sobre todo, de regular la controversia anticipadamente a la futura decisión en torno al derecho<sup>32</sup>. Pero en estos casos, se trata —como dice *Coniglio*— de una restricción inaceptable, y sin fundamento, que revela falta de consideración de las diferencias inherentes a la relación sustancial a la cual se refieren las providencias<sup>33</sup>.

Más recientemente, un escrito de *Calvosa* destinado a la demostración de la tesis según la cual la ordenanza presidencial ex art. 708 C.P.C. en el juicio de separación de los cónyuges sobrevive a la sentencia de primer grado, siempre que no sea provisoriamente ejecutiva, ha negado la existencia y la utilidad de la categoría de las providencias

32 Cfr. CONIGLIO, ob. cit. p. 324, nota 12. SATTA, *Diritto Processuale Civile*. PADOVA. 1950 p. 521. En el mismo sentido FIETTA, citado por CONIGLIO, ob. cit. p. 325 nota 14.

33 Cfr. CONIGLIO, ob. cit. p. 325.

llamadas anticipatorias o interinas<sup>34</sup>, lo que ha dado ocasión a *Mandrioli* para exponer una interesante noción estructural de tales providencias<sup>35</sup>.

La posición de CALVOSA negando la existencia y la utilidad de las providencias anticipatorias o interinas, puede resumirse así:

- Cuando se afirma que las providencias interinas presuponen necesariamente una situación de urgencia y son dictadas a fin de tener inmediatamente una solución provisoria de las cuestiones o de parte de ellas, que constituyen el objeto del juicio definitivo de mérito, se termina por admitir que la providencia interina presupone un estado de peligro inminente y actual, que amenaza a una situación subjetiva activa.
- Atribuir a la providencia interina la función de solución provisoria y preventiva de las cuestiones que después serán decididas en la providencia definitiva de mérito, es lo mismo que decir que se da vida a un medio para evitar que la situación sustancial contestada y todavía no decidida definitivamente, puede ser inmediatamente comprometida.
- No es verdad en absoluto, que con la providencia que dispone la asignación alimentaria se resuelva preventivamente y en vía provisoria, la cuestión relativa al derecho a los alimentos, sino que se provee sobre todo a obviar el peligro de que uno de los dos cónyuges, el alimentando, pueda, a la espera de la decisión de la causa de mérito .... morir de inanición.
- En abstracto, —dice *Calvosa*— hay una contienda entre sujetos en torno a una situación subjetiva o a varias situaciones que uno de ellos pretende existente; hay el peligro inminente de que la situación subjetiva no sea suficientemente garantizada por la ordinaria tutela normativa y más bien hay tal vez la certeza de que la ordinaria tutela normativa resultaría ineficaz. Y hasta aquí, no se ve precisamente cuál diferencia exista entre la función de las providencias cautelares y la de las providencias interinas, ni se ve, cuál utilidad se consiga, ya desde el punto de vista estrictamente dogmático, o bien desde el punto de vista práctico, haciendo entrar las providencias presiden-

34 Cfr. CALVOSA, *Sui Provvedimenti Presidenziall ex art 708 Cod. Proc. Civ.* en Riv. Dirit. Proc. 1962. pág. 19 y s.s.

35 Cfr. MANDRIOLI, "Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali", en *Riv. Dirit. Proc.* 1.964 p. 551 y s.s.

ciales en esta nueva categoría, diversa y distinta, pero sólo en apariencia, de aquella de las medidas cautelares.

- Se debe siempre concluir, —dice *Calvosa*— en el sentido de que la providencia interina tiene una relación de instrumentalidad con respecto a la situación sustancial amenazada del peligro inminente de la violación y por tanto actúa como cautelar respecto de aquella situación sustancial, frente a la cual la tutela normativa ordinaria se demuestra insuficiente e inadecuada. Pero como también las medidas cautelares dan lugar a una relación de instrumentalidad con la situación sustancial cautelada y la relación de instrumentalidad respecto de la providencia definitiva no sólo no es específica de toda medida cautelar, sino que aparece, de un atento análisis, como algo complementario, o más precisamente, como un medio para llegar a garantizar la situación sustancial, no garantizada suficientemente por la ordinaria tutela normativa, queda demostrado con esto, que ninguna diferencia, al menos bajo el perfil de la función, ni tampoco bajo el de la estructura, puede reconocerse entre las dos categorías: de las medidas cautelares y de las providencias interinas.
- Si se desvinculan, por tanto, las providencias cautelares de aquella relación de instrumentalidad funcional con la providencia definitiva de mérito; si se reconoce que toda providencia cautelar está dirigida a garantizar una situación sustancial, a hacer más segura la tutela normativa, a prevenir eventuales y probables violaciones de la situación subjetiva activa, o pretendida tal, toda diferencia entre providencia cautelar y providencia interina, desaparece.
- Tanto las providencias interinas, como las medidas cautelares, tienen causa en la exigencia de prevenir y evitar la irreversible violación de la situación subjetiva sustancial y de reforzar, mediante un sistema de oportunas garantías, la tutela normativa ordinaria, de tal modo que parece coherente que las unas y las otras deban ser consideradas como pertenecientes al mismo género, aún distinguiéndose en especies diversas. Del resto, en el ámbito del más amplio género de las medidas cautelares, es conveniente distinguir diversas especies, en particular con referencia a la estructura de los procedimientos en los cuales tales medidas se insertan, porque no resulta en absoluto fácil construir un paradigma, único para todas las especies de las medidas cautelares.

- En conclusión —afirma *Calvosa*— “se trata en verdad, a mi parecer, de una especie del género providencias cautelares, caracterizadas por algunas desviaciones estructurales, consiguientes a la especialidad de la relación sobre la cual la providencia incide”<sup>36</sup>.

Hemos querido exponer con la mayor fidelidad este resumen de la exposición de *Calvosa*, y hacer abstracción de particularidades que tienen su origen en el sistema positivo italiano de las providencias relativas a la separación personal de los cónyuges y especialmente en el art. 189 de las Disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Civil, que dan al tema tratado por *Calvosa* una especial trascendencia de derecho positivo en Italia, pero que nos alejaría del enfoque general del tema de las medidas cautelares innominadas de que tratamos, deseando sólo extraer de este importante estudio del procesalista italiano aquellas líneas de pensamiento del autor que contribuyen a la construcción de una teoría general de dichas providencias.

A tales dudas y negaciones de *Calvosa* en su mencionado escrito, responde *Mandrioli* con un penetrante estudio de la noción estructural de las providencias anticipatorias o interinas que lo llevan a definir un esquema abstracto de lo que llama “la técnica de la anticipación” y su función propia, demostrando a la vez, sobre bases positivas, que el legislador italiano ha construido diversas clases de providencias según ese esquema, entre ellas la ordenanza presidencial ex art. 708 C.P.C.; la providencia provisoria alimentaria ex art. 446 Código Civil; el nombramiento del tutor o del curador provisorio en el proceso de interdicción y de inhabilitación; las providencias de urgencia ex art. 700 C.P.C., etc.; concluyendo con la afirmación de la existencia de una neta contraposición, sobre bases estructurales y no puramente funcionales, entre las providencias cautelares y las providencias anticipatorias.

De todo este desarrollo, extraeremos solamente aquellos conceptos que interesan al propósito general del presente estudio de las providencias cautelares innominadas, sin entrar en la discusión de los aspectos específicos de derecho positivo italiano que dieron origen al escrito de *Calvosa* y a la contestación de *Mandrioli*.

En resumen puede decirse que *Mandrioli* destaca la contraposición estructural existente entre las providencias cautelares y las providencias

---

36 Cfr. CALVOSA, Riv. cit. p. 41-45.

anticipatorias o “interinales”, entendiéndose por éstas, aquellas que el legislador ha construido con la *técnica de la anticipación*, es decir, aquella técnica cuyo *elemento estructural* está dado por el hecho de que la providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado incide, al menos en parte, sobre la misma materia que constituirá el objeto de aquella sentencia; y cuyo *elemento funcional* inmediato, está dado por la exigencia de obviar el retardo con el cual será pronunciada la sentencia de primer grado, con la consiguiente implícita limitación de la duración de la providencia anticipatoria por el tiempo que dure el juicio de primer grado<sup>37</sup>.

Si descomponemos este concepto final de las *providencias anticipatorias*, en los diversos elementos que lo configuran, encontramos las siguientes características de dichas providencias, según la posición sostenida por *Mandrioli*:

- a) Que la providencia *anticipatoria* está destinada a ser pronunciada antes de la sentencia de primer grado.
- b) Que la providencia anticipatoria llega primero a la meta de la otra (anticipante), pues cuando se dice que un fenómeno anticipa a otro, no se dice solamente que viene antes que el otro, sino también, que llega primero a la misma meta del otro; de tal modo que la providencia anticipante está comprendida en los límites objetivos de la anticipatoria.
- c) Que en la providencia anticipatoria se cumple una combinación de la *anterioridad cronológica* con la *dirección funcional*. De tal modo que el elemento funcional concurre a cualificar la técnica de la anticipación en el sentido de que el empleo de dicha técnica se puede encontrar solamente cuando la ley configura una providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado sobre su mismo objeto y para conseguir su mismo fin; de donde se deduce que bajo el perfil de la técnica jurídica procesal, no puede haber otra razón para anticipar la decisión de primer grado sino aquella de obviar el hecho de que ella no puede ser pronunciada inmediatamente. Es esta la razón funcional típica o jurídica, y puede decirse connatural a la técnica de la anticipación, independientemente de que pueda existir otra “razón política” que aconseje también proveer inmediatamente<sup>38</sup>.

37 Cfr. MANDRIOLI, Riv. Dirit. Proc. 1964 p. 558-559.

38 Cfr. MANDRIOLI, Riv. cit. p. 555-559.

Así concebida por *Mandrioli* la “técnica de la anticipación” y las providencias anticipatorias que pueden dictarse conforme a dicha técnica, las dificultades pueden presentarse no tanto en el plano abstracto, sino en el concreto y práctico, cuando se trata de identificar en la ley positiva los elementos estructurales y funcionales que justifican la técnica, sobre todo, si se toma en cuenta la diversidad de expresiones que se adoptan en las legislaciones para consagrar las medidas cautelares innominadas y especialmene las *anticipatorias* que son una especie de aquéllas.

Un ejemplo de lo afirmado puede verse en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, redactado conforme a la Ley 24 del 6 de agosto de 1948, en el cual la regulación de las medidas innominadas quedó restringida a las “obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas”, y su función limitada a “asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere”; lo que parece indicar, que bajo tal normativa no cabría una medida anticipativa, sino exclusivamente una conservativa<sup>39</sup>.

Esta dificultad no ha escapado a la mente de *Mandrioli*, cuando al tratar de la contraposición estructural entre las providencias cautelares y las anticipatorias<sup>40</sup>, considera que la técnica anticipatoria está presente en las *providencias de urgencia* ex art. 700 C.P.C. italiano, “aunque su contenido no coincida necesariamente con el de la sentencia de primer grado”.

Y en efecto, por la estructura de la norma contenida en el art. 700, pareciera que ella estuviera orientada más bien en sentido instrumental y no anticipatorio, puesto que se refiere al fin de *asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito*, y al peligro que se teme *durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria*; a tal punto que el citado autor ha tenido que apelar a la generalidad con que está concebida la norma, y considerar que la fórmula de la ley, precisamente porque es tan amplia, incluye seguramente también la hipó-

---

39 Cfr. Para la reforma española: FAIREN GUILLÉN, “Los procesos y medidas cautelares”, en colaboración con los Dres. Juan Montero Aroca, Francisco Fuentes Carsi, adjuntos a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, y los profesores ayudantes de la misma, Lic. Vicente Docabo Alberti, Manuel del Hierro García y Rafael Fernández Sanchiz, en el *El sistema de medidas cautelares*. Eunsa. Pamplona. 1974, pág. 37-106, especialmente pág. 100 y ss.

40 Cfr. MANDRIOLI, Riv. cit. p. 57.

tesis de un pronunciamiento sobre la misma materia destinada a constituir objeto de la decisión de primer grado, pudiendo referirse también a una hipótesis diversa<sup>41</sup>.

Lo mismo puede decirse para el derecho alemán cuando se trata de la medida cautelar innovativa prevista en el art. 940 de la ZPO, en el cual se establece en forma muy general la facultad de dictar la providencia “con el fin de regular un estado de cosas provisorio en orden a una relación jurídica controvertida, en tanto en cuanto tal regulación aparezca necesaria para evitar graves inconvenientes, o para obviar el peligro de violencia o por otros motivos”<sup>42</sup>; y para el derecho brasileiro (Art. 798 C.P.C.), en el cual la norma está redactada con la mayor amplitud, dejando a la discreción del juez apreciar la clase de providencia más adecuada para prevenir que una parte antes de la decisión de la litis, pueda causar al derecho de la otra lesión grave o de difícil reparación.

También el nuevo código venezolano (Art. 588 Parágrafo Primero) establece en forma muy general la facultad del juez de “acordar las providencias cautelares que considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos, para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

Recientemente en Venezuela, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, mediante providencia de fecha 14 de septiembre de 1987 declaró sin lugar la oposición formulada por la Procuraduría General de la República a las medidas dictadas el 17 de agosto de 1987, con fundamento en el Art. 588 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Se trataba de un Recurso de Amparo Constitucional intentado por los integrantes de la Orquesta Sinfónica Venezuela y miembros de la Junta Directiva de la Sociedad del mismo nombre, contra el Consejo Nacional de la Cultura (CONAC), en el cual se pedía al Tribunal: 1º. Ordenar al Consejo Nacional de la Cultura (CONAC) la inmediata entrega a la Junta Directiva de la Sociedad Orquesta Sinfónica Venezuela, del subsidio

---

41 Cfr. MANDRIOLI, Riv. Cit. p. 565.

42 Cfr. ROSENBERG, *Tratado* cit. Vol. III p. 280.



otorgado por el Congreso de la República, mediante Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 1987, para el pago de sueldos, jubilaciones y gastos de funcionamiento de la citada Orquesta Sinfónica Venezuela, con cargo para su ejecución al Consejo Nacional de la Cultura (CONAC); y 2º Proteger a la Sociedad en el uso del nombre Orquesta Sinfónica Venezuela, que le pertenece, pues un Decreto Presidencial N° 1671 de fecha 10 de agosto de 1987 creó una nueva “Fundación Orquesta Sinfónica Venezuela”.

El Tribunal, en la providencia confirmatoria de las medidas consideró:

“Que se da en el presente caso el presupuesto del Art. 588 el Código de Procedimiento Civil, Parágrafo Primero, porque los recurrentes, además de Directivos de la Orquesta Sinfónica Venezuela, son instrumentistas y músicos de la misma, que dependen para su sostenimiento del subsidio que les concedió el Congreso Nacional y que no les ha sido pagado en cuanto a sus sueldos, y jubilaciones ya causados, y que de no ordenar su pago inmediato, tal como lo prevee el artículo 4º de la Constitución Nacional, no se estaría restableciendo con la prontitud exigida por dicha norma la situación jurídica infringida, y los integrantes de la Orquesta Sinfónica Venezuela, tendrían que esperar el resultado de un juicio ordinario, con sus respectivos recursos e incidencias, para finalmente obtener el derecho a ese pago y luego esperar también la tramitación administrativa para que una vez ordenado dicho pago en el Presupuesto que corresponda, poder recibir el mismo”.

En la referida decisión se percibe claramente la naturaleza anticipatoria de la providencia, tanto por su elemento *estructural*, consistente en que ella tiene por objeto la misma materia sobre la cual ha de versar la sentencia de primer grado, como por el elemento *funcional* inmediato, de obviar el retardo de la providencia de mérito y hacer cesar la continuidad de la lesión del derecho invocado por la Sociedad recurrente, que evidentemente afecta al sostenimiento de las personas que trabajan como instrumentistas en la Orquesta, así como también a la subsistencia de la propia institución cuyos gastos de funcionamiento son cubiertos por el subsidio reclamado.

Aquí, si bien la ley (Art. 588 Parágrafo Primero C.P.C.) no determina expresamente que la providencia cautelar deba referirse a la misma materia de la providencia de mérito, no cabe duda de que este elemento estructural está implícito en la fórmula general de la citada norma legal,

que deja al juez la discreción de elegir aquella medida que considere adecuada al fin de hacer cesar la continuidad de la lesión.

Un caso semejante se presentó en Italia ante el Pretor de Tortona, el cual dictó la Ordenanza del 13-05-43 en el caso *Barzizza* versus *Vannucci*, que dio origen a un importante desarrollo doctrinal sobre la naturaleza de las medidas de urgencia ex Art. 700 C.P.C. italiano.

Se trataba de un recurso promovido el 26 de abril de 1943 por *Alberto Barzizza*, quien había tomado en arrendamiento de *Agostino Guagnini* en enero de 1943 tres habitaciones para ocuparlas con su familia, habiendo pagado anticipadamente el monto de tres mensualidades al arrendador, el cual le había entregado las llaves.

El alojamiento estaba para ser ocupado por el arrendatario, cuando el “podestá” del lugar permitió la apertura de las puertas para ser ocupado provisoriamente por la familia de *Vannucci*, proveniente de Génova. Mientras la ocupación de los locales por parte de *Vannucci* no estaba apoyada en ningún título, el recurrente *Barzizza* tenía al contrario un innegable derecho, fundado en el arrendamiento, a obtener la posesión de los locales, y existía también la urgencia de *Barzizza* de obtener inmediatamente la disponibilidad de los mismos, por lo que pedía al Pretor tomase las oportunas informaciones, oyese a los testigos y declarase su derecho con prioridad al de *Vannucci*, e intimase a éste, con providencia de urgencia ex art. 700 C.P.C. a desocupar los locales dentro de cinco días a partir de la notificación de la providencia<sup>43</sup>.

El Pretor de Tortona se encontró así, frente a una petición cautelar diferente de la generalidad de las medidas, las cuales se encuentran, frente a la providencia definitiva como un *quid minus*. Aquí, al contrario, la providencia cautelar solicitada, no se diferencia en absoluto de la definitiva, y se puede decir que, en vez de asegurar los efectos de la decisión de mérito, anticipa su actuación. Y, esto, frente a la disposición del Art. 700 C.P.C. según el cual la providencia de urgencia debe ser idónea para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión de mérito. Pero esto no debe sorprender —dice el Pretor— porque una providencia que mire a eliminar el perjuicio insito puramente en el retardo, no puede ser sino una providencia de esta naturaleza. En otras palabras, para que la medida cautelar pueda, en casos análogos a éste,

---

43 Cfr. *Il Foro Italiano*. 1943. Parte Prima. Col. 293 p. 770 con nota de Virgilio Andrioli.

asegurar provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva, es indispensable que los actúe inmediatamente (providencia anticipatoria).

En este sentido la Relación Grandi es explícita al comentar la transformación sufrida por el sistema de las medidas preventivas en el código de 1942, y poner de relieve que en el nuevo sistema, “el juez está en condiciones de tomar con urgencia las medidas provisorias adecuadas para conservar inmutada la situación de las cosas mientras duran los trámites del procedimiento ordinario, asegurando así que la resolución definitiva, si bien deba necesariamente demorar, sea en todos los casos prácticamente útil y eficaz”<sup>44</sup>.

Ciertamente —dice *Andrioli* en la nota a la decisión del Pretor— en el tipo de medidas cautelares finales, en las cuales la providencia tiende a anticipar en el tiempo la sentencia de mérito, aparece más grave la misión del magistrado, el cual, sobre la base de un conocimiento sumario está llamado a emitir un pronunciamiento cuyos efectos son idénticos a los que produce la sentencia definitiva; pero mientras estas observaciones, como justamente ha puesto de relieve el Pretor de Tortona, inciden sobre la fundamentación y no sobre la admisibilidad de la demanda, el contrapeso de tanta responsabilidad está en la carga impuesta por el art. 702 al actor, de promover en el término perentorio el juicio de mérito<sup>45</sup>.

## 5. Duración de las medidas innominadas

La duración de las medidas innominadas, como la de cualquier otro tipo de medidas cautelares, es provisoria. Su función se agota con el pronunciamiento de mérito que decide el asunto que dio origen a la medida. En este punto, se discute en doctrina y en jurisprudencia, si basta con el pronunciamiento de la sentencia de mérito, o si es necesario que ésta haya pasado en autoridad de cosa juzgada para que cese la medida. No obstante la posibilidad de aislar una regla general que solucione el problema en abstracto, la cuestión se encuentra muy vinculada al sistema positivo de las diversas legislaciones, lo que dificulta una solución uniforme para todos los casos.

---

44 Cfr. Rel Grandi, N° 32.

45 Cfr. ANDRIOLI, Il Foro Italiano, cit. p. 771.

a) En Italia, una decisión del Pretor de Verona del 20 de mayo de 1935 había sentado el principio según el cual: “La sentencia del tribunal, que rechaza la demanda de separación personal propuesta por la esposa, y contra la cual el marido había opuesto apelación, no quita eficacia al decreto con el cual el presidente del tribunal, fallido el intento de conciliación, ha asignado a la esposa, pendiente el proceso de mérito, una pensión de alimentos”.

La decisión fue más tarde modificada por el tribunal sentando el principio contrario: “La sentencia del tribunal, que rechaza la demanda de separación personal propuesta por la esposa y contra la cual el marido ha opuesto apelación, quita eficacia al decreto con el cual el presidente, ha asignado a la esposa, pendiente el proceso de mérito, una pensión alimenticia”.

Se trataba como aparece de la máxima arriba transcrita de un proceso de separación personal entre cónyuges, en el cual el presidente del tribunal había concedido a la esposa una pensión de alimentos y remitido a las partes ante el colegio para la decisión. El tribunal rechazó la demanda de separación propuesta por la esposa y ésta apeló. Por otra parte, el marido, después de la victoria en primer grado, no pagó más la suma mensual establecida a título de alimentos y la esposa accionó *in executivis* valiéndose como título, del decreto del presidente. El marido se opone y sobre la oposición, el Pretor juzga que el decreto no había perdido su eficacia, puesto que el proceso definitivo se encuentra pendiente en grado de apelación; pero el tribunal reforma la sentencia.

La Pretura de Verona que rechazó la oposición del marido, argumentó el punto de derecho así:

“La oposición es infundada, porque es sabido que una sentencia, en tanto es coercitivamente productora de efectos jurídicos en cuanto es ejecutiva. Para ser ejecutiva, tal sentencia debe ser declarada tal por la autoridad que la dicta o debe ser pasada en cosa juzgada o simplemente lo debe ser por taxativa disposición de la ley.

Al contrario, la sentencia del tribunal, en este caso, ha sido apelada y por ello no tiene por el momento alguna fuerza coercitiva para derogar el decreto presidencial, que está siempre en vigor y constituye título

ejecutivo, del cual el cónyuge a favor de quien fue dictado, puede valerse hasta que no haya una abrogación con fuerza coercitiva o ejecutiva”<sup>46</sup>.

Como se ve, en el caso entraron en consideración, circunstancias tales como: el valor de título ejecutivo del decreto; la falta de una declaración de ejecución provisoria para la sentencia dictada por el tribunal, y otras que son particulares del derecho italiano vigente al momento de la sentencia; por lo que las máximas de la misma deben ser acogidas con reserva cuando se trata de legislaciones en las cuales no existen regulaciones semejantes, como el valor de título ejecutivo del decreto o la condena con cláusula de ejecución provisoria, etc.

Sin embargo, acudiendo a la teoría general expuesta en la nota referida, podemos remontarnos a algunos principios fundamentales que pueden orientar la solución en otros casos semejantes.

Desde un punto de vista general, puede observarse con *Carnelutti*, que la eficacia de la providencia cautelar es provisoria o temporal; tiene siempre un *dies ad quem*, consistente en el momento en que pasa en autoridad de cosa juzgada la decisión jurisdiccional de la litis.

Cuando ocurre el vencimiento del plazo, la eficacia de la providencia cautelar se extingue<sup>47</sup>. En esencia —según *Carnelutti*— la cuestión se reduce a establecer, si cuando se considera extinguida la providencia cautelar, está en juego la *eficacia imperativa* o la *eficacia ejecutiva* de la sentencia de mérito, porque esta última es tan diversa de la primera, que se comprende en la noción de la eficacia *externa* de la cosa juzgada<sup>48</sup>.

Tratando de expresar en los términos más simples la diferencia anotada por *Carnelutti*, puede decirse que la eficacia imperativa de la sentencia es manifestación de su eficacia *interna*, propia de toda sentencia, en cuanto acto de voluntad del juez, que da valor a la sentencia por lo que ordena en su dispositivo; en cambio, la eficacia *externa*, comprende no sólo el efecto querido por el juez, sino todo otro efecto que una norma jurídica atribuye a la sentencia por el hecho de haber sido

---

46 Cfr. Riv. Dir. Proc. Civ. 1937, II, p. 97, con nota crítica de CARNELUTTI: *Durata del provvedimento*.

47 Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, Vol. I, N° 116. En el mismo sentido, CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit. N° 28. CONIGLIO, ob. cit. p. 332, N° 8.

48 Cfr. Para el desarrollo de estas nociones: *Sistema*, Vol I, Nos. 94, 103 y 116.

pronunciadas, como son v.gr. su ejecutoriedad o fuerza ejecutiva, de la cual, la eficacia de título ejecutivo o eficacia para la ejecución forzada es el ejemplo más importante.

Hacer cesar la providencia cautelar, entra en la eficacia ejecutiva de la sentencia —dice *Carnelutti*— y por ello se excluye que pueda producir ese efecto una sentencia que no haya adquirido todavía tal eficacia.

En el derecho positivo italiano, tanto en base al art. 561 del código de 1865, como al art. 683 del Código de Procedimiento Civil de 1942, la cesación de la medida de secuestro depende del carácter ejecutivo de la sentencia, al establecer esta norma que: “El secuestro pierde su eficacia si con sentencia pasada en cosa juzgada, es declarado inexistente el derecho a cautela del cual había sido concedido”. Y esta disposición —enseña *Carnelutti*— si bien se refiere en particular al secuestro, es aplicable por analogía a cualquier providencia cautelar, puesto que su *ratio* se refiere a las providencias cautelares en general<sup>49</sup>.

Puede concluirse pues, que el principio según el cual, la duración de la medida cautelar cesa con el pronunciamiento de la sentencia de mérito pasada en autoridad de cosa juzgada, es el principio dominante en la doctrina; y que las discrepancias de la jurisprudencia se manifiestan principalmente sobre cuestiones accesorias, muy particulares y de derecho positivo, que ha venido presentando la práctica, como son v.gr. la relativa a la ejecución provisoria de la sentencia parcial que revoca el secuestro<sup>50</sup>; la que se refiere a la revocación de la ordenanza que dispone la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada en tema de demanda de revocación y en tema de oposición de terceros<sup>51</sup>; la que establece que la sentencia que rechaza la demanda de separación personal no tiene eficacia para excluir la pensión alimenticia en cuanto a las mensualidades vencidas antes del pronunciamiento de la senten-

49 Cfr. CARNELUTTI, Riv. Dir. Proc. Civ. 1937, II, p. 99.

50 Cfr. Riv. Dir. Proc. 1948, II, p. 81, con nota de CALVOSA: *Sui rapporti tra il giudizio di merito e il giudizio di convalida del sequestro conservativo*. Cfr. Riv. Dir. Proc. 1949, II, p. 15, con nota de CARNELUTTI: *Esecuzione provvisoria della sentenza che neq̄a la convalidazione del sequestro*.

51 Cfr. Riv. Dir. Proc. 1949, II, p. 210 con nota de CALVOSA: “In tema di provvedimenti cautelari innominati.

cia<sup>52</sup>, etc., casos éstos, en los cuales, no obstante el interés práctico que encierran y la riqueza de las doctrinas que apoyan su solución positiva no afectan en absoluto la validez del principio general dominante relativo a la duración de las medidas cautelares antes mencionado.

## 6. Conclusiones

Después de este recorrido por los que consideramos los aspectos fundamentales para una conceptualización de las medidas cautelares innominadas, podemos extraer algunas conclusiones que pudieran contribuir a la construcción de una teoría general de las medidas cautelares, comprensiva de este tipo de las innominadas, que cada día más se hace presente en las legislaciones procesales modernas.

1ª) Las medidas innominadas son una especie de las medidas cautelares; manifestación de un poder cautelar general concedido por la ley al juez para que según su prudente arbitrio y con criterio de oportunidad, según las circunstancias, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes en el proceso.

2ª) Por su naturaleza cautelar, las medidas innominadas se encuentran en una relación de instrumentalidad con la providencia de mérito cuyos efectos vienen a asegurar provisoriamente. Pero por su estructura, la instrumentalidad de la medida puede ser más o menos amplia, de tal modo que en unos casos se limita a prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo y asegurar los medios del proceso definitivo (*medida conservatoria*); mientras que en otros, la medida tiende a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, e incide sobre la relación sustancial que será objeto de la sentencia de mérito mediante una providencia anticipada y provisoria que da satisfacción al derecho discutido en el mérito (*medida anticipatoria*), hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la definitiva dictada en el proceso.

---

52 Cfr. Riv. Dir. Proc. 1962. p. 664, con nota de CARNELUTTI: *Efficaci del rigetto esecutivo della domanda di separazione coniugale sul provvedimento urgente del presidente intorno agli alimenti.*

3ª) Por su función las medidas innominadas, lo mismo que las nominadas o típicas contempladas en la ley, tienden a prevenir el daño que puede ocasionar a la parte la mora del proceso (*periculum in mora*), por el hecho de que la providencia de mérito no puede ser dictada inmediatamente, al proponerse la demanda. Pero tratándose de medidas anticipatorias, el peligro de la mora no consiste tanto en la dilación de la providencia de mérito —la cual pudiera alcanzar su efectividad con el aseguramiento de los bienes preventivamente proporcionado por una medida conservatoria típica— sino más bien, en el prolongarse del estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte; lo que justifica, por un lado, la urgencia de la medida y por otro, la anticipación provisoria de los efectos de la eventual providencia estimatoria de la demanda.

4ª) La técnica de la anticipación, si bien es propia del legislador al concebir el sistema cautelar positivo en la ley procesal, puede ser empleada por el juez, aun cuando la generalidad de la norma no permita identificar bien su estructura anticipatoria, si la naturaleza de la relación sustancial la aconseja; pero siempre consultando el juez lo más equitativo o racional en obsequio de la justicia y de la imparcialidad, porque aquí —como ha observado *Andrioli*— aparece más grave la misión del juez, el cual, sobre la base de un conocimiento sumario, está llamado a emitir una providencia cautelar cuyos efectos son idénticos a los que produce la sentencia definitiva.

Por ello, en el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.



3. La Incidencia para convertir el “acuerdo arbitral y cláusula compromisoria” en Convenio Arbitral propiamente dicho. Trámites y efectos”.
4. Arbitraje en Segunda Instancia.
5. El Tribunal Arbitral.
6. Recursos contra el laudo arbitral: Nulidad del laudo y Recurso de Casación..- Invalidación contra la decisión arbitral.
7. Algunas consideraciones sobre el arbitraje especial en materia de Seguros.

### **Advertencia Preliminar**

Las anotaciones que seguidamente formulamos no pretenden ser un análisis de profundidad sobre el tema del arbitraje, sino la manera de expresar nuestras inquietudes sobre dicho asunto, con las cuales hube de complementar las respuestas a un cuestionario enviado al Comité Ibero Latino Americano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (CILA AIDA) sobre la incidencia del Arbitraje en el Contrato de Seguros y de Reaseguros.

Con vista a ello, a la poco clara redacción de nuestro Código de Procedimiento Civil al respecto, a la en todo caso insuficiente regulación de la materia, y limitados como estábamos de hacer un estudio de mayor extensión sobre el tema en el cual no se centraba precisamente el objeto del Cuestionario, optamos por hacer estas “Consideraciones Procesales” sobre la institución del Arbitramento, en las cuales hemos procurado precisar y esbozar algunos tópicos sobre el trámite procesal del Arbitramento, la eficacia de los “acuerdos arbitrales y del convenio arbitral propiamente dicho” que por supuesto ni agotan el tema, ni pretenden sentar doctrina, sino justificar la reticencia a la incorporación en nuestro sistema de la institución arbitral y explicar de algún modo el porqué de las causas de su rechazo y no definitiva acogida como eficaz, ágil, rápido, serio y útil instrumento para resolver los conflictos y litigios entre las partes, características estas de la institución que cada vez ponen más de relieve la importancia de la misma a nivel mundial, el que haya sido materia principal del último Congreso Mundial de Derecho Procesal en Sicilia y tema fundamental del Congreso Ibero Latino Americano de Derecho Procesal en Roma.

Espero que sean de utilidad estas cortas líneas sobre la materia y que produzcan la polémica y el entusiasmo necesario entre los estudiosos del derecho, para que surja la luz, y la idea definitiva de una reforma

legislativa en que se entronice realmente el arbitramento, la conciliación y la mediación en nuestro medio, y seguros estamos que serán de mejor efecto que las tan publicitadas reformas de nuestro sistema judicial, otro enfermo grave de nuestra democracia, con impensables consecuencia en nuestro medio social.

Tales reflexiones son las que constituyen las líneas que seguidamente se transcriben.

### **1. ¿EXISTE EN VENEZUELA UNA JURISDICCIÓN ARBITRAL?**

En nuestro país no puede hablarse en propiedad de una “jurisdicción arbitral” propiamente concebida como tal ni regulada en la Ley, en tanto que, en efecto, nuestra normativa adjetiva sólo contempla al Arbitraje dentro de los Procedimientos Especiales admitiéndolo en el sistema procesal venezolano como un medio convencional establecido por las partes para la resolución de sus conflictos de intereses, con miras a sustraer la decisión del caso concreto de la jurisdicción ordinaria, y por la vía de un medio de autocomposición procesal.

Tal como se constata de nuestra normativa procesal, la regulación que da nuestra Ley al Arbitraje (Código de Procedimiento Civil —reforma de 1987—, y Tratados Internacionales suscritos por Venezuela<sup>1</sup>, la institución se la reconoce y acoge como “medio sustitutivo” del jurisdiccional, por el cual se obtiene solución a tales divergencias con la decisión pronunciada por árbitros de derecho o árbitros de equidad (arbitradores),

---

1 Código de Procedimiento Civil de Venezuela (Reforma), Gaceta Oficial de la República de Venezuela (GO) 4196 Extraordinaria de fecha 2 de agosto de 1990, en la cual se hicieron pocas modificaciones al texto original de la reforma del Código de Procedimiento Civil publicado en la GO 3694 Ext de fecha 22 de enero de 1986, conocido como Código de Procedimiento Civil de 1987.

Tratados Internacionales. Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. GO 4832 Ext. del 29 de diciembre de 1994. Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros Arbitrales, GO 33.144 del 15 de enero de 1985. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, GO 33.120 del 22 de febrero de 1985. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito por los Países Miembros del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, en vigor desde Octubre de 1984. Publicaciones del CIADI, Banco Mundial, Washington, 1985. Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, GO 4822 Ext del 23 de diciembre de 1994.

en asuntos que no sean atinentes al estado de las personas, divorcio o separación de los cónyuges, o en aquéllos en que no esté impedida la celebración de la transacción (en otras palabras, asuntos en que no esté comprometido el orden público), tal como lo prevén expresamente los artículos 608 al 629 del comentado Código Adjetivo<sup>2</sup>.

Así pues, las soluciones arbitrales contempladas en nuestro ordenamiento, constituyen una vía sustitutiva de la actividad jurisdiccional, de origen meramente convencional, limitada a ciertos asuntos y que opera como un medio de autocomposición procesal de esos conflictos, pero con la expresa advertencia de que declarado válido el compromiso en referencia y exigible la constitución del Tribunal Arbitral, las decisiones que éste pronuncie, ponen fin al conflicto de intereses y dan lugar a Cosa Juzgada.

No es ciertamente un medio “jurisdiccional” en tanto que como veremos adelante, los árbitros, per se, no pueden hacer ejecutar sus decisiones en forma independiente del órgano jurisdiccional ordinario, ni pueden ejercer potestad cautelar dentro de tales procesos, ni la existencia de dichos convenios da lugar en propiedad de términos a plantear una defensa *ad hoc*, por falta de jurisdicción, o de jurisdicción excluyente, por estar conociendo los árbitros del mismo asunto planteado luego ante un Tribunal ordinario, ni quitan “competencia” al órgano ante el cual se plantea su existencia y eficacia, al extremo de que suele ser él quien deba decidir sobre su exigibilidad y ordenar la constitución del órgano arbitral.

---

2 Al respecto nuestra normativa (Art. 1715 del Código Civil —CC—) declara ineficaz la transacción ante el Ministerio Público sobre lo que resulte materia de la acción penal, cuando aquella se celebra con ocasión de la acción civil derivada del delito y ejercida conjuntamente con aquella en el juicio penal; en adición la misma Ley sustantiva la declara sin efecto ante la cosa juzgada proveniente de sentencia que resolvió sobre el mismo asunto (Art. 1722 ejusdem), también la que recae sobre un objeto que no está en el patrimonio de las partes (Art. 1723 CC), con las excepciones de Ley, así como la que versa sobre un título nulo (1720 CC) y en general sobre cuestiones atinentes al orden público, argumentos que se derivan de los artículos 2 y 256 CPC, 1157 CC y de los principios generales de derecho. Es de observar, por lo demás, que durante cierto tiempo predominó la posición de excluir por igual el Arbitraje en asuntos en los que tenía interés el Estado, aun cuando no fueren atinentes a sus irrenunciables obligaciones y poderes que lo caracterizan, pero ya, nuestra propia Corte Suprema ha venido admitiendo su procedencia en las demás materias en que ordinariamente el Estado actúa como cualquier particular y no atinentes a sus funciones propias de ente rector de la sociedad.

A pesar de la defectuosa y confusa regulación de la materia en nuestro ordenamiento, preciso es destacar que el mismo Legislador admite, que una vez constituido el Tribunal: a) el órgano arbitral actúa como verdadero órgano jurisdiccional con la única particularidad que su poder de decisión del conflicto lo adquieren del convenio suscrito por las partes, acuerdo de voluntades éste en el cual le defieren a los árbitros esa potestad y en el que han establecido su voluntad de sustraerse de la decisión de la jurisdicción ordinaria; b) los árbitros que aceptan el cargo se convierten en verdaderos jueces, cuya conducta negligente o no diligente en el encargo asumido o las faltas en que incurran durante el desempeño de su encargo, los convierten en potenciales reos de denegación de justicia y sujetos a “recursos de queja”; y, c) finalmente, los demás órganos del mismo Poder Judicial y otras autoridades están en el deber de prestar su colaboración a esos órganos sustitutivos del poder judicial en el cumplimiento de las actividades propias del cargo (arts. 615, 622 CPC).

Ese convenio entre las partes es el resultado de un acuerdo de voluntades, formulado bien antes de la existencia del litigio judicial, como un simple pacto individual, o en la forma de una cláusula o modalidad establecida en un contrato (cláusula compromisoria) o también, una vez existente el proceso litigioso, realizado entonces tal acuerdo, mediante manifestación de voluntad conjunta de ambas partes, ante el Juez de la causa, o por acto auténtico que luego se presenta ante el Tribunal que conoce del asunto. En cualquiera de sus modalidades, la Ley fija requisitos y formalidades que debe contener dicho acuerdo de voluntades.

Ese compromiso, en cualquiera de sus modalidades, o en su caso, el contrato del cual forme parte la cláusula, obviamente, son un negocio jurídico, y por tanto deberá exigirse para su validez y exigibilidad todos los requisitos ordinarios para tal clase de actos (capacidad ordinaria para disponer, consentimiento válido, legitimación) y las demás menciones formales que exige especialmente la normativa procesal

El convenio en referencia da viabilidad así a un “medio de auto-composición procesal”, sustitutivo de la jurisdicción ordinaria.

El efecto de dichos acuerdos, según se trate, esto es, de un “compromiso antes de juicio para resolver los asuntos por árbitros” o el “convenio arbitral propiamente dicho, o sea, celebrado con ocasión de un litigio ya existente”, será diferente.

Así, en el primero de los casos, el solo “compromiso de someter a árbitros, y la cláusula compromisoria contenida en contrato”, sólo dará derecho a plantear una “INCIDENCIA” cuyo único objeto será determinar la exigibilidad judicial de declarar que el asunto debe ser resuelto por “árbitros”, sustrayendo la decisión del asunto de la autoridad judicial ordinaria, y dando lugar a la conversión de ese simple compromiso extra juicio en el verdadero “compromiso arbitral” cuya validez, exigibilidad y complementación deberá cumplirse en la mencionada incidencia ante el órgano judicial competente.

En cambio, el convenio arbitral *stictu sensu*, celebrado en juicio o demostrado en el proceso su existencia con ocasión de él, hará *ipso facto* que se suspenda el proceso en sede judicial ordinaria, con la obligación para el Juez de pasar los autos al conocimiento de los árbitros, y, agregaríamos nosotros, con el particular efecto procesal, que en lo adelante y como consecuencia de ello, hará nula e ineficaz toda actuación judicial sobre la materia <sup>3</sup>.

En adición a lo destacado antes, debemos señalar, que en virtud de la existencia del primero, no necesariamente las partes vienen obligadas a cumplirlo, pues si tácita o expresamente dan curso a la reclamación judicial de lo litigado, sin hacer valer la existencia del compromiso arbitral, debe entenderse renunciada la validez y eficacia de este último, reasumiendo la jurisdicción ordinaria su competencia para conocer y resolver el asunto; por el contrario, existiendo el segundo, tales posibilidades resultan negadas, y sólo se concebiría la readquisición de la competencia judicial ordinaria, en el supuesto de que dicho compromiso fuere declarado nulo o ineficaz o que el laudo fuere declarado nulo y ante la falta de nueva determinación de las partes de que el asunto lo resuelvan árbitros <sup>4</sup>.

---

3 No otro efecto puede derivarse de los términos en que están concebidos los artículos 608, 614, 617 y 2 CPC pero sería recomendable que en cualquier futura reforma de ley atinente al Arbitraje, claramente se estableciere así expresamente.

4 Tampoco la Ley es clara en tales supuestos, siendo las consecuencias enunciadas evidentes deducciones del autor de un examen somero que se haga de la normativa general sobre la materia. No podría llegarse al absurdo de mantener interminable el litigio. En tales casos, siendo inherente a la función del Estado garantizar la paz social, a nuestro entender él reasumirá la potestad jurisdiccional, y los jueces ordinarios readquirirán la competencia de la cual, las mismas partes, habían hecho excepción.

En el expresado orden de ideas, en nuestro sistema procesal, en tales supuestos y bajo tales condicionamientos, las partes convencionalmente, pueden resolver que sus diferencias y desacuerdos sean decididos por uno o mas árbitros, siempre en número impar, bien conforme a normas de derecho o por vía de equidad.

En el primer supuesto, los árbitros serán Arbitros de Derecho, y necesariamente deberán resolver conforme al contenido de las normas sustantivas y adjetivas del ordenamiento jurídico que regulen la materia objeto de litigio, y sólo podrán ser árbitros los abogados y en el segundo serán Arbitros Arbitradores y resolverán los asuntos conforme su leal saber y entender, por equidad, pudiendo ser los árbitros abogados o no (arts. 608 y 619 CPC).

Cualquiera sea el supuesto, debemos agregar que la Ley exige que la aceptación de los árbitros y constitución del Tribunal Arbitral, lo sea ante un órgano determinado de la jurisdicción ordinaria, fijando al efecto como “Juez del Arbitraje”, en forma exclusiva y excluyente a aquél que lo fuere para conocer del asunto sometido a arbitramento —obviamente, de no haber existido tales convenios—<sup>5</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Interno, desde el punto de vista del Derecho Internacional, nuestro país ha tomado posición diferente, pues en tales convenciones, que por igual admiten ese medio de resolución de conflictos, si parece reconocerse que la existencia de los mismos da lugar a una cuestión de falta de jurisdicción, susceptible, además, de ser controlada por vía del recurso especial de Regulación de Jurisdicción (Art.. 2 CPC).

## **2. MECANISMOS DADOS A LAS PARTES PARA SUSTRARSE EL CONOCIMIENTO DE LOS ASUNTOS ENTRE ELLAS DISCUTIDOS DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA**

Dado por admitido lo comentado anteriormente, pasamos a relacionar el mecanismo previsto en la Ley a fin de regular la operatividad de esos compromisos arbitrales y del convenio de arbitraje propiamente dicho, con la advertencia que para la mejor comprensión de la situación

5 En los casos de Convenio Arbitral propiamente dicho (judicial o con ocasión de juicio), pareciera que el Juez del Arbitraje lo será el mismo que siga conociendo en esa misma instancia del asunto.

en nuestro país de esa institución, analizaremos por separado, el problema mismo de la existencia de los mecanismos para hacer valer la voluntad de las partes de acogerse a esa vía sustitutiva de la jurisdicción ordinaria, y las de las formas y regulaciones para hacerlo en uno u otro de los casos en que procede.

**I. Validez y efectos de los acuerdos arbitrales antes de juicio y de las llamadas cláusulas compromisorias, tal como han sido definidas antes, en el sistema venezolano y de los Compromisos judiciales estrictu sensu (Convenios arbitrales judiciales)**

**I-1. Exigibilidad de los acuerdos arbitrales, antes de existir juicio y de las llamadas "Cláusulas compromisorias"**

Como lo hemos dicho, las partes pueden regular, anticipadamente todo conflicto de intereses o desacuerdo entre ellas, el que si de alguna manera surgiere discusión entre las mismas sobre determinado asunto o la manera de interpretar o ejecutar un contrato entre ellas suscrito, la solución de tal diferencia sea realizada por Arbitros de Derecho o por Arbitradores.

Antes de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1987, tales pactos carecían de eficacia, pues entonces, la Ley, por el prurito de reconocer el monopolio de la función jurisdiccional del Estado para resolver los conflictos entre particulares, se abstuvo de proveer ningún mecanismo legal y judicial que hicieren reconocer validez y eficacia a tales pactos.

Hoy, con la reforma de 1987, desde el punto de vista de derecho interno, sí existen mecanismos *ad hoc* para exigir compulsivamente ante la jurisdicción ordinaria, que se respete el contenido de dichos acuerdos de voluntad, a fin de que, surgido un conflicto entre las partes, la resolución del mismo, si se trata de asuntos susceptibles de arbitraje, puedan exigirse válida y compulsivamente, pero con el diferente efecto, frente al del que produce el convenio arbitral judicial, que es la otra modalidad para aplicar este medio sustitutivo jurisdiccional.

Mientras en el último caso hace cesar *ipso facto* el conocimiento que tenga el órgano jurisdiccional ordinario sobre el caso planteado, el primero sólo da lugar a una Incidencia Procesal, en la cual, como se verá, no impedirá al Juez continuar conociendo del juicio, ni evitará que otro asuma el conocimiento del mismo, sino que con ella, fundamentalmente

se producirá una declaratoria de validez y eficacia del convenio, dará lugar a que se subsanen algunos vacíos sobre el procedimiento y modalidad de dicho acuerdo de voluntades, y sólo entonces, se designarán los Arbitros y se pasarán a éstos los autos o entrarán ellos a conocer sobre lo discutido entre las partes.

Esta irregular e imperfecta regulación de la institución, es precisamente una de las causas que impide un mayor uso y difusión del arbitraje en Venezuela.

### **3. LA INCIDENCIA DE LA EXISTENCIA DE ACUERDO ARBITRAL, COMO VÍA PROCESAL PARA HACER VALER LA VOLUNTAD DE LAS PARTES**

En adición a los comentados problemas y dudas, es preciso señalar igualmente, que tampoco resulta claro el texto de la Ley, para dilucidar el problema de como invocar la existencia del convenio de arbitraje celebrado antes del juicio o de la cláusula compromisoria, según se trate de casos en los cuales, existiendo el mismo, deba exigirse a la contraparte que se avenga a la constitución del Tribunal Arbitral para dilucidar las posibles controversias, o si, no obstante existir dicho convenio o acuerdo, una de ellas se ve compelida a comparecer ante los órganos judiciales a responder de la acción incoada por la otra parte, quien con ello, obviamente desconoce la existencia de aquel compromiso.

La Ley, en forma no clara, se refiere a que, si lo suscrito fue el convenio antes de juicio, o lo existente es la sola “cláusula compromisoria”, las partes deben proceder a “formalizar el compromiso” para dar cumplimiento a la verdadera existencia de un pacto arbitral contenido en un documento auténtico, que llene todos los requisitos exigidos para que el mismo sea considerado verdaderamente un “convenio arbitral” y en el que se encuentren llenos los aspectos fundamentales que para tal efecto fija la normativa, esto es, cual será la materia objeto de decisión arbitral, cuales y que tipo de árbitros deben resolver el asunto, las facultades que se les defieran y las normas que deben observar en el procedimiento.

Continúa destacando, que si tal acuerdo de voluntades, el cual puede constar de instrumento público o privado, no quisiere formalizárselo como “compromiso arbitral propiamente dicho” podrá ocurrirse ante el Juez que esté conociendo o que pueda conocer de la controversia, a fin



de que éste abra la mentada incidencia, para declarar la validez y exigibilidad de aquél.

La aludida incidencia, repetimos, tendrá como único efecto, el que, resuelta la validez y exigibilidad del pacto o cláusula, el Tribunal que conozca del asunto, ordenará la designación de los Arbitros y la constitución del Tribunal Arbitral, quien entonces, en la forma que previene la Ley, continuará conociendo del asunto y lo decidirá mediante el Laudo.

En adición, dado que dicho pacto o convenio arbitral antes de juicio puede constar simplemente de documento privado —y así lo admite expresamente la Ley, ex-Artc. 609 CPC— por razón de la incidencia, indudablemente, el citado documento adquirirá igualmente, de no ser desconocido, carácter de auténtico.

De lo dicho, resulta que no queda precisado si es esa la misma vía a utilizar, cuando una de las partes que suscribió dicho acuerdo, no sólo se niega a formalizarlo, sino que intenta efectivamente una acción judicial para dilucidar los asuntos que deberían quedar resueltos por el Arbitraje.

Esto es, no queda definido si la incidencia puede ser utilizada, con el objeto único de que el convenio quede formalizado, en cuyo caso la Incidencia podríamos tildarla de *Principal*, o si por igual es también el mecanismo *ad hoc*, para hacer valer la existencia de dicho Convenio, cuando una de las partes suscritora del mismo, de *improntus* acude a la vía jurisdiccional y llama al proceso a su contraria, en vía de acción judicial ordinaria, y con ello incurre en franco desconocimiento del citado pacto suscrito.

De ser esa la vía igualmente utilizable, diremos entonces que la Incidencia será *Accidental* dentro del proceso principal en que se hace valer dicho Convenio de Arbitraje.

Dado que, como se dijo, la ley venezolana no contempla la actividad arbitral como un medio jurisdiccional *strictu sensu*, es menester precisar que en nuestro sistema no se puede hacer valer la existencia del compromiso arbitral como una falta de jurisdicción (no da lugar a la regulación de la competencia —*sic*— jurisdicción), ni se la contempla como causa de pérdida o suspensión de la actividad jurisdiccional.

Lo dicho, según lo hemos venido sosteniendo en la cátedra y en los Tribunales de la República, y en apoyo de tal tesis, así lo hacen otros autores patrios, obliga a la parte demandada ante la jurisdicción ordinaria, a plantear la incidencia de existencia de la cláusula o compromiso arbitral

extrajudicial, tan pronto es llamada a juicio, pues de lo contrario, se entiende prevalece el deber jurisdiccional.

Por igual, no existe en nuestro sistema, a pesar de la novísima regulación del Código del 87, una cuestión previa o defensa anticipada para plantear la existencia y oponibilidad del acuerdo arbitral, y por tanto debe reputarse que además de hacer valer la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso extrajudicial arbitral (ex art. 609), en la oportunidad de oponer las cuestiones previas (defensas antes del acto de contestación al fondo) sea recomendable plantear la existencia de “cuestión prejudicial”, consistente precisamente, en la necesidad a todas luces evidente, de que sea resuelto previamente a la continuación del juicio ordinario en que se discute el asunto, el que en efecto existe y es válido el compromiso entre las partes de ese juicio, y que por tanto el asunto principal sea resuelto por la vía arbitral.

Ello, debe ser así, en tanto que nuestra Ley adjetiva no establece como causa de suspensión o paralización del procedimiento ordinario el que se haga valer la existencia de ese pacto o compromiso arbitral, y que inclusive se abra la Incidencia a que aludimos antes, pudiéndose llegar al absurdo de que el Juez —en lo sucesivo excluido de ese proceso, si prospera la incidencia de “existencia de compromiso arbitral”— avanzare en el conocimiento del asunto, resultando a la postre nulas y sin efecto alguno tales actuaciones.

Es importante destacar que no existe jurisprudencia de nuestro mas alto tribunal de la República acogiendo una definida posición al respecto, pues por los motivos que venimos exponiendo, entre otros, es de poco uso la institución arbitral en derecho interno venezolano.

### **Trámite de la incidencia de la existencia de acuerdo arbitral suscrito entre las partes**

En todo caso, la Incidencia en referencia, con las anotadas acotaciones, es un accidente procesal breve, el cual se tramita conforme lo determinan los artículos 609 al 614 CPC, consistente en el llamado a juicio, por vía de citación, del renuente a fin de que conteste acerca del “compromiso” dentro del quinto día siguiente.

Con ocasión de la comparecencia pueden ocurrir una de las siguientes situaciones procesales:

A. Que el citado concurra al llamado judicial y convenga en la exigibilidad del convenio arbitral, en cuyo caso podrá indicar a su vez los temas sobre los cuales desea que verse el arbitraje, y en ese caso se procederá al día siguiente a la designación de los Arbitros a la hora que fije el Tribunal, y designados éstos y aceptado su encargo, conforme se lo indica en la misma Ley, al día siguiente de la constitución del Tribunal Arbitral comenzará a correr el lapso de pruebas —que será el ordinario a falta de norma en el convenio sobre la materia, y vencido aquél, el Tribunal Arbitral dictará su sentencia dentro de los treinta días siguientes— de no existir disposición diferente al respecto en el convenio (arts. 609 y 614 CPC).

B. Que el citado haga acto de presencia pero contradiga la obligación de acatar el convenio arbitral, disponiendo la Ley en tal caso el que se abra una articulación probatoria por quince días, vencidos los cuales el Tribunal procederá a dictar su decisión al respecto dentro de los cinco días siguientes. De dicho fallo se oirá recurso, pero la decisión que sobre ello recaiga producirá cosa juzgada.

Si el fallo reconoce la validez del convenio y su exigibilidad, dentro de los cinco días siguientes al de vencimiento del término para la apelación, si no la hubiere, o al de la fecha del recibo de los autos del Superior que ordenare reconocer la validez del convenio, el renuente deberá indicar las cuestiones que a su vez pretenda sean objeto de la decisión arbitral, y luego se seguirá el proceso de designación de los árbitros y demás trámites procesales, en la forma que se dejaron previstas para el supuesto anterior, hasta que se produzca el Laudo.

Al vencido se le impondrán las costas, que se declaran ejecutables una vez que quede firme la sentencia que las impone (arts. 611, 612 y 613 CPC) <sup>6</sup>.

---

6 Constituye esta modalidad de la ejecución de las costas una excepción en la regulación de la condena o efectos procesales del proceso en nuestro sistema procesal. En efecto, en los demás casos en las Incidencias, sólo pueden hacerse exigibles las costas a la contraparte al quedar firme la “sentencia definitiva” (Art. 284 CPC). Toma así la figura de la condena en costas en esa incidencia el carácter de “sanción ad hoc”, dada su inmediata exigibilidad.

C. Que el citado renuente al reconocimiento del pacto resuelva no concurrir al acto a fin de reconocer o desconocer la exigibilidad del convenio: En tal supuesto, la cláusula o el convenio se tendrán por válidos y exigibles y los árbitros procederán a resolver el asunto conforme a los temas que se hubieren fijado en la solicitud de la Incidencia, siguiendo los mismos plazos y términos fijados para el trámite en el supuesto de que se hubiere aceptado la validez de la cláusula (Art. 614 CPC).

**1.2. Regulación procesal del convenio arbitral propiamente dicho, suscrito existiendo litigio, mediante actuación ad hoc en ese proceso, o mediante la suscripción de instrumento auténtico en que se lo contemple y regule, el cual resulta presentado al tribunal que conoce del caso**

En tales supuestos, esto es, en los de existencia de “convenio arbitral” propiamente dicho, el Juez ordinario al conocer el convenio suscrito en autos, o al serle consignado en la forma de Ley dicho acuerdo, debe suspender ipso facto el proceso y pasar los autos a los árbitros que deben resolver el conflicto (Art. 617).

La Ley impone que esa manifestación de voluntad conste de “documento auténtico”, bien sea mediante la incorporación en el juicio de que se trate de una diligencia en la cual las partes así lo establezcan, o en acto documental suscrito ante otro funcionario con competencia para dar fe pública de la firma de las partes y fecha en que se lo celebra, en el cual resuelvan que ese asunto discutido en juicio sea resuelto por árbitros <sup>7</sup>.

Dicho documento deberá contener las menciones mínimas que exige la Ley y, en especial, la voluntad indisputable de que el asunto sea resuelto por árbitros.

---

7 En Venezuela resulta controvertido el concepto de “documento auténtico”, pues a interpretación de algunos autores, por tal sólo debe entenderse el documento otorgado ante el funcionario competente para dar fe pública del acto y de los requisitos con los cuales se lo celebra ante él, coincidiendo así con el concepto de instrumento público, pero otros autores, y con ellos pareciere esa la posición de nuestra Corte Suprema de Justicia, son cada vez más proclives a considerar “auténticos”, todos los otorgados ante cualquier funcionario con competencia para dar fe de la paternidad del documento y de su fecha

Como puede observarse las diferencias de este tipo de acuerdo con las del simple compromiso arbitral o la existencia de cláusula compromisoria, entre otras, resulta ser que éste lo regula mayor número de formalidades y en cuanto a requisitos, como lo veremos luego, la Ley es más exigente.

## **II. REGULACIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES PARA UNO Y OTRO SUPUESTO**

### ***II.1 La cláusula compromisoria o el compromiso no judicial***

Tal convenio debe contener la indiscutible voluntad de las partes de que en caso de existir divergencias en la resolución del asunto existente entre ellas, o para resolver determinados litigios sobre el asunto, la decisión del mismo quedará sustraída de la jurisdicción ordinaria, y la resolución del asunto sólo deberá ser adoptada por los árbitros. Podrán contemplarse cualesquiera otras modalidades, inclusive cuales serán los árbitros que deban o puedan conocer, normas de procedimiento, etc.

La Ley exige que el compromiso sea hecho por documento privado o auténtico, el cual deberá contener las menciones adicionales sobre número de árbitros que deban conocer del asunto, su carácter, asunto a resolver, las facultades que se le concedan y cualquier otra disposición adicional o complementaria.

A nuestro entender, no será imprescindible, que se fije el término dentro del cual deba dictarse el fallo, ni aún en los supuestos en que la decisión debe ser pronunciada por árbitros arbitradores.

En efecto, aún en tal caso, de resultar declarado válido y exigible el “compromiso”, se aplicarán las normas supletorias, conforme a las cuales, vencido el término de pruebas que fija la Ley, los árbitros deberán resolver en el corto término que fija la ley y al cual nos referiremos luego.

Por igual, la ausencia de regulación de otros asuntos relacionados con el trámite de la decisión arbitral, no son esenciales a su validez, toda vez que la Ley trae regulación supletoria que deja cubierta toda otra falta de previsión expresa.

En efecto, siendo válido el compromiso, la regulación procesal de la materia, da solución a los supuestos de omisión de los siguientes aspectos relacionados con el trámite arbitral del asunto. Así:

A. Si no se determina qué tipo de árbitros debe resolver el asunto ni se fijan reglas para el procedimiento que deben seguir, se reputa en el primer supuesto que deberán ser Arbitros de Derecho, y que el laudo será inapelable (Art. 614, parágrafo 2º CPC) <sup>8</sup>.

Conforme lo dispone el artículo 618 CPC, si se hubiere determinado el carácter de árbitros, a falta de reglas de procedimiento, si fueren arbitradores, pueden seguir las que estimen convenientes, sin mas limitaciones que las que resulten de la equidad, lo que no obsta para que se les puedan fijar reglas de procedimiento para tramitar el asunto. Los de Derecho, en cambio, deben acoger el procedimiento legal (juicio ordinario - 338 CPC) sin que obste ello para que las partes puedan también determinarles las formas y reglas de procedimiento que estimen pertinentes (art. 618, parágrafo 1º) <sup>9</sup>.

B. El compromiso no judicial debe contemplar expresamente la materia que será sometida a decisión de los árbitros (art. 608).

---

8 Entendemos que la diversa regulación establecida por el Legislador para el caso de acuerdo arbitral antes de juicio y Convenio arbitral propiamente dicho (judicial), responde a la diferente ocasión en la cual se los estatuye. El primero, al ser antes de que exista litigio, a falta de regulación expresa en la materia, conduce al legislador a entender que esa ausencia de regulación hace presumir que lo aplicable, por voluntad tácita de las partes debe ser el procedimiento y juzgamiento conforme a la Ley, el segundo, produciéndose ya conociendo las partes la existencia de la *litis* y la asunción del conocimiento del asunto por parte de un Juez, pone de manifiesto que ante la ausencia de regulación lo que debe asumirse con sentido, es que las partes quieren sustraerse por razones de celeridad, y de poder lograr un fallo más atinente a lo justo, por vía de equidad, de allí que tal silencio se reputa como una aceptación tácita de que los Arbitros deban ser Arbitradores y resolver como tales. (Arts. 614, parag. 2 y 618 parag. 3 CPC).

9 En todo caso reputamos que aún los Arbitradores tiene el deber de acatar ciertas normas consagradas en la Ley, en particular las atinentes a formas que garanticen la igualdad de las partes, la seguridad jurídica, en definitiva, relativas al “Derecho de defensa y al debido proceso” (igualdad procesal, derecho a las pruebas) y así mismo, a pesar de la libertad que se les deja para resolver conforme a conciencia, y a su leal saber y entender, cuando menos respetar algunos de los requisitos de fondo del “acto procesal sentencia”, que si bien lo liberan de ciertas normas en cuanto a valoración de las pruebas, si le imponen impretermitiblemente el deber de sustentar sus fallos adecuadamente, expresar los motivos con los cuales se forma convicción y establecen una determinada norma de conducta, aún de equidad, como la más justa y adecuada para resolver el asunto, todo lo cual deducimos del

No obstante, se contempla en los artículos 609 y 610 CPC que en la petición de la Incidencia para hacer valer dicho compromiso, la parte peticionante puede indicar también cual será ese tema o asunto y a su vez, el citado a la Incidencia, de no rechazar el compromiso podrá hacer constar también qué asuntos desea sean objeto de decisión por el arbitraje, o en su caso, resuelta la exigibilidad de aquél, en la oportunidad fijada por la Ley para que continúe entonces la incidencia, podrá hacerlas constar.

En todo caso, lo que sí resulta evidente es lo impermitible de que el tema sometido a decisión arbitral o bien conste expresa o tácitamente en el “convenio celebrado fuera de juicio” o en la petición del requirente de la incidencia, pues de lo contrario, obviamente no podrá dársele reconocimiento válido al compromiso, en tanto que los árbitros no tendrán materia sobre la cual decidir o en todo caso el laudo será susceptible de impugnación por nulidad (ex-art, 626 CPC) <sup>10</sup>.

---

texto expreso del artículo 626 CPC, que sanciona como causal de nulidad del fallo el que se pretermitan tales condicionamientos de conducta en el proceso, que el fallo resulte incoherente o inejecutable por su contradicción.

- 10 Aun cuando la Ley faculta al “Juez del Arbitraje” para resolver sobre ciertas dudas en cuanto a interpretación del laudo o desacuerdos entre los árbitros, no consideramos que sea el competente para resolver sobre tales asuntos (ex arts. 618 y 628 CPC). Esas potestades sólo lo serán para decidir sobre las cuestiones atinentes a la mera rutina procesal, al orden del juicio o procedimiento o a verdaderas contradicciones entre disposiciones fijadas por las partes, mientras que lo atinente a la materia en sí sobre la cual debe versar el arbitraje, es un elemento esencial al acuerdo, excepcional respecto a la institución que por ella se deroga o pretermite, y por tanto no susceptible de entender pueda regularse supletoriamente por la Ley, y menos aún quedar deferida al Juez del Arbitraje, a quien precisamente quiso sustraérsele del conocimiento del asunto. Recuérdese que aún en nuestro sistema el Arbitraje sigue sin ser un medio jurisdiccional admitido por la Ley, y dar una amplitud que no se justifica o que choca contra los principios fundamentales del Estado, su deber de administrar justicia, es, a nuestro juicio, atentar contra el Derecho de Defensa de las partes, entre otros el que sus asuntos queden resueltos por su “Juez natural”. Es este problema otro de los que sustenta la aversión o no cabal aceptación del arbitraje en nuestro sistema, y que seguramente debe ser objeto de regulación expresa en una eventual reforma sobre los principios que regulen la institución.

### C. El mismo Código precisa

1. Que en todo caso la aceptación de los Arbitros y la constitución del Tribunal Arbitral, deberá cumplirse ante el Juez Arbitral.

2. Que al día siguiente de dicha constitución, entiéndase a falta de previsión especial en contrario, se iniciará el lapso probatorio, computable en la forma que lo ordena la Ley adjetiva para los juicios no arbitrales (ordinarios).

3. El laudo deberá pronunciarse dentro de los treinta días siguientes —sic— agotado el término probatorio (art. 614 *ejusdem*).

4. En cuanto a recursos contra el laudo, a falta de regulación expresa sobre la condición del Arbitraje, se entenderá que el mismo es de derecho y la Ley lo declara inapelable, pero por igual agregaremos que siendo expresa la determinación de que el arbitraje será de equidad, éste igualmente resulta carente de recurso, por ser de esencia la irrevisabilidad del fallo fundado en “el leal saber y entender de quienes lo profieren”.

Consideramos igualmente, que si el convenio determina que el arbitraje es de derecho, y apelable, así lo será y que en caso de no regularse ante quien lo sea, de él conocerá el natural de segunda instancia que hubiere conocido del caso de no existir convenio arbitral, a reserva de que las partes lo hubieren previsto expresamente para ante otro órgano arbitral, de derecho o arbitrador.

5. La publicación y ejecución del laudo será ordenada y cumplida por aquél Tribunal que conoció de la designación —sic— aceptación— de los árbitros <sup>11</sup>.

6. En cuanto a efectos económicos del proceso arbitral, la normativa vigente determina que los gastos del arbitraje serán sufragados por la parte que solicite el arbitramento, sin perjuicio de su reembolso mediante la condena en costas (art. 629 CPC).

También determina la comentada norma, que las disputas sobre los honorarios de los árbitros, serán resueltas por el Juez del arbitraje (628 y 629 *ejusdem*).

---

11 Es este el Juez que hemos denominado “Juez del Arbitraje”. *Vid Supra*.



Lo dicho, por supuesto, no empece a que las partes en el respectivo convenio antes de juicio, cláusula compromisoria o compromiso arbitral, puedan establecer normas o modalidades que regulen la materia, que serían válidas entre ellas y acuerdos con los árbitros sobre sus emolumentos, los que de ser aceptados por éstos excluirían por supuesto la intervención del Juez del Arbitraje.

7. Por último, es también importante destacar que la regulación adjetiva del Código de Procedimiento estatuye las vías para tramitar recusaciones e inhibiciones y la forma como deben manejarse los asuntos de sustanciación, cuando el Tribunal arbitral es pluripersonal (arts. 620 y 621 del CPC), aplicables en cualesquiera supuesto de arbitraje, independientemente de la forma en que se lo haya regulado.

**II.2. Compromiso Judicial s.s. (celebrado en el juicio ya existente o con ocasión de él mediante documento auténtico)**

En tales casos, como ya se lo señaló, constando el convenio de instrumento auténtico en que las partes resuelvan someterse a la decisión de árbitros, en el que se determine su número, carácter con el cual actuarán, el tema a decidir y término para hacerlo, con su consignación o suscripción el acuerdo ante el órgano judicial, simplemente el Juez tomará la aceptación y juramentación de los árbitros, constituirá el Tribunal Arbitral y pasará al mismo el expediente.

Sin embargo, la Ley también trae disposición supletoria de la voluntad de las partes para llenar los vacíos sobre ciertas materias que las partes debieron preveer, pero que no constan en el citado Convenio. Así:

A. Si el acuerdo nada expresará sobre la cuestión sometida a arbitraje, no podemos hacer aplicables los comentarios formulados para el caso de convenio antes de juicio o Cláusula Compromisoria, en tanto que de los mismos autos del juicio de que se trate, será evidente que el asunto a resolver será el explanado en el libelo y el que eventualmente ya haya podido quedar definido por el demandado en su contestación a la demanda.

Si no se determina que tipo de árbitros debe resolver el asunto ni se fijan reglas para el procedimiento que deben seguir, se reputa en el

primer supuesto, que deberán ser Arbitros Arbitradores y como consecuencia el laudo será inapelable (Art. 614, parágrafo segundo CPC) <sup>12</sup>.

Tal como quedó expresado antes y lo dispone el artículo 618 CPC, los Arbitradores, a falta de reglas, pueden seguir las que estimen convenientes, sin mas limitaciones que las que resulten de la equidad, lo que no obsta para que se les puedan fijar reglas de procedimiento para tramitar el asunto y si fueren de Derecho deben acoger el procedimiento legal (juicio ordinario 338 CPC) sin que obste ello, como se lo dejó dicho, para que las partes puedan determinarles las formas y reglas de procedimiento que estimen pertinentes (art. 618, parágrafo 1º).

B. Sobre otros aspectos, tales como reglas de decisión, la ley, por igual regula las soluciones para suplir los vacíos contenidos en el acuerdo de voluntades, sin afectar por ello la validez del convenio ni la del laudo. En efecto, precisa que los laudos deberán fundarse en disposiciones de derecho, y entre ellas, resultan aplicables las que regulan los requisitos de fondo y forma de la decisión.(arts. 618, 243 a 248, 49, 252 y 254 CPC)<sup>12</sup>.

C. Los artículos 618 y siguientes del Código Adjetivo, establecen normas supletorias en cuanto “reglas de procedimiento aplicables, y recurribilidad de laudo, para el supuesto de que ello no estuviere contemplado en el “compromiso”, con las particularidades, respecto al caso precedente de “convenio arbitral antes de juicio” o de cláusula compromisoria siguientes:

- La falta de especificación de los árbitros, hará presumir que la intención fue de que lo hicieran como arbitradores, y no como en el caso anterior de “Arbitros de Derecho” (ex arts. 618, parágrafo 3º).
- Por igual, en cuanto al término para dictar el laudo, pueden presentarse controversias no definidas por la Ley, pues si bien para el caso del “Convenio antes de juicio y Cláusula Compromisoria”, por el efecto propio de que sólo da lugar a la incidencia en la que se debata la validez de dicho acuerdo y su exigibilidad, la Ley da un procedimiento a seguir, no pareciera que ello pueda resultar siempre aplicable en el caso de “compromiso arbitral s.s” en tanto que éste

---

12 Ver los comentarios contenidos en la nota 8.

supone que ya el juicio se encuentre en curso, pudiendo resultar inaplicables las reglas supletorias establecidas y comentadas antes, pues no necesariamente deberán ser nulas las actuaciones cumplidas en el proceso, y éste pudiere estar ya superada la etapa de pruebas, lo que haría inaplicable la normativa del artículo 614, parágrafo 4º. Lo anterior nos lleva a concluir que no resultaría razonable la aplicación por vía analógica del término de 30 días para dictar el laudo <sup>13</sup>.

#### **4. ¿QUID EL CONVENIO ARBITRAL PARA RESOLVER ASUNTOS QUE SE ENCONTRAREN YA EN TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA?**

La Ley adjetiva no parece dejar lugar a dudas en cuanto a tal posibilidad, pues en efecto determina el artículo 617 CPC que “en cualquier estado de la causa en que las partes se hayan sometido a árbitros, se suspenderá el curso de ella ...”<sup>14</sup>.

Sin embargo una vez más nuestro legislador se quedó corto y no tomó en cuenta problemas que surgen en cuanto a reglas aplicables al caso.

Así, el primer problema a resolver lo constituirá entonces cuál será el Tribunal ante quien deba constituirse el Órgano Arbitral, pues si bien cuando el asunto se encuentre en la Primera Instancia conforme lo dispone el artículo 628 del CPC, lo será para ello el Tribunal que deba conocer del caso sometido a arbitramento (sic. si no existiere tal acuerdo), en el supuesto de que el asunto se plantee en alzada, no queda claro cual es el Juez del Arbitraje, para conocer de la constitución del órgano arbitral. Ciertamente es que la lógica llevaría a considerar que lo fuere el Tribunal que está conociendo del litigio en curso, pero recordemos que el iter procesal puede estar planteado bien ante el de primera instancia que hubiere dictado la decisión recurrida para ante árbitros —en cuyo

---

13 En efecto, pudiere ser que el convenio se presentare ya después de pruebas, pues alude la Ley, que en cualquier momento puede celebrarse éste, en cuyo caso, obviamente no habría lógica en sustentar que los treinta días se computaran a partir del término de pruebas, el cual es el aludido en el CPC, a falta de convenio entre las partes, si bien puede admitirse que analógicamente ello fuere aplicable.

14 Algunos autores niegan esa posibilidad, a nuestro entender sin fundamento en la Ley, dado que ésta no deja lugar a dudas, ante los claros términos en que ella resulta concebida.

caso coincidiría este con el “Juez del Arbitraje” previsto en la ley, o bien lo puede ser el de segunda instancia ante quien ya cursaren los autos por razón del recurso interpuesto <sup>15</sup>.

En este último caso, es obvio que él ordenara la cesación del curso del juicio (recurso) pero no queda claro si dicho órgano resulta el competente para tramitar la aceptación y juramentación de los árbitros y en definitiva la constitución del órgano arbitral, con el añadido, de que, en todo caso, se complican más las cosas si pensamos en cual deba ser el que debe publicar el laudo y ordenar su ejecución.

En cuanto a este último tema, “decisión de ejecución del laudo”, se presentarán también problemas, en tanto que si bien será el competente para recibir los autos y hacer público dicho fallo, pareciera que las normas sobre ejecución permanecen ajenas a los cambios instituidos para esa modalidad decisoria de los litigios y, por tanto, conforme las reglas de los artículos 523 y siguientes del Código de Procedimiento, el competente será el Tribunal de Primera Instancia Ordinario que hubiere debido conocer del asunto, de no existir acuerdo arbitral, quien deba impartir su decisión de ejecución y continuar conociendo de la misma.

Obviamente que en tales casos, pues, será menester que el convenio durante juicio se adapte a esa situación, y no necesariamente serán aplicables todas las disposiciones supletorias reseñadas para los casos en que el Arbitraje se planteara y debiere sustanciarse ante el Tribunal de Primera Instancia.

En efecto, resultará impensable que por tal convenio pretenda irse contra el sistema de doble instancia, regulador de nuestro proceso civil y, por tanto, ese acuerdo sólo será válido para regular la decisión del asunto en segundo grado o alzada, por igual en cuanto al tema sometido al arbitraje, obviamente que el mismo quedará delimitado al que ha sido

---

15 Es cierto que pueden resultar aplicables por analogía las disposiciones en cuanto a término de pruebas y lapso para dictar sentencia, toda vez que en la Segunda Instancia puede presentarse aquella incidencia, o en todo caso puede optarse por dejar correr dicha oportunidad, pero por igual se hacen procedentes los comentarios ya transcritos antes en cuanto que tratándose de convenio judicial arbitral, pudiendo ser celebrado éste en cualquier oportunidad antes de la sentencia, perfectamente sería pensable en la celebración del mismo ya vencido el término de pruebas, en cuyo caso quedará la duda si puede o no aplicarse el término especial, supletorio previsto en la Ley.

objeto del fallo recurrido o cuestión predebatida en la instancia inferior o algún aspecto del mismo, y dejará las mismas dudas que nos planteamos en cuanto a la oportunidad para dictar el laudo.

En todo lo demás, en cambio, entendemos perfectamente aplicables las normas supletorias y disposiciones de las partes para regular la decisión en ese estadio del proceso, tales como determinación de la naturaleza del arbitraje a falta de fijación de esa condición por las partes (entendemos que lo será por vía de arbitradores a falta de su indicación —ex artículo 618 ejusdem)— y la regulación de las formas y reglas procesales aplicables —ex artículo 618 citado—, así como las potestades del Juez de Arbitraje, en este caso lo será el de Segunda Instancia que tuvo a su cargo la tramitación de aceptación y constitución del Tribunal arbitral —ex artículo 628 ejusdem—.

## **5. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES**

Ni el CPC ni la Ley Orgánica de Tribunales, establecen normas sobre la materia, sólo se hacen algunas alusiones simples en la normativa adjetiva a tales efectos organizativos, tales como que las partes pueden fijar reglas a los árbitros, a que si el órgano arbitral es de Derecho, los árbitros deben ceñirse a falta también de normas fijadas por las partes al proceso ordinario, a forma de suplir las eventuales ausencias de los árbitros (616 CPC) y recusación de los árbitros (620 CPC) y que los árbitros pueden encomendar la sustitución a uno de los que integran el órgano, colegiado entonces, a cualquiera de ellos (Art. 621 CPC).

Lo expresado nos induce a pensar que la intención de la ley es que respecto a funcionamiento del órgano se sigan las disposiciones ordinarias del Código y Ley Orgánica de Tribunales.

Así las cosas cabe recordar que nuestro vigente Código considera que el Tribunal es un órgano complejo, integrado por el Juez, el Secretario y el Alguacil, a cada uno atribuye funciones propias, e inclusive, en algunos casos hasta excluyentes, y recordemos, que lo atinente a la marcha del proceso, son normas que deben reputarse de orden público en tanto garantizan certeza y seguridad para el debido ejercicio del derecho de defensa.

Con tales consideraciones concluiremos en que a falta de determinación sobre tales materias, que deben reputarse no sólo convenientes,

sino casi impretermitibles en los acuerdos arbitrales, para evitar los efectos de una nulidad a tenor de lo prevenido en el ordinal tercero del artículo 626 CPC, pareciere natural y lógico interpretar que si los árbitros no toman decisiones al respecto, y en caso de duda así piden al “Juez del Arbitraje” lo provea, el órgano arbitral operará con el Secretario y Alguacil del Tribunal ordinario ante quien se lo constituya y en las horas y días de despacho en que el mismo lo hiciere, si tampoco nada quedare resuelto al respecto.

## **6. RECURSOS ESPECIALES CONTRA LOS LAUDOS ARBITRALES**

Tratándose de que las decisiones arbitrales son una excepción de los medios jurisdiccionales ordinarios, nuestro legislador, cónsono con la excepción establecida dota de un recurso anómalo y especial a las partes que soportan los efectos de los laudos arbitrales.

En efecto, el artículo 626 CPC regula un recurso de NULIDAD especial contra las decisiones arbitrales, en los supuestos taxativos que contempla la norma, a saber:

1. Que la sentencia se pronuncie sobre materia de un compromiso nulo o que haya caducado, o lo haga sobre materia no contemplada en los límites del compromiso;
2. Que la sentencia esté viciada de *infra petita*, o sea, que no haga pronunciamientos sobre todos los objetos del compromiso, o si estuviere concebida en términos de tal modo contradictorios que no pueda ejecutarse; y
3. Si en el procedimiento —*sic* seguido para dictar el laudo— no se hubieren observado sus formalidades sustanciales, siempre que la nulidad no se haya subsanado por el consentimiento de las partes.

El recurso es impropio por cuanto se lo anuncia, tramita y resuelve, por ante aquel Tribunal que haya publicado el laudo arbitral ejecutoriado, tal como lo dispone el artículo 627 *ejusdem*, y se lo debe anunciar e interponer dentro de los diez días siguientes a la publicación del mismo.

Dicho tribunal lo verá —*sic*. sustanciará y decidirá— dentro de los tres días.

Esa decisión tal como se desprende del mismo comentado artículo, es susceptible de recurso ante el Superior Jerárquico, lo que de plano nos pone de manifiesto el que no será susceptible de tal Recurso el arbitraje

que resuelva el caso en segundo grado o alzada, en tanto que, al menos en nuestro sistema, no existe otro grado de jurisdicción después de la alzada ordinaria de segundo grado, y por cuanto nuestra Corte Suprema en forma reiterada ha venido insistiendo su no condición de Tribunal de Alzada ordinaria en ningún caso, ni aún en los de Amparo Constitucional.

Si se pretendiere pensar que el remedio en tales casos lo fuere el Recurso de Casación —vía extraordinaria para control de legalidad— como lo veremos mas adelante, el mismo no será procedente sino en los casos estrictamente en que la Ley lo admite (dependerá del tipo de juicio y cuantía —en nuestro país—) y en adición debemos recordar que la misma Ley adjetiva restringe dicho Recurso para conocer de decisiones arbitrales, al solo caso en que las decisiones de fondo (no las de nulidad especial) existentes hubieren sido revisadas en alzada por Tribunal de la jurisdicción ordinaria, esto es, en el solo supuesto de que siendo un laudo dictado por Arbitros de Derecho, contra él no se hubiere previsto expresamente recurso para ante el Superior Ordinario.

Per sé sobra destacar que no será aplicable tal remedio si la decisión arbitral en segundo grado se la hubiere dictado por un Tribunal Arbitral de Arbitradores.

### **Recurso de casación contra los laudos arbitrales**

Nuestra reglamentación adjetiva, establece la posibilidad del Recurso Extraordinario, sólo contra fallos de alzada que hubieren sido dictados por Tribunales ordinarios, en juicios en los cuales se admita el Recurso (no exceptuados del mismo por Ley, que tengan una cuantía determinada ,y contra los cuales se hubieren agotado previamente todos los recursos ordinarios), luego el primer requisito que salta a la vista, es el que la decisión arbitral ya haya sido revisada en alzada, y que tal revisión lo haya sido por un Tribunal de jurisdicción ordinaria, actuando como Superior (art. 312, numeral 4 CPC).

De plano queda excluida la revisión de los laudos de arbitradores por no haber lugar a recurso ordinario contra los mismos, ni la que aun pronunciada por los Superiores Ordinarios que conocieren en apelación de laudos de Arbitros de Derecho, hubieren resuelto las partes que se decidan conforme a equidad (caso excepcional contemplado en el artículo 13 CPC).

Ya comentamos por igual, que nada contempla nuestra legislación sobre el recurso contra las decisiones del Recurso Especial de Nulidad de Laudos Arbitrales, pero somos de la opinión de que si éstas las profiere un Tribunal de Alzada, en segundo grado, y en adición el asunto de que se trate es de los que puede discutirse en juicios en que no se niega el recurso extraordinario, y la cuantía del asunto es la admisible para el Recurso Extraordinario conforme a la regulación vigente en la materia, si debe admitirse dicho Recurso.

En efecto, sería una decisión de un Tribunal Superior de la jurisdicción ordinaria, contra ella se agotaron los recursos ordinarios y si bien no se lo contempla en los supuestos que regulan la admisión del Recurso expresamente, tampoco prohíbe la Ley que de ellos conozca la Corte Suprema.

### **¿Quid del recurso de invalidación contra laudos arbitrales?**

También aquí guardó silencio el legislador, no obstante, el artículo 327 CPC que regula los supuestos de admisión de ese otro medio extraordinario recursivo, advierte que el mismo procede contra las sentencias ejecutorias “o cualquier otro acto que tenga fuerza de tal” y, dado que hemos dicho que los laudos arbitrales son medios sustitutivos de las vías jurisdiccionales ordinarias, que dan lugar a autocomposición procesal, que ponen fin a los litigios entre las partes produciendo cosa juzgada, reputamos indiscutible que las decisiones arbitrales inflingidas por los vicios que dan lugar a la invalidación, son por tanto impugnables por vía de ese especial recurso, en un todo conforme los trámites que pauta la Ley para sustanciar los mismos, independientemente de que los fallos provengan de árbitros de derecho o de arbitradores.

## **7. ALGUNAS MODALIDADES ESPECIALES QUE REGULAN EL ARBITRAJE EN VENEZUELA**

En apoyo de lo expuesto y como modalidad muy particular, es preciso destacar que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros <sup>16</sup>

16 G.O. 4822 Ext de fecha 23 de diciembre de 1994, con la advertencia de que la misma tuvo una reforma en el año 1995 (G.O 4865 Ext de fecha 8-3-95), donde apenas se incorpora un numeral de un artículo, omitido en la primera versión de la Ley enviada por el Congreso a promulgación.



determina que las partes en el contrato de seguros, las aseguradoras y las reaseguradoras, y cualquiera de estas con las sociedades de corretaje de reaseguros y productores de seguros, pueden solicitar (y deben ser ambas partes) que el Superintendente de Seguros (representante del ente oficial que regula la actividad aseguradora) actúe como árbitro “arbitrador” para resolver las controversias que entre ellos puedan existir.

Precisamos entonces del texto de la normativa especial, que, ese arbitraje de arbitadores: Supone un convenio o acuerdo de voluntades entre las partes a que alude la ley, nada se opone a que el mismo sea antes del conflicto o después de surgido el mismo, por lo cual aplica el supuesto de que sea la misma póliza o contrato suscrito entre los legitimados, en el que se contemple dicho acuerdo, para que se cumpla dicho requisito.

Si tal convenio existe, el Superintendente “debe” asumir tal encargo, pues el tiempo del verbo utilizado por el legislador es imperativo.

Los asuntos que pueden estar sometidos a ese arbitraje por arbitrador, deben ser sólo los relacionados con la actividad aseguradora, y sólo con ocasión de ella.

La misma ley especial advierte que el procedimiento a seguir, no será el del “arbitraje” regulado como “procedimiento especial” en el CPC, sino que, el Reglamento de la LESR lo determinará en concordancia con aquél.

Particularmente llama la atención de que esa decisión no pareciere emanar de un órgano arbitral equiparable al de la jurisdicción ordinaria sustituida en el caso concreto, sino por un arbitraje “administrativo” al cual se le otorga la misma fuerza que el medio sustitutivo arbitral, realizado con las formalidades de la actividad judicial y controlado, como lo hemos visto por el órgano judicial.

Las particularidades de trámite de ese arbitraje especial, consisten en que el Superintendente, en ejercicio de tal potestad o quien haga sus veces —por la designación que en casos especiales puede realizar aquél—, quedan eximidos de prestar su aceptación del cargo ante el Juez del Arbitraje y aquellos, según expresa la Ley, tendrán competencia para dirimir los problemas que surjan con ocasión de la validez, eficacia y exigibilidad de la cláusula compromisoria.

Con el objeto de dar extensión a las soluciones arbitrales así contempladas, se faculta al Superintendente para delegar en funcionario

de su despacho, para casos en el interior de la República, la decisión y tramitación.

La ley hace silencio de todo lo demás relacionado con requisitos del “acuerdo arbitral” y trámites propios del proceso especial arbitral, con la sola excepción de la citación, sobre la que dispone la Ley sea ordenada y ejecutada por el mismo órgano administrativo.

Tampoco nada prevé sobre quien da publicidad al laudo, ni quien ordena la ejecución.

La buena intención de dar a las partes en la actividad aseguradora un camino expedito para resolver sus conflictos quedó corta y son mayores los inconvenientes que puede aparejar su implementación que la misma que deriva del proceso arbitral contemplado en el CPC.

La eterna pretensión en Venezuela de que para que una especialidad, tenga rango propio, requiere de un procedimiento especial, nuevamente se cumple, y la regla que debió ser en este atípico caso, la aplicación del procedimiento establecido en el CPC, quedó pretermitida, creando aún más confusión y lagunas en cuanto a la institución<sup>17</sup>.

---

17 Preciso es destacar por igual, que ya la Ley anterior regulaba situación similar, pudiendo los asegurados solicitar de la Superintendencia el que sirviera de árbitro en instancia única —como decía el mismo artículo 17—, no obstante, no era de obligatoria aceptación ese encargo, las partes podían contemplar en el acuerdo si los árbitros eran arbitradores o de derecho, y previsivamente, determinaba que el laudo se consignaría para su ejecución ante el Juez del domicilio contra quien la sentencia pronunciaba condena.

Igualmente debe reseñarse que tanto antes como ahora, la mayoría de las pólizas contemplan cláusulas compromisorias, pero con la advertencia, que al no tener la Ley procesal anterior, los mecanismos para exigir el respeto al “acuerdo arbitral” prácticamente siempre fue letra muerta la regulación que al efecto se dio a la institución en esa materia.



# La industria fonográfica: tecnología y derechos intelectuales

Adela Barreto Rangel\*

## SUMARIO

1. Nuevos recursos tecnológicos.
  - 1.1. Los efectos en la producción del fonograma.
    - a) El Compact Disc
    - b) Los multimedias: un nuevo, vasto y atractivo mundo para la industria fonográfica.
      - b.1.)Las repercusiones de la aparición del multimedia en el campo de los derechos intelectuales de los productores de fonogramas.
  - 1.2. Los efectos en las formas de explotación de los fonogramas.
2. El marco jurídico necesario para proteger las nuevas transmisiones digitales.
  - 2.1. El sistema actual de derechos.
    - 2.1.1. Los derechos del primer grupo.
      - 2.1.1.1. El derecho de reproducción.
      - 2.1.1.2. Los derechos de importación, distribución, alquiler.
      - 2.1.1.3. El derecho de remuneración
    - 2.2. ¿Cual debe ser la reacción del derecho frente a las nuevas utilizations?
      - 2.2.1. El mantenimiento del sistema, tal cual como está diseñado.
      - 2.2.2. Introducción de nuevos derechos.

---

\* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Adjunta de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, Ministerio de Justicia.

2.2.2.1. La creación de derechos específicos.

2.2.2.2. La consagración de un derecho amplio: "de destino" o "cláusulas generales"

2.3 Una opinión personal.

3. Consideraciones finales.

Bibliografía.

## **I. Nuevos recursos tecnológicos**

Pueden esquematizarse en dos los fenómenos tecnológicos cuyos efectos en la industria fonográfica ameritan especiales consideraciones en el campo de sus derechos intelectuales: La digitalización y el desarrollo de redes informáticas.

Las consecuencias de uno y otro también pueden a su vez, sistematizarse en dos ámbitos: en el de la *Producción* del fonograma y en el de su *Comercialización*.

### **1.1. Los efectos en la producción del fonograma**

Empezaremos por el primero de los ámbitos afectados por la tecnología digital y por el desarrollo y proliferación de las redes informáticas: *La Producción*, propiamente dicha del fonograma o grabación sonora (o *sound recording*, que es el término utilizado en la legislación sobre copyright para referirse a lo que en nuestro sistema se conoce con el nombre de fonograma).

#### *a) El Compact Disc*

El uso de la tecnología digital en la industria musical no es nuevo. De hecho, hace más de 10 años, fue precisamente el sector disquero el que comenzó a utilizar sistemas digitales de grabación del sonido, generalizando la venta y consumo de soportes digitales, ampliamente conocidos como los CDs (Compact Discs). La calidad del sonido ofrecido, hizo que el consumo de producciones sonoras ensanchara su mercado: No sólo el de las nuevas grabaciones sino también el de las viejas producciones discográficas, ofrecidas ahora con una calidad digital que las revivió como productos atractivos para el público aficionado a la música. Así que los índices de ganancias de las productoras fonográficas

hasta se duplicaron en los últimos años, y las cifras de ventas más altas corresponden a los formatos digitales. (CDs)<sup>1</sup>.

Si bien estos efectos positivos, colocados en la balanza con los efectos negativos para la industria, resultan con creces más pesados; no dejaremos de referir ciertas circunstancias que incidieron en el crecimiento del movimiento de piratas de grabaciones sonoras. Nos referimos al hecho de que el Compact Disc, tal como lo puede adquirir cualquiera en cualquier tienda de discos, constituye una excelente matriz a partir de la cual se pueden producir miles de copias con una calidad de grabación de sonido bastante satisfactoria, razón por la cual la piratería de fonogramas encontró nuevos atractivos con este producto digital. Sin embargo, estas copias obtenidas a partir de un CD no dejan de ser más que típicos ejemplares ilícitos. Así que los efectos perjudiciales que a la industria pueda causar la realización de esta actividad son atacables con los clásicos derechos exclusivos de reproducción y distribución que la ley reconoce a los productores sobre sus fonogramas. Ningún cambio significativo en las situaciones jurídicas tradicionales ha ameritado entonces la introducción de la tecnología digital en el medio fonográfico

La introducción de formatos digitales por supuesto que implicó, además de ventajas económicas y de la extensión de la actividad pirata; otros cambios para la industria; pero cambios más internos, como la sustitución de los equipos de grabación analógica por los de grabación digital; la incorporación de nuevas maquinarias industriales reproductoras de formatos digitales; la dramática desaparición de formatos como el disco de vinyl, el paulatino descenso en el consumo de cintas magnéticas (casetes), con todas las consecuencias que en el ámbito de la manufacturación de ejemplares se tenían que experimentar. Pero, insistimos, no ameritaron estos cambios una revolución en el campo de los derechos intelectuales de los productores.

---

1 De acuerdo con la información suministrada por el director ejecutivo nacional de la "American Federation of Television and Radio Artists, Bruce A. York, el impacto de los formatos CDs en la industria fue inmediato: en 1992, fueron vendidos 400 millones de CDs, lo cual representó un incremento del 20% en relación al año anterior. Ese mismo año, las ventas de CDs excedieron las ventas de casetes por primera vez en la historia. YORK, Bruce: "Digital technology, sound recordings, and the protection of performers", estudio publicado en el Libro-Memoria del WIPO Worldwide Symposium on the impact of digital technology on copyright and neighboring rights", realizado en la Universidad de Harvard, entre el 21 de marzo y el 2 de abril de 1993. Pág. 133.

Además del Compact Disc, han surgido en el mercado otros formatos digitales de fijación de sonidos, no tan populares como aquel, como el DAT (Digital Audio Tape, producido por Phillips), utilizado con frecuencia a nivel de estudio de grabación, el MD (Mini Disc, producido por Sony) y los más recientes, los CD-ROM (Compact Disc Read Only Memory), los HDCD (High Density Compact Disc), con los que apenas comienzan a definir sus especificaciones técnicas Sony-Phillips, Toshiba y Matsushita<sup>2</sup>.

*b) Los Multimedia: un nuevo, vasto y atractivo mercado para la industria fonográfica*

Con relación a los formatos que comienzan con el CD-ROM (y sus actualmente en estudio continuadores: el DVDs y el HD-CDs), vale la pena plantear algunas consideraciones interesantes: con la evolución en las posibilidades de compresión digital, las empresas productoras de tecnología han llegado a nuevos formatos de mucha más densidad que los CDs que hoy todos conocemos. Lo que quiere decir, en un lenguaje muy poco tecnicista, que estos nuevos formatos son capaces de almacenar muchísima más información (más megabytes de memoria).

Por otra parte, los procesos de digitalización también han permitido representar “bajo una forma numérica, los datos, las cifras, los textos, las imágenes fijas o animadas, los sonidos e incluso los programas”<sup>3</sup>. Es decir, toda la información, sea cual sea la forma que revista (sónica, visual, etc.) converge en un medio común de expresión: toda es capaz de reducirse a series de unos (1) y de ceros (0). Esta homogeneización de la información en códigos binarios ofrece la gran ventaja técnica de hacer que las imágenes, los sonidos, textos y elementos informáticos puedan convivir en un mismo ambiente, por tanto, fijable y reproducible en un mismo soporte, descifrable y expresable por un mismo equipo lector.

Ambos factores: alta densidad y reducción de cualquier clase de información a códigos binarios, han hecho posible el nacimiento de un nuevo producto: el Multimedia. En un artículo presentado en el Simposio Mundial sobre derechos de autor en la Infraestructura Global de la

---

2 HOLSINGER; Erik: “The New Frontier: High-Density Come to Multimedia”, artículo publicado en la revista CD-ROM Today, January 1996, pag. 64.

3 PERAYA, Daniel: “Internet, la tela de araña de la informática”, en el libro *Internet, Navegando en la aldea global*. Editorial Universitaria. Cuadernos de Investigación. Colección Nuevas Tecnologías. Caracas, 1995. pag. 8.

Información, organizado por la OMPI en la Ciudad de México, Robert Holleyman y Jeffrey Steinhardt<sup>4</sup> se refirieron al Multimedia de la siguiente manera:

“La palabra ‘multimedia’, se usa de maneras diferentes, aunque denota principalmente un tipo de producto: combinación de texto, fotografías, música, video, programas de computación y otros, combinados de una forma específica para ser usados en una computadora, una consola de juegos o un sistema de entretenimientos. Este tipo de productos, actualmente está disponible principalmente en CD-ROM (...). Una cantidad estimada de 8000 productos multimedia en CD-ROM han sido creados y lanzados al mercado a fines de 1994. En 1994 solamente, se lanzaron al mercado aproximadamente 10.3 millones de computadoras personales capaces de ejecutar esos CD-ROM. Estos productos abarcan desde enciclopedias hasta películas en completo movimiento, CDs de música interactiva; cursos de idiomas y otros productos interactivos...”

Uno de los elementos más importantes que se integran en los productos multimedias es la música. He aquí la relación con la industria fonográfica, como proveedor, precisamente, de este material musical. Ya son varios los títulos de CD-ROM con grabaciones musicales de agrupaciones y artistas muy conocidos, como Peter Gabriel, the Rolling Stones (grupo del que conocemos dos títulos en multimedia: “Stripped” y “Voodoo Lounge CD ROM”), the Cranberries, Dulcinea (“Toad the Wet Sprocket”), Civilization, por nombrar algunos; que contienen además fotografías, pequeños fragmentos de videos de conciertos en vivo, biografías y otros textos alusivos a los temas musicales incluidos. También hay en el mercado títulos de música clásica o académica, como los que lanzó recientemente el grupo “Intersound”: “A Musical Odissey” y “Best of the Baroque” los cuales, a través de narraciones, gráficos y partituras, van explicando los contextos y significados de obras musicales de Vivaldi, Mozart, Beethoven y Tchaikovsky.

Así que cada vez es más frecuente la simbiosis de productos tradicionalmente explotados de manera independiente: video y música.

---

<sup>4</sup> Robert Holleyman es el presidente de la Bussiness Software Alliance (BSA) y Jeffrey Steinhardt es el presidente de su Comité para Latinoamérica. El artículo se titula “Multimedia en la Infraestructura de la Información Global”. Ver pág. 2 del documento.



De esta manera la industria fonográfica se enfrenta a un nuevo mercado en el cual incursionar, bien produciendo ella misma multimedias musicales para explotar sus producciones sonoras, o licenciando a otros grupos productores el derecho de incluir sus grabaciones en los multimedias que quieran integrarlas. El mercado, entonces, nuevamente se ensancha, con las consecuentes ventajas económicas que ello representará para la industria.

Un ejemplo de esta realidad es el caso de MPO (Moulages Plastique De L'ouest), fundada en Francia en el año de 1975 como empresa manufacturera de discos de vinyl. Ahora diversificó su producción, ocupando sus seis plantas en la fabricación de CDs, CD-ROM y Laser Discs. MPO fue la primera compañía francesa en producir CD-ROMs y sus ventas de CDs y CD-ROOMs han hecho crecer su mercado en un 40%, de septiembre de 1995 a enero de 1996<sup>5</sup>.

*b.1.) La repercusión en el campo de los derechos intelectuales de los productores de fonogramas*

Esta repercusión puede verse en dos sentidos diferentes, según sea la forma de explotación que realicen de sus fonogramas en relación a los multimedias:

1. En los casos en que la industria de las grabaciones sonoras asuma ella misma la iniciativa y la responsabilidad de producir multimedias, estará dejando de ser meramente una productora de fonogramas para convertirse también en una productora de obras audiovisuales, si adoptamos la postura que considera a los multimedias como obras audiovisuales. (*Antequera Parilli*). Ello no es más que una manifestación del acercamiento entre diversos sectores productores de bienes intelectuales como consecuencia de la posibilidades tecnológicas de unirlos en un mismo producto. Acercamiento que, como vemos, puede ir tan lejos, hasta llegar a convertirse en confusión. Además del caso de "MPO", podemos nombrar a "Phillips", que creó una división "Phillips Media Inc." y a "Sony Music". Sin embargo, esta confusión es más evidente en el caso de las compañías productoras de software, como "Micro-soft" y "Macintosh",

---

5 "MPO looks to CD-ROM, MD and CD-R for continued growth", artículo publicado en la revista *Financial Times. Music & Copyright* Nº 85 del 13 de marzo de 1996. Pág. 12.

que son las principales productoras de productos multimedia, principalmente en CD-ROMs. Ahora, además de ser productoras de software, también son productoras audiovisuales.

También tenemos los casos de las tradicionales compañías productoras de obras audiovisuales que comenzaron a explotar productos multimedia, casos en los cuales siguen manteniendo su condición en relación con el Derecho de Autor. Es el caso de “Twentieth Century Fox Home Entertainment” y de “Warner”.

Tomando sólo el caso que aquí nos hemos propuesto analizar, el de las productoras de fonogramas, tenemos que en cuanto se dediquen también a la producción de multimedia serán entonces productoras de obras audiovisuales, y al menos en relación a sus productos multimedia, sus derechos intelectuales estarán integrados ya no dentro del campo de los Derechos Conexos, sino del Derecho de Autor (ya que la producción audiovisual se considera como obra, y no como producto)

Sólo en relación con sus producciones exclusivamente sonoras, seguirán siendo productoras de fonogramas, y sus derechos sobre tales producciones continuarán estando encuadrados dentro de los Derechos Conexos.

Las consecuencias son, por los demás, muy importantes: como titulares de un Derecho de Autor, las productoras tendrán el derecho exclusivo de autorizar o no la comunicación pública del multimedia, y no sólo un simple derecho de obtener una remuneración, que es a lo que se reduce la participación de los productores de fonogramas en relación con la transmisión al público de sus fonogramas (art. 12 de la Convención de Roma, art. 37 letra “d” de la Decisión Andina 351, art. 96 de la LSDA venezolana. En el acuerdo sobre los ADPIC, no se reconoce este derecho).

Ello se plantea con especial interés si consideramos a la transmisión digital de obras, productos y producciones a través de redes informáticas (Internet, World Wide Web, por ejemplo) como actos que constituyen comunicaciones públicas, entendiendo a la comunicación pública como modalidad de explotación de estos bienes intelectuales. Luego, el productor del multimedia tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la transmisión digital en la red de su multimedia. (El tema de las redes informáticas será objeto más adelante de otras especiales consideraciones).

2. También puede suceder, y de hecho es el caso más frecuente hasta ahora, que sea un grupo diferente a la productora de fonogramas el que realiza la producción del multimedia. (por ejemplo: Sierra On-line, Microsoft, Machintosh, Activision, Intersound, Virgin Records, AIX Entertainment).

En estos casos, si estas compañías productoras desean utilizar música grabada para integrarla a su multimedia, tendrán que obtener de los productores de esas grabaciones musicales la respectiva licencia. Son, pues, nuevos clientes, nuevos consumidores de fonogramas, frente a quienes la industria fonográfica podrá explotar su producción. De allí que hablemos de nuevos, amplios y atractivos mercados para la industria.

El derecho licenciado será el tradicional y primario derecho de reproducción (art. 12 de la Convención de Roma, art. 2 de la Convención de Ginebra, art. 37 letra "a" de la Decisión Andina 351, art. 4 num. 2 del acuerdo sobre los ADPIC, art. 95 de la LSDA venezolana). La inserción de la información musical en la base de datos que conforma un multimedia, no es mas que un acto simple y puro de reproducción del fonograma, al que tiene derecho de autorizar su productor.

De esta manera, en el contrato respectivo de licencia, o de cesión, el productor ejercerá su poder de negociación, determinando las circunstancias remuneratorias de acuerdo con las condiciones en que su fonograma será explotado a través del multimedia en que se integre.

Por la multiplicidad de elementos protegidos por la legislación autoral y de derechos conexos (obras, productos o producciones) que son necesarios para la configuración de un producto multimedia, se ha planteado el problema de la dificultad que representa para las personas que se dedican a su producción, la obtención de todas las licencias o cesiones necesarias por parte de los titulares de cada uno de los materiales utilizados (autores de obras literarias, fotógrafos, productores audiovisuales, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas). Esta dificultad ha llevado incluso a proponer el establecimiento de licencias compulsivas u obligatorias en favor de los productores de multimedias para el uso de los materiales protegidos, como forma de evitar, supuestamente, los obstáculos para la producción de estos nuevos bienes intelectuales. Este asunto fué tratado en el Libro Verde sobre los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas a la Comunidad Europea, y la conclusión expresada fue de que "la dificultad para obtener

las autorizaciones para la inclusión de obras o prestaciones en las bases de datos, no debe justificar la proliferación de licencias no voluntarias o cualquier otra forma de debilitamiento de los derechos de propiedad intelectual. Habrá que plantearse otros medios de adquisición de derecho”<sup>6</sup>.

El problema de la dificultad para la obtención de licencias puede resolverse aprovechando los recursos de la propia tecnología. Además de servir de vehículo para la difusión del material protegido por el derecho intelectual, las redes informáticas brindan también posibilidades ilimitadas de comunicación entre todos los puntos de la tierra. (Como el popular Correo Electrónico). Así que ¿porqué no negociar autorizaciones y cesiones a través de la red?. El titular de los derechos a negociar puede ofrecer su producto e incluso dar a conocer públicamente una dirección electrónica en la que puede establecerse contacto con él. El interesado en obtener la licencia (como el productor de multimedias) buscará las direcciones de los titulares de los derechos sobre los bienes que desee integrar en su producto, y así se podrá establecer el contacto necesario para la negociación. Incluso, hasta los pagos pueden asegurarse también electrónicamente (informando datos de transferencias bancarias, tarjetas y cartas de crédito, etc.). Estas direcciones pueden estar ordenadas de manera tal que no sea difícil encontrarlas, por los mismos proveedores de servicios en línea (como America On line y Compuserve), además que estará de parte de las empresas a las que le interese promover su producto encontrar la manera de hacer llegar su dirección. Aún mas, ¿porqué no generalizar las “licencias en línea”, como páginas en la red?

Robert Holleyman y Jeffrey Steinhardt proponen incluso que ésta sea la forma que las sociedades de gestión colectiva utilicen para la administración de los derechos que se le encomienden por parte de los titulares que así lo deseen:

---

6 Conocido como el “Green Paper”, este documento fue presentado en Bruselas 19 de julio de 1995 por la Comisión, como una referencia para el futuro tratamiento a nivel de la legislación comunitaria europea de los asuntos de propiedad intelectual relacionados con la Sociedad de la Información. Ver subcapítulo tercero: “Cuestiones relacionadas con la explotación de los derechos”, Sección VIII: “Adquisición y Gestión de los derechos”. Pag. 69 del documento.

“... Como otras redes privadas, una sociedad de gestión colectiva que represente a autores particulares podría establecer un servicio en línea que permita a las personas que esperan acceder a las obras de esos autores, establecer una cuenta con la sociedad, y adherir un contrato escrito con respecto al uso y demás derechos. (...) tales servicios en línea darán a las sociedades de gestión colectiva mecanismos de contratación electrónicos, mecanismos de seguimiento más precisos y opciones de compensación más refinadas que las que actualmente pueden proporcionar”<sup>7</sup>.

### **1.2. Los efectos en la comercialización de los fonogramas**

El fenómeno que estudiaremos aquí como un elemento introductor de cambios significantes en la vida comercial de la industria fonográfica, es el conocido como la “Superautopista de la Información”.

La Superautopista no es sino un conjunto de miles de extensas y complejas redes informáticas, conocido *comúnmente* como Internet (La red de redes) de la que todo el mundo habla en estos momentos.

El proceso de formación de esta estructura de redes nació en un proyecto desarrollado en 1969 por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando se intentó conectar un conjunto de redes denominado “Arpanet”, con la finalidad de conseguir un sistema de investigación y de comunicaciones efectivo entre las distintas bases militares, a través de computadoras<sup>8</sup>.

La red fue luego extendida a otras instancias civiles, propagándose por todo el territorio norteamericano. El Gobierno americano ha querido desarrollar el proyecto como un asunto de Estado, bautizándolo con el nombre de “Infraestructura Nacional de de la Información” (conocido por sus siglas NII). En razón de tal proyecto, el presidente Bill Clinton formó en febrero de 1993 el “Information Infrastructure Task Force” (IITF), para “articular e implementar la visión de administración de la Infraestructura Nacional de la Información”. Entre los grupos de trabajo, está el que se dedica a determinar las implicaciones de la Propiedad Intelectual en la NII<sup>9</sup>.

---

7 HOLLEYMAN, Robert y STEINHARDT, Jeffrey. Obra citada. pag. 6.

8 PERAYA, MARCAIGH Y DUTOUR: “Internet: Navegando en la Aldea Global”, Obra citada. Pág. 3.

9 Los resultados de los trabajos fueron publicados en el reporte titulado “Intellectual Property and the National Information Infrastructure”. “The report of the Working Group on Intellectual Property Rights”, presentado por Bruce Lehman, secretario

La extensión de la red a territorios distintos al estadounidense, que hoy alcanza dimensiones mundiales, se le conoce como la “Infraestructura Global de la Información”. Otros nombres se le ha dado a este fenómeno, como el de la “Aldea Global” propuesto por McLuhan, y el de “Sociedad de la Información”, que es el que utiliza la Comunidad Europea (Libro Verde). También suele encontrarse en las revistas sobre tecnología y en el mundo del Derecho de Autor, la denominación “Ciberespacio”, para referirse al mundo del Internet.

Para partir de una definición, que siempre aclara dudas, tomaremos la dada por Antonio Millé, que la centra al caso nacional estadounidense:

“Descripta en términos simples y desde el punto de vista del usuario, la NII deberá consistir en un sistema de comunicaciones interconectado en alto grado, que permita intercambiar señales entre todos los sitios del país y aún (gracias a la telefonía móvil) entre todos los individuos que se desplacen por territorio estadounidense. Estas señales serán digitales y la capacidad (ancho de banda) de los recursos portadores deberá ser suficiente como para permitir que los archivos más voluminosos (actualmente los de video) se comuniquen con velocidad y economía bastante. La comunicación será por definición de doble vía, permitiendo el diálogo entre los interlocutores, que podrán ser plurales. Con la NII en funcionamiento, desde cualquier hogar, oficina, lugar de producción, centro de educación, etc., se podrán enviar y recibir imágenes fijas o en movimiento, sonidos, textos, y entrar en comunicación a dos puntas o en conferencia colectiva con cualquier interlocutor que desee realizar el intercambio”<sup>10</sup>.

La red sigue y seguirá haciéndose cada vez más amplia y más compleja. Varias y poderosas razones apuntan con seguridad a ese desarrollo: los avances de la informática (incluidos equipos de hardware y de software cuyos grados de sofisticación permiten conexiones con la red cada vez más efectivas); los avances en el sector de las telecomunicaciones (particularmente por las posibilidades de transmisión de información digitalizada através de cables de fibra óptica); y el atractivo que

---

asistente de Comercio y Comisionado en Patentes y Marcas. Edición de Lybrary of Congress Cataloging-in-Publications-data.

10 MILLÉ, Antonio: “La Infraestructura Global de la Información y el Derecho de Autor”, en el Libro *Memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales* (del autor, el artista y el productor), realizado en Quito, en noviembre de 1995. Pág. 333.

la red representa para grupos que se dedican a actividades de la más diversa naturaleza (desde la Iglesia hasta la industria del entretenimiento), que ven en las comunicaciones en red la vía para difundir sus posturas, políticas o religiosas, sus productos, y en fin, todo lo que es capaz de producir el ingenio humano.

Precisamente, esta posibilidad de transmitir digitalmente, a través de cables de fibra óptica, cantidades prácticamente ilimitadas de cualquier tipo de información; es la que puede producir, y de hecho está produciendo, cambios radicales en la forma de distribuir, de transmitir o de hacer llegar a miles de personas, los objetos sobre los cuales recaen los derechos de autor y los derechos conexos. Nos referimos a los textos considerados como obras literarias, a las fotografías, a las obras audiovisuales, a los programas de computación, a las bases de datos, y en fin, a las demás obras, productos y producciones. Las producciones que nos interesan especialmente en este estudio, son los fonogramas o grabaciones sonoras.

En efecto, la música es uno de los elementos que se distribuye a través de la red. El proceso tecnológico que lo permite comienza con la digitalización. La música digital se graba con un micrófono especial integrado a una computadora. Esta traduce la grabación en códigos binarios. Los códigos se guardan en un archivo, que generalmente se identifica con un nombre que termina en *wave*. (por ejemplo, *beatles.wave*). Cada vez que la computadora se encuentra con un archivo que lleva ese nombre, verifica que exista una tarjeta de sonido (sound blaster), que es la que convierte los códigos binarios en ordenes, dirigidas a los altavoces conectados con el micro, a fin de realizar los movimientos físicos que producen las ondas sonoras, devolviendo la música de nuevo a su forma física primitiva, audible por el ser humano que en nuestro caso, será el usuario operador de este sistema informático y quienes le acompañen.

El paso siguiente es el uso de las redes informáticas. Los archivos que contienen las grabaciones sonoras convertidas en códigos binarios se integran en bases de datos almacenables, procesables y comunicables por un micropocesador equipado de un módem y de un software de conexión con la red. Generalmente, las bases de datos se configuran a partir de archivos lo suficientemente extensos como para conformar bases de datos estructuradas y ordenadas de acuerdo a diversos criterios de selección, hasta contener catálogos completos de grabaciones sono-

ras<sup>11</sup>. Almacenadas estas bases de datos en computadoras conectadas a la red, sus creadores pueden ofrecer o permitir el acceso, normalmente parcial, a una persona conectada, lo cual puede constituir el paso previo al consumo final de una producción musical por parte de algún usuario de un servicio en línea, o que simplemente tiene acceso a la red sin tener que estar suscrito a algún servicio en particular. El acceso del consumidor a la producción fonográfica puede presentarse en varias modalidades. La mecánica acostumbrada, por dar un ejemplo, es la de ofrecer los catálogos en páginas públicas o de libre acceso, publicitando sus contenidos y ofreciendo el acceso a los mismos bajo un sistema de compra. El usuario selecciona los temas que le interesa adquirir y solicita el envío de los archivos correspondientes.

He aquí uno de los atractivos de esta forma de disfrutar o consumir música grabada, (y en general, de cualquier producto o creación): la interactividad, que es la posibilidad que tiene el usuario de intervenir en el proceso de transmisión, solicitando el acceso a temas específicos de determinados catálogos, escogidos por él, de acuerdo a sus gustos e, incluso, necesidades<sup>12</sup>. Esta posibilidad la brinda la enorme virtud del cable de fibra óptica de contener hasta 500 canales de transmisión; capaces de transmitir información en dos sentidos contrarios: de un terminal a la base de datos, y de la base de datos al terminal.

- 
- 11 Por ejemplo, bases de datos que contienen archivos correspondientes a grabaciones musicales ordenadas o seleccionadas de acuerdo a agrupaciones o artistas, o de acuerdo a géneros musicales (colecciones de música clásica, o de rock, o de música latina etc.). Las posibilidades de combinación son prácticamente infinitas, y dependerán además de las técnicas de marketing que asuma la persona o empresa que crea la base de datos para ofrecer la transmisión digital de sus componentes.
- 12 MILLÉ se refiere a la interactividad con las siguientes palabras: "La interactividad es una de las características más preciosas de los sistemas de manejo de información de nuestros días. Pudiendo intercambiar preguntas y respuestas con el sistema a todo lo largo de su contacto con el mismo, el usuario está en condiciones de extraer de la base de datos contenidos específicamente adecuados a la satisfacción de sus propósitos, mientras navega a través de las informaciones y —mediante el uso de recursos provistos por el programa administrador de la base de datos— provoca que se establezcan relaciones entre las mismas. (...)". Libro- *Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos* "Num Novo Mundo Do Direito de Autor", que tuvo lugar en Lisboa, en 1994. El artículo de Millé de donde proviene la cita es el titulado *Uso de obras por la informática*. Pág. 337.



Este usuario puede incluso no ser el consumidor final del producto: podría muy bien bajar el archivo en cuestión e ingresarlo en la memoria estable de su computadora, o en algún disco digital grabable. Además, obtendrá así una copia perfecta, con la misma calidad de la producción original, dadas las bondades que la tecnología digital tiene sobre la analógica, y por la eficiente sofisticación de los procesos de reproducción de que es capaz un equipo, incluso casero, de computación. Esta copia ya ha sido bautizada por la doctrina como copia *clónica*. Así que estas tecnologías representan nuevos incentivos para la copia privada. Sobre esto volveremos un poco más adelante.

No es difícil imaginarse que a partir de la copia obtenida, nuestro usuario efectúe otras, muchas más, y que quiera comercializar con ellas. Estaremos entonces en presencia de un típico caso de piratería fonográfica, que se puede evitar fácilmente con la presencia de pequeños y sencillos sistemas que impidan la posibilidad de trasladar un archivo a la memoria perteneciente a un usuario no autorizado para hacerlo. Y de estar autorizado, otro sistema, por lo demás de uso bastante común en el área de los programas de computación, puede controlar el número de copias que se puedan efectuar de un archivo, permitiendo, por ejemplo, sólo una, caso en el cual nuestro usuario, autorizado y posibilitado para hacerse una copia, estará en las mismas condiciones del comprador de un CD en cualquier tienda de discos; sólo que esta vez la compra del producto se efectuó en una instancia electrónica, en vez de una instancia de contacto personal comprador-distribuidor.

Por otra parte, el prácticamente ilimitado número de bases de datos que pueden ingresar en la red, los también ilimitados puntos (terminales) que pueden acceder a ellas alrededor del mundo, las posibilidades de interactuar que tiene el usuario, y la comodidad con que puede realizar la conexión para disfrutar de una grabación sonora; convierten a este nuevo modo de consumo en un mercado exageradamente atractivo y eficaz. No se duda en que estos procedimientos telemáticos puedan llegar a sustituir en proporciones considerables, las tradicionales cadenas de distribución de producciones fonográficas (compra de ejemplares en tiendas de discos), e incluso, puedan llegar a convertirse en la principal forma de explotación de las mismas.

De allí que sea dentro de este proceso de consumo de grabaciones sonoras, en el que se deben buscar, para definir las, las utilidades respecto de las cuales sus productores deben estar protegidos; protección

que tradicionalmente se ha concedido de dos maneras distintas: otorgando, bien derechos exclusivos de autorizar o prohibir ciertas utilidades (entran en este grupo las utilidades llamadas “primarias del fonograma”); o bien, simples derechos de recibir una remuneración (por las utilidades llamadas “secundarias del fonograma”). De ello hablaremos de seguidas.

## **II. El marco jurídico necesario para proteger las nuevas transmisiones digitales**

Dividiremos este punto en dos partes: en la primera, partiremos del análisis del diseño jurídico tradicional de protección de los derechos de los productores de fonogramas, enfocándolo hacia la determinación de sus posibilidades de servir como marco jurídico idóneo a las nuevas utilidades de estas producciones en las llamadas superautopistas de la información.

En la segunda parte, expondremos algunas de las posturas que se han asumido en relación a cuál debe ser este marco jurídico idóneo.

### **2.1. El sistema actual de derechos**

Tomaremos como diseño tradicional el que se desprende a partir de los instrumentos internacionales que regulan los derechos de los productores de fonogramas, ya que, precisamente por las dimensiones universales que tiene la utilización de obras, productos y producciones en lo que McLuhan ha llamado *Aldea Global*; sólo a través de la legislación internacional pueden regularse las utilidades que se verifiquen en su extraterritorial espacio. De manera que las referencias son: La Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión hecha en 1961; el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, conocido como la Convención de Ginebra de 1971; La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos y, finalmente, el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

El diseño que resulta de estas disposiciones internacionales permite dividir en dos grupos los derechos reconocidos:

1er. GRUPO: *Las utilizaciones primarias*: reproducción, importación, distribución y alquiler. Sobre estas modalidades de explotación, se ha reconocido a los productores derechos exclusivos, es decir, facultades de autorizar o prohibir.

2do. GRUPO: *Las utilizaciones secundarias*: la comunicación al público del fonograma. Sobre esta modalidad de explotación se ha reconocido a los productores un derecho de remuneración, y no un derecho exclusivo.

### **2.1.1. Los derechos del primer grupo**

#### **2.1.1.1. EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN**

*Xavier Desjeux* lo ha definido como el derecho que tiene el productor de fonogramas de permitir o prohibir “la reproducción especialmente por fabricación de una matriz o por el mensaje, por el registro de los sonidos que muestra el fonograma existente, o producidos por un aparato receptor que capte la emisión radiofónica de un fonograma”<sup>13</sup>.

Estamos de acuerdo con que los actos de almacenamiento de producciones fonográficas en bases de datos y en las memorias de las computadoras personales de los usuarios que acceden a esta información a través de la red (*downloading*); constituyen *reproducciones* del fonograma. Sin embargo, no se trata de la reproducción tradicional que se maneja en los procedimientos comunes de explotación de producciones fonográficas.

La reproducción aquí se entiende más en un sentido singular o unitario, y no en el sentido que tradicionalmente ha tenido, como producción en serie de cantidades industriales de copias de fonogramas, con miras a ser colocadas para su venta, en cantidades suficientes para satisfacer las demandas del público consumidor (La reproducción normalmente involucra la idea de la distribución de las copias obtenidas, como procedimiento que la precede).

---

13 DESJEUX, XAVIER: “La Convention de Rome”, citado por PACHON, Manuel en su obra *Manual de Derechos de Autor*. Editorial Temis, Colombia, 1988. Pág. 112.

La actividad de la industria fonográfica consistente en producir ejemplares como el medio más básico de obtener ganancias a través su venta, parece que va a desaparecer: los consumidores no tendrán que adquirir un ejemplar de la producción fonográfica para poder disfrutar de la música en él grabada, porque van a poder acceder a ella a través de la red. De allí que *Carlos Grande* diga que "... la necesidad de oír música se satisface cada vez más sin tener que comprar el producto terminado" <sup>14</sup>.

Aunque haya quienes piensen que la distribución en línea de música grabada no va implicar la reducción de las ventas de soportes (CDs, casetes, CD-ROMs), los representantes de la industria fonográfica se muestran bastante preocupados. Nicholas Garnett, Director General de IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), confiesa estar forzado "a prever un mundo en el cual mi cliente, la industria fonográfica, se confrontará con una rápida declinación de ventas de soportes físicos y en el cual se requerirá el funcionamiento de un juego completamente nuevo de principios jurídicos, los cuales no existen al presente, de ninguna manera" <sup>15</sup>.

Así que la reproducción de ejemplares es un concepto que el tiempo se encargará de caducar muy pronto. La reproducción, como categoría jurídica, debe entonces redimensionarse para responder a las nuevas realidades a que tendrá que someterse forzosamente la industria fonográfica, so pena de desaparecer. Estas nuevas realidades a que debe responder el concepto de reproducción son las siguientes:

En el campo de las comunicaciones digitales en línea, la reproducción se produce básicamente en dos momentos: cuando se almacena el fonograma en una base de datos, integrada en la memoria de un servidor destinado a transmitir su contenido a cualquier punto de la red que lo solicite; y cuando el fonograma llega efectivamente a este punto, y el usuario consumidor lo almacena en la memoria estable de su computador o en un disco digital grabable (CD-R), proceso identificado en el argot informático como "downloading".

14 GRANDE, Carlos: "Los avances tecnológicos y las obras fonográficas", en el Libro-*Memorias del Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, realizado en Madrid en octubre de 1991. Pág. 377.

15 GARNETT, Nicholas: "El impacto de la tecnología digital sobre la industria fonográfica", artículo publicado en la revista *Derecho de Alta Tecnología (DAT)*, número 76, correspondiente al diciembre 94-enero 95. Pág. 11.

Con respecto al primer acto de almacenamiento, hay que tener en cuenta lo siguiente: normalmente, se hace a partir de un ejemplar que contiene ya la grabación musical, adquirido por el creador de la base de datos. No puede decirse que la reproducción obtenida en el servidor se trata de una “copia privada”, porque su vocación es la de llegar a ser distribuida a numerosas personas, a cambio de una compensación económica (los cuales son los supuestos precisamente contrarios a la copia privada). Aquí cabe la aplicación de un principio básico en materia de derecho de autor y derechos conexos: la adquisición del ejemplar no concede al adquirente el derechos de explotar el contenido de ese ejemplar (en nuestro caso, del fonograma). En consecuencia, la reproducción del ejemplar para su incorporación en esa base de datos, está por lo tanto sometida a la autorización del titular de los derechos de explotación del fonograma.

Con respecto al almacenamiento del fonograma en la memoria estable del computador terminal, o en un CD-R, la situación es un poco distinta: se trata de una copia para el consumo en la esfera privada del usuario, es decir, de una verdadera “copia privada”, y por tanto, permitida; al menos, en el sistema jurídico que tenemos como referencia<sup>16</sup>. Como dijéramos *supra*, la facilidad con que se obtienen esas copias, las cualidades que las mismas tienen por la interactividad y por la calidad de la grabación; la existencia de inmensos y completísimos catálogos musicales que ofrecen infinitas posibilidades de seleccionar el material musical del cual se desea obtener la copia; entre otros factores, han significado un florecimiento de la copia privada. Pero, como también dijéramos, existen sistemas técnicos de seguridad que pueden, no sólo identificar la copia digital realizada por el particular, sino también limitarla y hasta evitarla. Es así como imposibilidad material de controlar la copia privada cuando ésta se hace en soportes físicos, argumento que

---

16 Con relación a la copia privada, existen dos regímenes diferentes:

1. El que la consagra como una modalidad de libre utilización. Este es el regimen venezolano.
2. El que establece sistemas remuneratorios a favor del titular de los derechos por concepto de copia privada. Debido a la imposibilidad material de controlar la cantidad de copias privadas que de un producto pueden hacerse, estas remuneraciones se cobran en forma de cánones compensatorios que se cargan a los proveedores del material necesario para la reproducción: los productores de soportes vírgenes y los productores de equipos duplicadores (como los aparatos de sonido convencionales).

justificaba la no sujeción de la misma a derechos ni remuneraciones, desaparece en el entorno de la transmisión digital. Al desaparecer su justificación, debe desaparecer también la figura de la copia privada como utilización libre que no da lugar a derechos por parte de los titulares de las objetos copiados<sup>17</sup>. Ello es particularmente importante frente al hecho de que esas copias privadas posiblemente vayan a determinar la muerte de la venta de ejemplares de fonogramas. Al constituir entonces la principal forma de consumo de estos productos, un régimen que pretenda garantizar a los productores de fonogramas un beneficio justo por la actividad que realizan, no puede consagrar la libre posibilidad de efectuar copias privadas. Ello se revertiría en la completa desprotección de los intereses de la industria fonográfica.

#### 2.1.1.2 LOS DERECHOS DE IMPORTACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y ALQUILER

Además de la reproducción, están la importación y la distribución; ésta última comprensiva de la venta, alquiler y cualquier otro medio de distribución al público. (De acuerdo con la Decisión Andina, art. 37 lit. “c”; mas no así de acuerdo con la ley venezolana, que parece consagrar el alquiler como un derecho distinto al de distribución). Son estas tres modalidades, reproducción, distribución y venta, formas de explotación que constituyen el grupo de las “utilizaciones primarias del fonograma”, sobre las cuales la mayoría de las legislaciones nacionales, en armonía con el sistema internacional han reconocido *derechos exclusivos* en cabeza de los productores o sus causahabientes; por contraposición a las “utilizaciones secundarias”, consistentes en los actos de radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación al público de los fonogramas, utilidades respecto de las cuales los productores o sus causahabientes no tienen derechos exclusivos, sino simples derechos remuneratorios (licencias compulsivas o no voluntarias).

En relación a la importación y a la distribución, las reflexiones sobre su aplicación en el entorno de las superautopistas de la información son las siguientes:

17 Esa es la idea expresada en el Libro Verde “Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información”: “*Si el progreso y la difusión de los medios de reproducción analógicas habían hecho imposible el control de las copias, especialmente de las privadas, la digitalización de las obras y las prestaciones vuelve a permitir plantear un control riguroso de la reproducción. El derecho de reproducción y las excepciones, sobre todo en materia de copia privada, deberían por lo tanto reexaminarse a la luz de estos cambios.*”. Pág. 49.

En primer lugar, dado que las superautopistas no conocen fronteras ni límites territoriales, creemos que hablar del derecho de importación es un poco ocioso. Los efectos del derecho de importación “son similares a los de un derecho de distribución acompañado del principio de extinción nacional”<sup>18</sup>.

Así que pasaremos como ajeno a nuestros objetivos el derecho de importación, tomando sólo el de distribución, que por lo demás, y como hemos dicho, es comprensivo de aquel.

La distribución, en su concepción tradicional, consiste en la puesta a disposición del público del original o copias del fonograma, mediante la venta, u otra forma de transmisión de la propiedad, y mediante el alquiler.

De allí se deduce que la distribución, al menos en la dimensión que ha tenido en los medios tradicionales de explotación de producciones fonográficas, presupone la existencia de, al menos, dos actos previos: la reproducción y la publicación. Para que la distribución pueda consumarse (lograr que el público disponga efectivamente de los ejemplares, bien porque los haya comprado, bien porque los haya arrendado), tienen que, primero, haberse producido los ejemplares, y segundo, estos ejemplares tienen que haber sido puestos al alcance del público, en cantidades y condiciones tales que permita satisfacer las necesidades del público <sup>19</sup>.

Frente a la realidad que plantea la Sociedad de la Información, en la que, para que el público accese efectivamente a un fonograma, no es necesario que existan ejemplares físicos en cantidades suficientes “para satisfacer” sus necesidades, el concepto tradicional de distribución no aparece como el más apropiado para comprender los actos a través de los cuales los proveedores de música grabada (operadores de los servidores contenedores de las bases de datos) distribuyen tales productos en la red.

En consecuencia, la definición de distribución como modalidad de explotación tendrá que redimensionarse, si se quiere lograr que comprenda estos nuevos usos que la tecnología ofrece. En concreto, la

---

18 Resumen presentado por la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) de la Cuarta sesión del Comité de Expertos de la OMPI sobre el Nuevo Instrumento de protección de los derechos de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes y Productores de Fonogramas.

19 Ver el concepto de Publicación en el artículo 3 de la Decisión Andina 351.

distribución no debe seguir ligada a la existencia de copias: debe ser simplemente, la distribución del fonograma.

### 2.1.1.3. EL DERECHO DE REMUNERACIÓN POR LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO DEL FONOGAMA

Del diseño tradicional de consagración de derechos, nos queda por ver el último: el derecho que tiene el productor fonográfico de obtener una remuneración por la comunicación al público de su fonograma.

La Comunicación Pública de los fonogramas se ha considerado como una forma secundaria de utilización, con respecto a la cual, como ya hemos dicho, la legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos le ha negado al productor un derecho exclusivo. Así que el productor no tiene la facultad de autorizar ni la de prohibir la comunicación al público de sus fonogramas, sino sólo tiene derecho a recibir una recompensa económica cuando ello suceda.

Por Comunicación Pública de Fonograma se entiende todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso al fonograma. Históricamente, las primeras formas de comunicar grabaciones sonoras al público, fueron seguramente a partir de su utilización en sitios públicos (cafés, restaurantes, teatros, ballets, por ejemplo) a través de los primeros fonógrafos (principios de siglo). Luego, la comunicación pública de grabaciones sonoras comenzó su florecimiento con la radiodifusión, que cada vez se ha ido logrando con mayor amplitud y calidad. La televisión, el cine, las transmisiones por satélite y por cable, han sido y son vehículos para la comunicación del fonograma.

Las transmisiones digitales de música grabada a través de redes informáticas, aparecen hoy en día como nuevas formas de efectuar comunicaciones públicas de fonogramas. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, ha sido necesaria la revisión de algunos conceptos, como el de “público”. Por éste generalmente se ha entendido una pluralidad de personas, así que *prima facie* pareciera que el concepto de público se riñe con la idea de que en el consumo de fonogramas (y también de obras) a través de computadoras conectadas con una red, encontramos a un operador aislado, único, que disfruta del producto al cual consiguió acceder. Ante ello, *Antequera Parilli* se pregunta: “¿puede esa única persona calificarse como “público” y, en consecuencia, afirmarse que existe allí una comunicación pública?”. Para este autoralista, la respuesta es claramente positiva, “porque el sistema pone a disposición de todo el público abonado a la red, la posibilidad de acceder a esa programación



”—se refiere a la ofrecida por los proveedores de material en la red—, aunque eventualmente una o pocas personas la soliciten en una determinada ocasión”<sup>20</sup>.

Aún cuando se concluya que en el proceso de transmisión digital hay comunicación pública, subyace un problema: ¿Todo el proceso puede reducirse a esta modalidad de explotación? ¿O sólo ciertas fases del mismo? ¿Algunos usos pueden ser definidos como reproducción, otros como distribución y otros como Comunicación Pública? Sin embargo, la presencia de comunicación pública excluye la de distribución: o hay comunicación pública, o hay distribución. *Delia Lipszyc* se refiere a la Comunicación Pública de obras como *todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a todo o parte de ella (...) por medios que no consistan en la distribución de ejemplares*<sup>21</sup>. Nos parece más conveniente considerar que lo que hay es una comunicación pública, que como muchas otras de las formas en las que se manifiesta, implica al menos una reproducción previa al proceso de comunicación: en el caso de las transmisiones digitales, la que produce una copia “maestra” en la base de datos. Pero lo que si no es muy común en los procesos de comunicación pública, es la necesidad de efectuar al menos una segunda reproducción: la que se produce cuando el usuario ingresa la información recibida en la memoria de su computador. Así que las utilidades, ni siquiera las que se consideren como comunicación pública, se dan en forma *pura*.

## 2.2 ¿CUÁL DEBE SER LA REACCIÓN DEL DERECHO FRENTE A LAS NUEVAS UTILIZACIONES

Se pueden sistematizar en varios grupos, las posturas acerca de cómo debe ser la reacción de la legislación sobre propiedad intelectual, ante los nuevos recursos tecnológicos. Las estudiaremos, por supuesto, sólo en atención a los derechos de los productores de fonogramas, aunque las discusiones en este campo convergen en varios puntos con

---

20 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Las superautopistas digitales y las reglas de circulación (en el ámbito de los derechos que se protegen)”. Estudio publicada en el *Boletín de Política Informática* publicación a cargo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEGI) de México. Año XVIII, Nº 6, 1995. Pág. 41.

21 LIPSZYC, Delia: *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlalc y Zavalía. 1993 Pág.183

las referentes a la protección de otros sujetos, especialmente, de autores y artistas intérpretes o ejecutantes.

### **2.2.1. El mantenimiento del sistema, tal cual como está diseñado**

Hay quienes sostienen que el diseño tradicional de derechos, ofrece los niveles de protección suficientes para garantizar a los productores un marco jurídico capaz de cubrir satisfactoriamente las utilizaciones de sus fonogramas en las superautopistas de la información<sup>22</sup>.

Derivando de la misma matriz de opinión, también se ha dicho que, para evitar dudas, es recomendable aclarar con ejemplos que los derechos de reproducción, importación, distribución y alquiler cubren los actos de almacenamiento digital en bases de datos que están en un extremo de la red, y en las memorias de las computadoras que están en el otro extremo (terminales); así como los actos de transmisión digital de esos datos (*mutatis mutandi*, esta es la técnica que utiliza nuestro legislador cuando define lo que se entiende por comunicación pública - art. 41 LSDA ).

En relación a esta manera de ver las cosas, nos permitimos expresar nuestro disenso. Como hemos intentado demostrar, el diseño tradicional de los derechos patrimoniales no resuelve muy felizmente los problemas que plantean las nuevas utilizaciones, posibles gracias a los recientes desarrollos informáticos y comunicacionales. Son demasiado forzadas las interpretaciones que hay que hacer para encuadrarlas dentro de su sistemática; y es muy profunda la redimensión necesaria de los conceptos fundamentales sobre los cuales descansa este diseño; tanto, que incluso se puede llegar al extremo de creer que los mismos ya no funcionan respecto de las nuevas utilizaciones cuya protección, al fin y al cabo, es lo que se pretende.

### **2.2.2. Introducción de nuevos derechos**

Así que se habla de la consagración de nuevos derechos, lo cual ha sido propuesto bajo dos modalidades distintas:

---

22 HOLLEYMAN, Robert y STEINHARDT, Jeffrey. Obra citada. Pág. 6.

### 2.2.2.1. LA CREACIÓN DE DERECHOS ESPECÍFICOS

a) Millé propone tres:

- el derecho de acceso, que es “*la facultad de prohibir o autorizar bajo términos y condiciones determinados, el ingreso del usuario al sector de la base de datos donde está almacenado el contenido*”.
- el derecho de transmisión, para cubrir la transferencia del “contenido” desde la base de datos al computador del usuario, y
- el derecho de uso, de amplios alcances, comprensivo de todas “*las diversas utilizaciones posibles*” como la *reproducción en memorias o medios de almacenamientos digitales*<sup>23</sup>.

b) Además de la propuesta de Millé, está la del Grupo de Trabajo para asuntos de Propiedad Intelectual, expresada en el documento conocido como “Libro Blanco”, la cual se inclina por el establecimiento de un derecho de distribución exclusivo, que permita a los titulares el control de la explotación de sus obras en el contexto digital.

2.2.2.2. La consagración de un derecho amplio, redactado de tal manera que abarque todas las formas posibles de explotación de las obras, productos y producciones, lo cual resolvería de una vez por todas, el problema de la impredecibilidad de los avances tecnológicos. Esta idea se propone de dos maneras, o mejor dicho, con dos nombres, porque responden ambas a idénticos razonamientos:

a) Con la consagración de un *Derecho de destino (droit de destination)*. De este derecho nos habla André Françon:

“La teoría que reconce un *derecho de destino* al autor, llamado a veces derecho de puesta en circulación, volvería a ofrecer mayor equidad al sistema a la vez que toma en cuenta la filosofía básica en la materia. Según dicha filosofía, el autor, a su vez creador de la obra protegida que refleja su personalidad, debe poder, por esta misma razón, ejercer un control sobre su utilización, incluso al no tratarse de una reproducción o de una representación stricto sensu”<sup>24</sup> (el subrayado no aparece en el original).

23 MILLÉ, Antonio: *ibidem*. Pág. 345.

24 FRANÇON, André: *L'avenir du droit d'auteur*, citado por Ulich Uchtnhagen en su artículo “Nuevos Procedimientos Técnicos para la grabación y difusión de obras

Aunque esta doctrina se ha construido en el campo del Derecho de Autor, no vemos que exista algún inconveniente en aplicarla al terreno de los derechos del productor de fonogramas.

b) Con el establecimiento de “Cláusulas Generales”, parecida a la que utiliza el legislador venezolano en el artículo 23 de la LSDA. Son cláusulas que establecen el derecho, en nuestro caso, del productor, de explotar sus fonogramas de la manera que le plazca y sacar de ellos beneficios<sup>25</sup>.

### **2.3. Una opinión personal**

En nuestra criterio, la posibilidad de un sistema que combine los derechos tradicionales con nuevos derechos, y que además prevea derechos de corte amplio (como el derecho de destinación de Françon y las cláusulas generales de Uchtenhagen) nos parece un mecanismo adecuado para resolver la situación. Los derechos tradicionales hay que mantenerlos, porque las utilizaciones tradicionales no tienen porqué desaparecer del todo. Sin embargo, si debe hacerse un cambio fundamental, y es en relación a la copia privada. Creemos que es una figura jurídica que sólo debe mantenerse en relación a las reproducciones de fonogramas en soportes materiales, siempre y cuando comporten el pago de una remuneración. (en forma de cánones compensatorios). Pero en lo que se refiere a la producción por el usuario que navega en Internet, de copias digitales de contenidos de bases de datos obtenidas a través del *down loading* de los archivos en su computadora personal; la figura de la copia privada no puede constituir la excusa para su libre realización. Así que la elaboración de tales copias debe estar sujeta a un régimen autorizatorio o de licencia.

Además, como medidas complementarias pero no por ello menos recomendables, pensamos que la legislación sobre propiedad intelectual, tanto de Derecho de Autor como de Derechos Conexos, debe proteger la existencia y el uso de sistemas técnicos de identificación de las obras,

---

literarias y artísticas”, en el *Libro-Memoria del Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el dercho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe*, realizado en Montevideo en diciembre de 1989. Pág. 99.

25 UCHTENHAGEN, Ulric. Obra citada, Pág 111.

productos y producciones, así como los de control de sus reproducciones y otros usos que puedan dárseles en el complejo e interesante mundo de las comunicaciones en red.

### **III. Algunas consideraciones finales**

Las anotaciones precedentes anuncian una oleada de cambios en la industria fonográfica tradicional. No sólo en ella: también en el sector del entretenimiento y en el de la cultura en general.

Estos cambios se reflejan en tres ámbitos, principalmente:

1. En el legislativo, porque plantea retos a las legislaciones nacionales e internacionales, encargadas de regular las utilidades que ofrecen los recursos tecnológicos; retos que tendrán que resolverse con el reconocimiento de nuevos derechos con las dimensiones necesarias para evitar una eventual desprotección que dejaría a la deriva las inversiones de este sector. Frente a la evidente insuficiencia de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, las esperanzas se centran en la inminente aprobación del Nuevo Instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. Las esperanzas no son infundadas: la OMPI ha manifestado decididamente la importancia que asume el tema de las nuevas tecnologías y la necesidad de adoptarlo en el foro de las discusiones sobre el Nuevo Instrumento. Es necesario el reconocimiento de un derecho exclusivo de autorizar o no la transmisión o distribución digital del fonograma.

2. El comercio internacional de bienes intelectuales, el cual será mucho más ágil, al no depender de la industria de los soportes como presupuesto necesario para el tráfico de mercancías, permitiendo acceso instantáneo de los usuarios finales a todo tipo de producciones y productos, entre ellos los protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual. Este acceso se llevará a cabo a través de canales unificados, como las redes informáticas, que ocasionarán inevitablemente, una integración de las diferentes industrias del entretenimiento y de la cultura, unidas ahora por el puente de la tecnología digital. Las alianzas estratégicas entre los gigantes de la comunicación, de producción de software y del entretenimiento masivo, son la evidencia palpable de esta integración.

3. La estructura de las industrias del entretenimiento: indudablemente que la situación descrita en este ensayo, implicará una metamorfosis en la estructura interna de las empresas que explotan lícitamente bienes intelectuales. En efecto, pasarán de sustentar su capital en la propiedad de la infraestructura o de sus inventarios, a fundar su riqueza en la titularidad de los derechos sobre la utilización de sus productos. Es decir, no serán los bienes materiales (entre ellos los soportes o ejemplares), sino los bienes intelectuales los que pasarán a ocupar el primer plano en el valor de sus activos. He allí la importancia de una moderna regulación jurídica.

Los avances tecnológicos serán los principales agentes de estos cambios. Si la industria los adopta oportunamente y se vale de ellos como sus aliados, logrará no sólo mantener el control sobre las utilidades de sus producciones intelectuales en sistemas de transmisión digital de bienes y servicios a través de redes informáticas, sino que superará estratégicamente las diferencias de las que adolece el control que hoy ejerce, en los terrenos de las formas clásicas de explotación.

La industria fonográfica será lo que el éxito de la música le permita, pero principalmente, aquello que sus derechos sean capaces de garantizarle.

## Bibliografía

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "Las superautopistas digitales y las reglas de circulación (en el ámbito de los derechos que se protegen)". Estudio publicado en el *Boletín de Política Informática* publicación a cargo del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEGI) de México. Año XVIII, Nº 6, 1995.
- DESJEUX, Xavier: "La Convention de Rome", citado por PACHON, Manuel en su obra *Manual de Derechos de Autor*. Editorial Temis. Colombia, 1988.
- FRANÇON, André: "L'avenir du droit d'auteur", citado por Ulich Uchtnhagen en su artículo "Nuevos Procedimientos Técnicos para la grabación y difusión de obras literarias y artísticas". *Libro-Memoria del Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe* Montevideo, diciembre 1989.

- GARNETT, Nicholas: "El impacto de la tecnología digital sobre la industria fonográfica", artículo publicado en la revista *Derecho de Alta Tecnología* (DAT), número 76, correspondiente al diciembre 94-enero 95.
- GRANDE, Carlos: "Los avances tecnológicos y las obras fonográficas", en el Libro-Memorias del Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Madrid, octubre 1991.
- HOLLEYMAN, Robert y STEINHARDT, Jeffrey: "Multimedia en la Infraestructura de la información Global", artículo publicado por la *Software Bussiness Alliance*.
- HOLSINGER, Erik: "The New Frontier: High-Density Come to Multi-media", artículo publicado en la revista *CD-ROM Today*, January 1996.
- LIPSZYC, Delia: *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlalc y Zavalía. 1993.
- MILLÉ, Antonio: "La Infraestructura Global de la Información y el Derecho de Autor". *Libro-Memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales* (del autor, el artista y el productor). Quito, noviembre 1995.
- MILLÉ, Antonio: "Uso de obras por la informática". Libro-Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos "Num Novo Mundo Do Direito de Autor". Lisboa, 1994.
- PERAYA, Marcaigh y Dutour: Internet: *Navegando en la Aldea Global*, Editorial Universitaria. Cuadernos de Investigación. Colección Nuevas Tecnologías. Caracas, 1995
- YORK, Bruce: "Digital technology, sound recordings, and the protection of performers". Libro-Memoria del WIPO Worldwide Symposium on the impact of digital technology on copyright and neighboring rights. Universidad de Harvard, abril 1993.
- UCHTENHAGEN, Ulric: "Nuevos Procedimientos Técnicos para la grabación y difusión de obras literarias y artísticas". Libro-Memoria del Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe, Montevideo, diciembre 1989.

### **Otras fuentes consultadas**

“Intellectual Property and the National Information Infrastructure”. The report of the Working Group on Intellectual Property Rights”, presentado por Bruce Lehman, secretario asistente de Comercio y Comisionado en Patentes y Marcas. Edición de Lybrary of Congress Cataloging-in-Publications-data.

LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA: “Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información” (Conocido como el “Green Paper”). Bruselas , julio, 1995.

*Music & Copyright*. (revista del grupo *Financial Times*), Nº 85 del 13 de marzo de 1996. El artículo consultado se titula “MPO looks to CD-ROM, MD and CD-R for continued growth”.

Resumen presentado por la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) de la Cuarta sesión del Comité de Expertos de la OMPI sobre el Nuevo Instrumento de protección de los derechos de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes y Productores de Fonogramas.





# Algunas notas generales sobre el testamento en derecho puertorriqueño

Eduardo Vázquez Bote

## 1. Concepto

“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o de parte de ellos, se llama testamento”, indica el art. 616 del Código civil.<sup>1</sup>

---

1 Decían las *Partidas* (6, 1, 1): “*Testatio mentis* son dos palabras de latín, que quiere tanto decir, en romance, como testimonio de la voluntad del ome. E destas palabras fue tomado el nome del testamento. Ca en el se encierra, e se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo faze; estableciendo en el su heredero, e departiendo lo suyo en aquella manera, que el tiene por bien que finque lo suyo despues de muerte. E tien gran pro á los omes el testamento quando es fecho derechamente: ca luego fuelga el coraçon de aquel que lo fizo, e tuellense por el desacuerdo que podría acaescer entre los parientes, que ouiessem esperança de heredar los bienes del finado”. Ver González Tejera, *op. cit.*, II, págs. 14-15. Inicia Cicú su obra indicando que “el art. 759 del Código civil derogado definía el testamento como ‘un acto revocable por el que alguno, según las reglas establecidas por la ley, dispone para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos sus bienes o de parte de ellos, a favor de una o más personas’. El art. 527, párr. 1º del nuevo Código civil da con mayor concisión una definición idéntica en lo sustancial: ‘El testamento es un acto revocable por el que alguno dispone, para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos sus propios bienes o de parte de ellos’. En ambas definiciones se ponen de relieve tres elementos del testamento: la revocabilidad, la disposición para el tiempo de la muerte y la referencia a bienes propios” (Cicú, A., *El testamento*, pág. 9).

Se critica unánimemente por los autores este tipo de conceptualización del testamento, por ser una noción limitadora del mismo, de relieve esencialmente patrimonial, frente a una tradición de otro orden<sup>2</sup> y la reconocida posibilidad de que el contenido del testamento

---

Como nota al punto, escribe Manuel Fairén (*Ibidem*, nota 1) que “el Proyecto de 1851 definió el testamento como ‘acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todos o de parte de sus bienes para después de su muerte, en favor de una o más personas’. Vemos que en tal definición se recogen los mismos caracteres de las definiciones típicas de los Códigos latinos (revocabilidad, referencia a bienes propios y carácter *mortis causa* de la disposición). Sobre ello se añade el carácter solemne y los innecesarios conceptos de que el testamento puede abarcar a todos o parte de los bienes y beneficiar a una o más personas.

“En el Código español leemos: ‘El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de una parte de ellos se llama testamento’. Con un incompleto afán de síntesis se ha prescindido de los caracteres de solemnidad y revocabilidad, conservando, sin embargo, la referencia a que puede el testamento comprender el total o una parte de la herencia, que sólo tiene sentido si lo interpretamos en orden a excluir la regla romana del *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”.

Por su parte, escribe Manresa: “El espíritu de crítica en que se han inspirado casi todos los trabajos de ese género, ha hecho ver a sus autores deficiencias y defectos que carecen por completo de sólido fundamento, y con evidente error se han emitido juicios y formulados censuras tan desprovistas de razón como de justicia.

“En este caso se encuentran las que se refieren a la definición consignada en el artículo que comentamos.

“Comparando esos tratadistas el concepto de dicho artículo con el concepto que del testamento tenía el Derecho romano y nuestra antigua legislación, estiman defectuosa e incompleta dicha definición, por no comprender, a su juicio, todas las notas que deben caracterizar el acto definido, llegando alguno a considerar que hubiera sido mejor aceptar la del proyecto de Código de 1851, punto de partida designado en la ley de Bases para la formación del Código, por ser más completa y exacta, aunque en ellas se observa el defecto que más adelante expondremos, de no indicarse en la misma todo lo que puede ser objeto de disposición testamentaria.

“Por casi todos es preferida, como más general y adecuada a la naturaleza jurídica de dicha institución, la definición romana que hicieron célebre el conocido precepto de las XII Tablas, y los no menos notables conceptos de Modestinu y Ulpiano” (Manresa, *Comentarios*, V, págs. 517-518).

- 2 “El testamento, como casi todas las instituciones jurídicas, tiene su origen en el Derecho romano, donde ya fue definido por los jurisconsultos. Así, Modestino lo definía como *voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (D., 28, 1, 1-1<sup>º</sup>) (‘una justa causa de nuestra voluntad de aquello que una persona quiere que sea hecho después de su muerte’). Y Ulpiano lo definía como *mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram*

se refiera a cualesquiera aspectos que ninguna relación guarden con elementos patrimoniales.

De otro lado, se dirá, que el precepto resalta de manera suficiente las características fundamentales que separan el testamento de otros negocios jurídicos, que sería lo realmente importante.<sup>3</sup> Todo lo cual lleva a un amplio sector doctrinal a estimar que, como siempre, no es

---

*valeat* (Reg. XX, 1) ('una justa declaración de nuestra mente hecha solemnemente para que valga después de la muerte'). Estas definiciones no se correspondían con el genuino concepto del testamento en el Derecho romano, ya que éste no designaba sólo lo que se quería que se hiciese después de la muerte. En el Derecho romano es fundamental la institución de heredero. El testamento en el Derecho romano es el negocio que contiene una institución de heredero" (Diez-Picazo, *Lecciones*, cit., IV, pág. 183).

Escribe Lacruz, que "el testamento en los Derechos hispánicos ha diferido desde época muy temprana del instrumento que con ese mismo nombre conocen los romanos. Pues aunque en determinados cuerpos legales muy romanizados, y en regiones que admitían la vigencia supletoria del Derecho romano, se exige en él la institución de heredero, sin embargo el sentido del Derecho español es muy diferente: el testamento tiene su origen precisamente en disposiciones a título singular y de modo principal en las donaciones piadosas y a favor de los parientes. Ningún cuerpo de Derecho autóctono reconoce la necesidad de la institución del heredero, y en Castilla el Ordenamiento de Alcalá reaccionó contra la legislación romanizante de las Partidas, suprimiendo la necesidad de tal institución, que en aquéllas se exigía. Con lo cual el codicilo, que también regulan las Partidas en sentido romano, pese a ello y a conservar notables diferencias con el testamento, no tiene ya la misma naturaleza que en su origen. Por lo demás, la distinción entre testamento y codicilo no llegó a penetrar en la conciencia popular, para la cual el codicilo era la modificación posterior a la última voluntad manifestada en un testamento" (*Op. cit.*, I, pág. 347).

- 3 Muñoz Morales indica que "...éstos han sido consignados en otros artículos del Código que complementan el concepto legal en la forma siguiente:

"(a) Es un acto *unilateral, mortis causa*, según se desprende del citado Art. 616 (667 E.); por cuanto en el mismo no interviene ni puede intervenir el heredero o el legatario ni ninguna de las personas favorecidas por el testador; ni tampoco pueden testar juntas dos personas, bien en provecho mutuo o en provecho de un tercero, estando, por consiguiente, prohibidos los testamentos llamados mancomunados, de acuerdo con el Art. 616 (667 E.); y porque sus disposiciones sólo tienen efecto después de la muerte del testador (Art. 603, 657 E.).

"(b) Es *individual y personalísimo* porque según el Art. 619 (670 E.) no podrá dejarse su formación en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Quedan así prohibidos los testamentos por poder que autorizaban las antiguas leyes.

"(c) Es *libre*, pues de acuerdo con el Art. 622 (673 E.) es nulo el otorgado con violencia, dolo o fraude.

conveniente que el legislador defina, dejando tal función a la interpretación dogmática.<sup>4</sup>

Ciertamente, el precepto no está solo y, como ya apuntaba Muñoz Morales,<sup>5</sup> es adecuado relacionarlo con otros preceptos del Código civil, para, del conjunto, deducir el concepto.

## 2. Caracteres

De dicha labor de integración normativa, los autores suelen referir al testamento las siguientes características:

a) Es un negocio jurídico *mortis causa*<sup>6</sup>. No se trata, ciertamente, como en algún desafortunado momento señalaban Roca Sastre y Puig Brutau<sup>7</sup>, de que este tipo de negocio jurídico tenga por causa la muerte de las personas, pues tal tipo de *causa* nada explicaría, sino que es un negocio que tiene por función económico social regular el efecto de las relaciones jurídicas más allá de la vida del causante; sentido que expresa el propio art. 616, C.c., cuando indica que mediante el testamento "...una persona dispone para después de su muerte...".

b) Es un negocio *unilateral*, en el sentido propio de la expresión, es decir, que la carga de formular su contenido se remite directamente al testador, estándole vedado compartir dicha carga: "No podrán testar dos personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero. Aparte, el propio art. 616, C.c.

c) Es un negocio de índole *personalísima*. Como dispone el art. 619, C.c., "el testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su

---

"(d) Es un acto *solemne* porque debe revestir, bajo pena de nulidad, todas las formalidades y requisitos dispuestos por la ley, según el Art. 636 (687 E.)...

"(e) Es un acto revocable de acuerdo con el Art. 668 (737 E.) y, por tanto, son nulas las llamadas cláusulas *ad cautelam* o derogatorias que antiguamente se usaron". (Anotaciones, cit., III, págs. 93-94).

4 Espín Cánovas, citando a Sánchez Román, Castán, etc., *loc. cit.*, pág. 228.

5 Op. cit., págs. 93-94.

6 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, IV, pág. 85.

7 *Estudios de Derecho privado*, cit.

formación en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario”<sup>8</sup>.

d) Es un negocio solemne, según dispone el art. 636: “Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo”.

e) Es un negocio esencialmente revocable: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciera con ciertas palabras o señales”. f) Es un negocio que expresa y canaliza la última voluntad del testador. Última voluntad que, si bien el art. 616 parece limitar a los bienes, como ya se ha indicado es un instrumento para canalizar cualquier expresión de voluntad legítima.

### **3. ¿Es esencial característica del testamento la disposición patrimonial?**

Como se ha apuntado, la expresión del art. 616, C.c., parece remitir la esencia del testamento a tener un contenido dispositivo patrimonial, criterio aparentemente aceptado por la vieja jurisprudencia. Y, así, se dirá, que “la naturaleza jurídica del testamento es la disposición de bienes para después de la muerte” (*Servera v. Otero*, 1915, 22 D.P.R. 367; *Román v. Agosto*, 1919, 27 D.P.R. 574); e incluso se da la impresión de que la excepción es lo contrario (“...pero como el legislador ha permitido por el artículo 193 del Código civil Revisado, según fue enmendado en 1911, que en él pueda hacerse el reconocimiento de hijos naturales...”, *Servera*, cit., pág. 368); sin embargo de lo cual debe advertirse, y claramente se

---

8 Continúa el precepto: “Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las personas en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”. Con la relatividad del art. 620: “Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse”.

deduce de la lectura de ambas *Decisiones*, que se trata de expresiones al hilo del art. 616, C.c.<sup>9</sup>.

En la doctrina portorriqueña, parece partirse de la premisa que el contenido del testamento no queda limitado al elemento patrimonial. Al menos, es lo que puede deducirse de la omisión de tal punto en autores como Vélez Torres<sup>10</sup>, González Tejera<sup>11</sup> y Muñoz Morales<sup>12</sup>; si bien Guaroa Velázquez lo admite expresamente<sup>13</sup>.

Inicialmente, como pone de relieve Puig Brutau, haciéndose eco de una opinión muy generalizada<sup>14</sup>, “el Código contiene preceptos que se refieren a declaraciones del testador en las que éste no dispone de sus bienes, derechos y obligaciones. Así, (...); puede nombrar tutor también en testamento [arts. [172, 174)]; (...); puede relevar de fianza al tutor testamentario (art. [206]); puede disponer lo que estime apropiado acerca de la pensión alimenticia del menor o incapacitado (art. [211]); puede fijar la retribución del tutor (art. [216]); puede rehabilitar al indigno (art. [686]); puede reconocer hijos naturales (arts. [125 y 672])...”. Y, continúa el autor, “por otra parte en el testamento puede manifestarse un reconocimiento

9 Incidentalmente, cabe llamar la atención de la desorientación del Juez Sr. Wolf, en su opinión disidente en *Román v. Agosto*, cit., págs. 578-582.

10 *Loc. cit.*, págs. 52-5

11 *Loc. cit.*, págs. 14-35

12 *Loc. cit.*, págs. 93-94.

13 *Teoría del Derecho sucesorio*, cit., pág. 174.

14 *Fundamentos*, cit., V, 2, págs. l0 y sigs. Escribe Cicú: “La cuestión era discutida ya durante la vigencia del antiguo Código; prevalecía la opinión afirmativa, apoyada no sólo en la definición del art. 759, sino también en los argumentos que se podían deducir de distintos artículos en los que el legislador parecía contraponer el testamento a otras declaraciones de última voluntad... No era menos evidente el esfuerzo de la doctrina por interpretar la definición del testamento de modo que pudiera abarcar también voluntades no dispositivas de bienes... Era explicable el esfuerzo de los intérpretes por superar los rígidos límites que parecía haber puesto el legislador, si se observa que no había razón que justificase el hecho de que cualquier disposición no patrimonial debiera ser nula si se manifestaba en forma de testamento y válida con tal que el disponente añadiera la más pequeña disposición de carácter patrimonial... Ya hemos visto que la definición que el nuevo Código da al testamento no ha modificado fundamentalmente la del anterior. Pero de todas maneras ha querido el legislador resolver el problema que nos ocupa mediante el inciso del art. 587: ‘Las disposiciones de carácter no patrimonial, que la ley permiten que estén contenidas en un testamento, tienen eficacia cuando se hallan incluidas en un acto que tenga forma de testamento aunque carezca de disposiciones de carácter patrimonial’ “(*El testamento*, passim págs. 11-13).

de deuda, aunque con la particularidad que después veremos. Puede variar la designación de un beneficiario de un seguro de vida. Pero, sobre todo, queda equiparado al testamento el mero acto de revocación de un testamento anterior, por supuesto que adoptando igual forma y observando las solemnidades del otorgamiento del testamento...”, de donde concluye la irrelevancia del aspecto patrimonial.

Realmente, el tema se planteó con motivo de la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 8 de julio de 1940<sup>15</sup>, que parecía inclinarse por separar el testamento, como acto patrimonial dispositivo, y otras manifestaciones no patrimoniales, a las que cabría eludir la denominación; criterio rechazado por el mismo Alto Organismo en su sentencia de 22 de diciembre de 1964, que declinó un recurso de casación interpuesto bajo el argumento de no haber testamento al no haber disposición de bienes, concluyendo el Tribunal que se estaba ante un testamento en

---

15 “El Tribunal Supremo se hace cargo de esta cuestión en su sentencia de 8 de julio de 1940, que, entre otras declaraciones de interés, contiene la siguiente doctrina, que no llega a precisar del todo la posición del Alto Tribunal sobre la materia: ‘...igualmente nos enseña el indicado artículo [616], en relación con el [617] del Código, que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte; y si bien es verdad que de otros preceptos del mismo Cuerpo legal resulta que está equiparada al testamento propiamente dicho el mero acto revocativo de un testamento anterior, que no supone directamente ninguna disposición sobre los bienes, aunque implique disposición por modo indirecto, al abrir paso a la sucesión legítima, siempre que se hayan observado en aquél las solemnidades necesarias para testar (art. [669]), así como se admite también que puedan consignarse en el testamento disposiciones que no tengan relación directa con los bienes (al modo de aquellas a que hacen referencia los arts. [70, 6º], [125] en relación con el [672], 168, [172] en relación con el [174 y sigs.] y 294 Código civil) no es menos cierto que, sin entrar en el problema de si estas disposiciones no patrimoniales pertenecen a la sustancia del testamento o constituyen más bien un acto secundario, adjunto al testamento o asimilado a él por razón de estar sometido a los mismos requisitos de forma, hay que aceptar de todos modos, como arregladas a nuestro Derecho estas conclusiones: 1ª Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en el que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen...” (En Espín, *op. cit.*, V, págs. 229-230).



sentido propio<sup>16</sup>; criterio no compartido por Beltrán de Heredia<sup>17</sup>, para quien, si bien la patrimonialidad no se presenta en el Código civil con la misma claridad que la esencia de acto *mortis causa*, debe concluirse que un acto de disposición *mortis causa* sin atribuciones patrimoniales no es testamento en sentido propio, aunque tales declaraciones de última voluntad puedan hacerse y ser válidas. Opinión muy acertadamente refutada<sup>18</sup>.

Pretender una distinción entre el testamento y otras manifestaciones formales *mortis causa* en función de su patrimonialidad o no, ¿tiene alguna utilidad? ¿No cabe ser un problema paralelo al de la patrimonialidad de la prestación?<sup>19</sup>. ¿Se gana algún concepto útil? Parece que una respuesta negativa se impone, pues, como resalta Lacruz, sería injusto — y, hay que añadir— absurdo, “subordinar la validez de las determinaciones no patrimoniales, a la existencia de un pequeño legado”<sup>20</sup>.

---

16 Como concreta Díez-Picazo, “El problema entonces es el siguiente: ¿Hablamos de testamento, según la definición del art. [616] de manera que los requisitos de capacidad, de forma, etc.; se refieran sólo a los actos de disposición y de manera que todos esos actos de índole diversa que hemos señalado en el párrafo anterior deben estar sometidos a un régimen jurídico diverso, o por el contrario, caben ambos tipos de actos en un único concepto de testamento? La primera solución ha sido mantenida por gran parte de nuestra doctrina. El testamento sería exclusivamente un acto de voluntad de disposición de bienes. La opinión contraria la mantiene Cicú diciendo que el testamento es una declaración de la última voluntad.

“Nuestro C.c. parece mantener la primera solución, pero no parece que excluya del carácter testamento a las declaraciones no patrimoniales, ya que lo hace el C.c. al referirse al supuesto más general, y de ahí que quepan dentro del testamento tres clases de declaraciones: 1) Declaraciones de contenido dispositivo sobre los bienes. 2) Declaraciones sin contenido patrimonial. 3) Declaraciones patrimoniales sin alcance dispositivo” (*Lecciones*, cit., IV, págs. 184-5).

17 *Reconocimiento de hijo natural en testamento*, R.D.P.; Tomo XLIX, 1965, págs., 183 y sigs.

18 Martínez Calcerrada, L., *El testamento y su pretendida patrimonialidad*, R.D.P., L, 1966, págs. 463 y sigs.

19 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, 5º, págs. 62 y sigs.

20 Lacruz-Sancho, *op. cit.*, I, pág. 357.

#### 4. Como ha de entenderse la solemnidad testamentaria

Cuando se afirma que el testamento es un acto solemne, ¿se pretende otorgar a la forma del testamento carácter *ab solemnitate*, esto es ser requisito esencial constitutivo?

En el plano de una *teoría general* del testamento, que es en el que ahora nos movemos, parece ser un énfasis exagerado e, incluso, susceptible de provocar confusión en el no iniciado. Es cierto, que en el Código civil y en las leyes especiales (legislación marítima y militar, federales), cada modalidad de testamento está sujeta a concretos requisitos formales. Pero no es menos cierto que rige *como principio*, un criterio que puede considerarse paralelo al fijado en el art. 1.230, C.c.

En este punto, parece ser muy acertado en sus expresiones el 1.055 del Código civil colombiano, que configura el testamento como “un acto más o menos solemne”, lo que explica el art. 1.064 de dicho texto legal al precisar que “testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, *determinadas expresamente por ley...*”<sup>21</sup>.

Criterio que hay que tener muy en cuenta en el Código civil de Puerto Rico, pues, si bien es cierto que el art. 636 determina que “será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo” (Primero, De los testamentos), no es menos cierto que, en tema de testamento cerrado, indica el art. 665 que “es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección” (6ª, Del testamento cerrado); “y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. *Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo*, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento” (énfasis añadido). Criterio de supervivencia negocial que es igualmente aplicable al testamento abierto que sea nulo conforme sus prescripciones, pero que reúna las del ológrafo. Ciertamente, no será

21 Suárez Franco, *op. cit.*, pág. 168.

hipótesis ordinaria, pero nada impide que sea el testador quien “expresará su voluntad al Notario y a los testigos” (art. 654, C.c.) mediante olografía conforme.

De otro lado, los testamentos de excepción (arts. 650, 651) nos ofrecen *solemnidades* mínimas con finalidad puramente probatoria, que en nada afectan a la *esencia* del testamento y sí sólo a su eficacia (arts. 652, 653, 654, C.c.)<sup>22</sup>.

Y ello es así porque en el contexto del Código civil la forma es un instrumento para poder apreciarse la *autenticidad* de la voluntad del testador<sup>23</sup>.

El punto es hoy relevante, dados los avances de la técnica, que permite indagar la autenticidad de una expresión de voluntad, v.gr.: por las impresiones magnéticas de la voz, que funcionan mejor que las huellas dactilares, etc., etc.

---

22 Art. 652, C.c.: “En el caso de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”.

Art. 653, C.c.: “El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasasen dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia.

“Cuando el testador falleciere en dicho plazo, quedará también ineficaz el testamento, si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”.

Art. 654, C.c.: “Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

23 Como reconoce Ossorio Morales, *Manual de la sucesión testada*, Madrid, 1957, pág 25 y sigs., criticando la doctrina del Tribunal Supremo de España (ss. 18 noviembre 1915, 7 junio 1923, 4 mayo 1927, 1 diciembre 1927, 10 julio 1944, 5 octubre 1962), por sentar una tesis radical, que “no responde a una finalidad práctica suficientemente justificada por la necesidad de garantizar la sinceridad o autenticidad del testamento”. Ciertamente, tal rigor no le impide al Tribunal Supremo español ablandar tal tesis. Cfrs. ss. 30 abril 1909, 11 febrero 1929. Para un criterio sensato, aunque en otro ámbito, *Paz y Fernández*, 1954, 76 D.P.R. 742.

## 5. El carácter personalísimo y la exclusión de mancomunidad testamentaria

Dispone el art. 618, que “no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

En el Derecho histórico español la prohibición de testamentos mancomunados no era absoluta. El Fuero Real admitía dicha modalidad, disponiendo que “si el marido, e la muger ficieren hermandad de sus bienes, de que fuere el año pasado que casaren en uno, no habiendo hijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad; e si después que ficieren la hermandad hobieren hijos de consuno, no vala la hermandad: ca que no es derecho que los hijos que son fechos por casamientos sean desheredados por esta razón”<sup>24</sup>.

*Las Partidas*, por su lado, la aceptaban de manera excepcional: “Pleyto; o promisión faziendo dos omes entre si que qualquier dellos que muriesse primero que el otro que fincasse que heredasse todo lo suyo, tal pleyto nin tal promisión, dezimos que non deue valer, porque ninguno dellos non aya ocasión de se trabajar la muerte del otro, por razón de heredarle lo suyo. Pero si tal pleyto ó tal promisión, fiziessen dos caualleros entre sí, queriendo entrar en batalla alguna, o en fazienda si alguno dellos muriesse en aquel logar, el otro que fincasse, heredaría lo suyo, si non dexasse el muerto fijo legítimo. E si por aventura nón muriesse y ninguno, y después que ende saliessen, se cambiasse la voluntad a alguno dellos, e quisiesse reuocar el pleyto o la promisión, bien lo puede fazer. Mas si non lo reuocase, e lo ouisse por firme fasta la muerte de alguno dellos, el otro que fincasse heredaría los bienes del muerto, assi como sobredicho es”<sup>25</sup>.

Al publicarse el Código civil español, su Disposición Transitoria segunda<sup>26</sup> autorizaba la eficacia de los testamentos mancomunados

24 *F.R.*, 9, 6, 3.

25 *P.*, 33, 9, 5.

26 Disposición Transitoria 2ª, C.c. español: “Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas por estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*,

realizados conforme a la legislación anterior, valiendo, pues, dichas modalidades de testamento.

Al publicarse el Código civil revisado, en 1902, dicha Disposición Transitoria quedó limitada a disponer la validez de los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, esto es el Código civil vigente en 1890, que ya prohibía el testamento mancomunado.

Las razones de la prohibición fueron de doble orden. De un lado, el sentido que dicha forma testamentaria podía facilitar la influencia indebida de un testador respecto del otro (regularmente, respecto de cónyuges entre sí), lo que, sin embargo, no explicaría la permisividad de dicha forma en las zonas españolas de Derecho foral en que se practicaba (Aragón y Navarra); y, más principalmente, ser un expediente que dificultaba o impedía la revocabilidad del testamento en aquellas situaciones en que, ante disposiciones recíprocas, uno revocase la suya, implicando, así, la revocación de la voluntad ajena (haciendo irrevocable, paradójicamente, lo que lo es por esencia), dejando entonces el testamento de ser personalísimo<sup>27</sup>. Prohibición, sin embargo, remitida al estricto testamento en mancomún, esto es al realizado por ambos testadores *en un solo acto*, lo que no impide dos testamentos recíprocos en actos distintos. Tales razones se estiman hoy menos relevantes y no faltan Códigos que la admiten (O.G.Z., B.G.B., venezolano de 1922). En todo caso, la conveniencia o no de su admisión, como cuestión de política legislativa, viene determinada por los modos de actuación económico sociales

---

los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo”.

- 27 Sobre la excepción que implican los arts. 704 (“Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”) y 705 (“El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”), ver Vázquez Bote, *Tratado*, XIII.

## 6. Acerca de la gratuidad del testamento

Otro de los puntos objeto de análisis por los autores es la calificación del testamento como negocio gratuito o no. Onerosidad y gratuidad se predicen del negocio jurídico<sup>28</sup> en función de la presencia o ausencia de contraprestación (unilateralidad o bilateralidad de obligaciones), distinción solamente deducible desde la causa negocial y nunca desde los motivos<sup>29</sup>. Ciertamente, nada impide que se use del testamento para realizar una transferencia que implique un serio gravamen para el destinatario (legado o manda consistente en encuadernar una amplia biblioteca, destinada, luego, a una entidad benéfica); pero es claro que esta consideración está simplemente motivada. El testamento es vehículo de transferencia, entre otras cosas, de bienes patrimoniales; por ello, típicamente gratuito, aunque en el caso particular pueda derivar en lo contrario (cual ocurre en el mandato, la fianza, etc.).

## 7. Naturaleza jurídica del testamento

De lo expuesto, puede concluirse calificando el testamento como una expresión de autonomía privada, negocio jurídico pues, claramente unilateral<sup>30</sup> y no recepticio (esto es, sin destinatario concreto y determinado, pues su expresión se remite a la entera colectividad), cuyos efectos se refieren al momento de la muerte (o situación jurídica equivalente) del autor, razón por la cual es un negocio adscrito al tipo *mortis causa*. Ciertamente, no es obstáculo a esta afirmación la objeción de algunos autores: si la eficacia se remite al momento de la muerte, ¿por qué puede ser eficaz parte de su contenido, v.g., el reconocimiento del hijo natural?<sup>31</sup>, cuya respuesta es clarísima: porque la constatación del hecho

28 Cfr. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., págs. 229-230; en esta obra, Tomo IV, Cap. 2, pág. 85.

29 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, IV, págs. 84 y sigs.

30 Aspecto no comprendido por el juez Sr. Wolf, en *Román y Agosto*, cit.

31 Como resalta Biondi, “podemos decir que el testamento es un ‘acto jurídico’, con lo que ponemos de relieve una enunciación que no proporciona sino una orientación rudimentaria. Para mas precisar, se trata de encuadrar el testamento en la categoría del negocio jurídico, como hacen a menudo los modernos. Pero, prescindiendo de las discusiones en torno a esta categoría y cualquiera que sea el sentido en que se interprete, como el testamento no tiene un contenido bien definido, sino que resulta de una serie de actos importantes, patrimoniales y no

nada tiene que ver con el negocio cuya eficacia se remite al momento del fallecimiento, ya que tal constatación no es aquel negocio, sino otro<sup>32</sup>. Aparte, que ningún, inconveniente existe en distinguir dentro del negocio testamentario otros negocios adyacentes que se manifiestan en aquél y con aquél, de manera similar a como, *mutatis mutandis*, puede verse en un instrumento una multiplicidad de relaciones jurídicas negociables diversas. Lo que deriva de la circunstancia de la íntima vinculación existente entre forma y exteriorización de voluntad en el testamento, al igual que existe entre la forma *esencial* y su exteriorización en cualquier negocio jurídico.

Con lo cual es menester rechazar a los defensores de la *psicología* del Derecho, quienes, obsesionados por una voluntad que se trae a colación en el punto en que la misma no tiene relieve alguno, llevan a serias conclusiones absurdas<sup>33</sup>.

---

patrimoniales, todos típicos para los romanos y dotados de propia estructura y propios efectos, debemos decir que no es negocio jurídico *el testamento*, sino las *concretas disposiciones* del mismo que reconoce la ley, tanto más cuanto que éstas tienen plena autonomía, de manera que la caída de una no influye sobre las otras, pudiendo incluso estar contenidas en actos distintos, como claramente establece el derecho moderno y se admite en la última fase de la historia del derecho romano. “Hay, pues, que concluir que el testamento no es un negocio típico, sino el acto o documento que reúne una pluralidad de negocios, unificados sólo por la forma y por determinados caracteres comunes” (Biondi, B., *Sucesión testamentaria*, cit., pág. 17; énfasis de Biondi).

De otro lado, hay que distinguir la forma testamentaria cuyo efecto se remite al futuro, por autorización de la ley a la autonomía para realizarse tal remisión, de aquellas situaciones en que la ley limita el ámbito de dicha autonomía. Que quien reconozca lo haga porque quiere (reconocimiento de la autonomía privada), no significa que los demás —esto es la ley— deban aceptar otros ámbitos excluidos a dicha autonomía. Pretender que la autonomía particular crea, porque debe de imponerlos, efectos jurídicos, queriendo, así, diferenciar esta situación de aquélla en que tal autonomía se limita a aceptar o rechazar, es realizar una distinción absurda. Cuando alguien dice: “este es mi hijo” y, con ello, la ley adjudica consecuencias inmediatas, está ejerciendo autonomía, pues es dable callar; luego quien no guarda ese silencio, quiere las consecuencias (aunque no las cree).

32 Para un ejemplo, De la Cámara, M., *Meditaciones sobre la causa*, R.C.D.I., num. 527, 1978, y mi respuesta crítica, *La causa de unas meditaciones*, misma Revista, núm. 535, págs. 1335.

33 Díez-Picazo, *Lecciones*, cit., págs. 186-7

El tema lo plantea adecuadamente Diez-Picazo<sup>34</sup> cuando escribe:

“Más dificultades plantea la calificación de la declaración de voluntad testamentaria como negocio jurídico, si tenemos en cuenta que desde que es emitida la voluntad hasta que muere el causante no produce efecto alguno. En este punto la doctrina mantiene dos posturas: Según unos es un negocio jurídico imperfecto o *in devenire*, es un plan futuro. Según otros, es un negocio jurídico perfecto, y lo único que sucede es que su eficacia se encuentra diferida.

“La consecuencia de aceptar una u otra posición pueden ser importantes. Vamos a ver algunos ejemplos: A) El causante ha hecho una declaración de voluntad a favor de una persona que se encontraba en cierto estado (ej.: esposa). Esta le premuere y le sucede otra en el mismo estado (ej.: segunda esposa) la cual puede fácilmente subsumirse en la anterior declaración por referirse tan sólo a su estado, lo cual lleva al testador a no hacer nuevo testamento, en este caso si aceptásemos la primera postura la beneficiaria de la disposición sería la segunda esposa, ya que al ser un negocio jurídico imperfecto ésta subentraría con la no modificación en la declaración del testador; mientras si aceptásemos la segunda apostura, no podría subentrar por ser el negocio perfecto y estar hecha la declaración en favor de persona distinta, por lo que sería necesario un nuevo testamento. B) Se ha emitido una primera declaración testamentaria y luego se ha expresado verbalmente una voluntad contraria, sin revocar formalmente la anterior declaración testamentaria; en este caso, según que se acepte la primera o segunda postura, valdrá o no esta declaración testamentaria. C) Se ha otorgado un testamento con un vicio de voluntad, que el causante conoce, y a pesar de esto no quiere revocarlo, queriéndola, el testamento será válido o impugnabile. D) Se ha testado en testamento ológrafo, después de los catorce años, pero antes de los veintiuno, y una vez superada la mayor edad se quiere mantener el mismo testamento; según se acepte la primera o la segunda posición, será válido o no el testamento”.

Y continúa el buen amigo: “El problema radica, pues, en saber si debemos atenernos a la voluntad del testador o debemos admitir la seguridad del mundo jurídico. En mi opinión, debemos inclinarnos por la segunda posición...”.

34 Criterio que parece compartir González Tejera, *op. cit.*, II, pág. 13, cuando, citando a Castán Tobeñas, indica: “...la transmisión sucesoria por razón de un testamento es un derecho que emana de la ley y no de la voluntad”; por ello, sujeto a la ley.



Ciertamente no es defecto de Díez-Picazo este juego que se da a la voluntad, sino una consecuencia del propio dogma conforme al cual la voluntad de cada individuo es absoluta soberana para crear Derecho; lo que, así dicho, se demuestra como un total absurdo. Pero, al dejarse guiar Díez-Picazo por los defensores de aquella tesis, se llega a un juego en que la voluntad es una entidad abstracta, y abstraída, que viene a identificarse o llenarse con el capricho ocasional del intérprete. Obsérvese lo dicho con referencia a los ejemplos puestos:

Como la voluntad *fabrica* el negocio sin sujeción a nada, quien hace un testamento en beneficio “de mi esposa”, ha de saber (máximamente cuando esa voluntad se reclama que sea voluntad consciente y autorresponsable) que su expresión tendrá un momento de *perfección*: el de la muerte del testador; y éste puede prevenir muy bien su viudez con ulterior matrimonio. Por tanto, si, dándole juego a la voluntad, no expresa en su testamento la adjudicación en beneficio de “Pocholita, mi esposa”, sino de “mi esposa”, nada impide concluir, que en su voluntad interna estaba previsto *perfeccionar* el negocio ya nacido dejando el beneficio a la persona que fuese, al momento del óbito, dicha esposa. Esto es, no había voluntad de beneficiar a alguien en concreto, puesto que no se concretó la adjudicación *nominatim*, que es lo que individualiza.

Y, así, se llega a la misma conclusión que entender el testamento como negocio eficaz al momento de la muerte: ¿cuál será el efecto?, la transmisión del beneficio dejado. ¿A quién se le ha dejado? A aquella persona que, sea “mi esposa” cuando el negocio produce efecto, que no es Pocholita, sino quien sobrevive al testador. Y ello porque tal voluntad no actúa en el vacío, sino dentro de un contexto social (luego, jurídico), en que hay que decir las cosas, so pena de que dicha voluntad se frustre (cfr. art. 695, C.c.).

Lo mismo cabe decir del segundo ejemplo; no se trata de una voluntad, sin más, como vinculante, sino una voluntad conforme a Derecho (art. 636, C.c.), y quien no se manifiesta conforme a Derecho, *no se manifiesta*.

En el tercer ejemplo, es claro que no hay vicio de voluntad cuando se conoce y se quiere, pues ese vicio es, precisamente, la voluntad. Luego estamos hablando de un vicio en abstracto y de una voluntad en abstracto, no existentes en la realidad, para referirlos a una voluntad real y concreta no viciada, pues sabe y quiere. El ejemplo es algo parecido

a afirmar, que no pagar al fisco es un delito, por lo que quienes están exentos delinquen. Obviamente, la exención excluye el delito. Saber el *vicio* y quererlo es no estar viciado.

Algo parecido ocurre con el cuarto ejemplo. Llamar testamento ológrafo a lo que no lo es (art. 637, C.c.), y que solamente nace al cumplir los 21 años no es serio, pues resultaría que, hasta quienes no tienen voluntad legalmente hablando, resulta que la tienen.

Yo parto de la premisa fundamental, que es el grupo social quien determina qué es Derecho, siendo irrelevante que un ciudadano particular determine lo contrario, por lo que *su* voluntad no es voluntad. Si no fuese así, indudablemente que los traficantes de heroína pueden venderla legalmente, pues esa es su *voluntad*. Lamentablemente, a esa voluntad le falta otra, la querencia social.

Consiguientemente, no hay inconveniente alguno en calificar el testamento en los términos antes indicados<sup>35</sup>.

## 8. Antecedentes y desarrollo histórico

El testamento aparece en época muy temprana en el Derecho romano, pues ya las mismas Doce Tablas solamente admiten la apertura de la sucesión intestada *si intestato moritur*, y se concibe como el acto más relevante del *cives romanus sui iuris*, del mismo modo que en las monarquías hereditarias deviene en esencial la fijación del sucesor en la Corona; de manera tal que, cuando se institucionaliza, lo normal es hacer testamento. Si bien debe advertirse que la *testamentifactio* hay que entenderla más como un modo de desheredar a todos los parientes (pues todos tienen inicialmente derecho a la sucesión en la jefatura familiar, al menos, entre los *cives romanus*), que como expresión de una voluntad patrimonial, tal como hoy lo entendemos. De hecho, la designación del *heres* supone e implica la sustitución del causante por el nominado en el ejercicio de la jefatura soberana del grupo familiar. Lo que puede explicar la aparente contradicción que Biondi señala a Daube, quien estimaba el testamento algo excepcional: como acto, era fundamental; como expresión

35 Biondi, B., *Sucesión testamentaria*, cit., pág. 6, con referencia a Daube, *Intestato*, en *Revue hist.*, 1936, 15, págs. 341 y sigs.

de una voluntad subjetiva, no parece que surgió sino luego de una evolución más o menos dilatada<sup>36</sup>.

En sus orígenes (*in comitis calatis, in pro cinctu*) no es sino la designación verbal del *heres*, expresión oral sustituida posteriormente por la forma escrita (*tabulae*), pero siempre determinante de la institución hereditaria, pues instituir heredero y testar son lo mismo en Roma.

Será como consecuencia de un lento proceso histórico, “cuando la ley reconoce paulatinamente que el testamento pueda incluir otras disposiciones y... el principio por el que la institución de heredero se considera esencial va perdiendo su antiguo rigor”<sup>37</sup>, que el matiz patrimonializante del contenido testamentario irá siendo reconocido, perdiendo su energía la función esencial original, la institución hereditaria. Aunque incluso en época imperial no se concebía testamento sin designación de heredero, aunque se admitía un variadísimo contenido de otro orden. Y es, precisamente, el hecho de la designación del sucesor lo que permite diferenciar, en Roma, entre el testamento y el codicilo.

En esta evolución, señala Biondi, “si en épocas más avanzadas la forma y la sustancia son independientes hasta el punto de poder seguir desenvolviéndose separados y tener regímenes diferentes, a medida que nos remontamos en la historia suponen una entidad jurídica inescindible. Las formas más antiguas, que no son imaginadas por algún legislador para revestir de formas la voluntad del disponente, surgen de la práctica tan ligadas a la esencia del acto que llegan a determinar el régimen de éste. La sustancia se compenetra tanto con la forma que no es posible modificar una sin que cambie la otra. Por lo tanto la sucesión histórica de formas testamentarias que encontramos en el ámbito del *ius civile*, no supone tan solo cambios en las solemnidades, esto es, sustitución de una forma arcaica o incómoda por otra más moderna o factible, sino, sobre todo, transformación de la sustancia, hecha posible por el cambio de forma”. Y continúa:

---

36 Biondi, B., *ibídem*, pág. 18. Sobre las formas testamentarias y su evolución, ver: Arias Ramos, *op. cit.*, II, págs. 780 y sigs.; Arangio-Ruiz, *Instituciones*, cit., págs. 587 y sigs.; Jors-Kunkel, *Derecho privado romano*, cit., págs. 448 y sigs. y la bibliografía allí citada; Bonfante, *Instituciones*, cit., págs. 603 y sigs. Para la época clásica, Schulz, *op. cit.*, págs. 229 y sigs.

37 Biondi,, *passim* págs. 35-36.

“El Régimen del testamento *per aes et libram* no es el del testamento *calatis comitis*, de la misma manera que el del testamento pretorio no es el mismo que el del *per aes et libram*. Como la introducción de este último significa la superación del viejo concepto de la *hereditas*, así la aparición del pretorio significa el principio de una nueva era en la historia de las formas testamentarias. Mientras que las arcaicas han brotado en la práctica de acuerdo con la estructura de la antigua *hereditas* y el testamento *per aes et libram* no es sino un expediente para adaptar la *mancipatio* a una finalidad sucesoria, en el testamento pretorio el ordenamiento jurídico reconoce una nueva forma que, aunque procedente de la civil, en vista de la naturaleza *mortis causa* del acto, tiene la función de garantizar la sinceridad y la perfecta conservación de la voluntad del disponente.

“A Partir del testamento pretorio se inicia la separación de la sustancia y de la forma que va a permitirles desenvolvimientos distintos”<sup>38</sup>.

Originalmente, como ya se ha indicado, Roma conoce dos modalidades de testamento, el proclamado ante el pueblo reunido en asamblea, en una de las dos convocatorias anuales (*in comitis calatis*) y el otorgado ante el ejército formado para la batalla (*in procinctu*)<sup>39</sup>.

38 “Gayo (2, 101) dice que uno era hecho *in pace et otio* y el otro por los *in proelium exituri*. En Biondi,, pág. 37.

39 En un principio se trataba, como en toda *mancipatio*, de una transferencia del propio patrimonio para el momento de la muerte: Según Gayo, cuando alguno, no habiendo hecho testamento y sintiéndose próximo a la muerte, quería disponer de sus propios bienes, hacia *mancipatio* del propio patrimonio (*familia*) a un amigo, al que dirigía el ruego de que ejecutara su última voluntad: *eunque rogabat quod cuique post mortem suam dari vellet*. El adquirente no era heredero, sino que, como dice Gayo (2, 103), *heredis locum optinebat*: adquiriría en bloque el patrimonio del disponente, quien le daba instrucciones sobre la suerte de éste. La ejecución de la voluntad del testador quedaba confiada a la *fides* del *emptor*, y por ello las personas designadas eran adquirentes del *emptor* antes que sucesores del disponente.

“El acto se regulaba por el régimen de la *mancipatio*, tanto respecto a la forma como a la sustancia, y no suponía una transmisión de deudas y créditos, que no cabían en la *mancipatio*.

“Se presenta, pues, como enajenación entre vivos y no como testamento, del que no tiene ni la estructura ni los efectos: la bilateralidad incita en la *mancipatio* contrasta con el carácter unilateral del testamento; produce efectos inmediatos e irrevocables, al revés que el testamento; excluye la *successio in locum et ius* que es característica de la sucesión hereditaria. Sin embargo, la estructura propia de la *mancipatio* se ve atenuada por el hecho mismo de que el acto se utiliza con finalidad testamentaria; el carácter bilateral se refiere más a la forma que a la sustancia de la disposición, y los efectos inmediatos del acto son modificados por vía de *pactum fiduciae* entre disponente y *familiae emptor* que se celebra en el acto mismo de la *mancipatio* (Biondi, B., *Sucesión testamentaria*, cit., págs. 40-41).

Posteriormente, se añade a esas dos modalidades, una tercera, que expresa mayor comodidad patrimonial, la *mancipatio familiae*<sup>40</sup>, que sería

40 “De la *mancipatio familiae*, que es una enajenación entre vivos, deriva el testamento *per aes et libram*. El acto sigue realizándose como una *mancipatio*, de lo que resultaba su denominación, pero *nunc aliter ordinatur quam olim solebat* (Gai. 2, 103). Y es que la *mancipatio* se convierte en una mera forma, que no corresponde a la sustancia y a los efectos del acto y que se mantiene por la instintiva repugnancia de los romanos hacia la aniquilación y la creación. Sigue interviniendo el *familiae emptor*, que ya no es el adquirente de la *familia*, sino que es considerado *heredis loco*; no puede ser calificado formalmente de *heres*, por cuanto la *mancipatio* no es acto suficiente para instituirle como tal; es mantenido *dictis gratia propter veteris iuris imitationem* (Gai. 2, 103), ya que en la *mancipatio* no puede faltar un adquirente. Mientras que en un tiempo la ejecución de la voluntad testamentaria quedaba confiada a la *fides* del *familiae emptor*, ahora la voluntad del testador es productora por sí misma de efectos jurídicos.

“Todo ello marca el paso de la enajenación al testamento. No adquiere el *familiae emptor*, sino el tercero indicado por el disponente, aunque sea extraño al acto. La adquisición se realiza *mortis causa* y la voluntad del disponente produce efectos que exceden del límite normal de los de la *mancipatio*.

“Esta transformación pudo realizarse en el ámbito de la *interpretatio prudentium*, con base en dos disposiciones de las XII Tablas” (Biondi, pág. 42).

“A medida que la *mancipatio familiae* asume la función de testamento, se excluyen los efectos la *mancipatio* que consisten en la adquisición inmediata de la *familia* por parte del *emptor*. Este resultado fue sabiamente conseguido en el ámbito de la *nuncupatio*, mediante una oportuna adaptación de la fórmula de la *mancipatio*. El adquirente declara no como en toda *mancipatio* y simplemente *ex iure Quiritium meum esse aio emtum hoc aere libra*, sino que, según refiere Gayo (2, 104), *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque meam esse aio, eaque quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aenaque libra, esto mihi empti*. Con ello el adquirente declara que ha comprado la *familia pecuniamque* y que ésta le pertenece: esta declaración no podía omitirse porque ella es la sustancia de la *mancipatio*; pero el adquirente añade —y en eso está la adaptación— que el patrimonio hereditario, por encargo del emancipante, está bajo su custodia (*endo mandatela tua custodelaque mea*) Y sólo con un fin testamentario: *que tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*. Esta declaración imprime al acto el carácter y el régimen del testamento. La frase *secundum legem publicam* se refiere no a una concreta ley especial, sino al complejo del régimen jurídico-público relativo al testamento, que interesaba más a la colectividad que al individuo.

“Con ello, el acto produce los efectos propios del testamento y no de la *mancipatio*, por más que tenga la forma de ésta. Por ello la adquisición se realiza a favor no del *emptor*, sino de la persona indicada en la *nuncupatio*; tiene efecto no inmediatamente, sino *mortis causa*; el acto es revocable y tiene por objeto relaciones jurídicas, como deudas o créditos, que son intransmisibles por *mancipatio*. Contribuía a la admisión de este resultado la configuración de la hereditas como *universitas*...

el germen del testamento *per aes et libram*<sup>41</sup>, del cual, a su vez, derivaría

“La *mancipatio* con sus cinco testigos y el *libripens*, el cual *testium numero est* (Gai. 2, 107), con todo su ceremonial, se reduce a una mera formalidad. Pero de ella derivan algunos principios que se mantienen incluso una vez desaparecida la *mancipatio*: el número de testigos, que perdura hasta el derecho justinianeo; la identidad de terminología y, en parte, también de régimen, entre capacidad de recibir y de disponer...” (Biondi., *passim*, págs. 46-47).

“En el uso de reducir a escrito la voluntad declarada oralmente tuvo su origen el testamento escrito. Primeramente el testador debía leer en el acto de la *mancipatio* las *tabulae* redactadas por sí mismo o por otro, ya que sin *nuncupatio* no era posible que tuvieran eficacia ninguna. Seguidamente y cuando el disponente no quisiese dar a conocer el contenido del testamento, se admitió también que la *nuncupatio* quedase reducida a la declaración de que las *tabulae* contenían el propio testamento. El testador, teniendo en sus manos las *tabulae*, declara exactamente: *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites mihi testimonium perhibetote* (Gai. 2, 104)...

“El testamento escrito tuvo mucha difusión por las grandes ventajas que suponía, hasta el punto de que se habla de *tabulae* y de *heredes scripti* para designar respectivamente el testamento y los herederos designados en él... La forma oral, a pesar de la difusión y de la utilidad de la escritura, sobrevive no sólo por algunas ventajas que presenta, sino también porque en casos es la única forma posible. Es el caso no del analfabeto, ya que cabe que el escrito sea redactado por otro, sino del que está privado de manos... Quien ha perdido las manos puede hacerse escribir por otro el documento, pero no puede tenerlo en la mano y presentarlo a los testigos, como requiere la formalidad...” (Biondi., *passim* págs. 48-49).

41 “El pretor no ha ideado una nueva forma, sino que ha tomado del testamento *per aes et libram* todo lo que seguía siendo vital, quitándole todo lo que no eran sino rastros de su procedencia de la *mancipatio familiae*. Bajo este aspecto, el testamento pretorio significa una simplificación del testamento civil, ya que no es sino el testamento civil, eliminadas la *mancipatio* y la *nuncupatio*... El edicto... concede la *bonorum possessio secundum tabulas*... La escritura tiene ahora preferencia y el testamento oral no es sino una excepción; *tabulae* son sinónimo de testamento; en tiempos de Cicerón las cuestiones testamentarias son calificadas de *questiones de scripto*...

“Sin embargo, el testamento pretorio no es sólo una forma de testamento que se añade a la civil... acelera la caída de las antiguas fórmulas sacramentales y, sin renunciar a la función de la forma, garantía de la fiel reproducción de la *voluntas testatoris*... insiste en dar plena y directa eficacia a la voluntad del disponente, la cual debe ser sólo expresada en un documento escrito, valorado por la *obsignatio* de siete testigos...

“El testamento pretorio es esencialmente escrito... pero fue también posible un testamento oral. Partiendo del concepto de que el testamento pretorio provee a las deficiencias de forma del testamento civil, Gordiano concede la *bonorum possessio secundum nuncupationem*, presumiendo *iure civili factum testamentum*, incluso si el acto era realizado *sine scriptis* (c. 2, I C. 6, 11; Gord. 242). Por lo tanto el testamento pretorio puede ser ya escrito, ya oral; pero se requiere siempre que la *voluntas testatoris* esté aseverada por siete testigos.

el pretorio<sup>42</sup> que se impondrá definitivamente, primero por sus ventajas,

---

“Derecho civil y Derecho pretorio, aun partiendo de distintas premisas, llegan al mismo resultado. El testamento civil es esencialmente oral, pero sobre la base de tal carácter se admite también el testamento escrito; el testamento pretorio es esencialmente escrito, pero sobre la base de la *voluntas* contenida en el escrito se admite también la posibilidad de un testamento oral. Ciertamente que el testamento oral, civil o pretorio, por las dificultades e incertidumbre de la prueba, debía estar fuera de la realidad práctica, como demuestra la terminología general (*tabulae heres scriptus*, etc.)...

“Los testigos y la forma escrita empiezan a asumir en el testamento pretorio una especie de función probatoria. Lo que importa no es tanto la solemnidad cuanto la posibilidad de probar mediante siete testigos la voluntad del disponente. A partir de este concepto, pudo el Derecho pretorio llegar a un resultado al que no llega siquiera el Derecho moderno. Cuando las *tabulae* han desaparecido o hayan sido destruidas o robadas, mientras en el Derecho moderno, si se trata de testamento ológrafo o secreto, no ha lugar la sucesión testamentaria hasta que se presente el documento, el pretor, como la *bonorum possessio* se funda en el *imperium*, puede, apoyándose en tal *imperium*, conceder al *heres scriptus* la *bonorum possessio* en los casos en que esté cierto de la existencia del testamento y de su contenido, por más que el documento no pueda materialmente presentarse.

“En casos excepcionales, la certeza, avalada por testigos presentes al acto, de que una persona es *heres scriptus* induce al pretor, antes magistrado soberano que juez, a conceder la *bonorum possessio* sin la exhibición material del documento, cuya existencia y contenido son aseverados” (Biondi,, *passim*, págs. 49-52).

42 “El testamento pretorio, más que una nueva forma, significa todo un nuevo orden testamentario. Como no está ligado a la tradición ni tiene la constante referencia al Derecho público que se mantiene en el testamento civil, representa una corriente de modernismo que constituyó uno de los factores más importantes del desgaste del Derecho civil. No sólo son inválidos para el Derecho pretorio los principios del civil que no tenían una intrínseca razón de ser, sino que incluso se produce la caída de esos principios en el ámbito del mismo testamento civil en los casos en que se concede la *bonorum possessio secundum tabulas* con base en un testamento que por los mismos principios fuera nulo para el Derecho civil.

“El testamento pretorio no suprime en la práctica al civil, sino que ambos coexisten ignorándose entre sí. Se presenta, pues, respecto de ellos el mismo problema que surge en los casos en que el Derecho pretorio modifica al Derecho civil; en general, si en principio prevalece el *ius civile*, a medida que éste se aleja de la conciencia social, el Derecho pretorio, que es intérprete de ella, llega no a derogar, sino a bloquear al *ius civile*, haciéndolo inactivo.

“Si no hay un testamento civil o es nulo, pero existe uno pretorio válido, mientras que, *ius civile*, es llamado a la herencia el heredero legítimo, el pretor concede la *bonorum possessio* al heredero testamentario, la cual era en principio *sinere*, y en el litigio ganaba el heredero civil. Pero un rescripto de Antonino Pío admite que el *heres scriptus* en un testamento pretorio fuese preferido al heredero civil. Si luego existen dos testamentos civil y pretorio, entrambos válidos, pero de fecha diversa,

posteriormente por disposición imperial<sup>43</sup>.

se consideran como dotados de igual eficacia legal, de manera que, por lo que toca a su revocación, se les aplica el régimen relativo a los testamentos sucesivos" (Biondi,, pág. 53).

Para los Derechos germánicos y la influencia del Derecho romano canónico, ver Planitz, *Principios*, cit., págs. 364-367 y 369-372.

- 43 Escribe Planitz: "...dicho causante podía buscarse *un heredero elegido (gekorene Erbe)*, con objeto de que éste realizase para él (para el causante) las ofrendas de difuntos; entonces correspondía también al heredero en cuestión el caudal relicto. Semejante *acto de creación de heredero (Erbengedinge, adoptio in hereditate)* necesitaba, por ello, el asentimiento de los titulares de la reversión. Dicho acto tenía que llevarse a cabo ante la Asamblea judicial pública, mediante las formas de la adopción. Entre los longobardos el causante entregaba en principio una lanza a un fiador ("fiador de lanza", *Speerburge*), el cual la ofrecía a su vez al heredero elegido. Por esta razón el acto se denominaba *thingatio, gairethinx* (*ger*= lanza, *thinx*= asamblea pública). Es posible que fuera análogo el rito de la antigua affatomía sálica.

"Al combatir las ofrendas paganas a los muertos, la Iglesia Cristiana se opuso también a la *adoptio in hereditate* o *Erbengedinge*. Resulta así que la affatomía aparece ya en el Derecho Popular Sáfico con un contenido transformado. El "fiador de lanza" se convierte en *Salmann*, a quien el causante transmite "a mano fiel" su patrimonio mediante la *festuca*; dicho *Salmann* ha de entregar a su vez el patrimonio al heredero ante la asamblea pública o abierta (*echtes Ding, ungebotenes Ding, mallus publicus, mallus legitimus, placitum apertum*) en el plazo de un año; en el Derecho posterior la entrega no tiene lugar hasta después de la muerte del causante. La *adoptio in hereditate* se va convirtiendo así en un *negocio jurídico propio del Derecho de Cosas* y se va refundiendo al propio tiempo en las donaciones por causa de muerte" (*Principios*, cit., págs. 363-364).

Respecto de las donaciones y su integración "tienen su punto de partida en el nacimiento o aparición de una *cuota libre* o *parte libre (Freiteil)*.

"La cuota en cuestión se remonta a las concepciones de la Iglesia, en especial a la doctrina de San Agustín. De entre las obras pías destaca la limosna, a la cual atribuye una eficacia expiatoria y merecedora de recompensa celestial. Da a los pobres peregrinos de este mundo para ayutarles a su paso por el mismo, y lo que des te será entregado de nuevo con altos intereses en la otra vida. Da por tanto a la Iglesia, como portadora de la caridad cristiana. Con ello no priva a tus hijo de lo que les corresponde, puesto que debes contar a Cristo en el círculo de tus hijos. El debe ser coheredero juntamente con ellos. Una *portio pro capite* de las que corresponden a los hijos (*Sohneskopfteil*) debe atribuirse también a Cristo... Resultó así que se permitió al jefe doméstico (*Hausvater*) disponer para la salvación de su alma, sin el asentimiento de los herederos... he aquí una desviación fundamental de los principios de la comunidad doméstica, a la cual le faltaba, mientras duraba la mano común, la existencia de cuotas separadas. Semejante renovación de principios necesitaba apoyarse en motivos muy importantes. Estos motivos radicaron en la singular preocupación en torno a la salvación del alma y en los preceptos de la Iglesia, la cual negaba absolución y sepultura a aquella persona que hubiese muerto



En los Derechos germánicos, el testamento era enteramente desconocido, pues la sucesión está vinculada al parentesco de sangre. Pero, si no había heredero alguno, era permitido el expediente de adopción mediante la designación de un heredero elegido (*gekorene Erbe*) que reclamaba el consentimiento de la comunidad, a efectos de evitar la reversión al grupo, designación que se llevaba a término mediante la forma de la adopción, que iría derivando con el tiempo y el influjo de la Iglesia romana, hasta identificarse con la donación por causa de muerte<sup>44</sup>.

---

sin donación a su favor. Así surgió la cuota libre o parte libre (*Freiteil*) como *cuota por anima* o *portio por anima* (*Seelteil*), configurándose ésta como *legítima eclesiástica...*" (, págs. 364-5). De antiguo le viene, pues, a la Iglesia romana su *espiritualismo*, legando, como se ve, hasta el chantaje moral.

44 “...en el período Franco fueron consideradas como eficaces desde un punto de vista jurídico-sucesorio las fundaciones en concepto de *utensilia pro anima* (*Seelgerätstiftungen*), cuando se habían llevado a cabo sin contrato y sin dotarlas de eficacia jurídico-real inmediata. Se consideraba natural que el causante dispusiese de su *cuota libre* o *parte libre* (*Freiteil*) para la salvación de su pobre alma; la Iglesia impulsó estas disposiciones con sus medios coactivos y luchó por la eficacia de las mismas. El Derecho testamentario romano influyó en este aspecto, puesto que reconoció la eficacia de la última voluntad unilateral. Estos *testamentos de estilo antiguo* quedaron limitados a ser un remedio *pro anima*; únicamente en la Remota Edad Media se ha salido de estos estrechos límites en algunas regiones, sobre todo en Sajonia, si bien ello ha sido tan sólo de una manera muy vacilante.

“También en este sentido ejerció su influencia la Iglesia, ya que desde antiguo había prestado su reconocimiento a los testamentos de los eclesiásticos y había abogado por la libertad de testar. Más importante fue, sin embargo, la circunstancia de que la idea de patrimonio doméstico comenzó a debilitarse y, al propio tiempo, se fue considerando cada vez más fuerte el poder de disposición del individuo sobre su propiedad. De esta forma, el Derecho alemán, especialmente en las ciudades, desarrolló, extrayéndolos de su propio ideario, los *testamentos de estilo moderno*: disposiciones unilaterales y revocables de última voluntad con una finalidad discrecional. El Derecho alemán ha mantenido en esto fundamentalmente el requisito de la *publicidad de la donación*: se exigía el otorgamiento del testamento ante el Tribunal o Consejo o, por lo menos, su presentación por el testador. Tan sólo en los casos de enfermedad grave se prescindía de la comparecencia de éste ante la autoridad... Sin embargo se hacía notar a menudo la influencia del testamento de los clérigos, esencialmente libre de formas... A partir de principios del siglo XIV los testamentos fueron otorgados ante notarios. Lo esencial para este testamento alemán era que (a diferencia del testamento romano) *no requería la institución de heredero*, sino que podía limitarse a la disposición sobre objetos singulares del caudal relicto. Si no existía ninguna disposición de última voluntad, tenía lugar la sucesión legítima; además, la sucesión hereditaria legítima y la testamentaria podían coexistir una al lado de otra en la misma “hipótesis sucesoria” (*in gleichen Erbfall*).

La forma testamentaria surgirá como efecto de la ambición eclesiástica<sup>45</sup> y con una manifiesta influencia del Derecho romano, luego de la recepción de éste, en época moderna.

En el Derecho histórico español, sustituida prontamente la romanización por el influjo de los Derechos germánicos, se explican las palabras de Lacruz: "...aunque en determinados cuerpos legales muy romanizados, y en regiones que admitían la vigencia supletoria del Derecho romano, se exige en él la institución de heredero, sin embargo el sentido del Derecho español es muy diferente: el testamento tiene su origen precisamente en disposiciones a título singular y de modo principal en las donaciones piadosas y a favor de los parientes... y en Castilla el Ordenamiento de Alcalá reaccionó contra la legislación romanizante de las Partidas...", lo que manifiesta un enorme influjo de las formas germánicas de sucesión<sup>46</sup>. Esto no obstante, "...aunque en el tiempo inmediatamente posterior a las invasiones prevaleció la *donatio post obitum*, también era conocido en el Derecho visigodo el testamento, según se deduce de las fuentes desde el Código de Eurico. La *lex Alariciana* reguló siguiendo el modelo romano, varias formas testamentarias; y entre ellas un testamento hecho de palabra ante testigos; luego aparece otro, otorgado por escrito, igualmente ante éstos, pero que podía ser firmado solo por el testador. Chindasvinto estableció los testamentos especiales *in itinere* y en expedición militar, y Recesvinto en el peligro de muerte. Dichos testamentos habían de ser objeto de un procedimiento de averdación o manifestación... Ervigio limitó el testamento oral a determinados casos de necesidad. El Fuero Real conservó el testamento oral y reguló otro hecho ante escribano. Las *Partidas* siguieron en cuanto a las formas testamentarias el patrón del Derecho romano, admitiendo el testamento abierto en sus dos formas nuncupativa y escrita... otorgado en presencia de siete testigos rogados y convocados expresamente, con

---

"A partir de la Recepción el Derecho testamentario romano va conquistando una fuerte influencia. Como forma testamentaria "se recibió" el testamento privado justiniano con siete testigos rogados, forma ésta que, sin embargo, no logró abrirse camino en la práctica. Por el contrario, se mantuvo en lo esencial el *otorgamiento público del testamento*. Junto al testamento judicial, que se declaraba ante el Tribunal o que era entregado al juez en un escrito, fue reconocido el testamento notarial otorgado en las mismas formas" (Planitz,, *passim* págs. 369-371).

45 Lacruz-Sancho, *op. cit.*, I, pág. 347.

46 *Ibidem* págs. 371. Ver *Fuero Juzgo*, Libro II, Tít. V, Leyes IV, XI, XII, XIII, XIV y XV, Ed. Zeus, I, págs. 137 y sigs.

unidad de acto<sup>47</sup>, poniendo las bases de “un sistema jurídico nuevo, frente al Derecho medieval español”<sup>48</sup>.

El influjo de la Revolución francesa, con su idea de libertad general, convirtió definitivamente al testamento en instrumento idóneo y general, que cerró el paso a los pactos sucesorios, tan difundidos en la Edad Media, de cuyo influjo solamente permanecen algunas de las limitaciones (fideicomisos, vinculaciones, etc.) a la libertad de disponer. Ello significó el triunfo del Derecho romano y el fin de los privilegios de casta<sup>49</sup> y la generalización del testamento como instrumento dispositivo *mortis causa*, al que se dota de mayor o menor amplitud de autonomía, según las diversas concepciones imperantes.

## 9. Especies de testamento

Es realmente difícil realizar una clasificación racional de los distintos tipos de testamento existentes en los variados sistemas jurídicos, en buena medida al haber surgido a impulsos de exigencias prácticas, lo que explica su diversidad. Las distintas clasificaciones que suelen hacer los Códigos, al igual que las doctrinales, casi siempre adolecen de poca precisión y, con frecuencia, los criterios delimitadores son arbitrarios. Limitándonos al régimen del Código civil puertorriqueño, cabe decir que, inicialmente, mantiene la distinción tradicional de los testamentos en *comunes* y *especiales*, aunque sin definir ambas categorías y limitándose a enumerar los tipos que adscribe a uno u otro grupo, lo que supone la inexistencia de otros dentro de la regulación establecida y menos aún fuera de dicha regulación. De ahí la necesidad de integrar tan elemental distinción, que puede realizarse

---

47 Torres, Teodora, *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977, pág. 109. En general, Manresa, *Comentarios*, cit., V, págs. 305 y sigs. Sobre el influjo del testamento hispano en América, Ots, *Historia*, cit., págs. 61 y sigs. Para el Derecho inglés, Rubinstein, *Iniciación*, cit., págs. 285 y sigs.

48 Sobre el desarrollo de la sucesión testamentaria en el Derecho de Castilla, Clavero, B., *Mayorazgo*, Madrid, Siglo XXI, 1974; 2a. ed. 1989, a la que aquí me refiero.

49 Art. 627, C.c.: “Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 637”.

## 1. TESTAMENTOS COMUNES

### a) Ordinarios

1. Testamento ológrafo (art. 627, C.c.)<sup>50</sup>;
2. Testamento abierto (art. 628, C.c.)<sup>51</sup>;
3. Testamento cerrado (art. 629, C.c.)<sup>52</sup>;

### b) Extraordinarios

1. Testamento del loco otorgado en intervalo lúcido (art. 614)<sup>53</sup>;
2. Testamento del enteramente sordo (art. 647)<sup>54</sup>;
3. Testamento del ciego (art. 648)<sup>55</sup>;

---

50 Art. 628, C.c.: “Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enterados de lo que en él se dispone”.

51 Art. 629, C.c.: “El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto”.

52 Art. 614, C.c. “Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos”.

53 Art. 647, C.c.: “El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y si no sabe o no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario”.

54 Art. 648, C.c.: “Cuando sea ciego el testador se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 645, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe”.

55 Art. 659, C.c.: “Los sordomudos y los que no puedan hablar pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado observando lo siguiente:

“1. El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

“2. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él.

“3. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 657 en lo que sea aplicable al caso.

“El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

4. Testamento del sordo y mudo (art. 659)<sup>56</sup>;
5. Testamento otorgado en lengua extranjera (art. 633)<sup>57</sup>;
6. Testamento en peligro de muerte (art. 650)<sup>58</sup>;
7. Testamento en tiempo de epidemia (art. 651)<sup>59</sup>.

## 2. TESTAMENTOS ESPECIALES

- a) Testamento militar (art. 626)<sup>60</sup>
- b) Testamento marítimo (art. 626); y
- c) Testamento efectuado en país extranjero (arts. 626 y 666)<sup>61</sup>

---

“En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota”.

- 56 Art. 633, C.c.: “Para testar en un idioma distinto del castellano o del inglés, se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador que traduzca su disposición al castellano o al inglés. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas, o sea, en la del testador o en inglés o castellano. Lo mismo se hará cuando el testamento en inglés deba surtir sus efectos en todo o en parte en Puerto Rico, y en el caso de que el testamento en castellano deba surtir sus efectos en todo o en parte en los Estados Unidos”.
- 57 Art. 650, C.c.: “Si el testador se halla en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario”.
- 58 Art. 651, C.c.: “En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones o mujeres”.
- 59 Art. 626, C.c.: “Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero”.
- 60 Art. 666, C.c.: “Los ciudadanos de Puerto Rico podrán testar fuera de Puerto Rico, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.  
“Podrán también testar en alta mar durante su navegación en un buque de los Estados Unidos o extranjero, con sujeción a la Ley del estado o de la nación a que el buque pertenezca”.
- 61 Con carácter preceptivo. Las expresiones del testador serán, pues, importantes siempre que puedan entenderse con intención *normativa*. Como escriben Lacruz & Sancho, “en todo caso se trata de un contenido imperativo: como dice la sentencia de 28 de noviembre de 1958, las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el *decurius* al rango de normas de obligado acatamiento para los herederos no producen acciones viables en justicia”, añadiendo en nota a pie de página:  
“Más no siempre la expresión *recomendar* u otra equivalente debe entenderse como simple ruego. La jurisprudencia se atiene, para interpretarla, a las circunstancias del caso consideradas en su conjunto: Véanse las siguientes decisiones:

## 10. Contenido del testamento: condiciones de validez de las disposiciones testamentarias

La expresión *condiciones de validez* puede entenderse en dos significados diversos: a) técnicamente, como la determinación de un evento futuro e incierto a cuya realización se remite la eficacia del negocio

---

“S. 20 marzo 1902. El testador instituye heredera a su esposa, y recomienda a su hermana. ‘El primer significado léxico del verbo *recomendares*, según el Diccionario de la Academia, el de *encargar*, y en el presente caso el encargo hecho por el testador a la heredera de socorrer a su hermana, atendiendo al desamparo en que ésta quedaba y que disponía de lo suyo propio, constituye clara expresión de su voluntad en tal sentido, aunque no la formulase en términos imperativos’.

‘No se limitó a hacer a esta una recomendación vaga o genérica en favor de su hermana, sino que expresó que tal recomendación o encargo había de consistir precisamente en atenderla y suministrarle lo necesario para su decorosa subsistencia mientras viviera, lo que explica que el testador quiso o fue su intención que su esposa socorriese a la hermana anciana y desvalida con las rentas o productos del haber hereditario’. Además, en el caso, el testador había venido dando a su hermana durante su vida lo necesario para su decorosa subsistencia, y constantemente manifestaba que dejaría a ésta un legado para que pudiera mantenerse mientras viviese.

“S. 15 febrero 1907. Declaró que la cláusula en que el testador *recomienda* a sus herederos que atiendan a la subsistencia de su hermana, caso de que ésta se encuentra sin recursos, debía entenderse en el sentido de que es potestativo en aquéllos satisfacerle o no una pensión, puesto que la recomendación entraña simplemente un ruego o súplica.

“S. 15 enero 1916. La testadora recomienda a sus herederos que si su hermano por consecuencia de cesantía en su destino o cualquiera otra causa llegara a encontrarse sin recursos, provean a lo que sea estrictamente necesario para la subsistencia. Según el T.S., ‘al hacer la causante a sus herederos la recomendación condicional que en obsequio de su hermano consigna en su testamento’, no intenta hacer un legado, y a éstos ‘no les liga con ningún vínculo jurídico obligatorio, por cuanto aquella locución, gramaticalmente analizada es ni más ni menos que un encargo, ruego o súplica’.

“S. 15 diciembre 1920. Constituye legado de alimentos la cláusula en que el testador recomienda con mucho interés a sus herederos que conserven siempre a su lado a una antigua sirvienta, procurando no carezca de las cosas más precisas mientras viva, y en la seguridad de que así lo harán no la deja legado alguno, manifestando que si surgiera entre los herederos y la beneficiaria alguna desavenencia, y se separasen, para tal caso suplica que señalen a ésta un tanto diario que le permita vivir modestamente.

“S. 20 marzo 1968. La cláusula ‘ruega a sus hijos que hagan con su hermana lo que les tiene realmente ordenado’ supone un mero deber de conciencia, que los tribunales no pueden obligar a cumplir, porque desconocen su contenido y alcance y además porque lo prohíbe el art. [619], C.c.” (Lacruz & Sancho, *op. cit.*, I, pág. 354, nota 4).

testamentario sentido que no es el aquí elegido, pues las condiciones testamentarias influyen en la eficacia, pero no en la validez del testamento; b), en sentido vulgar, como factor o elemento cuya presencia se reclama en un momento genético determinado previamente para considerar el surgimiento del testamento. Es en este significado que se usa aquí de la expresión.

Como todo acto expresivo de la autonomía privada, el contenido del testamento viene concretado a una o varias disposiciones expresivas de esa autonomía privada, con carácter preceptivo<sup>62</sup>; y lo que interesa es la determinación del ámbito al que tales disposiciones pueden extenderse; o, lo que es lo mismo, cuál es la solución que deba darse al tema —ya apuntado— acerca de si el testamento implica solamente disposiciones patrimoniales, o puede referirse a cuestiones de otra índole, criterio éste último que aquí se defiende<sup>63</sup>.

Pero, con independencia de este punto, el testamento, como cualquier otro negocio jurídico, reclama y exige para su validez y eficacia la presencia de determinadas condiciones o requisitos que vienen determinados por la relación existente entre los elementos subjetivos del negocio (voluntad, conciencia)<sup>64</sup> y los elementos objetivos (forma, contenido, causa)<sup>65</sup>.

a) Desde el punto de vista de la forma del negocio, corresponde una voluntad de acto, *querer ese acto* significa querer su forma esencial. Ciertamente la exigencia de tal voluntad no supone reclamar espontaneidad, por cuanto un acto psicológicamente forzado sigue siendo un acto querido (la coacción psicológica, lejos de excluir la voluntad la presupone), si bien la intensidad de la coacción sobre la psique puede ser de tal alcance que la sociedad, el Derecho, la equiparen a la ausencia de querer. En tema de testamentos, esa voluntad de la forma implica que el testador desea *hacer testamento en cualesquiera de las formas hábiles* para ello. Y si bien es cierto que, en función de la relevancia del testamento (cuyo autor desaparece cuando el mismo entre en su eficacia plena), el Derecho

---

62 *Vide supra.*

63 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, IV.

64 Ver *Ibidem.*

65 Vélez Torres, *Curso*, cit., pág. 130; Velázquez, G., *loc. cit.*, pág. 197; González Tejera, *op. cit.*, II, pág. 283, citando la jurisprudencia española (ss. 22 febrero 1934, 30 junio 1944, 17 abril 1959).

se asegura y asegura la presencia de dicha voluntad recargando la exigencia de forma, no es menos cierto que pone a disposición del interesado una variedad de alternativas para que aquella voluntad no tenga impedimentos serios de manifestación; pues, como ya se dijo, la forma cumple aquí dos fines importantes: advertir de la trascendencia del acto testamentario y asegurar a terceros acerca de la autenticidad de esa voluntad del testador. Por ello, se declara nulo el testamento otorgado mediante violencia (art. 622, C.c.), o intimidación, que se equipara a la *violencia moral*<sup>66</sup>.

b) Desde el plano del contenido, o propiamente hablando, precepto de autonomía privada que el testador exhibe, se reclama una perfecta conciencia del acto, esto es del significado que tiene esa exteriorización, en cuanto ordenadora *mortis causa* de las relaciones jurídicas del testador, que reclama excluir cualquier falsa apreciación; razón por la cual se reviste al testamento de especial formalismo (como medio de advertencia a la conciencia del testador) y se sanciona con nulidad la testamentación errónea, en los términos que luego se determinan (arts. 622, 696, 702, C.c.).

c) Con referencia a la causa, corresponde al agente testamentario una voluntad práctica, dirigida a obtener un resultado, el producido por la ordenación consciente de lo que quiere y expresa; resultado final que, naturalmente, ha de verse afectado si existe vicio en cualquiera de los dos planos o momentos anteriores, como asimismo ha de verse oportunamente.

Estas tres consideraciones están valoradas en el Código civil. Así, desde el primer plano, el citado art. 622 decreta la nulidad por las causas expresadas; y el art. 612 fija una ausencia de legitimación retrospectiva plena bajo el calificativo de incapacidad total<sup>67</sup>, pues en su hipótesis se determina una total falta de conocimiento consciente, que excluye la voluntad. Respecto del segundo plano es ejemplo el art. 696, en que se valora el error adecuado a la apreciación legislativa de los negocios *mortis causa* (que difiere de los *intervivos* al estar ausente el criterio sinalagmático). En fin, desde el punto de vista del resultado práctico, cuando los fines perseguidos por el testador no son conformes a Derecho, o no se estima

66 Art. 612, C.c.: "Están incapacitados para testar:

"1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

"2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio".

67 *Op. cit.*, I, pág. 422.



existente un testamento (art. 636, C.c.), que plantea el tema de las *memorias testamentarias* (testamentos *per relationem*), entre otros, o, si de simple divergencia se tratase, se impone una conversión negocial (cfr. art. 665, C.c.).

## **11. Las memorias testamentarias (testamentos *per relationem*). Pluralidad de testamentos. Codilicios**

### **A. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS O TESTAMENTOS *PER RELATIONEM***

Se entiende por memoria testamentaria el escrito ológrafo o firmado por una persona, para realizar el ejercicio facultativo reservado en un testamento, con el fin de añadir, modificar o suprimir algo de lo dispuesto en éste. Lacruz<sup>68</sup> recoge la expresión de la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 29 de septiembre de 1954, en que se describen las memorias testamentarias: “En el Derecho anterior al Código civil, las memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza del testamento, en que había de hacerse mención de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieran como parte integrante del testamento, que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión o estableciendo algunas mandas o legados”.

Como resalta Muñoz Morales<sup>69</sup>, las memorias “no fueron instituidas por ningún precepto legal, sino por una costumbre tradicional aceptada en varias sentencias del Tribunal Supremo de España y que el antiguo civilista y profesor de la Universidad de Valladolid, Sr. Domingo Morato, definió como: ‘un escrito o bien, todo de puño y letra del testador, o por lo menos suscrito por el mismo, en el cual, haciendo uso de las facultades que expresamente se reservó en el testamento, completaba, corregía, modificaba u ordenaba nuevamente las disposiciones contenidas en éste’ ”.

---

68 *Op. cit.*, pág. 95.

69 Ver Manresa, *loc. cit.*, V, págs. 565 y sigs.

“Tales memorias fueron luego sancionadas por la Ley de Enjuiciamiento civil y que se hizo extensiva a Puerto Rico en el año 1886...”, disponiendo su art. 1.969: “El que tenga en su poder alguna memoria testamentaria, deberá presentarla al juez competente en cuanto sepa la defunción del otorgante, pidiendo su protocolización y manifestando la causa de que obre en su poder. Con el escrito presentará documento en que acredite dicho fallecimiento, y exhibirá copia fehaciente del testamento, en que se indiquen su existencia y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima...”, disponiendo los siguientes preceptos rituarios el trámite correspondiente<sup>70</sup>.

Pero con la publicación del Código civil, al sujetarse dichas memorias testamentarias para su eficacia a los requisitos del testamento ológrafo, dejaron de tener razón de ser, siendo así prohibidas: “Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo” (art. 621 C.c.). Prohibición referida, claramente, a quedar dichas memorias conformadas a los requisitos de olografía, testamento que, así, absorbe y absorbe las otrora memorias. Esto es, no se trata de una total prohibición, sino de una alteración de su forma de validez y eficacia.

Como quiera que el testamento se remitía (*relatio*) a otros elementos externos al mismo, la doctrina posterior al Código civil ha venido planteando el tema de su validez, desde el punto de vista de estimarse si la declaración de voluntad última que todo testamento implica debía hallarse enteramente plasmada o era admisible que parte de la voluntad del testador no lo fuese sino por remisión.

No hay, obviamente, inconveniente alguno en que el contenido de un testamento —en cuanto expresión de voluntad del testador— deba precisarse o integrarse por la referencia a un elemento objetivo externo (“sea mi heredero el campeón nacional de ajedrez de 1990”); menos aún debe estimarse imposible que se remita el testamento a un conjunto de factores objetivos para determinar totalmente la voluntad del testador. Problema que entre los autores suele referirse a la temática de la interpretación del testamento, o, por imperativos del art. 621, al tema de la revocabilidad.

70 *Lecciones*, cit., pág. 199.

Como cuestión de interpretación, juegan el citado art. 621, que admite la *relatio* si el documento referido se ajusta a las normas de olografía, y el art. 624, a cuyo tenor “toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. *En caso de duda se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*” (énfasis añadido).

Como cuestión de revocación, se plantea el punto ante el art. 670, C.c., si bien con relación a un aspecto muy próximo al del testamento *per relationem*: la pluralidad de testamentos, es decir, cuando aparecen diversos documentos, ajustados a las diversas exigencias de validez según casos, todos los cuales expresan la entera voluntad del causante, aunque sin existir una remisión *expresa*, esto es *verbatim*, de uno para con otros.

## **B. PLURALIDAD DE TESTAMENTOS**

Como resalta Diez-Picazo<sup>71</sup>, cuando los autores señalan los caracteres del testamento, no suelen señalar entre ellos la *unicidad*, por el contrario al Derecho romano en que “se ha dicho, un testamento no puede revocarse sino haciendo otro testamento posterior y, recíprocamente, todo testamento posterior revoca ineludiblemente y por completo el testamento anterior”<sup>72</sup>, conforme al aforismo posteriore *quoque testamento quod iure perfectum est, superius rumpitur*, regla derivada del entendido que el testamento reclama institución de heredero, por lo que dos testamentos devenían por esencia en contradictorios. Pero, desaparecido el principio y siendo válidos los testamentos con o sin institución hereditaria, con o sin herencia (caudal distribuido en legados), y con la conceptualización como testamento de toda expresión de última voluntad, las razones que explican el sistema romano desaparecen. “Desaparecidos estos principios y exigencias en nuestro Derecho por la Ley del *Ordenamiento de Alcalá*, se convino en que una persona podía morir con varios testamentos que fueran válidos y eficaces, si el testador disponía en ellos de parte de sus bienes, sus cláusulas no eran opuestas entre sí

---

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*, pág. 201. Sobre su evolución en el Derecho histórico, Muñoz Morales, *op. cit.*, 137-8; González Tejera, *loc. cit.*, II, págs. 246 y sigs.

y no podía deducirse que tuvo ánimo o intención de revocar con el último los anteriores (*Novísima Recopilación*, 10, 18, 1)<sup>73</sup>. Tesis recogida — continúa el distinguido Académico de la de Jurisprudencia— por el *Code* y, en general, en los textos modernos.

En el Código civil español, así como en el de Puerto Rico, el tema se centra en el significado dable al art. 670: “El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”, añadiendo el párrafo segundo que “sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero”.

Si bien parece claro que ambos Códigos se apartan de la orientación general actual, fijando como principio el romano (todo testamento se revoca por el posterior); tesis insistentemente defendida por el Tribunal Supremo de España<sup>74</sup>, en contra de la cual se ha expresado regularmente la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>75</sup>.

Entre los autores, sin embargo, aparece una clara postura a favor de buscar un sentido al art. 670, C.c., favorable a la compatibilidad de varios testamentos<sup>76</sup>, destacando el esfuerzo en este sentido de Díez-

73 Ss. 8 noviembre 1932 y 12 marzo 1958.

74 Resoluciones de 18 junio 1947; 12 septiembre 1947 y 18 diciembre 1951.

75 González Tejera, *op. cit.*, II, págs. 253 y sigs. Lacruz-Sancho, I, págs. 510 y sigs.; Puig Brutau, *op. cit.*, V-2, págs. 204 y sigs.; Pastor Ridruejo, *La revocación del testamento*, Barcelona, 1952.

76 “Partiendo del principio de que la fecha que se indica en el testamento ha de ser la verdadera, debiera derivarse de ahí que, cuando en éste se indiquen varias fechas, la incertidumbre entre todas ellas será causa de nulidad. Para llegar a una solución distinta sería menester probar que es una sola la verdadera y considerar las demás como no puestas.

“Mas ¿no podrían ser verdaderas todas? Hemos visto que la ley no prescribe en qué lugar se ha de poner la fecha y cabe la posibilidad de que el testador, que la haya puesto al principio de su escrito, interrumpa éste y lo prosiga en otra ocasión, añadiendo al final la fecha del día en que lo concluyó; en este supuesto no hay fecha falsa ni fecha equivocada y no cabe duda de que las referidas fechas pueden ser interesantes si se presentan cuestiones de capacidad o de revocación.

“Aquí nos hemos de preguntar en primer término si las partes que han sido escritas y fechadas en día distintos se pueden considerar como uno o varios testamentos. Si son varios, deberán estar los dos firmados y en tal supuesto sólo sería válida la parte del escrito que hubiera sido firmada.

Picazo, quien fundamenta el criterio de plena admisibilidad con serias bases:

a) La premisa inicial, y falsa, de que el testamento se refleja en *un* documento, debe descartarse. El testamento, como todo negocio jurídico, puede expresarse en varios documentos diversos, al igual que un documento puede encerrar varios negocios jurídicos;

b) El argumento de que la fecha dota de unidad al testamento tampoco es argumento serio y robusto, pues ninguna razón induce a ello. Nada impide que la declaración de voluntad negocial se efectúe en momentos diversos, hipótesis no extraña al Código civil (v. gr: arts. 532. 533, C.c.); como nada excluye una diversidad de voluntad documentada en distintos “papeles”, todos de la misma fecha, en tanto en cuanto no sean incompatibles, por lo que devendría en indiferente fechas distintas;

c) La exigencia de *unidad de acto*, esto es la unidad del negocio, precisamente es el tema: si la voluntad se manifiesta por medio de diversos documentos, todos precisamente expresan la unidad negocial. Y no es argumento el art. 649, cuya finalidad al exigir que no se interrumpan las formalidades del testamento es asegurar la autenticidad en el abierto, evitando que la interrupción puede servir de vehículo o

---

“Sin embargo, no se puede excluir que un mismo testamento haya sido escrito en días distintos, ya que la ley no ordena al que va a hacer testamento que lo redacte por entero sin interrupción; por otra parte, si el testador empezó a escribirlo poco antes de medianoche y lo acaba después de ésta, es ciertamente un solo testamento el que ha sido escrito en dos días. La unidad o pluralidad del testamento no se puede montar, por consiguiente, sobre esta circunstancia; una circunstancia que nos puede dar indicios de la pluralidad del testamento es que haya no sólo duplicidad de fechas, sino también de pliegos, impresión a la que pueden contribuir otras circunstancias emanadas del contenido del escrito, como, p. ej., si en la segunda parte se revoca expresa o tácitamente una disposición contenida en la primera. “Con tales bases, entendemos que se ha de analizar en cada caso si se trata de uno o de dos testamentos, para sostener la unidad habla la doctrina de *voluntas in itinere*, expresando que la voluntad testamentaria podía no estar definitivamente formada, sino que hubiera ido escribiéndola a medida que se iba formando; pero ¿cómo determinar si el testador se había ya formado una voluntad completa o no? Se ha hablado de unidad genética del testamento para indicar que éste estará completo cuando el testador haya escrito por entero lo que en aquel momento era su voluntad...” (Cicú, *op. cit.*, págs. 72-73).

¿Qué decir de un testamento cerrado autorizado por el capitán del buque, en que la fecha del testamento sea posterior a la del acta, si se piensa en el cruce del meridiano de la *línea de cambio de fecha* por ser el traslado de oeste a éste?

excusa para ello. De todas formas, nada impide la presencia de un testamento de seis mil páginas, en cuyo caso será imperativa la interrupción<sup>77</sup>.

Por ello concluye el prestigioso amigo, que si se da unidad de propósito, unidad de disciplinamiento y unidad orgánica, nada impide testar en distintos documentos, todos los cuales integran el testamento del interesado.

Que el art. 670, C.c. reclame la expresión de no quedar revocado un testamento anterior, lleva el punto al sentido de la palabra *expresión* ¿será menester una afirmación *verbatim* del testador en el sentido de su integración para admitir la eficacia de esa forma de testar *a plazos*?

El art. 621 autoriza a algo más, por referencia directa si el factor al que se hace alusión se ajusta a los requisitos de la olografía. ¿Qué es *expresar*? Cuando el Código civil se refiere al mandato, diciendo que puede ser expreso o no, y que el mandato expreso puede ser escrito u oral, reclamando mandato expreso para actos de disposición<sup>78</sup>, nos está indicando qué es lo expreso (que no es, desde luego, lo *especial*), pues expreso es el mandato ante Notario (ese poder general) y no es especial. Consiguientemente, no es impertinente estimar que la expresión de voluntad no ha de significar concreta o especial alusión, siendo suficiente con que surja claramente como voluntad del testador. Es lo que autoriza el art. 624, C.c., al disponer que “toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. *En caso de duda se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*” (énfasis añadido); y no tiene por qué no ser claro que el tenor del mismo testamento surja de diversos documentos.

De otro lado, el art. 1.234 es instrumento válido de hermenéutica testamentaria, pues lo es de los negocios jurídicos. Dispone: “para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los

77 Art. 1.601, C.c.: “El mandato puede ser expreso o tácito. “El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra...”. Art. 1.604, C.c.: “El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. “Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso”.

78 Se llamaban *codicilli* las tablas de cera empleadas para escribir cartas.

actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”, y no debe olvidarse que los documentos respectivos plasman una intención expresada en actos coetáneos y posteriores, pero todos ellos integrados en el mismo negocio jurídico.

### C. CODICILOS

Ya en época imperial, el Derecho romano conoció, junto al testamento, una modalidad carente de formalismos, que tiene su origen en el reconocimiento hecho por Augusto de una expresión de última voluntad realizada como apéndice testamentario (I., 2, 25 pr.). Se trataba de una simple epístola<sup>79</sup> contentiva de una disposición de última voluntad de carácter simplemente patrimonial carente de institución hereditaria. Parece ser que en época enteramente imperial, se requirió a los codicilos las mismas solemnidades que al testamento, al menos en aquellos casos en que se hiciera institución de heredero, desapareciendo, así, su particularidad; pero en los finales de la etapa del Derecho clásico romano, los codicilos servían como complemento de un testamento o como medio de adjudicación *mortis causa* independiente del testamento; o como parte integrante del mismo si en él se había reservado el testador el otorgar codicilo, o éste era confirmado por el propio testamento<sup>80</sup>.

Recogidos en las *Partidas*, pero con sujeción a grandes restricciones, y sujetos a la exigencia de cinco testigos, prácticamente dejan de tener razón de existencia al someterles las *Leyes de Toro* a las solemnidades del testamento abierto, lo que explica que al publicarse el Código civil español se prescindiese de ellos, incluso en su modalidad de *cláusula codicilar*, o de salvedad del testamento para el caso de que el mismo

---

79 Cfr. Jörs-Kunkel, *op. cit.*, 207, pág. 461; Arangio-Ruiz, *op. cit.*, págs. 650 y sigs.; Arias Ramos, *op. cit.*, II, pág. 809.

80 Art. 742, C.c.: “La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras cuando no sean inoficiosas.

“La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le concede el presente Código.

“Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto”.

fuese ineficaz como testamento, pero que valiese como codicilo, prácticamente sustituida hoy por el art. 742, C.c.<sup>81</sup>.

## 12. Legitimación testamentaria. Activa y pasiva

La doctrina jurídica suele considerar la *capacidad* para testar y la *capacidad* para suceder por testamento como manifestaciones de la capacidad jurídica general<sup>82</sup> limitándose a exponer las circunstancias, estado de la persona o prohibiciones concretas que *restringen* aquella capacidad, separando las que hacen referencia al causante —*incapacidad* para testar— de las concernientes al sucesor —*incapacidad* para suceder por testamento o sin él—, distinguiendo, a su vez, dentro de éstas, las incapacidades subjetivas y las de índole objetiva (*indignidad*). Pero es evidente que no todas esas circunstancias, en general, tienen el mismo carácter, ni responden al mismo fundamento, ni, en fin, pueden ser consideradas como restricciones que afecten intrínsecamente la aptitud para hacer testamento, o para suceder, en cuanto manifestaciones de la capacidad jurídica.

El tema de la capacidad se debe tratar en su lugar oportuno<sup>83</sup>, proponiendo la sustitución del tratamiento sistemático de aquellas situaciones en que una persona no puede celebrar un negocio jurídico, o beneficiarse de sus efectos, mediante el recurso al concepto técnico jurídico de *legitimación*. La razón de ello estriba, como entonces se indicó, en que la noción de capacidad jurídica es hoy una categoría plenamente equivalente a la de *sujeto de Derecho*, por lo que, por definición, todo sujeto tiene capacidad jurídica. Luego si se dan los presupuestos de la sucesión. *mortis causa* (fallecimiento y vocación-delación), todo sujeto es capaz jurídicamente para testar y para suceder. La única “excepción” se refiere a la persona jurídica, quien, siendo apta para suceder, no puede ser sucedida, puesto que es un sujeto que *no muere* y solamente cabe prevenir en el acto constitutivo el destino de los bienes sociales para el caso de disolución (*cf.* arts. 1.591 y sigs., C.c.; 141 y sigs., C. de c.).

81 Por todos, González Tejera, *op. cit.*, I, págs. 115 y sigs.; Vélez Torres, *Cursos*, cit., IV-3, págs. 25 y sigs.; Lacruz & Sancho, *op. cit.*, I, págs. 94 y sigs.; Puig Brutau, *op. cit.*, V-1, págs. 126 y sigs., y V-2, págs. 18 y sigs.

82 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, XII. cap. 6.

83 *Lecciones*, cit., IV, págs. 70 y sigs.; Díez-Picazo & Gullón, *Sistema*, cit., págs. 412 y sigs.



Consiguientemente, si todo sujeto puede ordenar su sucesión y todo sujeto puede suceder a una persona, el tema de cuándo eso no es así no es uno de capacidad, sino que consiste en determinar en qué situación puede encontrarse un concreto sujeto, respecto de un caudal determinado, que le impide efectivamente ser sujeto activo o pasivo de ese fenómeno sucesorio, esto es ordenar su sucesión o adquirir *mortis causa*. Es decir, si están ausentes o presentes las legitimaciones activa y pasiva.

Díez-Picazo, con más perspicacia, pero igualmente desorientado por la terminología tradicional<sup>84</sup>, plantea la cuestión:

84 *Lecciones*, cit., pág. 70. Escribe Puig Brutau: "De las reglas que el Código civil dedica a la llamada 'capacidad para suceder por testamento o sin él', han de ser momentáneamente eliminadas las que propiamente no corresponden a esta cuestión. Es curioso que en varios casos se hable de capacidad para suceder con referencia a supuestos que sólo reciben semejante calificación en materia de sucesiones por causa de muerte. No es cuestión de capacidad, propiamente hablando y aunque a veces así se califique, la exigencia de que el heredero o el legatario viva al abrirse la sucesión, o la determinación de los requisitos que deben concurrir para que pueda suceder un concebido, o la exclusión del llamamiento a favor de persona incierta, o la necesidad de que existan reglas que permitan concretar en ciertos casos la voluntad del causante. No son disposiciones relativas a la capacidad, propiamente hablando, a pesar de que el Código las contiene en dicha sección titulada 'de la capacidad para suceder por testamento o sin él' ". "Incluso prescindiendo de cuestiones ya examinadas como requisitos para que exista la *delación* (que el llamado sobreviva al causante, que el concebido nazca normalmente, etc.) y de las que se refieren a la *capacidad para aceptar el llamamiento* (que estudiaremos al tratar de la aceptación de la herencia), así como de ciertas *disposiciones que permiten concretar la voluntad del testador* (disposiciones a favor de los parientes, de los pobres, etc.), el problema de la capacidad para suceder no queda reducido a una cuestión unitaria (*Fundamentos*, cit., V-I, págs. 127-8). "La indignidad y la capacidad (en el sentido ahora indicado) tienen en común no ser, ni la una ni la otra, en caso alguno (y pese a la redacción equívoca del art. [685, 1]) una cualidad absoluta del favorecido, sino una cualidad relativa frente a un determinado causante, y, asimismo, los efectos, regulados conjuntamente por el Código civil para ambos institutos. Pero median también entre ellos notables diferencias: la indignidad es una cualidad relativa a la conducta del indigno con el causante, que se basa en razones morales y éticas, tiene la consideración de pena privada, no limita la libertad del testador para favorecer al indigno o perdonarle expresamente y puede derivar de causas sobrevenidas tras la apertura o incluso la aceptación de la herencia (art. [685, 4]); mientras la incapacidad relativa deriva de hechos o situaciones siempre anteriores a la apertura de la sucesión, fundando una presunción independiente de la conducta del sucesor; no constituye pena, y limita la libertad del testador, que no puede dispensar de ella ni burlar la prohibición legal a través de persona interpuesta" (Lacruz & Sancho, *op. cit.*, I, pág. 105).

“La ley no permite que una persona sea llamada a suceder a otra, cuando ha cometido una serie de infracciones típicas. El sucesor es entonces indigno y el llamamiento deviene en ineficaz. La indignidad proviene del Derecho romano, pero no tenía allí el mismo sentido que modernamente tiene. La indignidad no impedía al indigno devenir heredero. El indigno efectivamente era heredero. Su indignidad era sancionada con una privación de los bienes que, como tal heredero, había adquirido, que pasaban al Fisco. *Potest capere, sed non potest retinere*. La moderna doctrina de la indignidad se considera como una modalidad de la incapacidad sucesoria. Son ‘incapaces de suceder por causa de indignidad’, dice el art. [685]. Sin embargo, este acercamiento es demasiado confuso. En la indignidad no existe, como no existía en las normas prohibitivas... una verdadera y propia incapacidad. Se trata solamente de una inhabilidad relativa: respecto a una concreta sucesión. Más acertadamente es por ello decir que la ‘dignidad’ es un presupuesto esencial de la delación. Y es cierto. La dignidad no es un presupuesto de la sucesión: la sucesión se produce. Es un presupuesto del sucesor; para que éste sea sucesor ha de ser digno”<sup>85</sup>.

Ciertamente, conviene advertir, antes de entrar en el análisis de las palabras transcritas, que poder suceder es siempre una situación concreta de un sujeto respecto de una determinada delación; expresión, pues, de una específica relación jurídica, permitiendo la ley que el interesado (el testador, en la sucesión testada con expresión de causa —desheredación—, o por no haber remisión —indignidad—; uno de los llamados, en la sucesión intestada, que ha de invocar la indignidad de otro de los también llamados, o, incluso en la testada si la causa de indignidad se manifiesta luego del fallecimiento del causante, que, por ello, nunca pudo conocerla) invoque esa concreta ausencia de legitimación.

---

85 “Nuestro Código civil considera la indignidad como una causa de incapacidad sucesoria. Y así dice el art. [685] que son ‘incapaces para suceder por causa de indignidad’. Sin embargo, entre los supuestos típicos de incapacidad sucesoria y los de indignidad es posible encontrar alguna diferencia. La incapacidad sucesoria atiende fundamentalmente a la falta de cualidades personales del adquirente. La incapacidad sucesoria consiste en falta de personalidad (criatura abortiva, asociación ilícita, etc.). Como consecuencia de esto la incapacidad sucesoria se plantea con carácter absoluto. Cualquiera que sea la herencia de que se trate no puede el incapaz recibirla” (*Lecciones*, cit., págs. 70-71). Quizá, por ello, se refiere a la legitimación para testar en las págs. 190 y sigs.

La ley, pues, en general, remite a la autonomía particular, pero a nadie impide suceder. La única excepción deriva, como luego veremos, de la indignidad y en la sucesión intestada por imperativo del art. 877, C.c., conforme al cual “lo dispuesto sobre la capacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada”; y aún así, hay remisión a la autonomía del interesado.

Por ello, cuando Díez-Picazo dice que la sucesión se produce, haya o no indignidad, que la dignidad no es un presupuesto de la sucesión, sino del sucesor, así expresada la idea responde a un simple juego de palabras, impuesto por el uso de la expresión *capacidad*. Porque la sucesión, cada sucesión, es una relación jurídica determinada entre dos personas; sucesor y sucedido son dos términos de referencia *en esa relación concreta*. Y decir que la sucesión se produce cuando hay indignidad invocada es un contrasentido. Parece que se está contraponiendo una relación *mortis causa* ideal y abstracta, con un concreto fenómeno sucesorio, admitiéndose allí la sucesión e impidiéndose aquí, cuando éste es el único que interesa. Algo parecido a teorizar sobre un exacto movimiento de las tropas, para invocar ese esquema mental concluyendo que la persecución de los prusianos por Grouchy, en Waterloo, se hizo exactamente, no empece los concretos resultados sufridos por el ejército francés<sup>86</sup>.

Lo mismo cabe decir del propio sucedido. Obviamente, aludir a una capacidad para ser sucedido es solamente referible a la hipótesis de sucesión testada, en la cual lo que está bajo interrogante es si el sujeto es hábil para ordenar *su* sucesión (pues, es claro, carece de legitimación para ordenar la ajena: “sucesión es la transmisión de los derechos y obligaciones *del* difunto...”, dice el art. 599, C.c.) es decir si puede celebrar el negocio jurídico testamentario y cómo puede celebrarlo respecto del contenido y de la forma.

Y si, en principio general, todo sujeto de Derecho puede suceder y todo sujeto de Derecho puede ser sucedido, cuando en el caso concreto ocurra lo contrario es claro que estamos ante un *defecto de legitimación*, retrospectiva o prospectiva, activa o pasiva. Porque, en efecto, se trata de la situación del sujeto que le permite o no celebrar el negocio (sea el

---

<sup>86</sup> Ver, en este mismo sentido, *Ortiz v. Bermúdez*, 1949, 70 D.P.R. 707; *Jiménez v. Jiménez*, 1954, 76 D.P.R. 718; ss. T.S. de España de 28 diciembre de 1918, 25 octubre de 1928.

testamento, sea la aceptación de lo testado o deferido *ex lege*) con sus correspondientes efectos típicos.

Por ello en esta obra se ha tratado de la incapacidad en el Capítulo Segundo, limitándola a quienes no son sujetos de Derecho (las criaturas abortivas, por cuanto las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley a que se refiere el art. 676, 2, C.c., no tienen la más mínima realidad en Derecho: art. 27, C.c.) y analizamos ahora quiénes carecen de legitimación para otorgar testamento o para adquirir mediante el mismo. Y si incluimos la indignidad —que puede operar así en la sucesión testada como en la intestada por expresa disposición del art. 877, C.c.— es con el sólo fin de evitar reiterar su análisis.

### **13 Defecto de legitimación retrospectiva activa**

Bajo la expresión tradicional de aquella *incapacidad* se ha solido distinguir por los autores una de índole absoluta y general y otra de alcance relativo o particular, pretendiendo determinarse así quiénes están privados de la posibilidad de hacer testamento y quienes no pueden hacer determinados testamentos.

Realmente, la perspectiva del Código civil es distinta, permitiendo a cualquier sujeto hacer testamento, salvo expresa deficiencia de legitimación retrospectiva, e indicando qué concretas personas, en función de su particular circunstancia, inciden en dicho defecto de legitimación; esto es que deben ajustar su testamento a determinados requisitos o a una especial modalidad testamentaria (lo cual, evidentemente, no es incapacidad ni es prohibición, sino una canalización de la voluntad testamentaria, como acredita el art. 665, C.c., con su regla de conversión).

#### **A. REGLA GENERAL: AFIRMACIÓN DE LEGITIMACIÓN RETROSPECTIVA ACTIVA**

Es la establecida en el art. 611 del Código civil, conforme con el cual “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Consiguientemente, y en principio, todo sujeto de Derecho, persona física, está legitimado para hacer su testamento. Naturalmente, lo interesante es saber a quiénes niega la ley dicha legitimación, esto es a quienes alcanza esa *prohibición* aludida en el art. 611, como medio de saber si lo ofrecido como testamento es válido y eficaz.

## **B. EXCEPCIONES: DEFECTO DE LEGITIMACIÓN RETROSPECTIVA ACTIVA**

Quiénes sean los carentes de legitimación nos lo indica el art. 612 del mismo cuerpo legal, al determinar:

“Están incapacitados para testar:

1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.
2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

Ambas hipótesis responden, en su íntima esencia, a un criterio uniforme: no puede testar quien no está en condiciones de apreciar la trascendencia o *significado social* del acto testamentario, por lo cual le niega, a efectos prácticos, la cualidad de sujeto activo; esto es, no se le estima como miembro social para actuar asumiendo las consecuencias sociales, y por ello jurídicas regularmente, aunque pueda tener aptitud para realizar cualesquiera otros actos con conocimiento de su respectivo alcance y significado, incluso con eficacia jurídica. Por ejemplo, está legitimado, siquiera excepcionalmente, para el matrimonio (art. 70, 3, proposición segunda, C.c.), aunque no para el testamento, dado el diverso significado *en el Código civil* de ambos negocios (y no empece la relevancia de ambos, cada uno en su esfera). Y por ser esencial la aptitud para aprehender el significado social del acto de testar, se explica que la aparentemente radical afirmación del art. 612, 2, sea remitida a los arts. 613 y 614, C.c.

Previene el art. 613 que “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”. Y matiza el art. 614 que “siempre que el demente quiera hacer testamento en un intervalo lúcido...”.

Es claro que los tres preceptos se refieren a situaciones diversas, aunque todas respondan al mismo principio. El art. 612 fija la regla general: lucidez social para testar. Lucidez que puede darse aunque la persona sea luego objeto de una declaración judicial de incapacitación (art. 613); lucidez que puede existir aunque la persona sea ya oficialmente demente (art. 614). Y, naturalmente, aunque el Código no lo dice expresamente en sus diversas hipótesis, todo aquél que no esté en su cabal juicio, por cualquier causa, no puede hacer testamento mientras así permanezca. Por consiguiente, tampoco puede testar válidamente quien está enteramente embriagado, drogado o hipnotizado. Pero sí puede hacer testamento quien, luego, devenga demente (hipótesis del art. 613),

e incluso quien, siéndolo ya, tiene momentos de lucidez (hipótesis del art. 614). Y, del mismo modo que, quien teniendo lucidez deviene demente goza de la presunción de dicha lucidez (art. 613), quien está declarado demente tiene en su contra la presunción de no estar lúcido (art. 614), y de ahí las especiales precauciones: “designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgara (el testamento) sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe directamente en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos”.

Que se trata de lucidez al momento mismo de testar lo pone de relieve el art. 615 al indicar que “para apreciar la capacidad el testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento”, siendo indiferente, pues, el estadio previo o el posterior (siquiera aquél ha de influir en la apreciación de la aptitud *al instante*, mediante la adecuada indagación).

Consiguientemente, si no hay declaración de enajenación mental, se presume a toda persona en condiciones de lucidez, pudiendo testar. Si hay declaración de enajenación mental, la presunción opera en contrario, pero, acreditada la lucidez, se puede testar.

Se explica, así, que para derrotar aquella primera presunción, la prueba debe ser robusta, no siendo, por ello, excluyente de lucidez la apoplejía, estar recluido en un sanatorio mental (pues muchas enfermedades mentales no impiden aptitud para captar la trascendencia social del acto testamentario), o padecer de rarezas o extravagancias, incluso un estado senil o el serio síndrome de Alzheimer<sup>87</sup>.

---

87 Art. 633, C.c.: “para testar en un idioma distinto del castellano o del inglés, se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador que traduzcan su disposición al castellano o al inglés. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas, o sea en la del testador y en inglés o castellano. Lo mismo se hará cuando el testamento en inglés deba surtir sus efectos en todo o en parte en Puerto Rico, y en el caso de que el testamento en castellano deba surtir sus efectos en todo o en parte en los Estados Unidos.”

“...los sordomudos que no sepan leer ni escribir no son propiamente incapaces de derecho, sino que se hallan imposibilitados materialmente de observar las formalidades requeridas por la ley. Como advierte Puig Ferriol, la distinción tiene importancia porque tratándose de una simple imposibilidad material valdría el testamento otorgado en el extranjero, ajustado a una forma inexistente en España, por un español sordomudo que no pudiera leer ni escribir” (Puig Brutau, op. cit., V-2. pág. 41).

### C. ¿OTRAS HIPÓTESIS?

Dentro de la situación de *incapacidad* para testar, un amplio sector doctrinal incluye al sordomudo que no sabe leer ni escribir, dado que no puede acceder a ninguna de las formas testamentarias que el Código civil regula, surgiendo, así, una imposibilidad material. El Código civil no cita al sordomudo que no sabe leer ni escribir (presuponiendo la imposibilidad de testar abierta o cerradamente), aparte de que, en los momentos en que el Código civil se estaba redactando, aquella situación se estimaba indicativa de alguna deficiencia mental, por lo que quedaban sujetos a incapacitación y subsiguiente tutela (arts. 168 y sigs., C.c.) como se ha expuesto en el Tomo III de esta obra. Actualmente, no sólo el sordomudo que no sabe leer ni escribir, sino incluso el que, además, es ciego (recuérdese el modelo de Hellen Keller) puede aprender a comunicarse, dados los avances de la ciencia y de las técnicas existentes. Y si bien será siempre aconsejable asegurarse adecuadamente de la certeza y autenticidad de la expresión, no parece que nos apartemos del *principio* sustentado en el Código civil si admitimos la legitimación retrospectiva del sordomudo que no sabe leer ni escribir, pero que puede comunicarse fidedignamente, no oralmente o por escrito, pero sí por signos y sensaciones. Lo importante es cumplir con la regla del art. 615, y será menester la intervención de los oportunos *facultativos*, como auténticos traductores de la expresión de voluntad. Así, el problema es el mismo, *mutatis mutandis*, que el que se presenta cuando ha de autorizarse un documento otorgado por persona que no conoce el idioma del autorizante, quien viene obligado a recurrir a un traductor oficial<sup>88</sup>.

## 4. Defecto de legitimación prospectiva pasiva

No existe en el Código civil ninguna norma que impute a un sujeto defecto de legitimación prospectiva pasiva, pues tal tipo de exclusión solamente se daba en la primera edición del texto español —que no tuvo

---

Aparte, personalmente conocí a dos hermanos sordomudos sin saber leer ni escribir con algunas facultades curiosas: eran sastres, y tomaban las medidas con notable exactitud; se hacían entender por y con gestos con sus compueblanos; “oían” el ruido de los motores de los aviones unos minutos antes de los que oímos; de eso hace más de treinta y cinco años.

88 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, XIV y XV.

vigor en Puerto Rico, en que se aplicó la segunda edición— con referencia a los religiosos profesos, como instrumento para impedir la acumulación de bienes en las *manos muertas*<sup>89</sup>.

Sí se dan, sin embargo, defectos de legitimación, en general y cualquiera que sea la modalidad de testamento, con referencia a concretas personas, como es natural<sup>90</sup>. Así, cabe distinguir:

a) Los religiosos y sus parientes e instituciones, que hubieran asistido en su última enfermedad al testador. Dispone el art. 681, C.c., que “no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote o ministro que en ella le hubiere confesado o asistido religiosamente, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”.

El precepto, que tiene su antecedente en el art. 752 del Código civil español, merece un comentario.

El Código civil español se redacta en un momento —entre tantos otros— en que el Estado español es confesional, y no estándoles permitido el matrimonio a los religiosos, se explica la limitación de la prohibición a los parientes dentro del cuarto grado, que habría de entenderse como parentesco de consaguinidad. Naturalmente, al cambiar la soberanía y admitirse la libertad religiosa en Puerto Rico, dado que los ministros del evangelio y, en fin, una diversidad de miembros dirigentes de otras creencias religiosas que asumen funciones equiparadas pueden

---

89 Escribe Puig Brutau que “lo que en el Código encontramos son bastantes incapacidades para suceder en relación con un determinado causante. Por la relación concreta determinante de la incapacidad, ésta es calificada de relativa. Pero probablemente sería más exacto hablar en este caso de prohibiciones. Existe un verdadero sujeto de derecho, idóneo en términos generales para ser nombrado heredero o legatario; es decir, que podría serlo si sólo se considerase su aptitud general para ser sujeto de derecho; pero, debido a circunstancias especiales, ha sido objeto de exclusión por el ordenamiento jurídico, precisamente para evitar que su capacidad general produzca efectos en relación con un causante determinado” (*op. cit.*, V-1, pág. 130). Y refiere la *aclaración* de Albaladejo de que “...algunos autores hablan de que en tal caso existe una incapacidad de una *persona* (por ejemplo, el Notario) *para suceder por testamento*. Realmente no se trata de incapacidad para suceder, sino de nulidad de la disposición testamentaria...”. Obviamente, la nulidad es la cara y el no poder suceder la cruz de la misma moneda. Porque no se puede suceder, la pretensión en contrario es nula. Magro favor a la *ciencia jurídica* se hace con estas pretendidas distinciones.



contraer matrimonio, sería absurdo admitir que el ministro no puede ser instituido pero sí su esposa o el cuñado; porque el efecto de la disposición es impedir la captación de la voluntad del testador. Por ello, la referencia al cuarto grado hay que entenderla literalmente y sin distinciones, es decir, por referencia a toda clase de parentesco, consanguíneo o afín, e incluso el parentesco derivado de la adopción. De esta manera, ni se violenta el texto del precepto (pues no se amplía la prohibición más allá de la letra de la ley), ni se impide lo que el legislador quería: las situaciones captatorias, tan bien descritas por Blanco Ibáñez en su novela *La araña negra*.

b) Los tutores, sin haberse aprobado previamente las cuentas de la tutela, respecto de las disposiciones testamentarias del pupilo. Así lo preceptúa el art. 682, C.c., a cuyo tenor: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después su aprobación. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge”.

Tal defecto de legitimación retrospectiva viene determinado por una clara razón: evitar que la posición de autoridad del tutor respecto del pupilo sea usada para eludir precisamente cualquier responsabilidad derivada del ejercicio de la tutela, que pudiera compensarse con la propia disposición patrimonial; aparte de impedir, naturalmente, que aquella autoridad implique una intención asimismo captatoria de la verdadera voluntad del pupilo testador. De ahí el sentido aquilatador que indican Lacruz y Sancho<sup>91</sup>, de que “...hay que entender que sólo existe [tal

---

90 *Op. cit.*, I, pág. 109

91 Art. 657, C.c.: “En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

“1. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

“2. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de *autorizarlo* y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar

“3. En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona.

“4. Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente *acta de su otorgamiento*, expresando el número, marca de los sellos con que esté cerrado

alcance] si el testamento se ha hecho después del nombramiento de tutor. Además, a la rendición de cuentas se equipara la extinción de la acción para pedirla, pues extinguida ésta, falta toda posibilidad de influencia abusiva”, aunque “no parece suficiente la renuncia a pedir las cuentas para excluir [el efecto], pues en tal caso el eliminarla estaría en manos del testador, contra el sentido de la ley”, aparte que podía ser la renuncia efecto propio de la captación tutorial.

c) Los testigos en los testamentos. El art. 683, C.c., luego de señalar al Notario, sus parientes y afines como impedidos de favorable disposición, determina en sus párrafos segundo y tercero que “esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto otorgado con o sin Notario. Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales”.

d) Los Notarios y asimilados y sus parientes, en los testamentos que autoricen y ante ellos se otorguen. “El testador —indica el art. 683, párrafo primero— no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o de la esposa, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad, con la excepción establecida en el artículo 631”; precepto éste que autoriza el legado “de algún objeto o mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario”. El defecto de legitimación que se señala es uno general, pero cabe discutir si es aplicable a todo tipo de testamento en que intervenga el funcionario autorizante, o simplemente a aquellos testamentos en que la voluntad del testador pueda ser conocida por el funcionario a quienes se otorgue. Lo sensato es remitir la norma a los testamentos abiertos y a los especiales (art. 683, párrafo tercero), dado que solamente en ellos es dable el engaño o la posible sugestión por parte del funcionario autorizante, lo cuales prácticamente imposible en el testamento (en el que, además, el Notario no autoriza el testamento, no empece la expresión aparentemente contraria del art. 657, 2, C.c. pues lo que el Notario autoriza es el acta de otorgamiento (art. 657, 4, C.c.)<sup>92</sup>.

---

y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 634 y 635, y de hallarse a su juicio el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

“5. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la *autorizará* el Notario con su signo y firma.

92 Lacruz & Sancho, *op. cit.* págs. 109-110. “Advierte Albaladejo que la alusión a los testigos incluye a sus parientes y cónyuge, como lo demuestra, ya el espíritu de la

En la doctrina española “se discute si el art. [683] se aplica exclusivamente al testamento abierto, o también a los demás. Mucius Scaevola y Castán entienden lo primero, porque sólo en el testamento abierto concurre la razón que justifica la prohibición, o sea, la posibilidad de sugestión del Notario sobre la voluntad del testador, privando a éste de la libertad y espontaneidad que debe tener. Sin duda por ello el artículo 614 del Proyecto de 1851 establecía la incapacidad directamente para el escribano y testigos de un testamento abierto. Sin embargo, tal opinión es dudosa, pues aun cuando el argumento *a contrario* debe emplearse siempre con muchas precauciones, parece bastante significativo, no sólo que el art. [683] haya prescindido de la redacción del 614, sino que, sobre todo, en el segundo párrafo se refiere a los testigos del testamento abierto, mientras que en el primero habla del ‘Notario autorizante del testamento’, y la palabra *autorizar* la emplea también el propio Código con relación al testamento cerrado”<sup>93</sup>.

González Tejera añade, por su parte, que “cabe, inclusive, que el testamento en inminente peligro de muerte, si se consulta por teléfono a un Notario, quede comprendido dentro de la prohibición”<sup>94</sup>, afirmación que debe tomarse con reservas, pues el contacto telefónico no es directo y permite, indudablemente, una reflexión más difícil de efectuar en el abierto.

---

norma, e incluso el sentido de su expresión (pretende tratar a los testigos igual que al notario); ya el artículo [631]. Los parientes serían, tanto tratándose de notario como de los testigos, los consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines hasta el segundo; no obstante, ante el tenor expreso del art. [683], en cuanto al notario tal opinión parece muy discutible.

“Aunque los arts. [631] y [683] no admiten interpretación extensiva, no parece serlo la inclusión, entre los testigos, de los intérpretes del testamento hecho en lengua extranjera, cuya función es bastante más importante que la de aquéllos, ya que a su intervención se vincula sobre todo la garantía de que el contenido del acto es conforme a la voluntad declarada por el testador” (, pág. 110). Conviene destacar que el traductor oficial autoriza la traducción, luego su contenido, de modo semejante, *mutatis mutandis*, al del notario en la esfera de su competencia.

93 *Op. cit.*, I, pág. 123.

94 Algún caso se dio en España que supuso el suicidio del notario, al no leer éste y remitir a su primer oficial, un testamento; lectura que omitió una cláusula en que dicho oficial salió espléndido legatario. Obviamente, un exceso de confianza (y un claro declinar de sus funciones de modo cotidiano: si no, el oficial no se habría atrevido a insertar dicha cláusula) puede provocar este tipo de anómalas situaciones.

Evidentemente, en el tema se debaten dos criterios, el de la prudencia y el de permitir la libre expresión de voluntad evitando el riesgo de su frustración. Es claro que, para plena seguridad, cualquier pretensión es imposible, pues nada impide formas de captación que no tengan relación manifiesta con el acto de otorgamiento y autorización. El ejemplo del Notario que “asesora” y logra una disposición a favor de un extraño, de quien el Notario es heredero, es de imposible elusión salvo la extirpación absoluta: nadie, ni funcionario, ni testigos, ni traductores, pueden recibir por testamento en caso alguno (lo que, es claro, no impide la vía indirecta). Un criterio de mayor sensatez es dable: el Notario puede influir, y debe ser excluido, allí donde tenga una participación importante (que no es en el testamento cerrado, salvo el manifiesto delito de falsificación y sustitución), al igual que los testigos y los traductores, pero también los parientes y dependientes de ellos<sup>95</sup>. Fuera de tales situaciones, no parece justificada la ausencia de legitimación.

e) Excusa o renuncia por parte del albacea, sin justa causa. Así lo dispone el art. 822, C.c., conforme con el cual, “el albacea que no acepte el cargo o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima”.

f) Las situaciones calificadas de indignidad, que conviene estudiar aparte.

A los *efectos* de ausencia de legitimación se refiere el art. 684, C.c., al disponer que “será nula la disposición testamentaria hecha en favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta”<sup>96</sup>.

Escribe Lacruz Berdejo<sup>97</sup>, que “el precepto habla de disfrazar la disposición bajo la forma de contrato oneroso. Es éste un error de redacción derivado de la reproducción literal del artículo 760 del C.c. italiano, correspondiente al 911 del Código de Napoleón, que consideraba conjuntamente la incapacidad de recibir por testamento y por donación. Referido a una sucesión *mortis causa*, no es fácil concebir el caso de un negocio unilateral y de última voluntad, como el testamento, que pueda ocultarse bajo la forma de un contrato oneroso”. Obviamente, no es tal

95 Nulidad que opera sin necesidad, obviamente, de connivencia o convenios fraudulentos.

96 *Op. cit.*, I, pág. 110. En mismo sentido, Díez-Picazo, *Sistema*, cit., pág. 415.

97 *Loc. cit.*, VI, pág. 75.

el sentido del precepto. Como señala Manresa<sup>98</sup>, puede disfrazarse la adjudicación por medio de un contrato simulado, cuyo cumplimiento se realiza vía testamento, o por la simulación de deudas a favor del incapaz. Ello, aparte las hipótesis de los arts. 753 y 754<sup>99</sup> que habría que analizar al tratar de la sucesión contractual<sup>100</sup>.

## 15. En especial, la indignidad

### A. PERFIL DE SU CONCEPTO

Dispone el art. 685 del Código civil:

“Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1. Los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.

2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Si el ofensor fuese heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiere procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay obligación de acusar.

5. El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

---

98 Art. 753, C.c.: “La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

“La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”.

Art. 754, C.c.: “La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”.

99 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, XIII.

100 Ver Mucius Scaevola, XIII, págs. 384-385.

6. El que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o cambiarlo.

7. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior”.

La indignidad se ofrece como defecto de legitimación prospectiva pasiva, por cuya virtud una persona no puede recibir el caudal relicto en todo o en parte, al hallarse incurso en una situación de referencia con el causante que repugna a la conciencia social.

La indignidad comienza a regimentarse en Derecho romano en la época del Principado, como parte de la política moralizadora de Octavio Augusto, siendo sancionado el llamado a la sucesión con la pérdida de los bienes, pero no así del carácter de heredero; bienes que pasaban a engrosar el Fisco. Si no las mismas causas, si buena parte de ellas se mantuvieron en el *Fuero Juzgo*, así como en el *Fuero Real*, llegando hasta las *Partidas*<sup>101</sup> y, en fin, al propio Código civil, que recoge las indicadas, sin un exacto criterio orientador de dichas causas<sup>102</sup>.

Dos son los criterios que pretenden justificar la indignidad. Subjetivamente, se considera una presunta voluntad del testador quien, de haber conocido la causa de indignidad, hubiera excluido al indigno de la herencia; postura que halla fundamento en el art. 686, C.c., que permite la remisión por el causante mismo<sup>103</sup>. En un plano objetivo, como sanción social a quienes, por su comportamiento, la conciencia social

---

101 Como escribe Mucius Scaevola, “debemos repetir ahora que hubiera sido conveniente un minucioso estudio de todos los motivos que pueden merecer la indignidad. A medida que se aumenta el número de causas, como en el [Código] de México y en el nuestro, realizase mayor justicia, cuando estas causas son en realidad ofensas graves, de las que deben romper o anular los vínculos con el testador. Pero, al mismo tiempo, es indispensable tener cuidado especialísimo en abarcar en grupos y en sujetar a bases fijas los criterios de la sanción civil, pues de otro modo correse el peligro de que hechos análogos se castiguen unos y queden en la impunidad otros, y el no menor de que se imponga correctivo a ofensas medio graves, dejando olvidadas muchas de verdadera gravedad. A poco que se medite sobre esto, con nuestro Código en la mano, se encontrarán enormes deficiencias, cuya exposición aquí no es necesaria” (*op. cit.*, XIII, pág. 386).

102 Art. 686, C.c.: “Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público”.

103 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, IX cap. 12.

repugna sean receptores de beneficio alguno; que encuentra su justificación en la aplicación que se hace a la sucesión intestada por el art. 877, C.c., así como ser causa de desheredación (art. 777, C.c.), aparte la legitimación amplia para invocarlas en ausencia de remisión por el testador.

Sistemáticamente, las causas enumeradas en el art. 685 podrían agruparse en dos grandes categorías: a) causas que reclaman un previo pronunciamiento judicial en vía penal, b) causas fundadas en ilicitud civil. Al primer grupo corresponden las causas 2, 3 y 5.; al segundo, todas las demás (Hernández Gil Félix).

En todo caso, sin negar el acierto que manifestaba la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 11 de febrero de 1946, al aplicar el principio *in dubio pro benignitate habetur* en aquellas situaciones de duda, es menester tomar siempre en consideración el principio de igualdad constitucional, de manera tal que han de ajustarse las causas del art. 685 al momento actual en que vivimos. Con tal advertencia, podemos analizar las causas en particular.

## **B. ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD**

### **a) El abandono o prostitución de los hijos**

Si bien la redacción original del Código civil parece diferenciar el abandono de los hijos de cualquier sexo y la prostitución de las hijas, hoy es necesario atemperar el texto, considerando de modo indiferente la prostitución de los hijos, cualquiera que sea su sexo. Y ello, no solamente por eludir un manifiesto discrimine por razón del sexo mismo, sino porque la prostitución masculina es actualmente, tan abierta y manifiesta como la femenina. Y lo mismo cabe decir respecto del pudor, que, habiendo sufrido modificaciones el relativo a la mujer, también puede estar presente en el varón.

La razón de ser de esta causa de indignidad deriva de los ineludibles deberes que impone la patria potestad<sup>104</sup>.

En la doctrina se ha planteado el tema de precisar qué debe entenderse por abandono, si la antigua *exposición* de los hijos no tiene

---

104 En Manresa, *loc. cit.*, VI-I, págs. 86-87.

mayor alcance. A este efecto, escribe Martínez Calcerrada<sup>105</sup> que la tesis de quienes limitan exclusivamente el término *abandono* a los expósitos “no puede aceptarse, porque es un absurdo legal que el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno-filial, desde la infancia del hijo, desentendiéndose, no sólo de la obligación de alimentarle, sino también las de acompañarle, educarle, representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas, si no había sido ‘expósito’, no sería causa de desheredación, como declara la sentencia de 3 de diciembre de 1946, la que, diferenciando esta causa de indignidad de la de desheredación 2ª del artículo [779], establece que aquélla tiene por fundamento *el desamparo de los hijos no emancipados que necesitan la asistencia de sus padres*, debida moralmente por los dos... en el cumplimiento de esos deberes, *cuyo abandono produce la causa de que se trata*, y, en cambio, la del número 2 del artículo [779] que se funda en la infracción del deber de prestar alimentos impuestos entre parientes... como obligación legal entre ascendientes y descendientes..., que alcanza, como derecho, a los hijos, aun emancipados, que los necesiten, y como obligación a los padres, aunque no tengan patria potestad”; criterio ratificado por la sentencia de 28 de febrero de 1947.

De otro lado, este abandono es, como concepto, mucho amplio que el delito de abandono. Pero, por otro sentido, no debe identificarse el abandono con la remisión o entrega del hijo a algún servicio social público, por analogía con la sentencia de 8 de mayo de 1893<sup>106</sup>.

En fin, el propio término abandono puede ser entendido de manera distinta bajo diferentes circunstancias. Cabe un abandono en una sola situación que devenga más grave que una conducta reiterada (v.g.: no auxiliar al hijo que cae por un abismo, a cuyo fondo hay acceso; no proteger debidamente al hijo de otros muchachos que, constantemente, le pelean). De ahí el acierto de Vélez Torres al plantear el tema de si puede estimarse como abandono un hecho aislado de desamparo<sup>107</sup>.

105 En España, “el Tribunal Supremo sólo tiene establecido que el hecho de haber llevado la madre a su hijo natural a la casa de maternidad, donde fue bautizado cinco meses después de nacer, quedándose seguidamente con él para lactarlo, no es ni el desechamiento ni el abandono, ni siquiera la exposición de que hablan nuestras antiguas leyes (sentencia de 8 de mayo de 1893)” (*Ibidem*, pág. 86).

106 *Op. cit.*, IV-3, pág. 33.

107 Lacruz (*Anotaciones a Binder*) y Puig Brutau (*op. cit.*, V-1) estiman acertadamente, que fallecido el homicida antes de la sentencia, podrá seguirse el proceso a efectos de la declaración de indignidad.



**b) El condenado en juicio por atentarse contra la vida del testador, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes**

Con antecedentes en el Derecho romano, en que era suficiente la negligencia del heredero como origen de la muerte, ha sido constantemente mantenida en la legislación española. La redacción del precepto sanciona el delito doloso, pero no el culposo, habiendo recaído sentencia al respecto<sup>108</sup>.

El precepto ha preocupado a los autores por referencia al párrafo segundo de esta causa, al disponer el Código que “si el ofensor fuese heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima”. El problema que se plantea es, si la indignidad, en sus causas, afecta al derecho de los legitimarios o simplemente a la porción libre.

Como escribe Puig Brutau<sup>109</sup> “la duda surge porque sólo el núm. 2º del art. [685], relativo a la causa de indignidad de quien haya sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, añade que ‘si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima’. Parece base adecuada esta especialidad, para apoyar el argumento *a contrario* y deducir que conservan su derecho a percibir la legítima que pueda corresponderles los sujetos afectados por las demás causas de indignidad. Parece, pues, que sólo la mayor gravedad de aquella causa que consiste en atentarse contra la vida del testador o de sus más próximos parientes implica la sanción más radical. Pero el art. [690], que vamos a examinar, induce a dudar de que la razón de ser de la disposición legal esté expresada conscientemente por la ley misma, sin la decisiva ayuda de la interpretación.

---

Indica González Tejera que “creemos que la norma alcanza las situaciones contempladas en los Arts. 82 y 85 del Código penal”, el primero relativo al asesinato en primer grado y el segundo al homicidio voluntario. “No creemos, sin embargo, que alcance al homicidio involuntario regulado por el Art. 86 del mismo Código. En la indignidad del inciso 2, del Art. 685, nos dice Lacruz Berdejo, cabe el homicidio doloso, pero no el culposo. La causa alcanza tanto al autor material como al autor intelectual. Alcanza, asimismo, al cómplice antes del hecho. El encubridor no estaría afectado por este inciso, pero sí lo estaría bajo el inciso 4to. del Art. 685 del Código Civil. Obsérvese que se requiere convicción y condena, aunque, como dice Puig Peña, el convicto y condenado haya recibido el perdón del poder ejecutivo” (*op. cit.*, I, pág. 127).

108 Puig Brutau, *loc. cit.* V-I, págs. 146-147.

109 Muñoz Morales, *op. cit.*, pág. 153; González Tejera, *op. cit.*, I, págs. 127-128; Vélez Torres, *op. cit.*, págs. 34-35; Velázquez, G., *op. cit.*, pág. 55.

“Dice el art. [690]: ‘Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima. El excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos’.

“Este precepto parte de la suposición de que el indigno queda privado de todo beneficio hereditario, incluida la legítima, en todos los casos y no sólo en el del número 2º del art. [685], puesto que sin distinción atribuye tal cuota forzosa a sus hijos o descendientes. En cambio, quienes juzgan que el carácter de sanción penal de las causas de indignidad exige que sean interpretadas restrictivamente, incluso en sus efectos, se deciden por la solución opuesta.

“El transcrito art. [690] implica una excepción del precepto contenido en el art. [695]. Declara este artículo que salvo lo dispuesto en el art. [690] (...), el heredero voluntario que muera antes que el testador, *el incapaz de heredar* y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos.

“Por supuesto que para conservar los hijos del indigno el derecho a la legítima que hubiese correspondido a su padre será preciso que no hayan participado en la causa de indignidad, esto es, que a su vez no sean indignos respecto de su abuelo”.

Ciertamente, la idea central parece ser, que el sancionado lo es siempre el indigno, quien pierde en todo caso lo adjudicado por el testador libremente, y, además, cuando fuere heredero forzoso y atentare contra el testador, su cuota legítima. Pero como el causante del daño lo es solamente él, ello no afecta a sus descendientes, que mantienen el derecho de legítima de que aquel fue privado. Criterio que es compartido por los autores<sup>110</sup>.

### **c) Acusación calumniosa de un delito con pena aflictiva**

La ausencia de penas aflictivas limitan actualmente la calumnia declarada a los delitos graves.

---

110 Vélez Torres,, pág. 35; González Tejera, *op. cit.*, pág. 128. Ver Vázquez Bote, *Sobre la indignidad para suceder y legitimación para invocarla*, revista de la Asociación de Notarios de Puerto Rico, depósito de publicación, oct. 1994.

Entre los autores se estima que la denuncia debe entenderse en sentido amplio, esto es, no solamente cuando se interpone una querrela directamente, sino cuando se presta testimonio, siempre que, en todo caso, recaiga sentencia judicial determinante del carácter calumniador de lo dicho o imputado<sup>111</sup>. Naturalmente, no cabe plantear en Puerto Rico la distinción entre denuncia y querrela inherentes al enjuiciamiento criminal español, al no existir aquí acusación privada.

#### **d) Omisión de denuncia por el heredero mayor de edad, sabedor de la muerte violenta**

Lógicamente ha de entenderse que la causa se da en aquellas situaciones en que la Justicia no ha procedido por propia iniciativa de oficio. En algún momento se planteaba el tema, si era menester señalar también autor del delito; hipótesis que es menester rechazar por una razón elemental: salvo en contadas ocasiones, no le será dable al heredero asumir el riesgo que implica imputar un delito perseguible de oficio (y lo es la muerte violenta), por cuanto, de no probarse, él mismo incurre en delito. Parece más sensato reclamar simplemente la puesta en conocimiento de la Autoridad del hecho, sin perjuicio, obviamente, de aportar cualesquiera datos adicionales acerca del presunto autor, pero no reclamar en el denunciante la aseveración de quién sea el delincuente.

Vélez Torres<sup>112</sup> y González Tejera<sup>113</sup> parecen confundir aquí dos cuestiones distintas, al pretender la inaplicabilidad de esta causa en Derecho puertorriqueño, al no existir en las Reglas de Enjuiciamiento criminal obligación general de denunciar los hechos, que la Regla 5ª hace simplemente potestativo. Ciertamente, que en el procedimiento criminal no exista tal obligación no excluye que el Código civil se la imponga al heredero mayor de edad. Todo ello, sin perjuicio de la adecuación de esta causa a otras tendencias que manifiestan su supresión.

Evidentemente ambos autores hacen descansar su opinión en el párrafo segundo de este apartado 4º, conforme con el cual “cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay obligación de acusar”, remitiendo la expresión *Ley* a las Reglas de Procedimiento criminal. Se olvida, con ello, que el Código civil es también *Ley*, y se olvida que

---

111 *Op. cit.*, pág. 35.

112 *Loc. cit.*, pág. 128.

113 *Loc. cit.*, pág. 36.

la norma mantiene su sentido propio tomando en cuenta, que cesa la obligación si ya actuó de oficio la Autoridad competente, hay intimidación, etc.

Y respecto del tema si las expresiones “testador” y “heredero” deben entenderse propiamente o en sentido amplio, sin negar que son numerosos los autores que se inclinan por esta última solución, remitiendo, pues, la obligación tanto al heredero como al legatario, es menester no olvidar nunca que la indignidad es una sanción y, como tal, debe interpretarse de manera restrictiva. Respecto del causante, no hay problema alguno, pues también opera en la sucesión intestada. Respecto del causahabiente, extendiendo la expresión a cualquiera, esto es a los legatarios, parece excesiva aquella conclusión; primero, por la razón que esgrimen Vélez Torres y González Tejera, de no existir obligación general de denunciar los delitos; seguidamente, porque las relaciones entre heredero y legatario no tienen que ser, y de hecho no son, en modo alguno comparables, variando sensiblemente los presupuestos que vinculan a causante-heredero y causante-legatario.

### **e) Condena en juicio por adulterio con el cónyuge del testador**

Inicialmente, como resalta Vélez Torres<sup>114</sup>, debe adecuarse la redacción del precepto al principio de igualdad constitucional, de manera tal que ha de operar en toda situación de adulterio del cónyuge autor del testamento (varón o hembra) con el coautor llamado a suceder, ahora si, singular o universalmente pues el texto no diferencia; criterio seguido por la jurisprudencia en otras cuestiones paralelas (*Milán v. Muñoz*, 1981, 110 D.P.R. 610).

### **f) Fractura o cambio del testamento bajo violencia, fraude o intimidación**

La causa tiene su fundamento, en opinión unánime en el respeto a la libertad y espontaneidad que se reclama de las disposiciones *mortis causa*; debiendo entenderse, dice Manresa, “en el sentido de que no llegase a ser otorgado el testamento o a cambiarse el ya otorgado, pues de lo contrario, si a virtud de la amenaza del dolo o del fraude empleado,

---

114 Art. 622, C.c.: “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”.

se otorgara el testamento pretendido o se hiciera la modificación deseada, entonces la disposición aplicable sería el artículo [622]<sup>115</sup> y con arreglo a él habría que considerar nulo el acto, y no dejaría de ser eficaz la institución por indignidad del instituido, sino por nulidad de la misma, toda vez que el otorgamiento hecho en tales condiciones no podría surtir efecto alguno según el artículo citado<sup>116</sup>; opinión contra la cual escribe acertadamente Martínez Calcerrada, que debe discreparse, “pues el legislador ya había previsto el dolo, la violencia y el fraude para declarar nulo el testamento en el artículo [622]. En nuestra opinión, lo que el Código ha querido evitar es que el heredero que ha empleado tales medios para obligar al testador a hacer testamento, pueda sucederle, y como, aunque se anule éste, puede ser llamado a la sucesión el instituido como heredero legitimario, para evitarlo declara indigno al que emplea tan reprobables medios<sup>117</sup>.”

**g) Impedir, con fraude, violencia o intimidación hacer testamento o revocar el ya hecho o suplantar, ocultar o alterar otro posterior**

Esta causa responde al mismo principio que la anterior, derivado directo del art. 623, C.c.<sup>118</sup>. Se plantea entre los autores la referencia al “testamento posterior”, pareciendo resular incomprensible que no se remita a cualquier testamento. Aunque la redacción del precepto no es, quizá, la más adecuada, parece clara la idea de sancionar a quien pretende alterar la voluntad del testador; de ahí la alusión al testamento posterior manipulado (por cuanto revocaría el anterior), consiguiéndose un significado semejante al del Art. 463, 5Q del *Codice civile*, que se refiere al testamento que ordene la sucesión<sup>119</sup>.

---

115 Manresa, *loc. cit.*, págs. 94-95.

116 *Ibidem*, pág. 95.

117 Art. 623, C.c.: “El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido”.

118 Art. 463, 5º, *Codice civile*: “E escluso dalla successione come indegno: (...) 5) chi ha soproso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata...”.

119 Art. 688, C.c.: “El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”.

### C. POSIBILIDAD DE REMISIÓN

Determina el artículo 686 del Código civil que “las causas de indignidad dejan de surtir su efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público”.

Varias son las cuestiones que es dable plantear ante este precepto.

La norma establece la posibilidad de rehabilitación del indigno por voluntad del causante, ya la manifieste expresamente, ya de manera tácita. Será expresa tal voluntad si, ciertamente, se realiza así en el testamento o otro documento público posterior, como señala el precepto. Será tácita si, con conocimiento de la causa de indignidad y a su pesar, el testador llama al indigno a la sucesión (dejando, pues, de serlo automáticamente).

Naturalmente, la referencia al documento público como vehículo de remisión ha de entenderse en sentido de que el testamento existente es único y no revocado. En otro caso, si el testador revoca el testamento abierto mediante otro ológrafo y en él remite la indignidad hay que aceptar tal decisión. Sería absurdo admitir la remisión tácita porque se designa al indigno en testamento ológrafo, pero no aceptar la simple remisión en el mismo testamento ológrafo por no ajustarse a la exigencia de ser documento público, conforme al aforismo quien puede lo más puede lo menos.

Otorgada la rehabilitación, la misma es irrevocable, aparte de tener que ser pura, pues la condicionada se entiende sin condición. Ahora bien, la remisión de una causa de indignidad no impide la presencia de otra causa, que sí pueda alegarse, produciendo las consecuencias propias de la indignidad.

Acerca de la formalidad de remisión, plantea González Tejera la posibilidad de rehabilitación mediante testamento ológrafo realizado antes de los 21 años de edad, remitiéndose a un criterio de *flexibilidad casuística*, que puede ser un criterio peligroso, nunca comparable, como él hace, con el reconocimiento de hijo natural; en éste existe un interés público relevante para aceptar el hecho; en aquélla, el interés público

---

Art. 728, C.c.: “La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

parece ser enteramente opuesto, razón por la cual se vincula la remisión a un determinado formalismo: hacerlo en documento público posterior o en testamento. Pero éste debe ser válido. Y un testamento ológrafo otorgado por quien no tiene el *conocimiento legalmente reclamado*, no debe servir de vehículo adecuado. No se olvide que cuando la ley fija una edad lo hace pensando en un criterio general, que no tiene que ser correspondiente con cada caso particular. Iniciar una vía de escape bajo aquella hermenéutica puede ser una bomba de tiempo.

Naturalmente, hay una causa de indignidad de imposible remisión, que es la fijada en el apartado 4: “el heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiere procedido ya de oficio”; salvo, claro es, que el propio testador pueda haberla previsto en cuanto hipótesis aleatoria, remitiéndola para el caso de convertirse en realidad. No hay razón para que, en tal situación, no opere la remisión. Piénsese en el hijo demente peligroso, vividor, irresponsable, etc.

Naturalmente, la rehabilitación del indigno, como toda manifestación de autonomía privada, ha de considerarse sujeta a los requisitos de validez de ésta y, por consiguiente, será nula la remisión efectuada por error, violencia, intimidación o dolo.

#### **D. MOMENTO EN QUE HA DE APRECIARSE LA LEGITIMACIÓN**

Inicialmente, la determinación de la legitimación pasiva en la relación jurídica *mortis causa* ha de determinarse en el instante mismo del fallecimiento del causante, pues es el momento de apertura de la sucesión. Es el criterio que, como regla general, recoge el art. 687 del Código civil, a cuyo tenor “para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate”.

Hay, no obstante, una serie de situaciones especiales que fijan o reclaman el concurso o coincidencia de otros factores:

1º. Con relación al testamento del pupilo, parece ser, dado el tenor del artículo 682, párrafo primero, *in fine*, que la legitimación retrospectiva se reclama al momento de redactarse el testamento mismo; aunque prospectivamente se exija al momento del fallecimiento del pupilo. Obsérvese qué determina el precepto: “Tampoco surtirá efecto la

disposición testamentaria del pupilo a favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, *aunque el testador muera después de su aprobación*” (énfasis añadido). Consiguientemente, la hipótesis de la norma presupone que el testador vive ya aprobada la cuenta de la tutela, pero que el testamento se ha redactado antes, sancionando con nulidad la disposición así realizada en beneficio del tutor. Precaución anticaptatoria que decae cuando el tutor sea ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge (art. 682, párrafo segundo, C.c.).

2º Respecto del llamado bajo condición *relativa a la institución misma* (art. 688, C.c.), y no respecto de la atribución (art. 728, C.c.)<sup>120</sup>, ha de esperarse a comprobar la realidad o no del evento: “si la institución o legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición”.

3º “En los casos 2, 3 y 5 del art. 685, se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4 a que transcurra el mes señalado para la denuncia”, dispone el párrafo segundo del citado art. 687. Es natural que sea menester la sentencia final y firme que acredite y constate el hecho delictivo, así como esperar el transcurso del mes para determinarse si se hizo o no la denuncia, respectivamente, como medio de darse o no indignidad.

## **E. LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE INDIGNIDAD**

Como quiera que las causas de indignidad deben constatarse judicialmente, será menester en todo caso en que el testador no haya remitido adecuadamente ejercitar la correspondiente acción. El art. 691, C.c., indica que “no puede reducirse acción para declarar la incapacidad, pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado”.

El precepto plantea diversas cuestiones.

Una de ellas viene determinada por el alcance de la norma: ¿se aplica a todas las hipótesis que, en terminología del Código civil, implican “incapacidad”. Al tema respondía Manresa en las primeras ediciones de

---

120 4ª ed., 1911, VI págs. 80-81.



sus *Comentarios*<sup>121</sup> justificando la amplitud de la norma, y la norma misma, de modo parecido al precedente que significaba el art. 23 (28 en la Ley hipotecaria anterior y art. 111 en la vigente) de la Ley hipotecaria: “En efecto, a pesar de la disposición terminante de la ley declarando las incapacidades o indignidades, puede darse fácilmente el caso de que, por desconocer el testador la existencia de la incapacidad, instituya por heredero o legatario al incapaz o indigno, o que, á pesar de la prohibición citada, entre éste en la posesión de los bienes dejados al mismo. Y para impedir en el primer caso que la institución surta su efecto, o para conseguir en el segundo que sea restituida la herencia o legado en los términos prevenidos en el art. [689], cuando privadamente no se obtuviere dicho resultado, se impone desde luego la necesidad de acudir á los tribunales de justicia como amparadores del derecho, ejercitando las acciones correspondientes, para que por los mismos se hagan las declaraciones procedentes y precisas a dicho fin. Pero no son estos los únicos casos en que puede suscitarse el debate judicial, pues, como ha dicho un autor, basta leer la ley para convencerse de la posibilidad de otros muchos, como, por ejemplo, sobre si es o no abortiva la criatura en cuyo favor se supone nacido el derecho hereditario; sobre si está o no permitida por la ley la asociación instituida por el testador; sobre si han ocurrido o no en una sucesión determinada los hechos que dan origen a cualquiera de las causas de incapacidad o indignidad, etc.

“Dada la posibilidad y la necesidad de esas judiciales reclamaciones, el legislador, para evitar que indefinidamente quedasen en lo incierto las sucesiones por el temor de posteriores contiendas, estimó precisa la limitación de esa potestad a un plazo perentorio y fijo dentro del cual debieran promoverse todas las reclamaciones que pudiera deducirse por consecuencia de la incapacidad del instituido, señalando con dicho objeto el término de cinco años, a contar desde que el incapaz estuviera

---

121 Se refiere Manresa al párrafo 2º, introducido por la Ley de 1869, que se integraría en el art. 23 de la Ley hipotecaria de 1893, que estuvo vigente en Puerto Rico. Ver Vázquez Bote, *Elementos*, cit., pág. 167. Bajo el esquema de Manresa, pierde sentido el añadido en la 8ª edición, al indicarse: “Por otro lado, hay que afirmar que una recta interpretación del artículo [691] implica: 1) Sólo puede aplicarse a las indignidades *s. sensu* del [685], y no a las prohibiciones absolutas del [676], ni a las relativas de los artículos [681] y [682]. 2) Para el cómputo del plazo, no será aplicable el artículo [369]. 3) Como expresa Puig Brutau, el artículo [691] contiene un verdadero plazo de caducidad, equivalente a esa ‘prescripción extintiva’ ” (págs. 137-138).

en posesión de la herencia o legado; es decir, desde el momento en que surge el hecho que hace precisa la reclamación, puesto que hasta entonces no ha surtido efecto alguno la disposición testamentaria objeto de la misma. Y al hacerlo así, se inspiró en el criterio adoptado por la ley Hipotecaria, que en el párrafo segundo de su art. 23 exige el transcurso de cinco años para que puedan perjudicar a tercero las inscripciones de bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por título de herencia o legado a contar desde la fecha de dichas inscripciones, y por la ley 4ª, tít. 8º de la Partida 6ª, según la que no podía tener lugar la querrela de inoficioso testamento, cuando los desheredados dejaban pasar sin utilizarla el mismo término de cinco años<sup>122</sup>.

“No es, pues, una disposición nueva sin precedentes análogos, que huelgue por innecesaria, la del artículo que comentamos, ni menos puede considerársela fuera de lugar, porque después de haber establecido el art. [689] el principio de la restitución, y los efectos que produce el hecho de haber entrado el incapaz en posesión de la herencia, a pesar de la prohibición de la ley, lo procedente era determinar el plazo dentro del cual debían producirse dichos efectos; y a este fin responde el precepto que examinamos, el cual no es otra cosa que una limitación justa y natural de la disposición consignada en el art. [689]”.

Es, al parecer, en función de tal criterio, que la sentencia del tribunal Supremo de España, de 21 de mayo de 1910, admitió la extinción de la acción dirigida contra la adquisición *mortis causa* del confesor del causante, criticada fuertemente por Roca Sastre, bajo el punto del confusionismo conceptual del Código en este punto; pero que explica el apunte de Lacruz, quien, analizando los antecedentes, puede escribir que “dada la génesis, no es de creer que los arts. [689] y [691] se refieran sólo a la indignidad”<sup>123</sup>, argumento que él emplea para ratificar su tesis, que en la indignidad; hay delación pero no retención.

No obstante lo indicado, son muchos los argumentos que inclinan a buen número de autores a limitar el ejercicio de la acción a la concreta

122 Lacruz & Sancho, *loc. cit.*, pág. 112.

123 Véase, Hernández Gil, Félix, *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, R.D.P., 1961, págs. 468 y sigs., en especial págs. 471. y sigs.; Espín, *Manual*, cit., V, págs. 60-61; Roca Sastre, en Enneccerus, Kipp, Wolf, V-2, §85, págs. 154 y sigs., 2ª ed.; Puig Brutau, *op. cit.*, V-1, págs. 143-144; y el mismo Lacruz, Igualmente, González Tejera, *op. cit.*, I, págs. 130-131; Vélez Torres, *op. cit.*, V-3, págs. 37-38. En contra, Díez-Picazo & Gullón, *Sistema*, pág. 420.

causa de indignidad<sup>124</sup> en razón de que solamente la indignidad crea una causa de anulabilidad requerida de ejercicio procesal, mientras que las otras situaciones de defecto de legitimación se sancionan con nulidad declarada, siquiera el Código es aquí sumamente impreciso y carente de rigor técnico.

Una segunda cuestión es: ¿se trata de una acción de prescripción o de caducidad? Ciertamente, bajo el enfoque dado por Manresa o Mucius Scaevola, se trataría de un acción de caducidad, de manera tal que la acción se ejercita o no en el lapso de tiempo fijado legalmente, pues la función del término es generar estabilidad a la herencia, alejándola de cualesquiera avatares. A la caducidad se inclina Puig Brutau —corrigiéndose a sí mismo por el empleo del término prescripción extintiva<sup>125</sup>; Espín indica que la acción “prescribe”<sup>126</sup>, al igual que Lacruz & Sancho<sup>127</sup>; y Díez-Picazo & Gullón parecen suponer la prescripción misma, al contabilizar el plazo de cinco años, no desde que el “incapaz” esté en posesión de los bienes, sino desde que se constata la causa de indignidad, eludiendo, pues, la aplicación del art. 369, párrafo primero, C.c., es decir de la posesión civilísima. Vélez Torres silencia el tema mientras que González Tejera parece presuponer la prescripción<sup>128</sup>, sin tratar el punto conscientemente.

Por mi parte, creo que se trata de una acción de prescripción por varias razones: a) la identidad que los autores remiten a la anulabilidad general; b), la necesidad de sentencia judicial que constate previamente el hecho determinante de la causa de indignidad en vía penal (art. 685, 2, 3, 4, 5), cuyo procedimiento puede consumir en otro caso el término para “declarar la incapacidad” a que se refiere el art. 691, C.c.

Al igual que en las situaciones de anulabilidad, la legitimación activa debe corresponder a los que puedan obtener el beneficio o mejorar el existente por consecuencia de la indignidad; consiguientemente, a los demás coherederos o sucesores en orden de llamamientos y, en su caso, a los legatarios, con exclusión de los acreedores del indigno<sup>129</sup>.

124 *Loc. cit.*, pág. 144.

125 *Loc. cit.*, pág. 61.

126 *Loc. cit.*, pág. 113. Igual, Martínez Calcerrada, en Manresa, V, 8ª ed., pág. 140.

127 “Establecida la indignidad...”, dice (*op. cit.*, I, pág. 132).

128 Royo Martínez, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, págs. 57 y sigs.; Puig Brutau, *loc. cit.*, págs. 142-143; Díez-Picazo & Gullón, *Sistema*, págs. 420-421.

129 González Tejera, *loc. cit.*, I, pág. 131.

## **16. Consecuencias de la ausencia de legitimación pasiva**

“El incapaz de suceder, que contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido”.

El efecto es, pues, característico de la anulación, imponiéndose la de los bienes con sus accesiones y frutos, de manera semejante a lo dispuesto por el art. 1.255, C.c. Respecto de las consecuencias del estado posesorio, dado el silencio del art. 689, no creo, contra lo que opina González Tejera, que el tratamiento dado al carente de legitimación sea diverso al del poseedor en general<sup>130</sup>, debiendo remitirnos a cada caso concreto para precisar si ha habido o no —en expresión del Código civil— posesión de buena o de mala fe, la cual será determinante del alcance dable a la restitución.

Igualmente —señala Díez-Picazo— silencia el Código civil el tema de las posibles enajenaciones realizadas por el carente de legitimación pasiva antes de constatarse la misma, sugiriendo aplicar las reglas de la herencia o legado aparentes.

## **17. Negación de legitimación pasiva por el testador: la desheredación**

### **A. CONCEPTO Y DESARROLLO HISTÓRICO**

Se entiende por desheredación la privación plena de la legítima realizada por el testador, en virtud de causas taxativamente determinadas por la Ley.

Conocida la desheredación en los más antiguos ordenamientos jurídicos, la que llega al Derecho moderno es hija de Roma, en donde “del principio originario, que excluía el nombramiento de un *heres* (testamentario) habiendo hijos, el Derecho romano pasó, en una época no determinable, pero indudablemente anterior a la redacción de las más

<sup>130</sup> Arangio-Ruiz, *Instituciones*, cit., pág. 615.

antiguas obras jurídicas, a una absoluta libertad de testar... El puente de paso de la antigua a la nueva concepción está en la *desheredatio* o *apartamento*, en cuanto desheredación simple, es decir sin expresión de causa. Esta fue quizá primero un acto solemne y autónomo de desposesión de la cualidad de heredero, cumplido por el padre para castigo del hijo indigno; pero se transformó después, con la separación de las dos ideas de *filius* y de *heres*, en una simple declaración testamentaria que excluía a ciertos descendientes de la herencia. Surgió así el principio *sui aut institutuendi sunt aut exheredandi*, que impuso al testador la obligación alternativa de instituir a los descendientes inmediatos bajo potestad (no importa si solos o con extraños, si en cuota mayor o menor) o bien de hacer seguir al nombramiento de los herederos la expresa desheredación de los descendientes excluidos; en cambio, quedó prohibido pasar a los *sui* en silencio (preterición)<sup>131</sup>.

131 *Op. cit.*, II, pág. 190.

"Las diferencias de clase y calidad entre los hijos afectaron también en Roma muchas diferencias de derecho, cuya prolija exposición no sería propia de este lugar, por corresponder a rasgos y caracteres peculiares del derecho romano, desaparecidos enteramente en nuestros días.

"El *heres sui*, el hijo propiamente dicho, había de ser nombrado heredero o desheredado *nominatim*, esto es, citándole por su nombre en el testamento. Sólo cuando no había más que un hijo podía omitirse su nombre: 'que mi hijo sea desheredado'. Las hijas y los demás descendientes por línea de varón podían, en cambio, ser desheredados *inter caeteros*, comprendiéndolos en una desheredación general: 'los demás sean desheredados'. La omisión de esta otra clase de descendientes daba, sin embargo, derecho a concurrir con los demás herederos en una parte de la herencia.

"Los póstumos habían también de ser instituidos o desheredados como los demás hijos; pero siendo del sexo femenino, bastaba haberles desheredado *inter caeteros*, mientras que perteneciendo al masculino habían de haberlo sido nominalmente. Por asimilación con los póstumos, la ley *Junia Veneya* había dispuesto que cuando el nieto viviera con su padre y con su abuelo, muerto el padre antes que el abuelo y adquirida, en consecuencia, por éste la patria potestad sobre el nieto, había de haberse hecho la desheredación de éste *nominatim*, como heredero suyo, bajo pena de declararse nulo el testamento.

"El Derecho civil no había impuesto la necesidad de instituir al hijo emancipado ni de desheredarlo, porque no se consideraba como heredero suyo. Pero el pretor ordenó que todos, sin distinción de sexo, de no ser instituidos, fueran desheredados, los varones nominativamente y las hembras *inter caeteros*; concediéndoseles, en otro caso, la posesión de bienes contra el testamento.

"Por último, los hijos adoptivos gozaban de la misma condición que los nacidos de justas nupcias, y habían de ser instituidos o desheredados, como los *haeres sui*, mientras el padre adoptante no los emancipaba. Después de este suceso no había

Como escribe Lacruz, el sentido de la desheredación es diverso en ambas etapas. “Primero, referida a la legítima formal, representa uno de los modos de cumplimiento de la misma, pues no es necesario que el legitimario sea instituido en algo, sino que sea mencionado en el testamento para apartarlo o favorecerle. Pero ulteriormente el testamento que se limitaba a una *exheredatio* abstracta se entendía contrario al *officium pietatis*, pudiendo utilizar el desheredado la *querela inofficiosi testamenti* contra los instituidos en aquél, a fin de recibir lo que le hubiera correspondido en la sucesión intestada. Obstáculo para el éxito de la *querela* era que el testador, al desheredar, lo hubiera hecho movido por razones que, según la apreciación del tribunal, justificaban esa decisión. Así en esta etapa en la que el legitimario tiene derecho a obtener algo sustancial del patrimonio de su causante, la desheredación deviene causal... y, finalmente, Justiniano, en la novela 115, formula una lista de las causas que permiten desheredar válidamente”<sup>132</sup>.

En los antecedentes españoles, la desheredación se halla recogida en diversos Fueros, pero de forma bastante incompleta, siendo menester

---

obligación ninguna a favor de ellos respecto del padre adoptante; por más que readquiría el derecho a heredar a su padre por naturaleza, si se hallaba aún vivo al tiempo de la emancipación.

“Considerando Justiniano que no procedía hacer distinciones en cuanto a los sexos, porque el hombre y la mujer concurren de una manera semejante a la procreación de la especie, reformó toda esta legislación por preceptos sencillos y uniformes, equiparando a los hijos, hijas y demás descendientes de varón, ya varones, ya hembra y ya nacidos o póstumos, ordenando que todos en adelante, lo mismo los *suyos* que los emancipados, hubieran de ser instituidos herederos o desheredados *nominatim*. En cuanto a los adoptivos, se distinguió el caso de hacerse la adopción por un extraño del de hacerse por un ascendiente, conservándose en cuanto a éste el antiguo derecho, se dio al padre adoptante extraño la facultad de prescindir del hijo adoptivo.

“Por último, conviene advertir que la querrela de inoficioso testamento, o lo que de otra manera pudiéramos llamar derecho forzoso de ser heredero, a no ser por justa causa de desheredación alegada por el padre, alcanzaba lo mismo a los ascendientes respecto de sus descendientes que a los últimos respecto de los primeros. En tiempo de Constantino se había establecido además el derecho de los hermanos a promover la querrela cuando fueran postergados a una persona torpe; legislación que Justiniano conservó y amplió, haciéndola alcanzar, no sólo a los hermanos agnados, sino a todos los de consanguinidad, pertenecieran o no a la familia” (Mucius Scaevola, *op. cit.*, XIV, págs. 983-985).

132 *Ibidem*, págs. 986-987.

esperar a las *Partidas*, que recogen el Derecho justiniano, completadas con la legislación de Toro (L. 49) y la *Novísima Recopilación* (9, 2, 10).

Hasta la publicación del Código civil de los franceses desheredación e indignidad corren caminos paralelos. Mucius Scaevola transcribe las palabras de Pothier: “ ‘Las mismas causas, dice Pothier, por las que yo sería probablemente desheredado, si el testador las hubiera conocido, me hacen indigno de heredarle si las conoció, o si murió antes de que ocurrieran’. A continuación añade: ‘La desheredación y la privación de la herencia no eran cosa distinta en el derecho romano. El desheredado había recibido su sentencia del testador mismo, *rei suae auctor et arbiter*, y, tratándose de ciertos parentescos, la ley no reservaba más que la crítica de la causa alegada por el testador. Pero esto ya no existe en el sentido propio de los romanos.

Se hablaba entonces de las personas que tenían un derecho absoluto a la sucesión, y se enumeraban las causas por que podían ser privados de ese derecho. Actualmente, esto no puede suceder. La parte de legítima es intangible’.

“Este fragmento de Pothier nos da una idea de cuáles eran la manera de pensar y de ver este asunto entre los jurisconsultos de fines del siglo XVIII. No es la misma, sin embargo, la de los jurisconsultos posteriores; porque ya, a partir de Demante, se considera que, aun desaparecida la desheredación, podrá dirigirse contra el hijo la acción de indignidad, cuando haya incurrido en alguno de los motivos que legalmente la producen...

“Viene así en resultar que, en la opinión de los juristas de ambos países, la desheredación es innecesaria existiendo la exclusión por indignidad. O se ha incurrido, en una falta que hace indigno de la sucesión al culpable, en cuyo caso es suficiente con la declaración legal de indignidad, o no se ha dado motivo para extremo tan grave ni debe mucho menos privarse de la cuota legítima a los herederos forzosos.

“Pero la desheredación es necesaria, vienen diciendo los autores desde los tiempos antiguos, para mantener el buen orden y la disciplina en el interior de la familia...

“La desheredación, decimos nosotros además, tiene un carácter y un sentido distintos de la indignidad para suceder. Una cosa es la falta social y otra la falta familiar. Ambas participan mutuamente de sus

respectivas condiciones, pero aparecen en distinto campo y se examinan y juzgan de distinto modo...”<sup>133</sup>.

Tal diferenciación se mantuvo en el Código civil español y, así pues, en el de Puerto Rico, que sujetan la instrumentación del instituto a una serie de causas, sensiblemente ampliadas en la revisión de 1902.

## B. CAUSAS

Dispone el art. 773 del Código civil que “la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”.

Exigencia relevante cuya omisión provoca el efecto indicado en el art. 776: “La desheredación hecha sin expresión de causa, o por una causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados,

---

133 Escribe Muñoz Morales, refiriéndose a la edición del Código civil revisado, de 1902: “Al copiar los artículos 852 y 853 del Código Español que pasaron a ser el 829 y 830 del revisado, el informe de la comisión incluyó inadvertida o erróneamente la referencia al número 4 del artículo 756, siendo así que ese número en aquel artículo del Código Español declara incapaz e indigno para suceder ‘al heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiere procedido de oficio’. Esta podrá ser causa de incapacidad por indignidad para suceder (en sucesión testada o intestada), como la denomina el artículo de referencia; pero es absurdo incluirla como causa de desheredación, porque no es posible que el testador haya sido muerto *violentamente* antes de otorgarse testamento.

“Sobre este particular se llamó la atención de la Legislatura en el informe del proyecto de Código civil de 1929, y a pesar de la advertencia, subsiste el error de cita en los artículos 777 y 778 de la edición de 1930.

“Otra enmienda, recomendada por aquella comisión y aceptada en el Código revisado de 1902, consiste en adicionar cuatro números además de los cuatro ya comprendidos en el artículo 853 del Código Español, como causas de desheredación a los hijos y descendientes, y así figuran hoy con los números 5, 6, 7 y 8 del artículo 778, que por cierto fue enmendado por la Ley número 48 de 1930, para corregir algún otro error, y quedó también con el mismo error ya indicado de la cita al número 4 del artículo 685, y además incurrió en otro error al hacer en su número 7 una referencia equivocada al capítulo II, *título IV*, del Lib. I, debiendo ser al título III; y nada más fácil (*sic*) hubiera sido hacer la cita concreta al *artículo 70, número 4*, de este Código” (énfasis de Muñoz Morales).



mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dicha legítima”.

Se establece, pues, un régimen de *numerus clausus* de causas de exclusión, que puede ordenarse adecuadamente.

### **a) Causas generales de desheredación**

“Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 685 con los números 1, 2, 3, 4, 5 y 6”, dispone el art. 777, C.c.

### **b) Causas para desheredar a los hijos y descendientes**

“Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 685 con los números 2, 3, 4<sup>134</sup>, 5 y 6, las siguientes:

“1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda”<sup>135</sup>.

“2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

“3. Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución”, criterio que, en función del principio de igualdad constitucional, debe entenderse referido, asimismo, al hijo o nieto. En todo caso, se trata de hacer de la prostitución una actividad regular, aunque no sea cotidiana (prostitución de *weekend*).

“4. Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil”, sanción hoy inexistente<sup>136</sup>, lo que puede provocar diversas alternativas hermenéuticas: estimar que se trata de condena por delito grave, incluso cuando el condenado se acoja a sentencia suspendida (conforme la redacción dada al art. 96, 2, por la Ley núm. 49, de 22 de agosto de 1990), en sentido correspondiente con la norma original, o, de otro lado, dado que las causas de desheredación son taxativas, estimar claudicada la causa. Por esta solución se inclina Vélez Torres, “si atendemos al nuevo pensamiento en orden a los derechos civiles de las personas y, específicamente, si pensamos que la nueva orientación del

---

134 Ver Tomo XI, Cap. 13.

135 *Rodríguez v. Rivera*, C.A. 89-9

136 Vélez Torres, *loc. cit.*, pág. 296. González Tejera nada dice al respecto.

Derecho Penal se muestra favorable a ayudar al delincuente a lograr su rehabilitación”<sup>137</sup>. Sin embargo del loable pensamiento que aquí se encierra, vendría en resultar un mejor trato a quien delinque gravemente frente a quien realiza otras actitudes de, indudablemente, menor relevancia en la ofensa; aparte de confundirse dos planos diversos: el de reacción de la sociedad frente al delincuente (en que conviene la rehabilitación) y el de la facultad del ofendido de ser correspondiente privando de un beneficio, que afecta a la esfera de relaciones internas familiares. En todo caso, salvo una reforma expresa del texto legal, corresponderá a la jurisprudencia la adecuada interpretación.

“5. Haber acusado el hijo a su padre o madre de algún crimen, excepto cuando fuere de alta traición.

“6. Haber rehusado el hijo prestar fianza por su padre o madre constituidos en prisión, para que fuesen excarcelados, pudiendo hacerlo.

“7. Haber contraído el hijo o hija matrimonio sin el permiso de su padre o madre o tutor, según la sección primera, Capítulo II, Título IV, del libro primero de este Código<sup>138</sup>.

“8. Haber sido el hijo o descendiente negligente en tomar a su cuidado al testador, encontrándose éste enfermo”.

### **c) Causas para desheredar a padres y ascendientes**

“Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes — dice el art. 779, C.c.—, además de las señaladas en el artículo 685 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, las siguientes:

“1. Haber perdido la patria potestad<sup>139</sup>.

“2. Haber negado alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo<sup>140</sup>.

“3. Haber acusado el padre, madre o ascendiente, al hijo o descendiente, de un crimen capital, excepto cuando el crimen fuese de alta traición.

<sup>137</sup> Vázquez Bote, *Tratado*, XI, págs. 48-49.

<sup>138</sup> Ver, pág. 373.

<sup>139</sup> Ver, cap. 3.

<sup>140</sup> La locura como causa de separación y divorcio no estaba incluida en la redacción original del Código civil (art. 105), sino que se introduce por ley especial, dato que, olvidado al parecer por el legislador, introduce el absurdo de sancionar al más necesitado de ayuda.

“4. Haber sido el padre, madre o ascendiente, negligente en tomar a su cuidado al hijo o descendiente que se encontrare enfermo.

“5. Haber rehusado prestar fianza por el hijo o descendiente constituido en prisión, para que fuera excarcelado, pudiendo hacerlo.

“6. Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, en cuyo caso el hijo o descendiente podrá desheredar al que de los dos cónyuges hubiese cometido el atentado”.

#### **d) Causas para desheredar al cónyuge**

“Serán justas causas para desheredar al cónyuge —dispone el art. 780, C.c.—, además de las señaladas en el artículo 685, con los números 2, 3 y 6, las siguientes:

“1. Las que dan lugar al divorcio”. En la redacción original del Código civil, es sabido que el divorcio no era vincular determinando simplemente la separación de los cónyuges. Admitido el divorcio, vincular y dándose éste, obviamente no tiene sentido aplicar este precepto, por cuanto ya el ex-cónyuge deja de ser legitimario. Dándose la causa de divorcio, no parece muy consistente estimar que cabe la desheredación sin divorcio previo, por cuanto, entonces, habría que estimar la aplicación del párrafo último del art. 780 (“Para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo”), o, quizá, del art. 781 (“La reconciliación posterior del ofensor o del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación hecha”); con lo cual la causa 1ª de este art. 780 sería solamente aplicable a aquellas situaciones en que, habiéndose dado la causa de divorcio, no hay ni convivencia ni reconciliación: ha surgido la causa para el divorcio, pero éste no se ha instrumentado. Pero resultaría entonces que la imputabilidad atribuida requeriría la adecuada constatación judicial, sobre todo en las causas de divorcio 1ª, 3ª, 4ª muy destacadamente (*Olivieri v. Escartini*, 1956, 79 D.P.R. 535, reinsistiendo en *Sánchez v. Torres*, C.A. 89-23) 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª; la causa 10ª es absurdo invocarla como causa de desheredación<sup>141</sup>; quedando pendiente de la respectiva sentencia la adecuación de la desheredación(*cf.* art. 775, C.c).

---

141 Vélez Torres, *loc. cit.*, págs. 299-300.

De otro lado, como bien resalta Vélez Torres<sup>142</sup>, la noción del divorcio como vinculado a una culpabilidad explica la relación del divorcio con la causa de desheredación, hecha excepción de la separación, según se redacta por la Ley núm.

49, de 22 de agosto de 1990, que remite al limbo calificadorio la existencia o no de culpabilidad. Por ello, allí dónde no pueda darse “culpabilidad” carece de sentido la desheredación.

Ciertamente, cuando se instrumenta el divorcio mediante la presunción *iuris et de iure* derivada de la dispensa de prueba en amparo de la intimidad, reconocida en *Figueroa v. E.L.A.*, 1978, 107 D.P.R. 250, dado que no se trata de una nueva causa de divorcio<sup>143</sup>, no tiene sentido el planteamiento del buen amigo Vélez Torres, de un lado por lo indicado de la ausencia de causa y, seguidamente, porque necesariamente se impone el divorcio, y ya no hay cónyuges.

“2. Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad<sup>144</sup>.”

“3. Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge”. Cabe plantear la cuestión derivada de la reforma del art. 1.308, 5º cuando los cónyuges mantienen régimen supletorio legal de gananciales. Como quiera que la Ley núm. 51, de 21 de mayo de 1976, impuso como parte de las cargas matrimoniales “el sostenimiento... y la educación de los hijos... de cualquiera de los cónyuges”, indudablemente hay que entender como causa de desheredación la circunstancia que el otro cónyuge no haya dado dicho sostenimiento a cualesquiera hijos del otro cónyuge. Y como quiera que, respecto del que sea padre o madre, sus hijos son todos iguales, esto es son *hijos*, el cónyuge que no atiende a los mismos puede incurrir en causa de desheredación; y, tomando en cuenta (fundamentalmente respecto del varón) la “vocación” del portorriqueño para engendrar hijos fuera del matrimonio, no deja de ser sardónica la disposición. El legislador, *en su inteligencia*, no ha limitado la carga ganancial a los hijos comunes o que convivan con los cónyuges, sino a todos; por ello, también a los habidos con otra persona. En la paradoja además de que el padre o madre de hijos “extragananciales” incurriría a su vez, en causa de desheredación (art. 780, 1, respecto del art. 96, 1, ambos del Código Civil).

142 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, XI, pág. 242.

143 *Ibidem*, cap. 12.

144 *Loc. cit.*, II, pág. 193.

“4. Haber asentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiera mediado reconciliación.

“Para que las causas que dan lugar al divorcio lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo”.

### **C. PRUEBA DE LA CAUSA DE DESHEREDACIÓN**

“La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador, si el desheredado la negare”.

### **D. FORMA Y MODO DE EFECTUARSE LA DESHEREDACIÓN**

Establece el art. 774, C.c., que “la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde”.

Obviamente, legitimado para desheredar lo está quien tenga legitimarios, y que solamente éstos pueden ser desheredados. El testamento se presenta como el único medio hábil para instrumentar el apartamiento, precisamente porque en él se lleva a cabo la institución hereditaria y, al igual que la institución, la destitución es expresión *mortis causa*. Como señala Lacruz “valdrá la hecha en cualquier testamento no revocado, y no deberá entenderse revocado el testamento que contenga la desheredación por el posterior con disposiciones diferentes, si este posterior omite al legitimario. No vale la desheredación en documento distinto, y ni aun la expresión de causa de la hecha sin ella en testamento”.<sup>145</sup>

Respecto de la expresión de la causa legal, no será menester, naturalmente, que el testador recoja la propia del Código civil, siempre que en el testamento<sup>146</sup> indique la razón de la desheredación. Como señala Mucius Scaevola, la expresión “Desheredo a mi hijo porque me ha llamado ladrón”, parece ser suficiente expresión de las injurias, si bien la ampliación en la generalidad de los términos puede significar la

---

145 Cfr. *Méndez v. Celis*, 1914, 20 D.P.R. 527, en que se pretendió una desheredación simple por remisión a una demanda de divorcio en que se alegaba trato cruel por parte del esposo, interpuesta poco antes de otorgarse el testamento (de fecha anterior al día del fallecimiento de la causante), pretensión negada por el Tribunal Supremo al reclamar la expresión de causa *en* el propio testamento.

146 Mucius Scaevola, *op. cit.*, XIV pág. 965.

frustración de la expresión; v. g.: “vida licenciosa” no tiene porqué equipararse a prostituirse<sup>147</sup>, a lo que lleva el tema a una hermenéutica

147 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, XI, págs. 258 y la jurisprudencia allí relacionada, en expresión de injurias graves. Vallet (*Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las Legítimas*, I, págs. 664-665) indica que el requisito de expresión de causa debe entenderse cumplido:

“- Si se expresa la causa legal aunque no se precisen los hechos constitutivos, que de ser ciertos podrán ser probados por los herederos, en caso de ser controvertidos, aunque el testador no los haya precisado.

“- Si se refiere al hecho constitutivo, aunque no se indique la causa legal a que corresponda.

“- Si se señala genéricamente una causa que pueda comprenderse en alguna o varias de las legalmente tipificadas.

“- Si, aun sin precisar el hecho ni referirse a una causa legal genérica ni específicamente determinada, las palabras con las que el testador se exprese sean suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a hechos ocurridos calificados por la ley como causa de desheredación”.

E invoca en su apoyo las sentencias y autoridades siguientes:

“La S. 4 noviembre 1904, que en un supuesto en que el testador expresó que desheredaba a su hijo por ‘haber sido injuriado gravemente de palabra y en actos repetidos’ y ‘considerarlo comprendido en la causa 2ª de desheredación que establece el art. 853 del Código civil [art. 778, 2ª, C.c. de Puerto Rico], estimó correcto el modo de expresión y, en su primer Considerando, que no existe precepto alguno ‘que obligue al testador a determinar el hecho constitutivo de la injuria o las palabras en que éste se haga consistir, por cuanto su certeza puede ser contradicha, y debe en este caso probarse en juicio, para que la desheredación sea válida y eficaz en perjuicio del desheredado’.

“Scaevola, *loc. cit.*, págs. 997 y sig., que propone estas fórmulas: ‘Desheredo a mi hijo porque me ha llamado ladrón’; ‘Desheredo a mi hija por la vida prostituida que lleva’.

“S. 6 diciembre 1963, que si bien no dio lugar a la desheredación por no haberse probado la inclusión en causa legal, presupuso, sin embargo, que la forma quedaba cumplida pese a que ‘la cláusula testamentaria en que se establecía la desheredación no adscribe los motivos en que dice fundarse, de modo específico, a ninguna de las causas legales prevenidas al efecto, aunque de modo genérico comprenda a varias’.

“Cfr. Scaevola, *loc. cit.*, pág. 998, que pone al examen una serie de fórmulas de generalización progresiva: ‘Desheredo a mi hija por haberse prostituido’; ‘por su vida licenciosa’; ‘por sus alardes inmorales’; ‘por su mala conducta’; ‘por su género de vida’, cuando realmente la hija se hubiese entregado a la prostitución. A su juicio su solución se halla ‘en una pura cuestión de prueba de la voluntad del testador. Cuando las palabras con que éste se exprese sean suficientes para comprender que se refirió a hechos de los calificados en la ley al establecer las causas de desheredación, el art. [774] se considera cumplido. Cuando por el contrario, quepa la duda de si se refirió a otros hechos, la desheredación se deberá tener por nula’. Como ha dicho Puig Brutau (*loc. cit.*, pág. 221), no será admisible manifestar en forma dudosa o ambigua la voluntad de desheredar”.

siempre favorable a la ausencia de desheredación, al ser esta odiosa. Ello guarda relación con la exigencia de que la causa del apartamiento sea cierta (art. 775, C.c.), ya que las expresiones vaporosas, amplísimas, precisamente provocan *incertidumbre* de la existencia del hecho por la generalidad del significado, destacadamente frente a una jurisprudencia partidaria de la apreciación en cada caso particular.<sup>148</sup>

Con referencia al *ámbito* de la desheredación, esto es si la misma ha de ser total o parcial, es mayoritario el criterio que sustenta la tesis de la absolutividad, o se deshereda o no se deshereda. No obstante, las opiniones están ampliamente divididas.

Muñoz Morales<sup>149</sup> se acoge al grupo tradicional de reclamar la total desheredación, al amparo del criterio de las *Partidas* (3, 7, 6), compartiendo la opinión de Manresa, Scaevola, Sánchez Román, Bonet, Espín, etc. González Tejera no emite opinión,<sup>150</sup> limitándose a exponer la disparidad doctrinal. Vélez Torres<sup>151</sup> se inclina por una solución positiva, con los argumentos de Castán, manteniendo la marcha de otros autores (Armero Delgado, Lacruz, De Buén), que ni rechazan ni admiten de modo absoluto, pero quedando mucho más cerca que Vallet de Goytisoló, quien defiende enteramente la posibilidad de la desheredación parcial.<sup>152</sup>

Respecto de la posibilidad de formular la desheredación de modo condicionado, ciertamente, la remisión a un evento futuro e incierto es imposible, al exigir el Código Civil la expresión de causa, y solamente es dable la *presuposición* (*condictio in praesens vel in praeteritum collata*, recogida en el art. 1.066, proposición última, C.c.), que, realmente, no es condición, sino desconocimiento subjetivo de algo objetivo ya acaecido.<sup>153</sup>

La desheredación va dirigida a los legitimarios; consiguientemente, se extiende la facultad a desheredar a los hijos adoptivos, dados los términos del art. 132, C.c.<sup>154</sup>

---

148 *Op. cit.*, pág. 253.

149 *Loc. cit.*, I, pág. 136.

150 *Loc. cit.*, pág. 290.

151 *Loc. cit.*, págs. 666-669.

152 Sobre las diversas hipótesis que no son condición en sentido técnico jurídico, ver Vallet, *op. cit.*, I, págs. 670 y sigs.

153 Ver Vázquez Bote, *Tratado*, XI, pág. 346.

154 *Cfr.* Muñoz Morales, *op. cit.*, pág. 250.

## E. RECONCILIACIÓN

“La reconciliación posterior del ofensor o del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha”. Naturalmente, por ofendido hay que interpretar siempre al legitimado activamente para desheredar (que no es el auténtico *ofendido* de la hipótesis prevista en el art. 779, 4º, C.c.).

Ciertamente, la privación del derecho a desheredar hay que entenderla con referencia a causas pasadas, y no otras que puedan advenir luego de una reconciliación, cualquiera que sea la forma en que se haya producido, siempre que quede clara la reconciliación. La expresión de *perdón* de la ofensa puede ser suficiente, no empee ser conceptos de distinto significado y alcance, en tanto en cuanto lo que se perdona se remite. De ahí la admisión doctrinal de que una donación posterior al desheredado implica reconciliación. Vallet plantea el punto de la remisión cuando la causa de desheredación es también de indignidad, reclamando en tal caso la aplicación del art. 686, es decir remisión en testamento o en otro documento público, destacadamente en éste, por cuanto desheredar en un testamento y remitir en otro es revocar aquél en dicha parte. Parece, sin embargo, dura exigencia, pues ha de tenerse en cuenta que la desheredación por causa de indignidad no invoca la indignidad, sino la causa de desheredación, quedando, pues, sujeta al régimen de reconciliación inherente a la desheredación misma, por lo que se sustrae al tratamiento del régimen de la indignidad.

## F. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN

El Código diferencia dos situaciones diversas, que en la doctrina se identifican como desheredación sin justa causa y con causa. A la primera se refiere el art. 776, C.c., al determinar la anulación de la institución de heredero “en cuanto perjudique al desheredado”, subsistiendo “las mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen” a la legítima del así tratado.

Respecto de la segunda, o desheredación propia, implica la privación al desheredado de su participación en la sucesión legítima, incluso intestada si el testamento fuese anulado por cualquier causa abriendo el abintestato, así como en cualesquiera disposiciones que existiesen a su favor en otros testamentos anteriores compatibles con el



presente eficaz. Consiguientemente, ocuparán el lugar del desheredado sus legitimarios por stirpe. Porque, si bien es cierto que, al redactarse en 1902 el Código civil revisado, se suprimió su art. 857 (que debiera ser el 782, omitido en su propio contenido), sería menester aplicar los arts. 690 (“Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes legítimos, adquirirán éstos su derecho a la legítima”) y 892 (“No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”), lo que no excusa el error de omisión.

## Bibliografía

- ARANGIO RUIZ, V., *Historia del derecho romano* (trad. Pelsmaecker), 2a. ed., Madrid, 1963.
- ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de derecho romano*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.
- ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, 12. ed., Madrid, Ed. R.D.P., 1969.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1959, ed. R.D.P.
- BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8a. ed., Madrid, 1965, ed. Reus.
- BELTRAN DE HEREDIA, *Reconocimiento de hijo natural en testamento*, R.D.P., XLIX, 1965, págs. 183 y sigs.
- BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, ed. Bosch.
- CICÚ, A., *El testamento*, Madrid, 1959, ed. R.D.P.
- CLAVERO, B., *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla*, Madrid, 1989, 2a. ed., Ed. Siglo XXI.
- DIEZ PICAZO, L., *Lecciones de derecho civil*, IV, Valencia, s.f., ed. mim.
- DIEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, IV, 3a. ed. Madrid, 1986, 2a. reimpr., Ed. Tecnos
- ENNECCERUS, KIPP, WPLF, *Tratado de derecho civil alemán*, trad. y anot por Pérez González y Alguer, , ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1953, 2a. ed., Ed. Bosch.
- ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de derecho civil*, Madrid, Ed. R.D.P., 10a. ed.
- GONZALEZ TEJERA, E., *Derecho sucesorio puertorriqueño*, San Juan, 1983, ed. autor.
- HERNANDEZ GIL, Félix, *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, R.D.P., 1961, págs. 468 y sigs.
- JORS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965, reimpr., ed. Labor.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANGHO REBULLIDA, F. de A., *Lecciones de derecho civil, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1971, ed. Bosch.

MANRESA J. M., Comentarios al Código civil, Madrid, ed. Reus, varias ediciones.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *El testamento y su pretendida patrimonialidad*, R.D.P., L, 1966, págs. 463 y sigs.

MUÑOZ MORALES, L., *Anotaciones al Código civil*, III, San Juan, 1939.

OSSORIO MORALES, J., *Manual de la sucesión testada*, Madrid, 1957.

OTS Y CAPDEQUI, J. Ma., *Historia del derecho español en América y el derecho indiano*, Madrid, 1968, ed. Aguilar.

PASTOR RIDRUEJO, F., *La revocación del testamento*, Barcelona, 1964, Ed. Nauta.

PLANIZT, H., *Principios de derecho privado germánico*, Barcelona, 1957, ed. Bosch.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 2a. ed., Ed. Bosch.

ROCA SASTRE & Puig Brutau, *Estudios de derecho privado*, Madrid, 1948

ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951.

RUBINSTEIN, R., *Iniciación al derecho inglés*, Trad. Jordi, Barcelona 1956, Ed. Bosch.

SCAEVOLA, Q. M., Código civil, Madrid, Ed. Reus, varias eds.

SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, ed. Bosch.

SUAREZ FRANCO, R., *Derecho de sucesiones*, Bogotá, 1989, Ed. Temis.

TORRES, T., *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, ed. Montecorvo.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Madrid, ed. I.N.E.J.

VAZQUEZ BOTE, E., *Tratado teórico, práctico y crítico de derecho privado de Puerto Rico*, Butterworths, 1992 y sigs., XII y XIII.

VELEZ TORRES, J. R., *Curso de derecho civil*, IV-3, San Juan, 1992, ed. autor.

# **Cuestiones de Derecho Público en la aplicación del convenio sobre la diversidad biológica\***

Efraín Pérez Estade

## **I. Introducción**

El Convenio sobre la Diversidad Biológica fue suscrito por más de ciento cincuenta países en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD). El otro convenio adoptado en esta conferencia fue el Convenio Marco sobre Cambios Climáticos.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica entró en vigor el 29 de diciembre del pasado año 1993.

En la conferencia también se adoptaron importantes documentos de políticas: la Declaración de Río, la “Declaración de Principios para un consenso global sobre el manejo, conservación y desarrollo sustentable de toda clase de bosques” y la Agenda 21.

---

\* Ponencia presentada al primer Congreso Venezolano de Derecho Ambiental, patrocinado por la Fundación Jurídica Venezolana para la Defensa de la Calidad de Vida (REJUCAVI) y la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas 1994.

La Agenda 21 es un documento voluminoso que detalla las estrategias de gobierno necesarias para el desarrollo sustentable de los pueblos.

A pesar de la importancia de la Agenda 21 y los demás documentos citados, entre todos ellos el que ha provocado mayor interés y expectativas es el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

## II. Antecedentes

Como lo hace notar De Klemm, diferentes temas de la conservación de la diversidad biológica se han regulado desde hace bastante tiempo en convenios internacionales que se encuentran todavía vigentes. Sin contar con varias convenciones regionales, a nivel global cuatro convenios abarcan importantes sectores de la diversidad biológica: el Convenio de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, de 1971; el Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972; el Convenio sobre Comercio Internacional de Especies de Fauna y Flora en Peligro de Extinción (CITES), de 1973; y el Convenio de Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, o Convenio de Bonn, de 1979<sup>1</sup>.

Pero, incluso de tomarse conjuntamente, los citados instrumentos son de naturaleza demasiado puntual para asegurar la conservación global de la biodiversidad. En consecuencia, el Convenio sobre la Diversidad Biológica constituye un mecanismo jurídico que comprende los diferentes aspectos de la biodiversidad en forma conjunta a nivel global.

Pero además, este Convenio sobre la Diversidad Biológica incluye aspectos no contemplados anteriormente en otros convenios, como:

- “conservación *in situ* y *ex situ* de especies domésticas y silvestres;
- uso sustentable de los recursos biológicos;
- acceso a los recursos genéticos y la tecnología relevante, incluyendo la biotecnología;
- acceso a los beneficios derivados de esas tecnologías;

---

1 De Klemm, Cyrille *The Implementation of the Convention on Biological Diversity*. Santiago. 1993. p. 2.

- seguridad de actividades relacionadas con organismos vivos modificados y provisión de apoyo financiero nuevo y adicional”<sup>2</sup>.

### III. Principales cuestiones para el cumplimiento del convenio

En un par de documentos anteriores sobre este tema, el autor del presente informe trató de resumir las principales actividades necesarias para el cumplimiento del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>3</sup>. Así, se afirmó que son actividades relevantes para efectos legales y administrativos de la conservación y uso de la diversidad biológica, sin ser una lista exhaustiva:

#### *i. Políticas*

1. Elaboración y adaptación de políticas globales de conservación de la diversidad biológica;
2. Integración del concepto de diversidad biológica en las políticas sectoriales existentes;
3. Determinación de incentivos;
4. Cooperación internacional.

#### *ii. Conservación*

1. Identificación, seguimiento y registro de los componentes de la diversidad biológica;
2. Conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica;
3. Acceso a tecnologías de conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica;

---

2 Glowka, Lyle and Françoise Burhenne-Guilmin; in collaboration with Hugh Synge, Jeffrey A. McNeely and Lothar Gundling. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. IUCN. Bonn, 1994. pp. 3-4. Nota: por contar sólo con un borrador al escribir este informe, los números de página con que se citará este importante trabajo son tan sólo referenciales.

3 Pérez, E. Enfoques legales e institucionales de la conservación de la diversidad biológica. Taller Suramericano sobre la Convención de la Biodiversidad. Quito, 1993; y La Convención sobre la Diversidad Biológica. Memorias del Taller Regional sobre Biodiversidad. Parlamento Amazónico. Quito, 1994.

4. Protección de áreas específicas. incluyendo áreas protegidas, y zonificación y control de los usos del suelo;
5. Evaluación del impacto ambiental.

*iii. Recursos genéticos*

1. Acceso;
2. Investigación y tecnología que usa los recursos genéticos;
3. Acceso a tecnologías que conservan la diversidad biológica, usan sus componentes y utilizan los recursos genéticos y su transferencia;
4. Distribución de los beneficios.

*iv. Comercialización y uso*

1. Propiedad intelectual de productos y mecanismos;
2. Utilización de productos comerciales provenientes de los recursos genéticos;
3. Derechos y regalías por el uso y comercialización del producto.

*v. Educación e información*

1. Educación y capacitación;
2. Intercambio de información.

## **IV. El acceso a los recursos genéticos**

### *El contenido del Convenio sobre Diversidad Biológica*

Los temas contenidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica son fundamentales para el desarrollo sustentable de las naciones: inserción de los criterios de la biodiversidad en las políticas de los países. estudios de impacto ambiental, desarrollo de un sistema de áreas protegidas. No obstante, en estos rubros se puede decir que la Convención es básicamente programática, antes que dispositiva.

En cambio, en la cuestión del aprovechamiento de la diversidad biológica. los temas de fondo el Convenio tiene un enfoque más normativo donde establece procedimientos, como en: acceso a los recursos genéticos, distribución de los beneficios y acceso a la tecnología, incluyendo la biotecnología.

El mensaje de la Convención es que la diversidad biológica está ahí para aprovecharse. Por eso el Convenio se apartó del uso corriente del término “conservación”, que implica tanto preservación como uso; y prefirió referirse a la conservación y además expresamente al aprovechamiento —el uso sustentable. Con esto se pretendió enfatizar la abrumadora importancia que los países, especialmente los países en desarrollo, atribuyen al uso de sus recursos biológicos<sup>4</sup>:

Artículo 1. Objetivos:

“... la conservación de la diversidad biológica, la utilización sustentable de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos ...”.

Otro punto fundamental que contempla la Convención es el reconocimiento de la competencia de los Gobiernos nacionales en la determinación del acceso a los recursos genéticos, claramente dispuesta en el Artículo 15 del Convenio. Esto se da, sin perjuicio de las delegaciones de los gobiernos nacionales a sus secretarías y dependencias, a sus estados federales o la descentralización territorial o funcional que cada Estado tiene libertad para determinar.

#### *El artículo 15, del Convenio sobre la Diversidad Biológica*

El acceso a los recursos genéticos es uno de los aspectos claves del cumplimiento de la Convención sobre la Diversidad Biológica, sin perjuicio de reconocer la importancia fundamental de los demás elementos, especialmente lo relacionado con la conservación de los recursos.

El Art. 15 del Convenio trata sobre el “Acceso a los recursos genéticos” en forma bastante detallada en siete párrafos. Estos se podrían resumir de la manera siguiente:

1. Reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos genéticos;
2. Compromiso de las Partes de facilitar y no imponer restricciones al acceso a los recursos genéticos;
3. Estas normas se aplican sólo a las partes del Convenio;
4. El acceso se deberá producir en términos mutuamente convenidos;

---

4 Glowka, L. y Burhenne-Guilmin, F. Ob. cit. p. 6.



5. El acceso estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte proveedora de los recursos;
6. Se promoverán las investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos, intentando que ellas se conduzcan con la participación de la parte proveedora y en su territorio propio.
7. Los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios se compartirán con la parte proveedora de los recursos.

Aspectos de la normativa aplicable para la determinación de acceso y los contratos de prospección y uso de recursos genéticos

El numeral 4. del Art. 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica dispone:

“Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo”.

Las “condiciones mutuamente convenidas” son el tema del presente informe. Las condiciones esenciales del acceso serán necesariamente las contenidas en los numerales del Art. 15.

A pesar de constar en forma suficientemente clara en el texto del Convenio, cabe enfatizar que los objetivos centrales del Convenio son la conservación y el aprovechamiento de la diversidad biológica.

El mensaje del Art. 15 es de “crear condiciones para facilitar el acceso a los recursos genéticos ... y minimizar las restricciones”<sup>5</sup>, como derecho de los Estados partes del convenio de determinar el acceso, que tiene como contraparte la obligación de facilitar ese acceso.

Esta obligación se debe interpretar como el libre acceso a quienes cumplan con las razonables condiciones impuestas por el Estados que tengan las características de ser iguales para todos los requirientes.

Obviamente, las condiciones de acceso pueden ser de tal naturaleza que en la práctica se imposibilite la aceptación por parte de posibles requirientes. Esta situación, sin duda puede darse, porque el Convenio establece las condiciones mínimas, pero no obsta para que los Estados partes apliquen las leyes existentes para el acceso a los recursos biológicos o establezcan adicionales para el acceso a los recursos genéticos.

---

5 Glowka, L. y F. Burhenne-Guilmin. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. IUCN. 1994. p. 105.

En caso de establecerse condiciones no razonables que desestimulen el acceso por potenciales prospectores, no se considera que se estaría cumpliendo con la facilitación y especialmente se estaría descartando el principal apoyo para la conservación de la diversidad biológica que es su aprovechamiento sustentable.

La propiedad estatal sobre los recursos de la biodiversidad, en los países con regímenes de derecho público romano-napoleónico, califica a estos recursos como pertenecientes al dominio público. Significa que, en principio, su disposición tiene que ser normada por ley. Pero, en defecto de éstas, cabe aplicar conjuntamente las normas vigentes sobre:

1. disposición de recursos biológicos; y,
2. los principios doctrinales del derecho público y de la contratación administrativa.

En lo referente a los recursos biológicos, todos los países sudamericanos cuentan con normativa sobre fauna y flora silvestre, que incluye su prospección, colección, comercialización y conservación, además de las normas sobre comercio internacional de fauna y flora en peligro de extinción constante en el Convenio CITES.

A falta de otras normas sustantivas, es obvio que las normas a ser aplicadas para el acceso a los recursos genéticos deberán ser:

1. Las provisiones auto-ejecutables del Convenio sobre la Diversidad Biológica, cuando este haya sido ratificado en el país respectivo;
2. En los aspectos no contemplados en las normas autoejecutables del Convenio sobre la Diversidad Biológica o a falta de ratificación de éste, las normas generales vigentes sobre acceso a los recursos biológicos.

## **V. Antecedentes del derecho público del contrato de aprovechamiento de los recursos genéticos**

### **1. DOMINIO PÚBLICO**

Los regímenes romano-franceses de derecho público establecen un régimen de dominio público, diferente del dominio privado del Estado.

La doctrina española del dominio público se ha referido al “dominio público natural”, donde se distingue a los bienes de “uso

común” y los “bienes destinados al fomento de la riqueza natural” (montes -bosques- y minas), no obstante que el Art. 132 de la Constitución española claramente define a los “bienes de dominio público estatal” como aquellos que determine la ley, incluyendo sin embargo “la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”<sup>6</sup>.

En cambio, el Código del Dominio del Estado de Francia, se refiere a “bienes que no son susceptibles de una propiedad privada en razón de su naturaleza o su destinación”, definición que al decir de Auby y Bon, “se considera por la doctrina extremadamente criticable”<sup>7</sup>. Sobre este punto se puede concluir afirmando con Diez que no hay bienes públicos por naturaleza: solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominical”<sup>8</sup>.

Además de esta antigua clasificación de los bienes nacionales de uso público y bienes fiscales, la normativa de conservación ha introducido nuevas figuras jurídicas en el *Patrimonio Forestal* y el *Patrimonio de Areas Protegidas*, como las “áreas silvestres”<sup>9</sup> o el *Patrimonio Cultural* del Estado, contemplados en la Ley Forestal y de Conservación de Areas Protegidas y Vida Silvestre y la Ley de Patrimonio Cultural del Ecuador<sup>10</sup>, bienes considerados como inalienables e imprescriptibles. Esta normativa también incluye a los ejemplares de la fauna silvestre como bienes muebles del dominio público del Estado.

En general, la tendencia es de incluir en las disposiciones constitucionales a los recursos naturales como partes del dominio público del Estado. La Constitución peruana de 1993 dispone que “los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento” (Art. 66).

---

6 GUAITA, Aurelio. *Derecho Administrativo. Aguas. Montes. Minas*. Editorial Civitas. Madrid, 1986. pp. 26-34.

7 AUBY, Jean Marie y Pierre Bon. *Droit Administratif des Biens*. Dalloz. París, 1993 p. 12.

8 DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1987. T. IV. p. 445.

9 L. 74. “Ley Forestal y de Conservación de Areas Naturales y Vida Silvestre”. RO 64 del 24 de agosto de 1981. L. 08. *Ley de creación del INEFAN*. ro 27 del 16 de septiembre de 1992.

10 DS 3501. RO 865 del 2 de julio de 1979.

Esta tendencia concuerda con la determinación del Art. 15.1. de la Convención, que afirma el “reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales”.

Una de las consecuencias de esta distinción entre dominio público y dominio privado del Estado se declara en el Código Civil de 1982 de Venezuela, que distingue: “Los bienes del dominio público son inalienables; los del dominio privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen”.

En general la prohibición de enajenar el dominio público del Estado, no excluye su disposición a través de las figuras de derecho administrativo: concesión, autorización, permiso y en general la contratación pública o administrativa.

## **2. CONTRATACIÓN PÚBLICA**

El Art. 15 del Convenio se remite a la facultad del Estado para “regular el acceso a los recursos genéticos”, lo que se debe manifestar en principio en un contrato de acceso.

La doctrina del Derecho Administrativo discute si el contrato que celebra el Estado, sujeto a las normas del derecho administrativo, es un acto administrativo bilateral o un acuerdo de voluntades, en este aspecto similar al contrato privado. Sobre la concesión, se discute si es un acto unilateral o bilateral.

En la doctrina de la concesión de dominio público, aplicable a materias como la minería por ejemplo, se han utilizado ambas figuras, dándose indistintamente en la legislación latinoamericana sobre este tema la concesión como acto unilateral del Estado y el contrato de concesión. En todo caso, después de casi un siglo de discusiones sobre la naturaleza del contrato de concesión, hoy día este contrato se considera por la doctrina francesa como un convenio de efectos reglamentarios<sup>11</sup>.

Todas estas cuestiones resultan importantes para determinar no sólo cual sería la naturaleza de los contratos de acceso sino especialmente, en forma por demás relevante, cuál es la normativa aplicable a los contratos de acceso cuando no existe una ley específica que los regule.

---

11 LAUBADERE, A. de; F. Moderne y P. Devolvé. *Tratté de Contrats Administratifs*. LGDJ. París, 1983. T. I, p. 295. pp. 101 y 294.

Los principios generales de la contratación pública establecen que en caso de no existir normas expresas para una contratación determinada se aplicará el principio de la *libre elección*, lo cual no significa ausencia de selección, ni incumplimiento de los criterios mínimos de *publicidad y concurrencia, igualdad y motivación*.

### *La libre elección como principio general*

No todo contrato de la Administración debe necesariamente concluirse previa adjudicación pública, afirma Jeze; que continúa diciendo: “La regla cierta del derecho público francés es que la Administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante. La excepción es que la competencia de la Administración está trabada desde este punto de vista, y que debe procederse por el sistema de la adjudicación pública”<sup>12</sup>. Esta norma aparece relegando la libre elección del cocontratante a casos de excepción, al decir de Berçaitz; puesto que las más de las veces, la elección se cumple mediante un procedimiento especial<sup>13</sup>.

La forma prevaleciente del contrato administrativo es la de un contrato de adhesión, en el cual la Administración pública formula las normas a que debe ajustar su conducta el cocontratante<sup>14</sup>.

Si el principio de la libertad de contratación es la regla y los sistemas restrictivos la excepción, se deduce que tales principios sólo deben ser aplicados, obligatoriamente, a los casos específicamente determinados por la legislación administrativa vigente, dice Escola<sup>15</sup>.

Escola considera que el principio de la libre contratación resulta perfectamente acorde con la práctica de la administración pública, que actúa siempre con arreglo a los principios de libertad y discrecionalidad en el dictado de esa vasta gama de actos que son los actos administrativos<sup>16</sup>.

---

12 JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo IV. Teoría General de los Contratos de la Administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los Contratos. Depalma. Buenos Aires, 1950. p. 76.

13 Para Canasi, en materia de contratos administrativos, la licitación pública es la regla. Siendo la excepción la licitación privada o contratación directa. Canasi, José. *Derecho Administrativo*. Vol II. Parte Especial. Depalma. Buenos Aires, 1984. p. 513.

14 BERÇAITZ. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Depalma. Buenos Aires, 1980. 312.

15 ESCOLA, J.H. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Depalma. Buenos Aires, 1977. T. I., p. 316.

16 ESCOLA J.H. Ob. cit., T. I., p. 314.

No obstante, opina el autor citado, se impone el cumplimiento de actividades que deben respetarse siempre en el accionar público. Así, aún en los casos de libre contratación el procedimiento debería ser: 1) suficientemente publicitado; y, 2) las decisiones estarán debidamente motivadas<sup>17</sup>.

De hecho ocurre también que se dictan disposiciones generales indistintamente para todo tipo de contratos públicos, como hace la legislación española. Dice el Art. 10 del Reglamento General de Contratación, de España: "Son reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación aplicables *a todos los contratos del Estado*, salvo que sus normas administrativas especiales dispongan lo contrario, las siguientes:". En cuyo caso, la regulación del contrato público pasa a ser la regla general. La regla del numeral 5 del artículo 10 citado, señala como una de las reglas para todos los contratos: "la adjudicación ... atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que esto no sea posible o conveniente a los intereses públicos" y el numeral 6: "la formalización del contrato en documento notarial o administrativo"; lo que prácticamente elimina la libre contratación.

En efecto, las excepciones que se determinan serían propiamente, si tal es el caso, contrataciones directas, mas no libre contratación. Más adelante, en su Art. 13, dice el citado Reglamento: "Cuando se trate de contratos que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico, como los atípicos o innominados, deberán cumplirse en todo caso las reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación indicadas en el artículo 10...".

En conclusión, las disposiciones de los artículos 10 y 13 se aplicarán a todos los contratos del Estado que no tienen un trámite especial. En la contratación directa se aplicarán las normas expresamente determinadas para esa clase de contratos.

#### *La contratación directa*

Según Dromi, la contratación directa es un procedimiento por el cual el Estado elige directamente al co-contratante, sin concurrencia u oposición, de la misma forma que entre particulares<sup>18</sup>.

17 ESCOLA J.H. Ob. cit., T. I, p. 315.

18 DROMI. *La Licitación Pública*. Astrea. Buenos Aires, 1985. pág. 95.

*Libre contratación y contratación directa*

Se había citado a Jeze, que afirma que la *regla cierta del derecho público francés es que Administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante*. Insiste Jeze: "...cuando respecto a determinado contrato, no hay texto alguno que imponga la adjudicación... la Administración no viola ninguna regla de derecho, no excede su competencia, al concluir un contrato privado"<sup>19</sup>, vale decir al no recurrir a la adjudicación.

Para Escola, la diferencia entre libre contratación y contratación directa estriba en que la primera es el principio general —originario y genérico, en palabras de Marienhoff— mientras que la contratación directa, a pesar de las similitudes, no deja de ser un sistema de restricción —específica y a lo sumo subsidiaria—, dice Merienhoff: como cuando se aplica ante el fracaso de una licitación<sup>20</sup>.

Las principales diferencias entre ambas clases de contrataciones son:

1. La libre contratación es la regla general; la contratación directa sólo aplica en los casos expresamente determinados por la ley;
2. En la libre contratación, la Administración elige libre, discrecionalmente, sin requisitos especiales al cocontratante, sin tener que cumplir para ello, en forma previa, con ningún requisito especial<sup>21</sup>; en la contratación directa, en cambio, "debe preparar los mismos pliegos de condiciones, generales y especiales, y las especificaciones técnicas que realiza para los casos de licitación ... Esto hace que aun en los supuestos de contratación directa, el contrato administrativo mantenga sus características de contrato de adhesión, aun cuando la administración pública admita variantes que no afecten el objeto del contrato<sup>22</sup>.
3. Si existe la libre contratación corresponde a la Administración resolver que la elección del contratista se haga siguiendo algunos de los sistemas de restricción, tal como ellos existen o introduciendo las modificaciones que juzgue apropiadas; en cambio, en la contratación directa, que es un sistema de restricción, no cabe omitir la omisión de

---

19 JEZE. Ob. cit. p. 77.

20 ESCOLA. *Contratos Administrativos*. T. I. p. 361.

21 ESCOLA. *Contratos Administrativos*. p. 313.

22 ESCOLA. *Contratos Administrativos*. p. 350.

sus requisitos obligatorios expresados líneas arriba, hasta el punto que su omisión invalidará totalmente el contrato, con una invalidez que podrá ser invocada hasta por terceros interesados<sup>23</sup>.

## **VI. Reflexión sobre algunas cláusulas del contrato de acceso**

### **1. PARTES DEL CONVENIO Y PARTES DEL CONTRATO**

A lo largo de toda la Convención se maneja un equívoco por otra parte inevitable, acerca de las Partes —con mayúscula— del Convenio. En este caso del Convenio sobre la Diversidad Biológica, obviamente las Partes sólo pueden ser Estados, como sujetos de derecho internacional. Los sujetos de derecho internacional que no son Estados, como Naciones Unidas y otras instituciones internacionales reconocidas no fueron Partes del Convenio.

No obstante, la contratación de aprovechamiento de recursos genéticos se va a llevar a cabo principalmente con particulares, los que serán partes contratantes —con minúscula. Estas partes con minúscula, por lo menos según la interpretación de los Estados Unidos<sup>24</sup>, no están obligados por el Convenio, pero indudablemente que si estarán obligados por:

1. la legislación nacional del lugar donde se lleva a cabo el acceso. Como se ve en otra parte de este informe, todas las legislaciones nacionales sudamericanas contemplan provisiones relativas a los recursos biológicos de fauna y flora; y,

23 ESCOLA. *Contratos Administrativos*. T. I., p. 316-317.

24 NIJAR, Gurdial Singh & CHEE YOKE Ling. *The Implication of the Intellectual Property Rights Regime of the Convention on Biological Diversity and GATT on Biodiversity Conservation: A Third World Perspective*. En *Wideniny Perspectives on Biodiversity*. Editado por Krattinger, McHeely, Lessr, Miller, St. Hill y Senanayake. UICN, Ginebra, 1994. p. 284. Según los autores del artículo, la interpretación norteamericana, entre otras cosas, afirma que: “las obligaciones se restringen a los Estados y no a las compañías del sector privado, a pesar de que se reconoció el papel del sector privado como dueños de la tecnología”.



2. las provisiones del contrato, conforme las reglas comunes de la doctrina contractual que dispone que el contrato es ley para las partes, reflejado en el aforismo latino: *pacta sunt servanda*.

Por esto, no parece aplicable, por lo menos en los países con derecho público romano-napoleónico, la afirmación de Glowka de que a falta de un procedimiento legalmente establecido para el consentimiento del Estado Parte, se pierde su “capacidad para controlar el acceso del usuario, a menos, por supuesto, que el usuario voluntariamente decida pedir el consentimiento de la Parte”<sup>25</sup>.

La referencia al régimen de derecho público romano-napoleónico procede en vista del enfoque de dominio público que se desarrolla en otra parte de este informe. Conforme a lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, los recursos de la diversidad biológica pertenecen al dominio público del Estado y no pueden los particulares disponer de ellos sin el debido consentimiento.

Cabe entonces reiterar que en caso de ausencia de procedimiento legalmente establecido para la determinación del acceso, todavía resultan vigentes las obligaciones de los particulares establecidas en la normativa de flora y fauna y, adicionalmente, las obligaciones impuestas en los contratos respectivos.

Otro factor del aprovechamiento de la diversidad biológica concierne a las “partes” es la norma jurídica y de sentido común que los términos del contrato no pueden obligar a terceros. Sin embargo, lo usual en el aprovechamiento de la biodiversidad es la existencia de por lo menos tres “partes”: el Estado, los colectores y los procesadores. Por la forma como se desarrolla esta actividad actualmente, los contratos tienden a ser entre el Estado y los colectores. Por otra parte, los colectores norman sus relaciones con los procesadores a través de otros contratos, en los que no es parte el “Estado Parte”.

En el aprovechamiento de “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales... para la conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica”, tampoco es seguro si las partes deberían de ser comunidades singularizadas. En efecto, existen prácticas, conocimientos e innovaciones que son comunes a poblaciones desperdigadas en vastas regiones, incluyendo a veces más

---

25 GLOWKA y BURHENNE-GUILMIN *Ob. cit.* p 112.

de uno o dos países. En este caso, establecer contratos donde una “parte” es solamente una comunidad específica, parecería despojar a otros individuos o comunidades de sus derechos legítimos. Inevitablemente, el Estado o una de sus entidades tendrá que ser parte del contrato y diseñar formas de distribuir los beneficios resultantes.

En todo caso, sin insistir demasiado en este tema, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la Convención establece en todo su articulado referencias a “cada Parte Contratante” y que estas Partes Contratantes son las que suscribieron el Convenio sobre la Diversidad Biológica y no son necesariamente las partes que suscriben o vayan a suscribir los contratos de aprovechamiento de la biodiversidad.

## **2. ACCESO, COLECCIÓN, APROVECHAMIENTO**

En vista de que el Art. 15 del Convenio alude al “acceso” y en otro numeral se establece el requerimiento de “compartir”, se han dado propuestas donde la “determinación de acceso” correspondería al Estado, mientras que el contrato propiamente podría ser celebrado por comunidades o en general por particulares en cuyos territorios o tierras se encuentren los recursos.

Sin duda que sería posible que un Estado disponga en forma expresa este esquema en su legislación. pero en los países latinoamericanos no sería usual ni concordante con el régimen de derecho público existente, en lo relativo a la disposición del dominio público.

En todo caso, es adecuado distinguir entre la determinación de acceso y el aprovechamiento. El acceso es básicamente común a todas las actividades de “colección” de material biológico. Solamente el “aprovechamiento” es el que determinará la distinción entre simple aprovechamiento de recursos biológicos y aprovechamiento de recursos genéticos, este último sujeto a la Convención y las leyes sobre biodiversidad.

## **3. BENEFICIOS**

El numeral 7 del Art. 15 se refiere la necesidad de acordar mutuamente los mecanismos para “compartir” los resultados de las investigaciones y los beneficios de la utilización comercial y de otra índole.

Estos beneficios básicamente serán: 1. Comerciales; y, 2. Tecnológicos.

### *Beneficios comerciales*

Los beneficios derivados de la explotación comercial son en primer lugar regalías. pero también podría incluir las tasas de prospección y colección, esto es, antes que los potenciales resultados se produzcan. También se ha mencionado la posibilidad de que se otorguen franquicias en condiciones concesivas a los países de origen de los recursos. Se ve como un poco más difícil que los ostentores de una patente resultante de recursos genéticos acepten compartir su propiedad con el Estado parte que suministra los recursos o con una comunidad local.

### *Beneficios tecnológicos*

El Art. 1º de la Convención, sobre los objetivos, señala como medios de alcanzar esos objetivos, “una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta los derechos sobre ... esas tecnologías”.

El Art. 15 promueve la conducción de investigaciones científicas en el país que aporta los recursos genéticos, lo que representa un forma de transferencia de tecnología. Los artículos 16 y 19 se refieren en forma expresa a dos tipos de transferencia de tecnología, que se confunden con frecuencia en las discusiones sobre este tema:

#### *1. Acceso y transferencia de “tecnologías pertinentes” (Art. 16, 1):*

- a. “para la conservación y utilización sustentable de la diversidad biológica, o”,
- b. “que utilicen recursos genéticos”.

Caben por lo menos tres observaciones:

- A. En primer lugar, la referencia a “tecnologías pertinentes” se puede referir a tecnologías locales, vale decir de la región de origen de los recursos genéticos, para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica y de los recursos genéticos. En este caso, se entiende que este tipo de conocimiento es o se puede considerar formalmente una tecnología. En este caso se encuentran la llamada “utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad

con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o utilización sustentable (Art. 10, c)".

La equivalencia de material genético=tecnología es desarrollado por Lesser y Kratinger, quienes afirman: "El material genético también es una tecnología, porque es el medio para desarrollar una gama de nuevos productos... Las tecnologías bajo consideración —germoplasma— son productos con frecuencia derivados de la naturaleza" <sup>26</sup>.

- B. Si se trata de conocimientos provenientes de utilización consuetudinaria, más que un "resultado" o un "beneficio derivado" a ser compartido "en forma justa y equitativa" por las partes, resulta en realidad ser parte indivisible del recurso, de hecho un recurso mismo de la biodiversidad, conforme al enfoque del Convenio. En tal caso, más que un resultado de un acuerdo de acceso, es parte del objeto mismo del contrato.
- C. Pero también se debe entender que estas tecnologías pertinentes para conservar la biodiversidad o usar los recursos genéticos puedan no ser locales, es decir ser externas a la región o al territorio del Estado Parte que suministra los recursos genéticos. Esto por ejemplo se comprende en el Art. 12. c), donde se promueve "la utilización de los adelantos científicos en materia de investigaciones sobre la diversidad biológica para la elaboración de métodos de conservación y utilización sustentable de los recursos biológicos". En este caso, el beneficio lo recibe el Estado Parte que es proveedor de los recursos genéticos.

## 2. Los otros beneficios "tecnológicos" a compartirse son:

- a. Participación en las actividades de investigación biotecnológica basada en los recursos genéticos, preferiblemente a llevarse a cabo en el país que aporta los recursos (Art. 19, 1).

---

26 LESSER, W.H. y KRATTINGER, Anatole F. Marketing 'Genetic Technologies' in South-North and South-South Exchanges: The Proposed Role of a New Facilitating Organisation. En Widening Perspectives on Biodiversity. UICN. Ginebra. 1994. pp. 292 y 295.

- b. “Acceso prioritario” de las partes contratantes a los “resultados y beneficios derivados de las biotecnologías”. Se especula que una forma de obtener esto podría ser a través de términos concesivos en la franquicia del producto en el país proveedor de los recursos genéticos.

Resulta claro que toda prospección, colección e investigación potencialmente se podrá aprovechar comercialmente, pero podrá originalmente tener finalidades principalmente científicas, en cuyos casos no se podrá hablar de beneficios consistentes en regalías o porcentajes de venta ni franquicias.

Aun este caso se podría estipular algún tipo de pago, tal vez por la prospección y la colección. pero especialmente serán plenamente válidos los compromisos de transferencia de tecnologías, en el sentido que se discutió líneas arriba.

#### *Compartir los resultados y beneficios*

Como se menciona más arriba, uno de los tres principales objetivos que destaca el Art. 1° del Convenio es “la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”.

Por otra parte. el Art. 15, utiliza la palabra “compartir”. Conforme el texto de este artículo, la acción de “compartir” los resultados y beneficios se debe producir entre el Estado parte y el adquiriente de los recursos—a pesar de que el convenio habla de “compartir” entre “las Partes contratantes” (Art 15 7) Pero el término “compartir” también se refiere a los “beneficios derivados de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales (Art. 8, k).

En cuanto a compartir los beneficios entre el Estado Parte y las partes contractuales, esto se producirá en el contrato. No obstante, para este aspecto, se hubiera podido utilizar otro término, porque la palabra compartir, connota la idea de asociación, que no es el caso o podría no ser el caso. En general, en los contratos públicos del Estado relacionadas con recursos naturales, sí existen contratos de asociación (como ciertos modelos de contratos petroleros). Pero en general para el acceso a los recursos genéticos el Estado realiza un contrato que incluye una “autorización”, “concesión” o “permiso”, por lo que carga tarifas o tasas. Sobre los resultados puede también cargar regalías y, por supuesto, también impuestos y contribuciones. Incluso hay propuestas de que el

Estado Parte debería ser copropietario de las patentes resultantes de las investigaciones sobre recursos genéticos.

Además, la utilización de este término “compartir” implica que el Estado no recibiría nada en el momento en que el acceso a los recursos no tenga ningún resultado comercial, como será la mayor parte de las veces.

Otro “compartir” es el definido en el Art. 8, k. Cuando existen “beneficios derivados de .los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales” el Estado Parte “fomentará que ... se compartan adecuadamente”.

La forma que deberá tomar esta “distribución” es una de los aspectos más indefinidos de la Convención y sobre el que más especulaciones se han tejido.

El más importante impedimento para diseñar a corto plazo un mecanismo de distribución de los beneficios a las comunidades es que estos “conocimientos, innovaciones y prácticas” son en general comunes a grupos dispersos en diferentes regiones de un país y en ocasiones de dos o más países. Si se decide que los grupos locales e indígenas de más de un país se deben beneficiar de algún tipo de beneficios, la tendencia será de proponer fondos regionales. La burocratización que usualmente caracteriza a estos mecanismos hace temer que los beneficios llegarían diluidos a las comunidades. Uno de los más importantes desafíos de la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica y particularmente del acceso a los recursos biológicos será la implementación de este artículo sobre la distribución de este tipo de beneficios.

## **VII. Conclusión: ¿Ley o legislación sobre biodiversidad?**

Como se ha hecho notar, el Convenio tiene disposiciones programáticas y normativas sobre variados aspectos, la mayoría de ellos ya regulados por las legislaciones nacionales.

Todos o la mayoría de los países latinoamericanos tienen leyes sobre áreas protegidas, estudios de impacto ambiental, derechos intelectuales, flora y fauna, tecnología y transferencia de tecnología, entre los temas principales. Asimismo, una variada gama de instituciones públicas manejan aspectos de planificación, administrativos, ambientales, sanitarios, comerciales y científicos de estas actividades.

En este contexto, es difícil visualizar qué enfoque podría adoptar una “Ley de la Diversidad Biológica”, como se ha propuesto en casi todos los países latinoamericanos —de hecho una ley de estas se ha aprobado en Bolivia.

Una Ley de la Diversidad Biológica, en forma genérica, tendría que repetir los conjuntos de leyes sobre los temas descritos, lo que en efecto se constituiría en una codificación; o también podría reformar íntegramente la normativa sobre esos tópicos. En ambos casos los resultados no parecen justificar los esfuerzos.

Por otra parte, se ve que el área del acceso es de fundamental importancia en el proceso del aprovechamiento de los recursos genéticos. Parece entonces adecuado que el proceso normativo de la diversidad biológica comience por definir los principales aspectos del acceso, antes que buscar una legislación demasiado amplia y comprensiva.

## **Bibliografía**

- AUBY, Jean Marie y Pierre Bon. *Droit Administratif des Biens*. Dalloz. París, 1993.
- BERCAITZ. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Depalma. Buenos Aires, 1980.
- CANASI, José. *Derecho Administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1984. IV Tomos.
- DE KLEMM, Cyrille. *The Implementation of the Convention on Biological Diversity*. Santiago, 1993.
- DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1987. VI Tomos.
- DROMI. *La Licitación Pública*. Astrea. Buenos Aires, 1985.
- ESCOLA, J.H. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Depalma. Buenos Aires, 1977. II Tomos.
- GUAITA, Aurelio. *Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas*. Editorial Civitas. Madrid, 1986.
- GLOWKA, L. y F. Burhenne-Guilmin. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. IUCN. Bonn, 1994.

- LAUBADERE, A. de; F. Moderne y P. Devolvé. *Traité de Contrats Administratifs*. LGDJ. París, 1983. II Tomos.
- LESSER, W.H. y ANATOLE F. Krattinger. *Marketing 'Genetic Technologies' in South-North and South-South Exchanges: The Proposed Role of a New Facilitating Organisation. En Widening Perspectives on Biodiversity*. UICN. Ginebra, 1994.
- NIJAR, Gurdial Singh & CHEE YOKE Ling. *The Implication of the Intellectual Property Rights Regime of the Convention on Biological Diversity and GATT on Biodiversity Conservation: A Third world Perspective. En Widening Perspectives on Biodiversity*. Editado por Krattinger, McHeely, Lessr, Miller, St. Hill y Senanayake. UICN, Ginebra, 1994.
- PÉREZ, E. *Enfoques legales e institucionales de la conservación de la diversidad biológica*. Taller Suramericano sobre la Convención de la Biodiversidad. Quito, 1993; y *La Convención sobre la Diversidad Biológica*. Memorias del Taller Regional sobre Biodiversidad. Parlamento Amazónico. Quito, 1994.
- JEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. VI Tomos. Depalma. Buenos Aires 1950.





## **Sección de jurisprudencia**

A cargo de los Comité de Jurisprudencia de la Revista

### **Procesal civil- auto de admision de la demanda Apelacion contra el auto de admision de la demanda**

Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas.

Normativa afectada: Artic. 341 CPC.

Expediente 97-7569- 10 de marzo de 1997

Magistrado: Dr. Elías Quijada R.

Fuente: Copiador de Sentencias.

#### **RESEÑA DEL CASO**

En el caso bajo examen el Tribunal declara con lugar el Recurso de Hecho interpuesto contra la decisión del Juzgado a quo, que negaba Recurso de Apelación contra la decisión por la cual se negaba a su vez oír apelación contra el auto que admitía la demanda.

Concretamente se trataba de una querrela de obra nueva, en la cual según lo describe el fallo comentado, no se hace mención a la parte contra quien obraba la querrela, silencio que por igual se evidenció del auto del Tribunal dadno curso a dicha querrela. El Juzgador, reputando que dicho caso debía encuadrarse dentro de las excepciones que ha venido

considerando por igual la jurisprudencia a que en la sentencia se alude, considera dicho supuesto, como otro de los excepcionales en que debe ordenarse oír recurso contra los autos de admisión, por producir un gravámen irreparable a la parte.

Después de analizar el efecto de la querrela de obra nueva, y con apoyo en cita que hace de Dominici (Comentarios el Código Civil, tomo I, pag. 855), destaca: "...las cauciones de las partes son indispensables para asegurar la correspondiente indemnización a la parte que resultare perjudicada sin derecho tanto cuando se suspende como cuando se permite. En el primer caso la caución la presta el promovente del interdicto, en el segundo la persona contra quien se promovió."

### **EL FALLO**

...En el caso bajo exámen, se trata de un interdicto de obra nueva en donde como puede observarse de las actas procesales, específicamente del auto de fecha 31 de diciembre de 1996, no se menciona a la persona o personas contra quien se dirige la querrela y conforme a lo expuesto anteriormente, debe señalarse "la parte". Es sabido que el auto de admisión no es apelable, por ser un auto de mera sustanciación, de mero trámite, destinado simplemente a ordenar la marcha del proceso y así lo tiene decidido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la del 19 de enero de 1983 (Ramírez & Garay, Tomo LXXXI, p. 341), mas en el caso excepcional como es el de autos, si procede apelación del auto de admisión de la demanda. En sentencia del 14 de mayo de 1984 el Juzgado Superior Décimo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, al referirse al asunto bajo exámen, dice que: El principio, pues, para la no admisión es que no se trate de una interlocutoria que cause gravámen irreparable. Hay excepciones por supuesto, verbigracia, cuando se demanda la ejecución de hipoteca que consta de un documento privado o reconocido o autenticado ( no protocolizado), caso en el cual el reo puede acogerse a la alternativa de apelar del auto de admisión, o de esperar la oportunidad fijada para oponer las excepciones y defensas que le confiere la Ley..."

Cita igualmente en apoyo de su indicada tesis, jurisprudencias emanadas de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 12 de febrero de 1981, conforme a la cual, por igual, procede

dicho recurso contra el auto de admisión, en juicios de expropiación, cuando el auto de admisión ordena la citación de la parte demandada para una audiencia diferente a la que establece la Ley especial Agraria (Ramirez y Garay, T.72, p. 530), y otra, conforme a la cual se declara por igual procedente recurso de hecho anunciado contra la negativa de oír el recurso interpuesto contra el auto de admisión en el que no se dió cumplimiento a las formalidades previstas en la Ley especial (Ramirez & Garay, T. LXXXVI, p. 127).

Finalmente transcribe decisión de la Sala de Casación del 28 de mayo de 1986, en el que se ratifica la doctrina sentada en su sentencia del 5 de marzo de 1986, en la cual, declara con lugar el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de la alzada que ordenó admitir la demanda, con el fin de que se subsanara el grave vicio a que hubiere dado lugar “el error de alterar la identidad del sujeto procesal demandado, con lo cual la acción promovida contra el verdadero demandado hubiera quedado definitivamente desechada si el error no se hubiere corregido por efecto del recurso” ( Ramirez y Garay, año 1986, p. 550).

## **COMENTARIOS**

El Comité de Análisis de Jurisprudencia de Derecho Procesal de la Revista, celebra el comentado fallo, en tanto moligera la reiterada jurisprudencia en nuestro foro, de imponer a rajatabla el criterio de que contra los autos de admisión, sin importar el vicio o defecto de que adolezcan, por el solo hecho de ser autos de mero trámite, que por cierto, tampoco siempre resulta ello cierto, no admiten recurso de apelación.

Estimamos que casos similares a los comentados lo constituyen los supuestos de admisión en los denominados en nuestro vigente CPC, “procedimientos ejecutivos”. En ellos, como lo tiene sentado reiterada doctrina y la propia jurisprudencia ( entre otras la comentada en el fallo citado en la sentencia analizada), la naturaleza misma de tales autos de admisión, equivalen a un fallo anticipado en ese tipo de procesos, que al adolecer de vicios graves, impedir al demandado su justa defensa, o contrariar los específicos supuestos en que son procedentes los mismos conforme la expresa normativa del legislador, no pueden escapar de una revisión anticipada, pero tempestiva y oportuna, por la vía del Recurso ordinario.

La prudencia del Juez, le impondrá la responsabilidad de examinar en cada caso concreto hasta donde ese auto de admisión, con los vicios de que adolece hace pertinente dar lugar al ejercicio del medio de impugnación ordinaria. En favor de la posición comentada, y por los antecedentes jurisprudenciales invocados, debe deducirse que razones de seguridad jurídica, obligación de preservar el debido proceso, la igualdad, celeridad y economía procesal, son suficientes para permitir al Juez aducir la excepción comentada al principio de no recurribilidad de ese tipo de autos de mero trámite.

**Procesal civil- normas sobre la cuantía para anuncio y admisión del recurso de casación. Vigencia temporal de la Ley Procesal. Procedencia del recurso de hecho contra decisión que niega el recurso contra sentencia dictada en reenvío en juicio cuya cuantía no excede de cinco millones de bolívares**

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Normativa afectada: Artics. 312 y 941 CPC. Decreto 1029 del 17 de enero de 1996  
Se abandona la doctrina que había pevalecido en la Sala desde su auto del 1 de junio de 1988.

Expediente 97-126- 30 de abril de 1997

Ponente: Anibal Rueda.

Fuente: Copiador de Sentencias.

**RESEÑA DEL CASO**

La decisión declara con lugar Recurso de Hecho ajercido contra auto del a quo por el cual niega el Recurso de Casación contra la providencia que declara inadmisibile el Recurso anunciado contra decisión del Superior de Reenvío en juicio cuya cuantía fué estimada en 1.600.000 Bs.

Se examina en el fallo la doctrina sentada por la Sala desde la puesta en vigencia del actual CPC., en materia de aplicaciòn inmediata de las normas procesales, entre ellas las relacionadas con la cuantía establecida en el nuevo CPC, salvedad hecha de los recursos ya interpuestos para la

fecha de su entrada en vigencia, en total respeto de la disposición contenida en el artículo 941 *ejusdem*.

Se trae a colación la diversa interpretación de que fue objeto la aludida doctrina en relación a casos de recursos de casación subsidiarios a los de nulidad y recursos de casación en casos de reenvío, cuando los juicios principales que fueron resueltos por el Recurso anunciado bajo reglas de cuantía diferente, se afectaban por los cambios de regulación de dicha cuantía ( Sentencia del 1-6-88) y conforme a la cual se acordó conceder el Recurso de Casación en los primeros y se negaba contra las decisiones de reenvío por reputar que la cuantía no era la fijada en las citadas modificaciones.

## **EL FALLO**

Destaca en sus partes pertinentes:

“...En los actuales momentos se hace imperativo para el Alto Tribunal reexaminar, esta situación, en atención a la publicación del Decreto Presidencial 1029 del 17 de enero de 1996, con entrada en vigencia el 22 de abril de este mismo año, modificatorio de la cuantía requerida para la procedencia del recurso de casación...”

“...El procedimiento de reenvío presupone la admisibilidad del recurso de casación anunciado en su oportunidad, es decir, antes del reenvío la Sala comprobó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil para que el juicio acceda a casación. Casada la sentencia recurrida, el consiguiente reenvío tiene el efecto de reponer el proceso a la instancia ordinaria en donde se produjo el error censurado por casación para que ese Tribunal rectifique el error cometido...”

“...Los anteriores señalamientos tienen pertinencia por el hecho de que durante el interin del proceso, puede ocurrir una posible denegación del control posterior que tiene establecido esta Sala, *no en cuanto al recurso de nulidad que carece del requisito de la cuantía para su tramitación*, sino del nuevo recurso de casación que se anuncie, el cual debido a la actualización de la cuantía establecida en el artículo 312 del Cpc, ahora no cumplirá con tal requisito...”

“...Este asunto de inadmisibilidad sobrevenida de un juicio para acceder a casación, plantea las siguientes consideraciones:

1. El artículo 323 del CPC solo impone como requisito para el conocimiento del Recurso de Nulidad, además de la legitimidad el interés del recurrente, la tempestividad de su formulación, por lo que el legislador considero vital en dicho trámite que su proposición tenga un mínimo de dificultades, a los fines de que no sea perturbado el control por esta Sala del cumplimiento de sus decisiones. Por ese motivo y por el hecho de que la causa ya ingresó en su oportunidad en sede de Casación, no se requiere un nuevo exámen de la cuantía, razón por la cual no se exige dicha condición al Recurso de Nulidad.

2. Iguales fines comprenden al Recurso de Casación anunciado con posterioridad a la apertura de la fase de reenvío, ya que su propósito es atacar una decisión proferida precisamente , en ejecución de sentencia de esta Sala de cuyo control no puede ser privada.

En otras palabras, *las mismas razones por la que no es exigible la cuantía para el recurso de nulidad, existen para el recurso de casación anunciado contra la sentencia de reenvío.* En el recurso de nulidad no se examina la cuantía ni la naturaleza de la decisión, como requisitos de admisibilidad, porque al haberse efectuado tales verificaciones anteriormente y encontrar la Sala que el asunto entraba en su esfera de competencia, ya no es necesaria una nueva comprobación, pues se perpetúa su competencia. Idénticas razones pesan sobre el recurso de casación ulterior.”

“...Así pues, hecho el anuncio y admitido el recurso, la Sala no se desprende del asunto aunque antes de la sentencia de casación, haya variado la cuantía exigida y el interés principal del juicio no satisfaga ese requerimiento. Tal consideración se produce debido a que el anuncio del recurso de casación si bien no comporta el ejercicio de una nueva acción, ni forma parte de la litis que navega en el proceso ordinario, su interposición representa el inicio de una etapa extraordinaria y especial del proceso, donde la Sala de Casación Civil conoce excepcionalmente y con limitadas facultades, de las denuncias formuladas por los recurrentes.”

3. La apertura de la fase de reenvío implica que el juicio cumplió con el requisito de admisibilidad exigido por el artículo 312 del Cpc, lo que evidencia que el control sobre ese juicio debe mantenerse hasta su conclusión. Es, como se dijo antes el inicio de una etapa extraordinaria y especial del proceso. No puede pretenderse un trato distinto a cada uno de los recursos de casación que se anuncien en el mismo proceso,

conforme al cambio o no de las normas que lo regulan. Aceptar lo contrario y permitir que una causa de inadmisibilidad sobrevinida la afecte, resultaría incongruente con respecto a la admisibilidad previamente declarada de un recurso tramitado y decidido por la Sala...”

4. Aunque pudiera pensarse que los recursos de casación anunciados en diversas ocasiones son distintos, no es menos cierto que en dicha fase de reenvío, unos son consecuencia de otros y todos se fundan en el mismo juicio.

...De suyo, el juicio de reenvío genera para quien tenga legitimidad e interés, el derecho para atacar las decisiones que se produzcan en él, tanto en el recurso de nulidad como con el de casación, éste vá subordinado como aquél a la conformidad de la sentencia de reenvío con la doctrina sentada por la Sala para el caso, es según Cuenca la interposición de “...nuevos y sucesivos recursos, sin límite alguno, tanto de nulidad como de casación...”

5. Otro aspecto contradictorio que no es posible obviar es la situación que se genera cuando la Corte, actuando conforme al segundo aparte del artículo 320 del Cpc, no analiza las denuncias planteadas por haber prosperado otra, sobre lo cual Humberto Cuenca, adelantándose a la situación futura señaló:

“No obstante la tendencia mas generalizada es, no solo la abstención del exámen de fondo, cuando es procedente el quebrantamiento de forma, sino que se ha considerado innecesario el examen íntegro del recurso de forma toda vez que basta la declaratoria de una sola infracción para que se produzca la nulidad de la sentencia recurrida”(ob.cit.pag.581).

“Cuando la antigua doctrina negaba la posibilidad de un segundo recurso de casación por nuevas infracciones, el recurso de nulidad se tramitaba en forma autónoma, pero cuando más tarde la propia ley, en 1925, puso fin a una larga controversia entre la casación única y la casación múltiple, *estableciendo la posibilidad de nuevas casaciones hasta que la sentencia quede depurada de todo error*(surayado de la Sala-ob.cit.,p.638).”

“...De tal manera que el nuevo recurso puede contener las mismas delaciones que no fueron analizadas, pero que son consecuencia de infracciones que se repiten en el nuevo fallo, así que la sucesiva proposición de recursos de casación dentro de la fase extraordinaria de



reenvió no puede verse obstaculizada, con la exigencia de un nuevo requisito de admisibilidad sobrevenido durante el proceso”...

“..En consecuencia el requisito de la cuantía para la admisibilidad del recurso de casación será examinado solo en la primera oportunidad en que se interpone tal recurso. Por lo que de presentarse la casación múltiple contra las decisiones de reenvío, estas quedan excluidas de la revisión de tal requisito.

Dicho en otras palabras, la decisión de reenvío queda excluida del requisito de la cuantía, para la admisibilidad del recurso de casación.”

## COMENTARIOS

La decisión aclaró la indelicada situación que venía presentándose al reputarse excluidos del recurso, fallos de reenvío, en casos donde habiéndose admitido previamente recurso de acuerdo a la cuantía del juicio concreto, luego resultaba inadmisibile que contra el nuevo fallo dictado en ese mismo juicio, por hecho de la modificación de cuantía, no tuvieran acceso al control de la Sala.

El Comité de Análisis de Jurisprudencia de Derecho Procesal de la Revista se congratula con la modificación de la “doctrina anterior” de la Sala , no obstante, considera que los sabios principios doctrinales invocados en el fallo con apoyo doctrinal para interpretar la aplicación temporal de las normas procesales, de por sí planteaban una solución más clara y justa, cual es la de entender que iniciados los procesos, por efecto entre otros del principio de la “perpetuatio iurisdictionis” , por razones de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas, no pueden serles aplicables a las relaciones procesales de él derivadas, nuevas disposiciones que modifiquen o alteren aquellas.

En efecto, lo que no ha querido verse ni interpretarse adecuadamente, resulta ser que ese proceso, aún con fases diferentes, es uno y único, del cual no pueden escindirse etapas o estadios, y si nacieron con una reglas de juego definidas, tienen que aplicarse a todas ellas esas mismas reglas.

En adición, no puede dejarse pasar por alto la oportunidad para llamar la atención, tanto a la Corte como al Poder Ejecutivo y al Legislativo, de que el solo prurito de aliviar la ciertamente compleja labor de la Corte Suprema puede permitir que se cometan atropellos a los más

débiles y necesitados , a aquellos para quienes los juicios de los miles de bolívares, que no de millones, a pesar de nuestra economía inflacionaria, siguen revistiendo indiscutible y vital importancia, y en adición porque, tan injusto es el fallo dictado en un juicio donde se debaten 4.999.999 bolívares y toda su gama inferior de cantidades, como en aquél en que lo debatido resultan ser cifras que exceden los cinco millones de bolívares.

Hoy, cuando tan en duda se pone la honestidad y capacidad de los integrantes de nuestro poder judicial , mas que nunca debe tenerse presente, que la falta de adecuada censura por el máximo tribunal de la República, dá lugar a las más insólitas violaciones de la Ley así como a la burla de la legalidad , o cuando menos debe regularse y proveerse a los justiciables de un recurso extremo -dotado sí de todos los mecanismos de sanción para los que impune e irracionalmente hagan uso del mismo- para que por la vía que se repunte mas ajustada y menos traumática, pueda obtenerse una revisión a nivel de Casación , a fin de que un órgano confiable pueda corregir los obvios, extremos y aberrantes yerros de los fallos de instancia que no tienen acceso a dicho recurso por trabas meramente formales.

**Derecho financiero (tributario)- impuestos de registro.**

**Organo competente para conocer de las solicitudes de reintegro de derechos registrales (artic. 114 ley de registro público, ord. 1) lo serán, en sede administrativa la máxima autoridad jerárquica de la administración tributaria que corresponda y en via judicial el tribunal superior contencioso tributario. Procedencia en estos casos del recurso especial tributario contemplado en el artículo 177 del Código Orgánico Tributario contra la decisión del registrador subalterno fijando el valor (base imponible) del bien o de la operación registral para el cobro de los derechos de registro y en consecuencia derogatoria del artículo 143 (antes 125) de la Ley de Registro Público que regulaba la materia**

Normativa afectada: Artics. 143, Ley de Registro Público, 178, 185 Código Orgánico Tributario.

Corte Suprema de Justicia. Sala Especial Tributaria de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Ponente: Ilse van der Velde Hedderich.

Voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó

Expediente 6835. Sentencia del 14 de noviembre de 1996.

Fuente: Copiador de Sentencias.

**RESEÑA DEL CASO**

La representación de la República interpuso apelación contra la decisión del Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Tributario en virtud del cual declaró con lugar el recurso interpuesto por el contribuyente contra denegatoria tácita de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, ante solicitud de reintegro a ella formulada , de derechos de registro indebidamente liquidados conforme el ordinal 1 del artículo 114 de la Ley de Registro Público con ocasión de la protocolización de documento de partición de una comunidad ordinaria sobre un inmueble.

**EL FALLO**

En sus partes pertinentes, respecto al tema que dá lugar a la presente reseña, precisa:

“...Cierto es que la mencionada Ley de Registro Público preveía en su artículo 125 un procedimiento administrataivo y jurisdiccional para aquellos casos en que los particulares viesen afectados sus derechos e intereses por el cobro excesivo del impuesto registral previsto en dicha Ley, pero no es menos cierto que este Texto Legal fué promulgado en el año 1978, mmento para el cual no había entrado en vigencia el Código Orgánico Tributario, de 1982, cuyo papel como Ley Marco modificó en un solo texto legal todas aquellas normas relativas a la tributación, entre otras las de derecho formal, dejando tácitamente sin efecto alguno el contenido de normas como la prevista en el mencionado artículo 125 de la Ley de Registro Público de 1978, pues aunque esta es una Ley especial en materia registral, priva sobre ella las disposiciones del Còdigo Orgánico que, además de regir todo lo concerniente a los tributos de carácter nacional, como en este caso lo representan los derechos registrales, es de carácter orgánico en esta materia...”

“...Contrario a la disposiciòn antes transcrita ( sic 125), el Código Orgánico Tributario, cuyo ambito de aplicación se extiende a los t ributos nacionales( derechos de registro entre ellos) en virtud de la disposición contenida en el artículo 1, regula la competencia de los Tribunales a los que corresponde conocoer de esta materia ( Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario), siendo la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, el Tribunal de Alzada que conoce en segunda instancia de todas aquellas apelaciones ejercidas contra las sentencias de dichos Tribunales de Instancia.

“...Bajo estas circunstancias, los medios a que debe acudir todo contribuyente o particular afectado en sus derechos subjetivos e intereses por una incorrecta aplicación o desaplicación de la Ley de Registro Público, en lo que a las normas de contenido tributario se refiere, no son, como lo señalan los representantes de la Procuraduría General de la República, las normas contenidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ni en el artículo 125(ahora 143) de la Ley de Registro Público de 1978, sino (i) en via administrativa, por ante la máxima autoridad jerárquica de la Administración Tributaria que corresponda, ello en virtud de la disposición contenida, para los casos de repetición

de lo pagado indebidamente, en el artículo 178 ( antes 167) del Código Orgánico Tributario y (ii) en vía judicial, por ante los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario en atención a los artículos 185( antes 174) y siguientes del Código Orgánico Tributario.”

## COMENTARIOS

La sentencia constituye un importante cambio de jurisprudencia de la Sala, (fundamento precisamente del “voto salvado” de la Magistrado disidente) dado que hasta la fecha ( Corte Suprema, Sala Político Administrativa en sede natural , caso Pralca, 14 de febrero de 1996, con ponencia de la disidente y sin votos salvados) se había venido sustentando que el recurso procedente contra tal tipo de actos de exacción tributaria especial, lo era el especial administrativo y jurisdiccional contemplado en el artículo 143 ( antes 125) de la Ley de Registro Público, que atribuía la competencia para conocer del mismo al Ministerio de Justicia, y contra el acto que de él emanara para ante la Corte Suprema en Sala Político Administrativa.

Entre otros aspectos por igual interesantes examinados en el fallo referido, la Sala Especial declara:

a- Que el comentado Código Orgánico Tributario de 1994, se aplica a todos los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de ellos, entre otros pues , los de Registro Público, primero por ser clara y evidentemente verdaderos tributos, segundo por gravar la protocolización de actos y negocios jurídicos de la vida civil, que son manifestaciones de riqueza objetiva, por ser dichos tributos de evidente carácter nacional (136 de la Constitución).

b- Que si bien es cierto que la citada Ley de Registro regulaba un procedimiento especial administrativo y jurisdiccional para aquellos casos, como el que es objeto de la decisión, lo era cuando no se encontraba promulgado el COT de 1982, que unificó en un solo texto todas aquellas normas relativas a la tributación, y que, por tanto, al haberse promulgado dicho Código Orgánico, derogó la normativa de la Ley especial de Registro Público, en tanto que, aún siendo ley especial en materia registral, privan sobre ella las disposiciones del COT, por su carácter orgánico, sobre las materias exclusivamente tributarias.

Tilda de descuido del Legislador el no haber tomado en cuenta las aludidas modificaciones en materia tributaria, y haber repetido en la reforma de la ley registral materias que ya no eran propiamente tales, sino de índole tributaria.

c- Que por las mismas razones invocadas, declara igualmente de aplicación preferente las normas de competencia que atribuyen en vía administrativa, a la máxima autoridad jerárquica de la Administración Tributaria que corresponda, lo relacionado con reclamos derivados de repetición de lo pagado indebidamente (178 COT) y en vía judicial a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, el conocimiento de todos los asuntos contemplados en los artículos 1 y 220 y ss del COT y contra cuyas decisiones cabe recurso ante la Sala Político Administrativa.

d- Que la acción -que no el recurso - para exigir el reintegro debe interponerse antes del plazo de prescripción para exigir la devolución de los tributos, intereses, sanciones y recargos (artic. 177, antes 166 COT), que tal lapso, a tenor de las disposiciones del comentado ordenamiento orgánico especial, es de cuatro años, ( Artic.51 COT) que no el de diez que regulaba el artículo 58 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional ( aplicable por razón de analogía y ante el vacío de la Ley especial de la materia).

En adición, examina igualmente la naturaleza del acto o hecho imponible -cuya materia no es el objeto del presente comentario- y determina que las “ particiones de comunidades ordinarias sobre un inmueble” no son el hecho imponible y legalmente descrito en el artículo 114 de la Ley de Registro Público, el cual al gravar las particiones de herencias o de sociedades y compañías, y excluír en su enumeración , cualesquiera otros, tal como si lo adiciona en otros supuestos referidos a los demás actos sometidos a gravámen, limitó expresamente su enumeración a las particiones de herencias, a las de sociedades y a a las compañías, sin adicionar otras formas colectivas que pueden ser objeto de partición, y por cuanto, en aquellas, como las de comunidades de bienes, en las mismas no hay una trasmisión de propiedad, ni se produce circulación o tràfico de bienes, sino lo que se provoca es una ubicación o delimitación de derecho de cada uno de los comunitarios sobre el bien.

Esta decisión es de particular importancia para los funcionarios de registro, colegas y particulares, pues realmente modifica el tratamiento tradicional que se había dado a la materia, cambia el procedimiento

aplicable, convierte en una verdadera acción el derecho a solicitar el reintegro, pone en manos del poder jurisdiccional la legalidad y justicia del acto de la administración y fija de manera indubitable el término de prescripción de los derechos para no perder el reintegro.

Con todo el respeto que nos merece la posición del Magistrado disidente de la mayoría, cuyos votos salvados constituyen hasta ahora una inagotable fuente de aprendizaje para los estudiosos del Derecho, el Comité de Análisis de Jurisprudencia en materia Financiera de la Revista, se adhiere al criterio de los sentenciadores y considera mas justa y provechosa la posición adoptada en el fallo y de mayor garantía para la administración y los administrados.

### **Procesal civil - medidas preventivas. Casación de oficio y sin reenvío. Improcedencia de oposición de terceros contra medidas decretadas con constitución de garantías**

Normativa : 590 y 602 cpc.

Sentencia del 29 de mayo de 1997.

Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia

Expdte. 96-466

Ponencia : Magistrado Héctor Grisanti Luciani

#### **RESUMEN DEL CASO**

La Sala casa de oficio y sin reenvío el fallo recurrido por reputar que los Tribunales de Instancia incurren en «subversión del procedimiento» al dar curso a las oposiciones a medidas preventivas decretadas conforme al artículo 590 Cpc y por contrariar expresamente el contenido de lo dispuesto en el artículo 602 *ejusdem*, aún cuando dicho opositor resulte ser un Tercero en juicio. Se ratifica e invoca la doctrina de la Sala contenida en fallo de fecha 16 de octubre de 1996 interpretando el artículo 590 citado.

**EL FALLO**

En sus partes pertinentes expresa:

“Por su parte el artículo 602 del Cpc, contiene un mandato imperativo en su último aparte, al disponer que en los casos a que se refiere el artículo 590, no hará oposición ni la articulación de que rata el artículo 602, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589...”

“A la luz de las disposiciones citadas es evidente que tanto el juez de la causa como el Superior incurrieron en subversión del procedimiento, por cuanto, cuando se decreta una medida de embargo con fundamento en el artículo 590 del Cpc, no debe admitirse contra ella oposición alguna...”

**COMENTARIOS**

El Comité de Análisis de Jurisprudencia estima que la decisión comentada constituye una grave precedente al impedir a los Terceros, que no son partes en el juicio, estando afectados por las medidas, no puedan ejercer recurso alguno en defensa de la lesión que les provocan medidas decretadas en los juicios de los que no resultan parte, salvo, la constitución de garantía.

Lo expuesto puede constituir una gravosa carga a terceros que son ajenos a la relación procesal, y quienes entonces, a falta de poder constituir la garantía exigida por la normativa adjetiva, deberán seguir la suerte del juicio principal, hasta sentencia definitiva. A juicio del Comité de Análisis, la sentencia parece olvidar que los Terceros, como tales, no son las partes a que se alude precisamente en el invocado artículo 602 *ejusdem* que se invoca como fundamento de los razonamientos de la Corte. Precisamente allí radica la diferencia, y con razón de la diferente situación que se plantea cuando la oposición a la medida es realizada por una de las partes del proceso, y quienes como tales deben continuar y seguir la suerte del juicio, que cuando lo hace un tercero ajeno al juicio, y a quien no puede imponerse la insólita carga de permanecer vinculado a aquél durante todo su decurso, o verse en la imperiosa y a veces difícil necesidad de obtener una garantía que satisfaga a la contratada y al Tribunal.



Estamos seguros que esta doctrina será objeto de revisión y reforma por las graves consecuencias que ella comporta y no parecieron tomarse en cuenta por la Sala.

**Amparo constitucional contra decisiones judiciales en materia de medidas cautelares innominadas  
Procesal civil. Cautelares innominadas.  
Improcedencia de la remoción de miembros de órganos directivos de una entidad societaria. Y de designación de administradores *ad hoc*.**

La Corte reputa causal de apertura de procedimiento disciplinario que el magistrado decreta las medidas innominadas cuando obviamente improcedentes y en efecto ordena el pase de normativa: 70 C.N., 35 loacons, 588 cpc.

Sentencia del 8 de julio de 1997

Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia, en sede constitucional  
Expdte 96-127.

Ponencia : Magistrado Alirio Abreu Burelli

Voto Salvado: Magistrado Héctor Grisanti L.

**RESUMEN DEL CASO**

En procedimiento de nulidad de resolución de asamblea, en la cual los recurrentes no en amparo no resultaban partes, se decretaron las medidas innominadas cautelares de remoción de los miembros de un órgano directivo de la sociedad. La Corte reputa que si bien tales terceros tienen el recurso de tercería, este no es medio idóneo para la inmediata restitución de la situación jurídica, ni podían apelar de la decisión, en tanto que la dictada lo era sobre las medidas (interlocutoria) que no definitiva.

La Sala declara con lugar el amparo al reputar que en la acción de impugnación de resoluciones de asambleas lo que se persigue es dejar sin efecto las decisiones adoptadas por dichos órganos, no para que un órgano judicial que declare procedente el motivo de impugnación resuelva sobre la situación anómala, sino para que el mismo órgano

societario, resuelva nuevamente sobre el asunto debatido y se lo ajuste a la Ley y a los documentos sociales.

En tales casos no resulta procedente que el órgano judicial decrete cautela alguna cuyo objeto sea satisfacer la pretensión alegada en la demanda, en tanto que la medida entonces dejaría de ser cautelar y pasaría a convertirse en un modo de satisfacer lo pretendido, ni tampoco decretar medidas cautelares genéricas, sino específicamente sobre determinados actos y cuyo objeto preciso sea evitar la lesión.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la LOAGCONS se ordena la remisión de la decisión al Consejo de la Judicatura a fin de que determine la procedencia o no de aplicar las medidas disciplinarias conducentes.

El voto salvado no afecta el fondo mismo de la sentencia dictada, sino que se fundamenta en el aspecto meramente formal de no reputar a la Corte Suprema, órgano Superior que esté llamado a revisar los fallos de Amparo.

## **EL FALLO**

En sus partes pertinentes, resalta:

“...En ningún caso el Juez está facultado para decretar medidas cautelares típicas o innominadas cuyo objeto sea dar satisfacción a la pretensión alegada por el actor en su solicitud, pues en este caso ya no se trataría de una medida cautelar, sino de una medida que satisface totalmente lo pretendido y que como en el caso de autos, sustituiría una decisión que compete a la Asamblea, como órgano de la sociedad y que al tocar al mérito del asunto, impediría al Juez de la causa un pronunciamiento sobre el fondo...”

“...Por esta razón es que el Juez de Comercio tiene limitadas sus atribuciones de intervención dentro de las sociedades, y en ningún caso puede, mediante una decisión cautelar ni aún definitiva, en un procedimiento de nulidad de asamblea o por irregularidades en la administración suplir las funciones de la asamblea, como órgano encargado de discutir, aprobar o modificar el balance que presenten los administradores y de removerlos y designarlos entre otras...”

## COMENTARIOS

El Comité de análisis de Jurisprudencia Procesal se complace con el fallo examinado, ya ratificadorio de esta misma posición en nuestra Sala de Casación y con la de algunos otros órganos judiciales. Las situaciones como las que sirven de fundamento al fallo, son ocasión de abusos imperdonables por parte de los jueces y convierten las cautelares en medios de coacción ajenos a la importantísima función del poder cautelar judicial.

Lo deplorable del caso, es que, a pesar de lo reiterado de la jurisprudencia en la materia, y lo claro que resultan los fundamentos del fallo de la Sala, generales a todo otro similar, se continúen dictando medidas bajo idénticos supuestos y otros más graves aún, como resultan del conocimiento de nuestro foro, en los cuales, en ausencia de toda legalidad y racionalidad, inclusive en juicios relacionados con patrimonio conyugal, en los que los cónyuges son simples accionistas de capital no mayoritario —lo que resulta más grave aún— se suelen dictar medidas semejantes que afectan a las sociedades eminentes de las acciones, ajenas a dichos procesos, y perjudican a terceros, ajenos a la controversia, sin razón alguna.

Es de destacar por igual la significación de algunos de los fundamentos del fallo bajo análisis, en particular lo que atiene a que si resulta el Amparo Constitucional única vía susceptible de restaurar el derecho lesionado, cuando como en el presente caso, a pesar de existir la tercería, tal remedio procesal no sería lo suficientemente expedito.

El Comité coincide plenamente con tal posición, y pone de relieve la importancia del tan criticado por algunos Recurso de Amparo Constitucional Autónomo, remedio hoy eficiente y justiciero de los atropellos que se cometían antes de contar con la actual regulación legal del Amparo Constitucional y que por igual sustentan la razón de ser y especificidad de su procedencia contra Decisiones Judiciales, las cuales en algunos casos se convertirían en mandatos que quedarían impunes y sin remedio oportuno.

La institución tiene particular relevancia y vigencia en nuestro medio judicial actual, donde parecieran algunos de nuestros órganos judiciales “industrias de fabricación de abusos y atropellos”. La institución tiene toda razón de ser y existir, son los Jueces y en especial nuestra Corte

Suprema, los llamados a tomar una seria y comedida postura en el análisis y decisión de cada caso concreto.

En los países donde se ha desarrollado pacíficamente la institución del Amparo, son mas los logros que los desafueros, por ello deploramos que la Corte Suprema en oportunidades se haya comportado tan mezquina con el Amparo, en lugar de haber continuado la sana práctica que mantuvo en vigor, en ausencia de la regulación legal de la figura del de Amparo y que precisamente dio lugar a aquella , esto es, asumiendo un papel de revisora y contralora de los supuestos y efectos del Amparo, pero manteniendo su vigencia contra viento y marea.



**El requerimiento del artículo 168 del Código Civil. Del consentimiento para enajenar y gravar bienes gananciales; de Gilberto Guerrero Quintero. 111 páginas. Publicación de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996**

Alberto Baumeister Toledo

El autor hace un detallado examen de la regulación legal incorporada en la reforma del Código Civil de 1982 para dar protección a los bienes conyugales a que se refiere la misma norma.

La particular importancia que reviste el estudio deriva de la posición del autor en defender que la exigencia que hace dicho dispositivo de que medie el consentimiento de ambos cónyuges para que se puedan realizar los actos de enajenación y gravamen, es un mandato expreso dirigido a los órganos fedatarios del Estado a fin de que se abstengan de dar curso a dichas operaciones de no existir el acuerdo de voluntades de marido y mujer.

Fundamenta su posición en tal sentido en un detenido examen de las normas de interpretación de la Ley en Venezuela, del concepto de “requerimiento” como deber jurídico impuesto a un tercero ajeno a la relación negocial que tiene como principal objetivo velar por la integridad de la familia y su patrimonio, esto es, el Estado, e inclusive los terceros llamados a controlar dichos actos de disposición cuando se trata de

sistemas impuestos por la Ley para el control y oponibilidad de dichos actos (administradores de sociedades, control de registro de operaciones, etc.).

En el decurso de los varios razonamientos que hace el autor para sustentar su posición, se alude a otros interesantes problemas relacionados con el tema, como lo son: 1) La validez y extensión de los “mandatos generales” que suelen otorgarse entre los cónyuges y si tales representaciones alcanzan las facultades necesarias para prestar el consentimiento requerido por el comentado artículo 168 del C.C., aseverando el autor, que no puede llegarse a tal conclusión salvo que el mandato contenga facultad “expresa” para realizar esos determinados actos; 2) En cuanto al problema de la legitimación anómala, imperativa, que deviene en juicio, a favor de ambos integrantes de la comunidad conyugal, para defender como *litis consortes* necesarios sus intereses sobre un determinado bien objeto de la operación que es objeto de discusión judicial, concluyendo que es un supuesto típico de *litis consorcio necesario*.

También refiere el autor, el debatido tema de si esa legitimación debe o no considerarse como un presupuesto procesal, y al reputarla tal, concluye en que el Juez, aún de oficio, debe analizarlo, y de existir, sin más, declarar sin lugar la demanda, absteniéndose de pronunciarse sobre el fondo.

La obra constituye un importante soporte para funcionarios y colegas que vienen sosteniendo la condición de “deber ineludible” impuesto a los destinatarios de la norma, y por tanto si están facultados, y mejor, obligados, a exigir el consentimiento de los cónyuges, antes de autorizar el acto, quedando libres de responsabilidad civil, por el hecho de tal exigencia, no obstante que de la normativa misma sobre la materia, pueda derivarse que la falta de cumplimiento de ese requisito no hace nulo de nulidad radical los actos celebrados en contravención de lo dispuesto al respecto y que, asimismo, dichos actos son convalidables.

El autor hace un detallado examen de los argumentos a favor de una y otra de las posiciones aceptadas en nuestro medio, esto es, de que para el perfeccionamiento de dichos actos, no es requisito indispensable el consentimiento del otro cónyuge, y para aquéllos que sí lo reputan ineludible, concluyendo en que debe prevalecer esta última postura en beneficio de la interpretación auténtica de la norma, de los intereses

protegidos (la familia) y de la paz social (evitar que sobrevengan juicios entre marido y mujer).

Respetamos los valiosos comentarios vertidos en dicha obra, pero aun nos alineamos con los que sostienen lo contrario, en beneficio de la seguridad jurídica, y por la especial protección que con los mismos remedios previstos en la Ley se dá a los cónyuges.

La obra pone de manifiesto una vez más, como en sus otros trabajos, la especificidad del autor en el tratamiento de los temas jurídicos y su aporte para solventar delicados problemas en nuestro ordenamiento positivo.

**Primeras Jornadas Internacionales de  
Derecho Administrativo Allan Brewer Carías.  
Autores varios. Ediciones Fundación Estudios  
de Derecho Administrativo-ISBN-980-6373-  
17-0 y Editorial Jurídica Venezolana, ISBN  
980-365-008-4, Editorial Torino, Caracas,  
Venezuela, 1995, 790 páginas.**

En el libro se recogen 12 trabajos sobre lo Contencioso Administrativo, producto de las ponencias discutidas con ocasión de las citadas Jornadas, realizada en noviembre de 1995 en Caracas, en ellas se contienen doctas opiniones de profesores de cuatro países diferentes en legislaciones y vinculados de uno u otro modo a las nuevas tendencias del Contencioso Administrativo.

En adición, cada una de las ponencias principales han sido objeto de glosa y comentarios por especialistas venezolanos en Derecho Administrativo o Constitucional, quienes en su mayoría se desempeñan o se han desempeñado en la Magistratura, con lo cual sus disertaciones sobre los temas son interesantes y objetivas acotaciones prácticas sobre las instituciones analizadas.

Los trabajos centrales y sus autores son los siguientes:

“Un nuevo juez administrativo” por el profesor Roland Drago, de la Universidad de París, quien tuvo como relatores y comentaristas a la



Dra. Cecilia Sosa Gomez, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, y al Dr. Nelson Socorro, Ex-procurador de la República.

El segundo de los temas tratados lo es el del “Ambito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España”, a cargo del Dr. Fernando Garrido Falla, Profesor de la Complutense de Madrid. Sus comentaristas, María Amparo Grau, Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con el tema “La Materia Contencioso Administrativa”, y Manuel Rachadell, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central, y quien hace el análisis del tema y su comentario bajo el tema “La Defensa del ciudadano frente a las vías de hecho de la Administración”. Ambos comentaristas ponen de relieve las diversas soluciones jurisprudenciales que se han buscado a los problemas planteados por el Ponente Central.

Tercera de las ponencias fue a cargo de la Dra. Sandra Morelli, Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad del Externado de Colombia, quien centra la ponencia sobre “El Procedimiento Administrativo y el Proceso Contencioso Administrativo”. Fue su comentarista y relator, el Profesor Lubín Aguirre, titular de la cátedra de Derecho Administrativo I de la Universidad de Carabobo.

El cuarto tema desarrollado, lo fue el de “La suspensión de los efectos y otras medidas cautelares en el Contencioso Administrativo”, a cargo de Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional y Decano de la Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia y sus comentaristas la Profesora y Magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, Dra. Hildegard Rondón de Sansó, cuyos comentarios tienen el mismo nombre que el del tema central por ella analizado, y el Dr. Gustavo Urdaneta Troconis, quien hace el enfoque de la materia con especial referencia al Amparo como Medida Cautelar.

La quinta de las ponencias versa sobre “La Prueba en Derecho Procesal Administrativo” y estuvo a cargo del Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. Agustín Gordillo, y fueron sus comentaristas la Profesora Isabel Boscán de Ruesta, Asesor Legal en Derecho Administrativo de Petróleos de Venezuela y la Magistrado Belén Ramírez Landaeta, a su vez Presidente de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo y quien centró el análisis de la ponencia con su exposición sobre “Medios de Prueba y Gobierno y Apreciación de las Pruebas”.

El sexto tema presentado, está referido a “Las partes en el proceso, Terceros intervinientes, coadyuvantes” desarrollada por el Catedrático de Derecho Administrativo de Madrid, Profesor Jesús González Pérez. Fueron sus relatores comentaristas, los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, Rafael Badell Madrid y Gustavo Linares Benzo, quienes intitularon sus trabajos con el mismo nombre de la ponencia central del tema.

La Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad del Externado de Colombia y Magistrada del Consejo de Estado Colombiano, Dra. Consuelo Sarría Olcos, centró su exposición sobre “Acciones Contencioso-Administrativas. Contenido y clase de sentencias” y fueron sus comentaristas el Profesor de Derecho Administrativo y Ex Magistrado del Consejo de la Judicatura, Dr. Jesús Caballero Ortiz, con su trabajo “La posible influencia Colombiana en nuestro Derecho Procesal Administrativo” y Román José Duque Corredor, Profesor de la misma materia en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, con el trabajo que lleva el mismo nombre de la ponencia central.

El desarrollo del octavo tema central, correspondió al Profesor Luciano Parejo Alfonso, y lo fue sobre “La ejecución de las sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el derecho español” y correspondió el comentario y análisis de la ponencia a los profesores Carlos Ayala Corao, Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de las Universidades Central y Católica Andrés Bello, con el trabajo “La ejecución de la Sentencia Contencioso-Administrativa” y José Antonio Muci B., Profesor de la misma materia en la citada Universidad Católica, con el tema “La ejecución, según el derecho venezolano, de los fallos dictados por los Jueces Contencioso Administrativos”.

Lo relacionado con “El Juez Administrativo como Juez Constitucional” sirvió de tema central a la novena ponencia central, a cargo del Profesor de la Universidad de París I (Panthéon Sorbone), Frank Moderne y le sirvieron de relatores y comentaristas la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela y Profesora en la Universidad Católica Andrés Bello de Derecho Administrativo, y Gerardo Fernández Villegas, Profesor de la misma materia en la Universidad Central, y quienes titularon sus trabajos bajo el mismo nombre de la ponencia central.

La República de Costa Rica, representada por el Magistrado de la Sala Constitucional, Dr. Rodolfo Piza Escalante, asumió la ponencia sobre el tema “La Protección de los Derechos Fundamentales en la Justicia Administrativa”, y tuvo como relatores a los Doctores José Araujo Juarez y Pedro Nikken, con trabajos que llevan el mismo nombre de la ponencia por cada uno de ellos comentada.

El último tema tratado estuvo a cargo del Dr. Jerry L. Marshaw, Profesor Sterling de la Universidad de Yale, sobre “La Revisión Judicial de la actividad normativa de la Administración. Algunas lecciones de la experiencia Estado Unidense reciente”. Tuvo como comentarista a la Profesora Irene Loreto con su trabajo titulado “La Revisión Judicial de la actividad normativa de la Administración”.

Finalmente el Dr. Humberto Briceño León, profesor de Derecho Administrativo y ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso, cerró las Jornadas con exposición sobre el tema “Tendencias actuales del Contencioso Administrativo en Venezuela”.

Los temas constituyen un condensado muy denso sobre los puntos tratados por los ponentes y relatores en los que se exponen las mas recientes ideas esbozadas no sólo por los ponentes internacionales, sino por los calificados autores nacionales que sirvieron de relatores y comentaristas, sustentados dichos enfoques, en adición, en decisiones de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto de los países a los cuales pertenecen los expositores invitados, como de Venezuela.

El tratamiento orgánico que se dió a la materia del procedimiento contencioso en las Jornadas y la alta calidad de los ponentes y comentaristas hacen del Libro un indispensable instrumento de actualidad para manejarse en el Contencioso Administrativo, y una obligada obra para toda biblioteca no sólo de los administrativistas, sino de los interesados en el Derecho Procesal. El sencillo lenguaje con el cual fueron redactadas las ponencias y comentarios facilita la agradable lectura de los temas tratados.

Estamos seguros que las ideas expuestas en dichos trabajos darán lugar a interesantes comentarios y críticas que servirán de fuente enriquecedora del Contencioso Administrativo y será igualmente útil sistematización del procedimiento contencioso administrativo para los especialistas en la materia y para jueces nacionales y extranjeros.

**Revista Ibero-Latino Americana de Seguros:  
Revista número ocho (8), Junio 1996,  
Publicación patrocinada por la Pontificia  
Universidad Javeriana de Colombia; AIDA-  
CILA y el FIDES, Edit. Javegraf, 1996, Santa  
Fé de Bogotá, Colombia.**

Nuevamente esta publicación especializada nos trae novedoso material, del cual merece destacarse lo relacionado con las secciones siguientes:

En la Doctrinal, se inserta un trabajo del desaparecido maestro argentino, Dr. Juan Carlos Felix Morandi, sobre Seguro de Responsabilidad Civil.

Por igual se incluyen temas de autores de diversos países de nuestra comunidad Ibero Latino Americana, como lo son los de Aydée E. Cáceres Cano y Amanda LL. de Ravaioli, sobre "Responsabilidad Civil y —no fault—"; sobre "Aseguramiento de responsabilidades médicas y hospitalarias", de Joaquín Alarcón F., sobre el novedoso tema de "Cláusulas CLAIMS MADE" dos comentarios, uno a cargo de Evelio Verdera Tuells y otro de Osvaldo Contreras Strauch. De "Acción directa en el seguro de responsabilidad civil" escriben el Profesor Carlos I. Jaramillo, haciendo un examen en Latinoamérica, y María José Fernández Martín, trata el mismo tema desde el punto de vista del Derecho Español.

De "Cita de Garantía del Asegurador" hace un interesante estudio Enrique J. Quintana y finalmente sobre Seguros Privados y Previsión Social escribe Francisco Serqueira Abarca.

En la Sección Técnico-Económica, se incluyen dos estudios , uno de particular novedad, sobre la "Empresa aseguradora ante la globalización" por William Fadul, y otro relativo a un estudio comparativo sobre los desarrollos derivados de la regulación económica de la actividad asegurativa en Chile, Colombia y Argentina por Santiago Osorio Falla.

Finalmente la Sección Legislativa, reseña la Exposición de Motivos de la Ley Española de 1995 sobre ordenación y supervisión de los seguros privados en España, con los comentarios que a la misma hace el ilustrado Profesor y tratadista Fernando Sánchez Calero.

En la parte de Jurisprudencia, se reseñan las novedades en Colombia, sobre Seguro de Transporte y Carga de la Prueba de la cuantía del siniestro. En la Argentina, se relacionan dos interesantes fallos sobre las pruebas que debe hacer el asegurador para poder reclamar la contraprestación del contrato, destacándose el interés de dichas decisiones, por el hecho de que la legislación en ese país, admite el carácter consensual del contrato de seguros.

## **Congresos y eventos**

### **XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**

En el pasado mes de agosto de 1996 tuvieron lugar las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal cuyo país sede fue Colombia en su ciudad Capital, Santa Fe de Bogotá y patrocinadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, la Universidad Externado de Colombia, la Pontificia Universidad Javeriana, el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y la Universidad Libre de Colombia.

El evento contó con la presencia de un nutrido grupo de especialistas internacionales y nacionales. En las mismas se realizó justo homenaje a algunos connotados procesalistas de nuestro Continente Americano, entre los venezolanos, los maestros, José G. Sarmiento Nuñez (q.e.p.d.), Rengel Romberg, y José Rodríguez U.

La organización de las mismas no fue precisamente a la altura del encuentro, pero los temas tratados e interesantes discusiones fomentadas, excusan los defectos en los cuales se incurrió.

En el comentado evento notamos con complacencia la presencia de un nutrido grupo de compatriotas venezolanos interesados por el

Derecho Procesal. Nuestra Facultad estuvo representada por el Director de Postgrados, Dr. Fernando Pérez-Llantada.

Con la culminación de las Jornadas se entregó un interesante volumen en el que se recogen los temas principales objeto de discusión (XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, ISBN -958-616-289-3, Primera Edición, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Agosto 1996, 830 paginas, Editorial Dpto. de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia).

El meollo de los temas tratados estuvo centrado en los siguientes títulos: Tutela y Amparo, Debido Proceso Penal, Futuro del Proceso Civil, Medidas Cautelares en Materia Comercial y Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Iberoamérica. La secuencia de exposiciones en la obra comentada se presenta a través de la presentación de una Ponencia Internacional, Informes Internacionales y Ponencias Nacionales sobre los asuntos citados en los títulos reseñados.

Entre los autores de dichas comunicaciones, sin pretender agotar todos los nombres de los que presentaron trabajos, figuran los conocidos profesores Héctor Fix Zamudio, Alfredo Gozaín, Adolfo Gelsi Bidart, Víctor Fairén Guillen, Enrique Vescovi, Jairo Parra Quijano, Roberto Berizonce, Gualberto Lucas Sosa, Marcos Alfonzo y Cándido Rangel Dinamarco, entre otros.

En adición se presentaron y disertaron sobre varias comunicaciones de los miembros nacionales del Instituto Ibero americano.

En futuras ediciones de la Revista tendremos ocasión de presentar algunos comentarios sobre las ponencias y temas discutidos.

## **II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías**

Del 12 al 15 de noviembre de 1996 se llevaron a cabo en Caracas las Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, distinguido foro que ya se repite sobre la materia, con la participación en añadido a la de nuestro apreciado profesor y miembro de nuestro Consejo de Redacción, Dr. Allan Brewer C., la de un numeroso grupo de profesores especialistas en la materia de Venezuela, con la participación de representantes de Universidades Internacionales, profesores Blanca

Lozano, Louis Favoreu, Tomas Hutchinson, Luciano Parejo Alfonso, Sebastián Martín Retortillo, Sandra Floreli, Pierre Bon, Pedro P. De Almeida Dutra, Peter Straus, Marco D'Alberti y Juan Carlos Henao, de las Universidades Complutense y Carlos III de Madrid, España, Nacional de Argentina, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y Universidad Externado, Bogotá, Colombia, Aix de Marseilles y Pau, de Francia, Belo Horizonte de Brasil y Collumbia, Estados Unidos de Norte América, Aix de Marseilles, Francia.

Entre otros temas tratados, destaca el de las Concesiones Administrativas, el Régimen de las Privatizaciones, de indiscutible actualidad en la Venezuela del momento.

El evento sirvió igualmente de lucido marco para el bautizo del Libro sobre las Segundas Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Administrativo, con sede en Colombia, realizadas el pasado año de 1996, y en las cuales figuró como co-patrocinante y co-editor de la obra, nuestra Universidad Católica Andrés Bello.

## **XVII Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario**

En Montevideo, Uruguay, del 1º al 6 de diciembre de 1996, organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Tributario, se llevaron a cabo las mencionadas XVII Jornadas , conmemorativas en adición del 40º Aniversario de la celebración de la Primera Jornada en ese mismo país.

Los temas centrales fueron «La Imposición a la rentas de las empresas en los procesos de integración y facultades de la administración en materia de determinación de tributos». Actuaron como relatores nacionales por nuestra país los miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Profesores Andrés Eloy León Rojas, en el Tema I y el Dr. José Andrés Octavio en el Tema II.

Durante el curso de dichos eventos se hizo un sentido homenaje al Dr. Ramón Valdés Costa, definitivo motor de dichas Jornadas y veterano conductor de las que ahora reseñamos.

Dentro del mas absoluto orden se cumplieron las actividades del evento, inclusive en la oportunidad en que se discutieron las conclusiones y recomendaciones derivadas de los temas de las XVII Jornadas. Para la fijación de las conclusiones en cuanto al segundo de los temas, tuvo lugar



una rica discusión que obligó a someter a cerrada votación de la asamblea las propuestas que sobre el mismo hubieron de discutirse.

El acto académico de clausura contó con la presencia del Presidente del fraterno país. En el evento se presentaron veinticinco relaciones nacionales de autores pertenecientes a catorce países, de los cuales nueve son sudamericanos, a las que se adicionaron las de México, Guatemala y los tres europeos afiliados al Instituto (España, Portugal e Italia).

Las ponencias y trabajos principales se recogieron en un volumen (XVII Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario, Primera Edición, setiembre de 1996, Impresión Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 605 paginas).

Entre los autores que suscribieron las ponencias, sin enumerar todos los de la lista, caben mencionarse además de los venezolanos reseñados, las de los profesores Juan Carlos Vicchi y Rodolfo Spisso; por Argentina, Manuel Fernández Junquera y Eusebio González García, por España; Pedro Massone Parodi y Juan Goldenberg, por Chile; Andrea Amatucci, por Italia; Stella Maris Nelson de Mello Manier y Alcides Jorge Costa por Brasil; María Celeste Cardona y Manuel H. De Freitas Pereira por Portugal; Juan A. Benitez, Carlos A Borba, Felix Abadí P y Jonas Bergsten por Uruguay, entre otros.

Por igual en próximos números de nuestra publicación haremos referencia a los temas tratados en las Ponencias.

## **XXII Jornadas J. M. Dominguez Escovar**

Como es de costumbre, el inicio del año 1997, se abrió con la celebración de las indicadas Jornadas patrocinadas por el Colegio de Abogados del Estado Lara y su Instituto de Estudios Jurídicos, dedicadas esta vez a los ya transcurridos diez años de vigencia del Código de Procedimiento Civil.

El evento contó con una nutrida concurrencia de colegas de toda la geografía nacional y con las exposiciones y ponencias de conocidos especialistas en Derecho Procesal, entre otros, Pedro A. Zoppi G., Hildegard Rondón de Sansó, Arístides Rengel Romberg, José S. Nuñez Aristimuño, Jesús Eduardo Cabrera, Ramón Escovar León, Mario Pesci Feltri Martínez, Román J. Duque Corredor, Miguel Santana Mujica y René Molina.

Las ponencias se centraron sobre diversos tópicos procesales, pero fundamentalmente se analizaron los mismos bajo la óptica de los beneficios y problemas planteados por el ya hoy decenal vigente Código de Procedimiento Civil, las interpretaciones que ha venido sentando la jurisprudencia sobre algunas de las normas modificadas en la Reforma del 87 y recomendaciones puntuales para su reforma.

Con la cordialidad acostumbrada de los larenses, la perfecta organización que siempre ha dado el Instituto de Estudios de Barquisimeto a dicho evento, y la tradicional puntual y oportuna entrega de la publicación de las Ponencias, se cerró el evento y se inició también la actividad científico jurídica en el año 97.

## **V Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros**

En Madrid, del 16 al 19 de septiembre de 1997 se realizara el mencionado Congreso, en el cual, entre otros, se debatirán los siguientes temas: Derecho aplicable al contrato de Reaseguro, a cargo de la Sección Española; Valoración de los daños personales y su relación con el Seguro, a cargo de la Sección Argentina; Aseguramiento de riesgos extraordinarios y catastróficos, por la Sección Brasileña; Responsabilidad Civil por la elaboración de Productos defectuosos y su aseguramiento, por la Sección Colombiana; La Banca Seguro, nuevo canal de distribución de los Seguros, a cargo de la Sección Peruana ; Tratamiento de las crisis de carácter financiero en las empresas aseguradoras, por la Sección Mexicana; y Los sistemas de pensiones en Iberoamérica, a cargo de la representación Chilena.

Los interesados en participar u obtener mayor información sobre el mentado Congreso pueden comunicarse con AVEDESE-AIDA a la dirección y apartado que de dicha Asociación reseñamos más adelante al comentar las actividades de dicha Asociación.

## **Décimo Congreso Mundial de Derecho de Seguros**

Por igual la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), a través de su Sección Nacional de Marruecos, informa de que en 1998, la hermosa ciudad de Marrakesh cobijará la celebración del citado

evento. Sobre el mismo daremos mayores detalles en nuestra siguiente Revista, pero con la presente reseña procuramos crear la inquietud e interesar a nuestros especialistas en Derecho de Seguros. Al igual que para el Congreso Ibero Latino Americano del Cila, en AVEDESE AIDA les suministrarán toda la información necesaria.

### **Premio Bial Efren Ossa del Comité Ibero-Latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguro**

El Comité Ibero Latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (CILA-AIDA ) através de la Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, anunció las bases del Premio en referencia, destinado a galardonar trabajos relacionados con Derecho de Seguros y la actividad Aseguradora en general. El reconocimiento que se otorga se encuentra enaltecido por el nombre de Efren Ossa, ilustre maestro colombiano de Derecho de Seguros, autor de una completísima obra sobre la materia y de recordada memoria en nuestra Universidad por su participación en la Primeras Jornadas Venezolanas de Derecho de Seguros, cuya sede fue precisamente la UCAB.

El premio en referencia, además del efectivo que reporta al autor del trabajo galardonado, implica la publicación de la obra favorecida con el mismo. Los interesados en conocer las bases y detalles sobre dicho evento pueden dirigirse a la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA). Apartado 51322, Caracas 1050-A.

Con el anuncio de dicho Premio nos satisface por igual informar la publicación del números 9 de la comentada Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, en la cual aparecen importantes trabajos que divulgan lo mas reciente de las tendencias doctrinarias sobre Derecho de Seguros e información legislativa y jurisprudencial sobre la misma a nivel internacional. Los interesados en dicha publicación, pueden por igual dirigirse a la indicada dirección de AVEDESE/AIDA, entidad que tiene a su cargo la distribución de dicha publicación en Venezuela.

## **Noticias de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros -AVEDESE-AIDA (Sección Nacional de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros AIDA)**

Con notorio interés reseñamos la reactivación de la Asociación en referencia, cuyo objeto institucional es precisamente el estudio y divulgación del Derecho de Seguros a nivel internacional y nacional. La Asociación, tiene su sede en el Instituto Universitario de Seguros, Av. Santa Luisa, La California Norte, Apartado 51322, Caracas, 1050-A.

La Asociación cuenta con un órgano de divulgación propio, la Revista Internacional de Seguros, donde se viene reseñando en su ya 182 edición, toda la actividad de AVEDESE, de AIDA del CILA y se vienen publicando trabajos de especialistas nacionales en la materia.

Cabe reseñar la celebración de un reciente foro patrocinado por AVEDESE-AIDA sobre la "Incidencia en Materia de Seguros de las reformas de la vigente Ley de Tránsito Terrestre", al cual concurrió un grupo de abogados especialistas en Seguros y representantes de las empresas de seguros siendo los expositores la Dra. Carmen Helena Figueroa de Gutierrez, Juez Superior Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, y la colega Dulce María Santana especialista en Derecho de Tránsito.

Para los meses subsiguientes se han programado otras jornadas sobre temas tan importantes como «Participación de Capital Extranjero en las Empresas de Corretaje de Seguros» y «Efectos de la nueva Legislación Laboral en la Actividad Aseguradora».



## **Noticias de nuestra Facultad**

### **Varios**

#### **PREMIO PHILIP C. JESSUP EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO A LA UNIVERSIDAD CATÓLICA Y AL GRUPO DE SUS ESTUDIANTES QUE PARTICIPARON EN EL EVENTO**

Con sumo placer reseñamos la noticia, pues, además de la perseverancia con la cual han venido preparando a los alumnos que compiten, ya con la de ahora novena participación en el evento, a la vez debe destacarse que al haber conferido dicho galardón a nuestra Universidad y a sus estudiantes, por primera vez se otorga el mismo a un país hispano-parlante.

Nuestros parabienes a los integrantes del equipo que nos representara en tan importante competencia, Juan A. Olavarría, Antonio López, Ana M. Hernández y María T. Arcaya, ésta ultima a su vez premiada como la mejor oradora de toda la competencia y una especial felicitación a la colega Ana Cristina Núñez Machado y Elizabeth Eljuri, entrenadora del equipo la primera y coordinadora del programa a nivel nacional la

segunda.

Son ejemplos que deben seguirse y nos enorgullecen como venezolanos y Ucabistas.

### **OTORGAMIENTO DEL PREMIO JUSTICIA A LA FACULTAD DE DERECHO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL**

Nos sentimos complacidos al reseñar el otorgamiento del aludido galardón a nuestra Facultad y nos complace especialmente que el Colegio de Abogados esté empeñado ahora en estrechar vínculos con nuestra Facultades de Derecho.

Ciertamente son muchos los proyectos que pudieren acometerse entre nuestra Facultad y el indicado organismo de representación gremial de los abogados. El colega Rafael Veloz ha venido desempeñando una considerable tarea para recuperar funciones propias del Colegio, por lo cual la Revista se congratula y le hace llegar no sólo nuestra palabra de agradecimiento por el Premio tan justamente otorgado, pues si alguien lo merece es esta Casa de Estudios, sino nuestro aliento para que continúe procurando recuperar la imagen del Colegio.

### **SABIA UD.?**

Que el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UCAB, fue fundado durante el año lectivo 1976/77 en el período del Decanato del Dr. Alfredo Morles Hernández y hasta ahora se han desempeñado como sus Directores la Dra. Tatiana B. de Maekelt (77/78); Cecilia Gómez Sosa (79/84); Hugo Mármol M. (85/86); Hans Joachin Leu (87/91); y regentado desde 1992 por su actual Directora Profesora María G. M. de Guerrero .

Desde su fundación y hasta la fecha ha llevado a cabo importantes labores de investigación culminadas con los correspondientes informes y trabajos, entre otros, sobre temas tan variados como Desarrollo Rural; Ordenación y Administración del Ambiente; Ordenación del Territorio; Análisis y Sistematización de la Doctrina Administrativa de la Consultora Jurídica del Banco Central de Venezuela; Régimen Legal de la Administración Descentralizada; Índice de materias sobre temas jurídicos

y sociales en la obra de Andrés Bello; Compilación y Sistematización del Ordenamiento Constitucional Estatal; Sistematización de los Códigos de Policía de los Estados; Consideraciones Jurídicas y Temática de Instrucción a Jefes Civiles del Distrito Federal sobre Mantenimiento de Paseos, Plazas y Parques; Régimen de Propiedad de Desechos Sólidos; Régimen Normativo de las Semillas en Venezuela; Diagnóstico y Evaluación de los Postgrados de Derecho; Aspectos Jurídicos de la Libertad de Expresión en Venezuela; Impunidad y Violación de Derechos Humanos; Estudio sobre los Jueces Itinerantes; Apoyo Investigativo a la Justicia de Paz; Financiamiento de las Instituciones de Educación Superior; Análisis del Amparo Judicial contra Actos Judiciales; Control de la Constitucionalidad y la Jurisdicción Contencioso Administrativa; Análisis de la Descentralización del INCE a través de la Constitución de Asociaciones Civiles.

En materia de menores ha tenido especial relevancia la actividad del Centro, bien con ocasión del Convenio UCAB-UNICEF, bien con la realización de Proyectos independientes, resultado de los cuales han sido, entre otros, el Análisis del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Niñez y Adolescencia (2a. versión), Asesoramiento al Proyecto SUNY-BOLIVIA, Asistencia en el programa UNICEF para adecuación de la normativa sobre Derechos del Niño a los acuerdos internacionales sobre la materia.

A su cargo ha estado igualmente la preparación de los Proyectos de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario y de la Ley de Deportes.

En la actualidad están en curso investigaciones sobre el Régimen Jurídico de los Jueces en Venezuela y sobre los Servicios de Seguridad Privada en Venezuela.

Por igual, en cooperación con la Fundación Polar, ha venido publicando una serie de obras dirigidas a la formación de los estudiantes de Derecho y bajo la denominación de "Cuadernos Docentes", entre los cuales deben citarse La Función Constitucional de los Ministros, a cargo del Dr. José G. Andueza; Temas de Introducción al Derecho del Profesor José R. Hernández (Primera, Segunda y Tercera Parte); y El Trabajo de Investigación en Derecho, Orientaciones Metodológicas, a cargo de Tarcisio Yañez B.



Finalmente, cabe reseñar que el Centro, desde su fundación, ha patrocinado el Concurso Anual de Investigación para Estudiantes de la Facultad de Derecho, al cual se han presentado más de cien trabajos a la fecha.

Felicitemos sinceramente a la Universidad y a la Facultad por el logro obtenido con la creación y sostenimiento del Centro, aplaudimos a sus ex-Directores, apoyamos decididamente a su actual Directora y miembro de nuestro Consejo Editorial, Dra. Moraís de Guerrero y felicitamos a cuantos han realizado trabajos e investigaciones en él, pues por sus resultados, hoy parte de libros y trabajos divulgados en revistas y monografías, sabemos de la gran labor cumplida y la calidad de los estudios y análisis realizados.

### **VIDA DE LA REVISTA**

Como lo anunciáramos con anterioridad, nos resulta imposible preestablecer un valor a las ediciones, ahora semestrales, de nuestra Revista, por ello, y ante la insistente pregunta de nuestros lectores, sobre como inscribirse en ella, repetimos, que pueden hacerlo remitiéndonos por carta o fax, su deseo de aparecer inscritos en el Listado de Distribución y oportunamente les haremos llegar información sobre la publicación de cada nuevo número. Por ahora tenemos que lamentar informar el incremento del valor del ejemplar 50 de la revista, a Bs. 7.000. En caso de que los pedidos sean del interior, además será igualmente cargado el importe de correo o servicio de entrega especial, según lo soliciten los interesados.

### **NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA COLABORACIONES EN LA REVISTA**

El Consejo Editorial de la Revista dictó y puso en vigencia las Normas en referencia, que transcribimos para el buen uso de nuestros apreciados colaboradores.

### **NORMAS PARA LA INSERCIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UCAB**

1. Todo material enviado a publicación será sometido a revisión por el Consejo Editorial o de Redacción, reservándose la Revista, a su solo

arbitrio, y sin necesidad de motivación, acordar o no su inserción en la misma.

La Revista dará prioridad y se reserva a su sola discreción, seleccionar los trabajos enviados y autorizar su publicación. Serán criterios de preferencia el carácter inédito del trabajo, su novedad, actualidad y contenido.

La Revista se reserva ordenar su inserción en cualquier número de los que edite pero procurará dar aviso al autor sobre el número para el cual se destine la inserción del trabajo.

Aún autorizada la inserción de un trabajo, si se detectare su publicación antes de aparecer en la Revista, ésta se reserva excluirlo de publicación.

2. Los trabajos enviados deberán acompañarse de un breve curriculum del autor, con indicación de su teléfono y dirección donde pueda ubicárseles, así como de un Resumen de su contenido, preparado por el mismo autor, con extensión no mayor a 20 líneas. Todos los trabajos deben enviarse en castellano, pero es recomendable acompañar texto adicional del resumen en idioma inglés.

La extensión de los trabajos se procurará mantenerla de 30 a 50 paginas tamaño carta a doble espacio.

Las notas y bibliografía deben insertarse en el texto en paréntesis, bajo numeración corrida, con indicación de autor, obra y fecha e incluirlas al final de texto, no a pié de página.

Los trabajos deben remitirse en dos ejemplares a máquina y su correspondiente versión en Diskette (Mac, IBM o compatible con dichos sistemas).

3. La remisión de los trabajos a la revista lleva implícita la cesión de los derechos de autor y la autorización para su edición y reedición al solo juicio de la revista. La Revista no podrá ceder los derechos de autor a otras empresas editoriales sin permiso escrito del autor.

4. Los autores asumen plena responsabilidad por el contenido de sus trabajos y por su paternidad, así como el estilo para su inserción. La Revista podrá ordenar una revisión simplemente ortográfica y de sintaxis, así como las normas sobre unificación de estilos para publicación (títulos, subtítulos, negritas, etc).

5. Los comentarios sobre Leyes y Jurisprudencia deben venir acompañados del texto íntegro de la Ley o Sentencia que son objeto de comentarios. Cuando se trate de comentarios a sentencias, la Dirección se reserva hacerlos publicar bien bajo la autoría de quien los remite o del correspondiente Comité de Revisión Jurisprudencial de la Revista, manteniendo el anonimato de sus integrantes.

6. A cada autor se hará entrega de tres ejemplares gratuitos de la correspondiente Revista donde aparezca la publicación. La Dirección de Publicaciones, sólo en casos excepcionales, podrá acordar con los autores, por cuenta de ellos y de acuerdo con la Editorial, edición de separatas, en los términos y condiciones que se estimen convenientes a su solo juicio.

La Dirección de Publicaciones concederá descuento especial a los autores de artículos que requieran diez o más ejemplares de la revista en el que aparezcan insertados sus trabajos.

7. Los trabajos deben remitirse directamente al Director de la Revista, atención de Alberto Baumeister Toledo, a una cualquiera de las siguientes direcciones:

- Torre América, Av. Venezuela, Bello Monte, PH-B-Este, Caracas.
- Apartado Postal 812,, Caracas 1010-A, Caracas, Venezuela.  
Atención: Alberto Baumeister T.

La presentes normas fueron aprobadas en el Consejo Editorial de la Revista el día 31 de enero de mil novecientos noventa y siete.

## **VIDA DE LA FACULTAD**

Durante los meses que antecedieron al presente número reseñamos la visita de los Profesores Federico Arnau y Rafael Bernard, respectivamente, de las Facultades de Derecho de las Universidades de Castellón y Zaragoza.

Se programaron eventos de divulgación sobre el Régimen de Reforma de las Prestaciones Sociales y Régimen Salarial, en los cuales se contó con la activa participación de la entonces Directora General del Ministerio del Trabajo, Dra. María Bernardoni de Govea, hoy Titular del citado Ministerio, del Dr. Antonio Espinoza Prieto, especialista en Derecho Laboral y con el grupo de Profesores de la Cátedra de Derecho

del Trabajo de la Escuela.

Se prestó la colaboración al Centro de Estudiantes de la Facultad y a grupos de estudio integrados por alumnos de la Escuela, "Abocat e Iniciativa y Desarrollo" para la realización de conferencias sobre la Reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal, la realidad Carcelaria Venezolana, Alienación del Hombre y Derecho Inquilinario.

### **PROMOCIONES**

El pasado año culminaron sus estudios de derecho 529 alumnos, integrantes de cinco promociones apadrinadas por los Profesores Alvaro Badell M., Pedro Pablo Aguilar R., Andrés Méndez Carvallo, Cesar Augusto Mena, Alfonso Graterol Jatar y María Amparo Grau.

Debe hacerse especial referencia a que en las mismas obtuvieron mención *Summa Cum Laude*, Sergio Casinelli V, Aida López T., Betty Andrade R., Natalija Vojvodic Romero, Jorge David Vila R. y Alberto Benshimol Bello, y once otros integrantes obtuvieron mención Cum Laude. Nuestras cálidas felicitaciones y reconocimiento, pues sabemos el esfuerzo, constancia y dedicación que implica mantener los niveles de notas para obtener dichas menciones.

### **NUEVOS PROFESORES**

Registramos y damos la bienvenida al claustro de profesores, a los siguientes colegas: Oscar Arnal, José R Ayala, Alvaro Badell, Moritz J. Eiris Bonilla, Fernando Fernández, José H. Mileo, Armando Giraud, Carlos Martínez C, Leopoldo Martínez N., Luis Morales La Paz, Arturo Peraza, Rafael Viso Ingenuo y Aura Torres H.

### **POSTGRADOS EN DERECHO**

Para los fines de debida información debe destacarse que en el curso de esta y la anterior publicación, la Facultad mantiene 21 (veintiún) cursos de Postgrado en Derecho, siendo de señalar que en Caracas se imparten las especialidades de Administrativo, Familia y Menores, Ciencias Penales y Criminológicas, Derecho Económico, Derecho Financiero, Derecho Mercantil, Derecho Procesal y Derecho Laboral.

En el interior, se encuentran en curso las siguientes especialidades por zonas: Barquisimeto, Derecho Administrativo y Derecho Mercantil; Maturín y Trujillo de Ciencias Penales y Criminológicas; Puerto Ordaz, Familia y Menores y Procesal Civil; Barinas y Ciudad Bolívar, Derecho Mercantil; Acarigua, Maracay y Maracaibo, Derecho Procesal; El Tigre, Derecho Mercantil y Derecho Laboral; Valencia, Derecho Administrativo y Cumaná, Derecho del Trabajo.

Como cabe colegir de lo reseñado, la Facultad de Derecho de la UCAB mantiene presencia en la casi totalidad del territorio nacional.

## **Necrológicas**

Durante el período de tiempo transcurrido desde la publicación del número anterior de nuestra Revista a la de éste, deploramos informar el fallecimiento del Dr. Arturo Sosa, hijo, quien fuera miembro del Consejo Fundacional de la Universidad Católica Andrés Bello, padre del actual Vice Canciller de la Universidad, activo participante en la vida institucional democrática de nuestro país, quien desempeñara en varias oportunidades altos cargos públicos y conocido hombre de empresa.

Por igual debemos reseñar la lamentable desaparición del Dr. Otho Perret Gentil, así mismo catedrático en nuestra Universidad y en la Central de Venezuela de Derecho Mercantil II (Seguros y Quiebra), fundador de la Sección Venezolana de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA, hoy AVEDESE-AIDA), de reconocida trayectoria empresarial en materia de seguros y activo participante en la Cámara Venezolana de Aseguradores.

Damos cuenta también del fallecimiento del Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, estudioso del Derecho Procesal Civil, quien se desempeñara como Magistrado tanto de la extinta Sala Federal como de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, del Consejo de la Judicatura, del Colegio de Abogados del Distrito Federal, activo abogado litigante, ex miembro del Directorio del Instituto Ibero Americano de Derecho Procesal y padre de los cinco colegas Sarmiento Sosa, todos vinculados a nuestra casa de estudios.

Deploramos igualmente reseñar la muerte del Dr. Luis María Olaso S.J., también especialmente vinculado a nuestra Facultad, y a la actividad jurídica del país, quien fuere catedrático de Introducción al Derecho y de

Filosofía del Derecho en la UCAB y en la Universidad Central de Venezuela, ex director y Decano de nuestra Facultad de Derecho, luchador a brazo partido por los Derechos Humanos, materia sobre la cual hubo de desempeñarse brillantemente en varios acontecimientos de nuestro país en el cargo que le asignara originalmente el Dr. Ramón Escovar S., en la oportunidad de su desempeño como Fiscal General de la República, con lo cual también se sentó un ejemplo en la historia de nuestra Venezuela democrática, al designar un Sacerdote para la División de Derechos Humanos de esa entidad.

El padre Olaso dejó importante obra escrita sobre Introducción al Derecho. Desde la Parroquia Universitaria de la Universidad Central realizó encomiables labores vinculadas tanto a lo social como a lo jurídico, por todos conocidas y con su ejemplo aglutinó a numerosos estudiantes de ambas Universidades imbuyéndoles de su afanada preocupación por los desposeídos

En el acontecer jurídico internacional, igualmente nos cabe reseñar la desaparición del Dr. Juan C. Félix Morandi, eximio catedrático Argentino de Derecho de Seguros, autor de numerosos trabajos sobre la materia, quien además se desempeñara con todo acierto en la Judicatura Argentina. Fue Presidente de la Sección Argentina de AIDA, fundador con el también desaparecido profesor J. Efrén Ossa del Comité Ibero Latino Americano de Derecho de Seguros, adscrito a la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, gran amigo y colaborador de la Sección Venezolana de Aida. El maestro fallecido fue un incansable promotor de la unificación de la legislación Ibero Latino Americana en materia de Seguros. Notaremos su ausencia en los Congresos del CILA y de AIDA y añoraremos su afanosa amistad.

Sólo nos cabe hacer llegar a todos los familiares y amigos de los que se nos fueron, nuestra sentida condolencia, y esta Revista se hace vocera del pesar que soporta el mundo científico del Derecho por la pérdida de tan importantes integrantes de su entorno.



## **In Memoriam José Gabriel Sarmiento Núñez: Semblanza de un jurista**

Carlos J. Sarmiento Sosa

El fallecimiento de un ser humano se considera como algo normal, natural, atinente a su condición: Se nace, se crece y se muere; pero resulta que en el caso de José Gabriel Sarmiento Núñez no puede hacerse referencia a su deceso ocurrido el 13 de noviembre de 1996 como un hecho que tenía que suceder algún día. No, él ha sido un jurista a carta cabal, como lo demostró en las distintas actividades que, como Magistrado y profesional del derecho, cumplió durante sus cincuenta y tres años de fructífera carrera profesional.

Nace el 28 de enero de 1919. Hijo del general Eliseo Sarmiento y de doña Carmen Núñez Mayz. Muy pronto, y a escasos seis meses de su nacimiento, su padre fallece, quedando al cuidado de su madre, junto con sus hermanos Alberto Eliseo y Susana.

Con el correr del tiempo, comienza sus estudios de primaria en el Colegio San Francisco de Sales, de Sarría, regentado por los Hermanos Salesianos; y posteriormente, ingresa en el Liceo Andrés Bello, de Caracas, donde obtiene el grado de bachiller en Filosofía y Letras.

En 1937, ingresa en la Universidad Central de Venezuela, donde obtiene, en 1943, el grado de Doctor en Ciencias Políticas y Sociales. Posteriormente, obtiene su grado de Abogado, otorgado por la Corte Suprema del Distrito Federal. Entre sus compañeros, Jóvito Villalba, René



De Sola, Arturo Brillembourg, Felipe Casanova, José Andrés Octavio, J. M. Siso Martínez, Vincencio Báez Finol, Martín Matos Arreaza, Eduardo López de Ceballos, Lope Tejera y otros noveles abogados que luego ocupan importantes posiciones en la vida venezolana.

Tan pronto puede, instala su bufete particular y se dedica de lleno a lo que luego será una de las grandes pasiones de su vida: El litigio. En esta actividad, se mantiene hasta 1952, cuando por razones políticas, se ve forzado a trasladarse temporalmente a Madrid, España, acompañado de su esposa Rosita Sosa de Sarmiento, con quien contrae nupcias en el mismo año de su graduación de abogado.

Durante la estadía en España, se dedica a perfeccionar sus conocimientos jurídicos y se inscribe tanto en la Universidad Complutense como en la Escuela de Práctica Jurídica, de la cual egresa en 1956 como el alumno número uno de su curso. En ambas instituciones conoce a distinguidos juristas españoles, entre ellos el profesor Jaime Guasp, de quien sería luego ferviente seguidor de su escuela en Venezuela, y al profesor Pedro Aragoneses Alonso. Con éste, entabla entrañable amistad.

De regreso a Venezuela, en 1959, es electo Vocal de la Corte Federal por el Congreso Nacional, donde comparte la magistratura con ilustres juristas, entre ellos, José Román Duque Sánchez, Eloy Lares Martínez, Hugo Ardila Bustamante, Ezequiel Monsalve Casado, José Ramón Medina, Julio Horacio Rosales, Carlos Acedo Toro, Jonás Barrios, Saúl Ron Troconis, Julio Cesar Leñez Recao, J. M. Padilla, Miguel Angel Landáez.

Una de sus primeras actuaciones en la Corte Federal fue el acuerdo de extradición del ex dictador Marcos Pérez Jiménez, refugiado en los Estados Unidos. Cabe mencionar aquí que fueron múltiples los motivos de la solicitud de extradición, pero José Gabriel, pese a haber sido perseguido político del régimen del ex mandatario, como ponente de la decisión, sólo consintió en que la extradición se tramitara por el delito de peculado y malversación, mas no por otros, por cuanto no existían, en su criterio, suficientes elementos de convicción. El gobierno americano acuerda la extradición.

A raíz de la Constitución de 1961, es electo como magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia llegando a desempeñar la Presidencia de la misma y, a la vez, Presidente del Consejo Judicial, organismo precursor del Consejo de la Judicatura. En ambas posiciones se mantiene hasta 1966, cuando voluntariamente renuncia para dedicarse al ejercicio profesional.

Su gestión en la Judicatura nacional aún se recuerda con entusiasmo. Especialmente, su rectitud y apego a la ley, debiendo recordar algunas de las difíciles circunstancias por las cuales le tocó pasar. En efecto, para los años sesenta, la naciente democracia venezolana se tambalea entre las amenazas de la derecha golpista y la guerrilla. El entonces Presidente Rómulo Betancourt ordena la detención de los congresantes de izquierda colaboradores de los grupos guerrilleros y, enseguida, solicita a la Corte la inhabilitación del Partido Comunista de Venezuela y del Movimiento de Izquierda Revolucionaria.

Presiones de todos lados se hacen sobre los magistrados. Halagos, amenazas, insinuaciones. Mas, firme y decididamente, se opone y salva su voto optando por la justicia, a sabiendas de que ponía en juego al sistema democrático. “Mis hijos mayores —dice— estudian derecho y no quiero que el día de mañana se avergüencen de una actuación mía”.

En otra oportunidad, el distinguido jurista Tito Gutiérrez Alfaro solicita a la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de ciertos artículos del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de América.

Perseguía el doctor Gutiérrez Alfaro que, anulados los artículos en cuestión, la causa que se seguía al extraditado ex dictador Pérez Jiménez ante el Supremo Tribunal quedaba sin base y, en consecuencia, procedía el sobreseimiento de éste.

Nuevamente cabildos, reuniones secretas, insinuaciones. La Corte se declara incompetente para conocer de la inconstitucionalidad solicitada pero no se amilana y salva su voto a sabiendas de que su tesis favorecía al que en el pasado había sido su adversario político. Únicamente lo acompañó en su disidencia el magistrado Duque Sánchez, uno de sus más fieles amigos.

Otra ocasión que debe mencionarse fue la postura asumida frente al proceso de extradición del general Pérez Jiménez. Manifiesta su oposición a la ponencia que circulaba entre los Magistrados por cuanto si bien estaba de acuerdo con el dispositivo del fallo, disentía de su motivación. Ante la imposibilidad de salvar el voto, se abstiene públicamente de asistir a la audiencia al momento de publicarse la sentencia.

Durante los años 1962 y 1963, ejerce la Presidencia del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Allí, rescata la institución del abandono y de la desidia y logra que los abogados acudan y se familiaricen con su

sede, donde funda y dirige la Escuela de Práctica Jurídica. Bajo el lema “Por una acción estrictamente gremialista”, su gestión se mantiene alejada de la actividad de los partidos políticos y el Colegio alcanza un merecido sitial dentro de los abogados de la época.

Muchas otras situaciones pueden aludirse. Pero en 1969 el Congreso le elige Primer Suplente del Fiscal General de la República, lo que le obliga a asumir la Fiscalía General en distintas oportunidades. Mientras, ejerce activamente la profesión en el Escritorio Jurídico Sarmiento Núñez, la Presidencia de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, la Presidencia de la Federación Interamericana de Abogados y la representación para Venezuela del Centro para la Paz Mundial a través del Derecho.

En esa misma época, obtiene una medalla de oro como ganador de un concurso organizado con motivo del centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y es condecorado por el gobierno de España con la Orden de San Raimundo de Peñafort por los servicios prestados a la justicia.

A raíz del vencimiento de su período como Fiscal Suplente, se retira de la vida pública activa, limitándose a opinar sobre aspectos atinentes al derecho, bien en dictámenes y memoranda, bien en su columna “Temas Jurídicos”, en el diario *El Universal*, de Caracas.

Como litigante, interviene en célebres procesos. Como jurista, investiga en la ciencia del derecho procesal y sobre la administración de justicia. Como padre, forma a sus hijos para el derecho.

Las fronteras de la patria se le hacen pequeñas. Se traslada a numerosos congresos, seminarios y foros internacionales, siempre relacionados con el derecho. Instituye junto con otros juristas del continente, la Conferencia Judicial de las Américas en San Juan de Puerto Rico y propugna la “Declaración de San Juan”, que contiene los principios básicos de la carrera judicial.

En 1989, es electo Vice Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde se desempeña hasta septiembre de 1996. Allí colabora con grandes procesalistas como Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi Bidart, Alfredo Buzaid, Hernando Devis Echandía, Hernando Morales, Hugo Pereira, Víctor Fairén Guillén, Aristides Rengel Romberg, Pedro J. Mantellini, Arminio Borjas, Mariolga Quintero, Mario Pesci Feltri, Ricardo Henriquez La Roche, Pedro Alid

Zoppi, Hector Peñaranda, Rafael Hinojosa, Sara Aragonese Martínez y otros distinguidos juristas.

En 1991, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales le elige por unanimidad Miembro de número donde ocupa el sillón Nº 17 y en 1993 pasa a desempeñar la Secretaría de la institución.

Escribe numerosas monografías que son publicadas en distintas revistas especializadas nacionales y extranjeras, entre ellas el “Sistema y método de enseñanza del Derecho Procesal Civil”, en el cual sigue con fidelidad las enseñanzas de su antiguo profesor Jaime Guasp. Publica “Condiciones Sustanciales del Recurso de Casación”, adaptado al Código de Procedimiento Civil de 1916 y, posteriormente “El Recurso de Casación”, que constituye su trabajo de incorporación a la Academia. Finalmente, publica un opúsculo denominado “Crítica a la Casación de Oficio”, que ve la luz en octubre de 1996.

Además de la Orden de San Raimundo de Peñafort, su más preciado galardón, recibe la Orden del Libertador en su grado de Comendador, la Orden Francisco de Miranda en su primera clase, la Orden al Mérito en el Trabajo en su primera clase, la orden Arminio Borjas de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela en su primera clase, la Orden Bicentenario del Colegio de Abogados del Distrito Federal en su única clase.

Durante el mes de agosto de 1996, prepara viaje para asistir a las XV Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a celebrarse en Bogotá del 10 al 13 de septiembre de 1996 y acaba de finalizar su última investigación jurídica todavía inédita: “Inconstitucionalidad del Decreto Presidencial que aumenta el límite máximo de la cuantía para interponer el recurso de casación”. Bulle de emoción porque va a ser homenajeado como Vice Presidente del Instituto pero, lamentablemente, suspende el viaje por motivos de enfermedad. Allí, quien esto escribe recibe en su nombre la medalla que le es concedida y se la trae a su lecho de enfermo.

Dos meses después, una triste madrugada del 13 de noviembre de 1996, José Gabriel Sarmiento Núñez entra en la inmortalidad, rodeado del amor de “la consecuente y bondadosa compañera de su vida” como él la llamó en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sus hijos y sus nietos.

Esta es la breve reseña de un jurista, de un profesional del derecho que, como el autor de estas líneas dijera con ocasión de la constitución

CARLOS J. SARMIENTO SOSA

de la “Cátedra Fundacional Protección Procesal de los Derechos Humanos doctor José Gabriel Sarmiento Núñez” en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, encarnó el modelo de abogado descrito por Angel Ossorio en “El Alma de la Toga”, y que amó con tal pasión su profesión que se llenó de orgullo y satisfacción cuando sus cinco hijos y tres de sus nietas se hicieron abogados.

Pero ante todo, fue padre y amigo...

ESTE EJEMPLAR SE TERMINO DE IMPRIMIR  
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL TEXTO  
AV. EL CORTIJO, QTA. MARISA, N° 4  
LOS ROSALES - CARACAS - VENEZUELA

