

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

**REVISTA
DE LA
FACULTAD
DE DERECHO**

1953 - CUADRAGESIMO ANIVERSARIO - 1993

**OCTUBRE 1993
NUMERO 47
CARACAS, VENEZUELA**

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

**Doctor Luis Ugalde S.J.
Rector**

**Doctora Maritza Barrios Yaselli
Vicerrectora Académica**

**Economista Rafael López Casuso
Vicerrector Administrativo**

**Economista Gustavo Sucre Eduardo S.J.
Secretario**

**Doctor Fernando Pérez - Llantada S.J.
Decano de la Facultad de Derecho**

ISSN: 0255-5328

La Revista no se hace responsable por el contenido de los artículos firmados ni por originales no solicitados.

Se solicita canje con publicaciones análogas a esta Revista.

SUMARIO

Presentación, <i>Fernando Parra Aranguren</i>	9
---	---

DOCTRINA

Aspectos financieros y fiscales de los servicios públicos locales, <i>Juan D. Alfonzo Paradisi</i>	21
Hechos y valores en la Teoría de la Justicia de John Rawls, <i>Magaly Pérez Campos</i>	45
La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana, <i>Hermann Petzold-Pernía</i>	61
Evolución de la intervención del Estado en la industria de hidrocarburos, <i>Jorge Luis Suárez M.</i>	83

LEGISLACION

El principio de la unidad económica de la empresa en la Ley Orgánica del Trabajo, <i>Julio R. Alfonzo Sotillo</i>	127
Notas relativas a la prescripción y a la caducidad en la determinación de la obligación tributaria y de las sanciones tributarias contenidas en el vigente Código Orgánico Tributario, <i>Federico Araujo Medina</i>	133

Consideraciones generales sobre los trasplantes de órganos y otras materias afines, *José Andrés Fuenmayor García* 147

Reglamento Orgánico de las Universidades Privadas de 21 de agosto de 1953. 159

DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

La sentencia Giorgio Armani y la defensa de nombres en Venezuela, *Víctor Bentata* 167

Sentencia de 1 de febrero de 1990, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa 182

La valoración probatoria en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: comentarios jurisprudenciales, *Elsie Rosales* 193

Sentencia en el caso Consorcio Impregilo-Suramericana de Obras Públicas vs. CADAPE, Tribunal Arbitral 225

COLABORACIONES ESTUDIANTILES

La protección internacional de los derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo, *Astrid Mattar Torbay* 327

VARIOS

Acto Inaugural de la Universidad Católica Andrés Bello, 24 de octubre de 1953: 351

Palabras pronunciadas por el Excelentísimo y Reverendísimo señor Nuncio Apostólico, Monseñor Angel Lombardi 351

Palabras del ciudadano Ministro de Educación, doctor José Loreto Arismendi 355

Discurso del Rector de la Universidad Católica Andrés Bello, R.P. doctor Carlos G. Plaza, S.J.	358
Acto Homenaje al doctor José Loreto Arismendi, 18 de marzo de 1993:	368
Palabras del Rector, R.P. doctor Luis Ugalde S.J.	368
Palabras de la señora Ana Teresa Arismendi, a nombre de los familiares del homenajeado	372
Acto de Reconocimiento a los Fundadores, 23 de junio de 1993:	376
Palabras del doctor Gonzalo Parra-Aranguren	376
Palabras del Rector, R.P. doctor Luis Ugalde S.J.	380
Acto de Reconocimiento al Episcopado venezolano, 10 de julio de 1993:	385
Palabras del Rector, R.P. doctor Luis Ugalde S.J.	385
Discurso de Orden, Ingeniero Guido Arnal Arroyo	389
Palabras de S.E. José Alí Cardenal Lebrún Moratinos	395

Presentación

1.- Este número de la Revista está dividido en cinco secciones: Doctrina, Legislación, Decisiones Judiciales, Colaboraciones Estudiantiles y Varios.

2.- La primera contiene estudios de Juan D. Alfonzo Paradisi (**Aspectos financieros y fiscales de los servicios públicos locales**), Magaly Pérez Campos (**Hechos y valores en la Teoría de la Justicia de John Rawls**), Hermann Petzold-Pernía (**La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana**) y Jorge Luis Suárez M. (**Evolución de la intervención del Estado en la industria de hidrocarburos**).

A.- El trabajo de Juan D. Alfonzo Paradisi -basado en una conferencia dictada por el autor en Puerto Ordaz, el 26 de marzo del presente año, en el Foro organizado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, sobre el régimen jurídico de los servicios municipales- versa, como su nombre lo señala, sobre los aspectos financieros y fiscales de los servicios públicos locales y está dividido en seis partes: una, relacionada con el concepto de servicio público; la segunda con su clasificación; la siguiente con los modos de gestión; la cuarta con los ingresos obtenibles por servicios municipales; la quinta con la naturaleza de las contraprestaciones obtenidas por los servicios analizados; y la última con otros aspectos financieros y tributarios relacionados con los mismos.

De su análisis concluye el autor: “somos de la opinión que los servicios públicos locales deben dejar de apreciarse desde una perspectiva necesariamente

deficitaria desde el punto de vista financiero. Deben implementarse nuevas políticas acorde a los tiempos actuales y llevar a cabo aquellos servicios que puedan ser eficientemente prestados. En efecto, pueden nacionalizarse ciertos servicios, otros privatizarse o racionalizarse, otros llevarse a cabo a través de concesiones y otros directamente por los entes locales”, por una parte, y, por la otra, “las contraprestaciones recibidas por la prestación de servicios locales, en su mayoría se trata de precios, pero en otros casos estamos en presencia de verdaderas ‘tasas’, las cuales deben cumplir a cabalidad con el principio de legalidad tributaria para así garantizar los derechos de los contribuyentes”.

B.- “En el estudio de la Política como disciplina científica -afirma Magaly Pérez Campos- se plantea una inevitable tensión entre los hechos empíricos a ser explicados (...) y la relevante presencia de valores”. La **Teoría de la Justicia** de John Rawls “intenta dar respuesta al insoslayable problema de la tensión existente entre hechos y valores en el ámbito de la Ciencia Política contemporánea” y, por ello, puede “ser vista como un intento innovador de dar respuesta a la referida tensión por medio de la combinación de dos requerimientos fundamentales (...): 1.- La observación, recolección y explicación de los datos empíricos relevantes de una manera sistemática y libre de valores; y 2.- La formulación, desarrollo y promoción de valores morales indispensables a fin de cumplir con la responsabilidad innegable de la Ciencia Política en lo que concierne a la vida democrática en sociedad”.

La obra de Rawls -considera la autora- ha “combinado los dos principales polos de la Ciencia Política actual: aquel que aboga por una idea estrictamente científica de la política, con la utilización, en este caso, del método de elección racional, y por otra parte, el polo comprometido con el estudio ético y normativo que hace de la medición de las políticas públicas en relación con ciertos valores morales concebidos con anterioridad y de la valoración de los regímenes en atención a su apego a estos valores el centro de su actividad”. La tesis de Rawls, sin embargo, no está exenta de críticas, las cuales son, asimismo, analizadas por la autora.

C.- Generalmente, “las discusiones sobre los derechos de la persona humana (...) -destaca Hermann Petzold Pernía- son de naturaleza jurídica, ética y/o política aunque en última instancia son de índole filosófica o metafísica”. Por ello, “todas las concepciones de la persona humana están condicionadas espacio-temporalmente”.

No siendo las personas idénticas, el problema de su igualdad consiste en “la determinación de los aspectos o elementos en los cuales son **semejantes** (...). O más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como ‘esenciales’ o ‘relevantes’ y la estimación como ‘accidentales’ o ‘irrelevantes’ de los demás”.

“Las diferentes formulaciones jurídicas de la noción de igualdad, señala el autor, están fundamentadas en los principios jurídicos de igualdad **ante** la ley y de igualdad **en** la ley”. En el primer caso, se plantea una igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales; en el segundo, “la ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente”.

Como secuela de lo expuesto, en “un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan por finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (...), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de **igualación social**”. Este principio “sería, con relación a la exigencia de la igualdad **en** la ley, como la otra cara de la moneda, ya que si se trata igualmente a (...) personas que se hallen entre sí en una situación fáctica de desigualdad, a las que se encuentran en desventaja-**débiles sociales**-, se las convierte, además en **débiles jurídicos**, no habiendo entonces, una verdadera igualdad **en** la ley”.

D.- “La intervención del Estado venezolano en la industria de hidrocarburos -apunta Jorge Luis Suárez M.- puede dividirse en varias etapas, en cada una de las cuales el grado de intervención es diferente”. El estudio de éstas, y la exposición de unas consideraciones finales, es el objeto de su estudio.

La primera etapa va desde el descubrimiento de los yacimientos petrolíferos hasta la vigencia de la Ley de Hidrocarburos de 1943; la siguiente, hasta el final del régimen del General Pérez Jiménez; una tercera de “prenacionalización de la industria petrolera”; y la cuarta, en la cual “el Estado se reservó las actividades relacionadas con la industria y el comercio de hidrocarburos”.

Considera, sin embargo, el autor, que puede predecirse el advenimiento de una nueva etapa, en la cual se devolverá, “por lo menos parcialmente, esta industria a las manos privadas, por lo menos en áreas en las que el Estado no está

interesado en participar, por ser poco rentable, o porque simplemente no tenga el dinero para hacerlo y necesite de la inversión privada como sucede con el Proyecto Cristóbal Colón”.

3.- En la sección de **Legislación** se difunden tres estudios: uno de Julio R. Alfonzo Sotillo (**El principio de la unidad económica de la empresa en la Ley Orgánica del Trabajo**), el segundo de Federico Araujo Medina (**Notas relativas a la prescripción y a la caducidad en la determinación de la obligación tributaria y de las sanciones tributarias contenidas en el vigente Código Orgánico Tributario**) y el otro de José Andrés Fuenmayor García (**Consideraciones generales sobre los trasplantes de órganos y otras materias afines**). Igualmente, se divulga el Reglamento Orgánico de las Universidades Privadas de 21 de agosto de 1953, instrumento normativo que hizo posible la fundación de la Universidad Católica Andrés Bello.

A.- “El principio de la **unidad económica** de la empresa -asevera Julio R. Alfonzo Sotillo- más que una categoría jurídica constituye un concepto económico y como tal debe ser entendido (...) descansa de modo inmediato y directo en la identidad o conexidad de los fines económicos propuestos entre todas las unidades parciales componentes de la empresa, en su sentido unitario o global; y, mediatamente, en el derecho del dueño o poseedor de esas unidades parciales de explotarlas”.

B.- Como su título lo indica, el ensayo de Araujo Medina pretende “hacer los distingos pertinentes a las instituciones conocidas como la prescripción y la caducidad, sus aplicaciones y efectos en el ámbito de nuestro Derecho Tributario, fundamentados en la normativa contenida en el Código Orgánico Tributario, concretamente en los dispositivos que aquí se enuncian: artículo 52 al 57, (...) en relación a la obligación tributaria y aquellas normas contenidas en la Sección Segunda del Título Tercero, en lo relativo a las infracciones y sanciones tributarias. Adicionalmente, las normas contenidas en los artículos 91 y 92 del aludido Código Orgánico”. Esto es, excluye de su análisis lo relacionado con la prescripción de las sanciones privativas de la libertad.

C.- José Andrés Fuenmayor García comenta algunas disposiciones de la Ley sobre el Trasplante de Organos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de 1992. Esta normativa, aun cuando constituye un gran paso de avance en

relación con la abrogada de 1972, “estableció soluciones que tocan profundamente temas jurídicos y de teología moral, llegando a soluciones prácticas sin ocuparse de regular dichos temas”.

El autor pretende determinar desde el punto de vista jurídico -esto es, “despojándose de todo lastre mental y religioso”- quién es el propietario del cadáver apoyándose en las normas del Código Civil y en los principios generales del Derecho. El tema ha adquirido extraordinaria importancia a raíz del inicio de los trasplantes: el ser humano -sujeto de derecho en vida- deviene cosa al morir y, como tal, es “susceptible de propiedad conforme al artículo 525 del Código Civil, propiedad esta que al pie de la letra de la disposición establecida en el artículo 796 *ejusdem* puede adquirirse por ocupación”. El cadáver, como secuela, es “susceptible de apropiación y la nueva Ley (...) regula mediante presunciones quién es el propietario”.

En otras palabras, pretende responder diversas preguntas: “¿Mi cuerpo es mío?”, “¿Cuál es la naturaleza jurídica del cuerpo de una persona viva?”, “¿Tiene derecho la persona humana a disponer total o parcialmente de su propio cuerpo en vida?”, “¿De dónde emerge tal derecho?”, las cuales llevan al planteamiento central de su meditación, esto es, ¿en dónde estamos situados jurídicamente frente a tan inmenso problema desde el sólo punto de vista jurídico?”. Frente a estas interrogantes es necesario comprender el cambio radical acaecido: “El concepto privatístico de la más absoluta inviolabilidad de la integridad física de la persona (...) comienza a ser penetrado por un concepto publicista de que también la persona es un ‘objeto de derecho’”, un bien. “La próxima reforma constitucional -sostiene Fuenmayor García- sería una buena oportunidad para definir este campo con precisión dentro del régimen de los derechos individuales”.

4.- En la siguiente sección, **Decisiones Judiciales**, se divulga una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, de 1 de febrero de 1990, conocida en el medio como la sentencia “Armani”, con comentarios de Víctor Bentata. Un estudio de Elsie Rosales (**La valoración probatoria en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas: comentarios jurisprudenciales**). Igualmente, se difunde una sentencia dictada por un Tribunal Arbitral en el Caso Consorcio Impregilo-Suramericana de Obras Públicas vs. CADAPE.

A.- El 8 de abril de 1986, la empresa italiana Giorgio Armani S.P.A. demandó “la declaratoria de nulidad por ilegalidad de la Resolución 759-B de fecha 05-02-84 dictada por el Registrador de la Propiedad Industrial, publicada en el Boletín N° 304 del 31-05-85, ‘según la cual se niega la solicitud de nulidad de la marca **Giorgio Armani**, a favor de Luis Fossati, clase 39, del 25 de abril de 1982, N° 94.184, Resolución ratificada por el ciudadano Ministro de Fomento, por silencio administrativo’”. El actor solicitó, además, “que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, ‘y con el objeto de restablecer la situación jurídica lesionada (...) declare igualmente la nulidad de la concesión de la marca Giorgio Armani a favor del ciudadano Luis Fossati (...), nulidad que en definitiva, le fue solicitada, en el presente procedimiento, al Registrador de la Propiedad Industrial e ilegalmente fue negada’ ”.

En sentencia del 1 de febrero de 1990, la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, con ponencia del Magistrado Román J. Duque Corredor, decidió, en forma unánime, declarar sin lugar el recurso de nulidad intentado. De este modo, a juicio del comentarista, le atribuyó a un tercero la propiedad de una marca célebre. Una decisión de esta naturaleza, afirma el autor, y más por provenir “del Tribunal Supremo del país no puede, ni debe, pasar desapercibida”.

En sus comentarios, Víctor Bentata describe los hechos, señala el Derecho aplicable, explica la posición de la Corte y precisa, a su entender, las fallas de la decisión. Basándose en la doctrina asentada en ejemplos tomados del Derecho Comparado (“dos muy recientes sentencias producidas por los tribunales brasileros en el caso de los nombres TINOCO y CUSTODIO DE ALMEIDA”), concluye formulando votos para que la Corte Suprema de Justicia, en fallos posteriores, “en materia de propiedad intelectual en que está en juego la moralidad pública, tenga por norte inquebrantable similares principios, y aproveche todas las disposiciones legales que el sistema ofrece con objeto de reforzarla y de constituirse en el legítimo representante de una sociedad venezolana mejor, y así contribuya a un porvenir más seguro y más digno para todos”.

A fin de facilitar la lectura de los comentarios de Bentata, se divulga, asimismo, la mencionada sentencia.

B.- El estudio de Elsie Rosales “constituye una introducción al tema de la apreciación probatoria en los procedimientos por drogas”.

La Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (1984) introdujo reformas de importancia tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. En el primero, “sustraer del Código Penal la criminalización de los delitos por drogas y establece nuevas conductas delictivas, vinculadas a las sustancias prohibidas. En relación al campo procesal, contempla un procedimiento especial y breve, en procura de una mayor celeridad en los trámites, con algunas inclusiones del juicio oral (audiencia pública del reo, evaluaciones de pruebas y actos de informes o conclusiones orales; verbigracia: artículos 148 y 172)”.

Luego de presentar el tema, la autora analiza la jurisprudencia entre 1984 y 1987 y, finalmente, comenta la correspondiente a 1988.

C.- Se difunde, igualmente, en esta publicación el Laudo dictado en fecha 20 de diciembre de 1989 por el Tribunal Arbitral integrado por Enrique Lagrange, Ney Himiob M. y Gonzalo Pérez Luciani, designados conforme a compromiso suscrito por la C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAPE) y el Consorcio Impregilo-Suramericana de Obras Públicas, C.A.

El tema principal sobre el cual versa la decisión es del conocido y controvertido asunto de si -en presencia de la disposición del Código Civil, artículo 1.277, y tratándose de la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias- es o no admisible que el acreedor solicite y obtenga el resarcimiento de los mayores daños derivados del retardo culposo de su deudor, esto es, de los daños adicionales o suplementarios que se produzcan por sobre los que la ley entiende reparar mediante la atribución del derecho al interés legal.

Sobre la base de la naturaleza mercantil de las relaciones controvertidas, el fallo se pronuncia por el resarcimiento integral de los daños moratorios reclamados por aplicación del Código Civil (artículos 1.277, 1.264 y 1.271) y del Código de Comercio (artículo 108).

La decisión se refiere, además, al alcance de la cesión de créditos de capital respecto de los intereses derivados de éstos y no contemplados expresamente en el acto de cesión: la cuestión varía según se trate de intereses devengados o por devengarse.

Resuelve también sobre la calificación aplicable a las “Condiciones Generales de Contratación de Obras”, descartando, en lo que les concierne, el atribuirles la naturaleza jurídica de actos normativos, para considerarlas simples instrucciones de servicio.

Tomando en consideración las materias señaladas (y otras de relevancia jurídica tratadas en el fallo), las soluciones dadas a las mismas y la categoría profesional de los árbitros, la Coordinación de la Revista ha acogido con beneplácito la sugerencia de publicar su texto íntegro.

5.- La siguiente sección, **Colaboraciones Estudiantiles**, difunde un trabajo de la estudiante de pregrado Astrid Mattar Torbay, intitulado **La protección internacional de los derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo**. El estudio de Astrid Mattar mereció el tercer premio en el Concurso de Investigación patrocinado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de esta Universidad, durante el año académico 1989-1990, y fue galardonado, con el segundo premio, en el Concurso para Estudiantes de Derecho llevado a cabo durante la XXX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, reunida en Santiago de Chile, mayo de 1993.

6.- En la sección final, **Varios**, se divulgan intervenciones relacionadas con la inauguración de la Universidad Católica Andrés Bello y con los actos destinados a conmemorar, hasta la fecha, su cuadragésimo aniversario.

A.- Del acto inaugural, 24 de octubre de 1953, se reproducen las palabras pronunciadas por el Excelentísimo y Reverendísimo señor Nuncio Apostólico, Monseñor Angel Lombardi; el ciudadano Ministro de Educación, doctor José Loreto Arismendi; y el Rector de la Universidad Católica Andrés Bello, R.P. doctor Carlos G. Plaza s.j.

B.- El 18 de marzo de 1993, se llevó a cabo un Acto Homenaje al doctor José Loreto Arismendi, donde pronunciaron palabras el Rector, R.P. doctor Luis Ugalde s.j., y la señora Ana Teresa Arismendi, a nombre de los familiares del homenajeado.

C.- El 23 de junio de 1993, tuvo lugar un Acto de Reconocimiento a los fundadores de la Universidad donde intervinieron el doctor Gonzalo Parra-

Aranguren, a nombre de los homenajeados, y el Rector, R.P. doctor Luis Ugalde s.j.

D.- Finalmente, el 10 de julio de 1993, se celebró un Acto de Reconocimiento al Episcopado venezolano donde participaron el Rector, R.P. doctor Luis Ugalde s.j., el ingeniero Guido Arnal Arroyo, quien tuvo a su cargo el Discurso de Orden, y S.E. José Alí Cardenal Lebrún Moratinos.

7.- La Coordinación de la Revista agradece la colaboración recibida en la publicación de este número que conmemora el cuadragésimo aniversario de la Universidad Católica Andrés Bello y, por tanto, de su Facultad de Derecho. Espera, asimismo, que el material presentado sea del interés de los lectores. Finalmente, aprovecha la oportunidad para reiterar su gratitud a quienes le han prestado, y le siguen prestando, su generosa colaboración para materializar su publicación.

Caracas, 25 de julio de 1993.

Fernando Parra Aranguren

Doctrina

Aspectos financieros y fiscales de los servicios públicos locales

**Conferencia dictada en el Seminario sobre el Régimen de los Servicios
Públicos Municipales llevado a cabo en Puerto Ordaz
los días 25 y 26 de marzo de 1993**

Juan Domingo Alfonzo Paradisi
Profesor de Derecho Administrativo
Escuela de Estudios Políticos de la
Universidad Central de Venezuela

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

INDICE

INTRODUCCION

I.- CONCEPTO DE SERVICIO PUBLICO

II.- CLASIFICACION

III.- MODOS DE GESTION

IV.- INGRESOS MUNICIPALES QUE PUEDEN OBTENERSE MEDIANTE
LOS SERVICIOS PUBLICOS

V.- NATURALEZA DE LAS CONTRAPRESTACIONES OBTENIDAS
POR LOS SERVICIOS MUNICIPALES Y ESPECIAL REFERENCIA A
LAS CONTRAPRESTACIONES RECIBIDAS POR CIERTOS SERVICIOS
MUNICIPALES. 1. Naturaleza de las contraprestaciones pagadas por los
servicios públicos. 2. Ciertos servicios municipales y la naturaleza jurídica de
sus contraprestaciones. 2.1. Servicio de acueductos, cloacas, drenaje y
tratamiento de aguas residuales (art. 36, numeral 1 de la LORM) 2.2. Distribución
y venta de electricidad. 2.2.1 Competencia en materia de alumbrado público.
2.2.2 Servicio de suministro de energía eléctrica a los particulares. 3. Servicio
y transporte público de pasajeros. 4. Servicios públicos municipales en materia
de urbanismo.

VI.- OTROS ASPECTOS FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS EN
RELACION A LOS SERVICIOS PUBLICOS LOCALES

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

El financiamiento de los entes locales es un problema complejo en el cual no pueden disociarse los diversos rubros de ingresos entre sí, por una parte, y éstos y los gastos, por la otra; es un problema que requiere una solución de conjunto. Es preciso tener en cuenta, por otra parte, que los datos y factores de los entes locales no se presentan de igual manera para todas las municipalidades.

La Constitución venezolana de 1961 prevé en su artículo 27 que “La Ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia”. Así lo ha tratado de desarrollar el articulado de la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal.

De allí pues, habría que atender a la realidad de cada municipio, conforme a la autonomía normativa municipal, respetando, claro está, a los principios organizativos previstos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La presente exposición versa sobre los aspectos financieros y tributarios o fiscales de los servicios públicos locales.

Cuando un servicio es necesario para la colectividad, el Estado o en este caso los entes locales deben asumirlo.

Ahora bien, la prestación de los servicios locales implica obviamente un costo y por ende gastos para los entes locales. De allí pues, el municipio deberá prever en su presupuesto, ingresos suficientes para la prestación de dichos servicios.

Bien es conocido, no obstante, que los ingresos obtenidos con ocasión de la prestación de los servicios públicos locales no son muy elevados y que la mayoría de las veces son prestados acudiendo a otros ingresos para cubrir los gastos de operación de los mismos, es decir, aplicando políticas de subsidios.

En virtud de la realidad económica que afronta el país, hay que pensar en nuevas maneras de ver o entender a los servicios públicos locales y en este sentido implementar políticas de cobros por los servicios prestados que no sean

necesariamente deficitarias y que impliquen acudir a políticas subsidiarias, sino por el contrario implementar sistemas de contraprestaciones que cubran los costos e incluso que produzcan utilidad o ganancias para realizar nuevas inversiones con la finalidad de mejorar los servicios.

Asimismo, puede pensarse en la nacionalización de algunos servicios, o en la privatización de otros, o en el régimen de concesión. Pero lo vital e ideal es que los servicios públicos municipales sean eficientes y de calidad.

Vamos a dividir la presente intervención en seis partes:

La primera, relativa al concepto de servicio público; una segunda parte, concerniente a una breve clasificación de los servicios públicos; una tercera, relativa a los modos de gestión; una cuarta parte, sobre los ingresos municipales que pueden obtenerse por servicios municipales; una quinta sección, referente a la naturaleza de las contraprestaciones obtenidas por los servicios públicos municipales, así como una especial referencia a ciertos servicios municipales, y una sexta y última parte, relativa a otros aspectos financieros y tributarios en relación a los servicios públicos locales.

I. CONCEPTO DE SERVICIO PUBLICO

Se limita a las actividades que el Estado asume por medio de la Administración Pública, bien directamente por ésta en sus diferentes modos de gestión o por vía de concesionarios, actividades que tienen por finalidad satisfacer una necesidad pública o colectiva mediante prestaciones dirigidas de manera mediata e inmediata a las personas individualmente consideradas o como colectividad local. Esta definición constituye sólo una de las tantas que se pueden ofrecer ¹.

II. CLASIFICACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

1. Existen servicios públicos, denominados administrativos y otros de carácter industrial o comercial

¹ En este sentido el administrativista Alessi afirmó que "Las nociones del servicio público son tantas cuanto los autores que de él se han ocupado, aunque sea incidentalmente. *Diritto Administrativo*, I, 1949, pp. 329-330.

1.1. De carácter administrativo

Siempre son prestados por los órganos de la Administración Pública.

1.2. Industriales o Comerciales

Pueden ser prestados por órganos de la Administración o por concesionarios (particulares o empresas públicas que pueden adoptar forma de Derecho Público o de Derecho Privado).

2. El ejercicio de los servicios públicos puede estar regulado o regido por normas de Derecho Público o conforme a normas de Derecho Privado.

3. Desde el punto de vista de las contraprestaciones puede darse lugar a servicios que determinan la aplicación de tasas o precios públicos de una parte, y servicios que ocasionan el pago de precios privados según tarifa, por otra.

III. MODOS DE GESTION

Los servicios públicos, como seguramente ya se habrá explicado en estas importantes conferencias, pueden llevarse a cabo mediante diferentes formas. En efecto, pueden gestionarse directamente, por el propio municipio, por institutos autónomos municipales, por empresas, fundaciones u otros organismos descentralizados municipales.

Pueden gestionarse indirectamente mediante concesión, arrendamiento e incluso se habla en la doctrina de Derecho Comparado ² de gestión mixta mediante gestión interesada o como sociedad de economía mixta, es decir, mediante sociedad mercantil cuyo capital sólo parcialmente pertenezca a la administración titular.

IV. INGRESOS MUNICIPALES QUE PUEDEN OBTENERSE MEDIANTE LOS SERVICIOS PUBLICOS

De conformidad con el artículo 111 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se consideran entre otros ingresos municipales las tasas municipales (artículo

²GARRIDOFALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Parte General, Conclusión. Editorial Tecnos, novena edición, Madrid, 1989, p. 350.

111, numeral 1); el producto de la administración de los servicios municipales (artículo 111, numeral 4) y el producto de los contratos que celebra y que no fueren de los mencionados en el ordinal 2 del artículo 112 (artículo 111, numeral 7). Estos tres ingresos, pueden tener como causa un servicio público.

Ahora bien, en virtud de las finanzas de los entes locales, los municipios deben decidir y planificar cuál es el provecho económico, de pretenderse, qué se va a alcanzar con la prestación de los servicios públicos locales.

En efecto, los municipios pueden decidir implantar una política de subsidio para la prestación del servicio público. Es decir, que lo obtenido o recuperado como contraprestación del servicio sea menor al costo de operación del mismo.

Una segunda alternativa, consiste en que se persiga cubrir los gastos de operación y funcionamiento de los servicios públicos con lo obtenido a través de la contraprestación de dichos servicios, e incluso que se pueda obtener un lucro.

Obviamente estas son decisiones de carácter gerencial de los municipios que deben materializarse en su presupuesto, conforme al principio de legalidad presupuestaria.

V. NATURALEZA DE LAS CONTRAPRESTACIONES OBTENIDAS POR LOS SERVICIOS MUNICIPALES Y ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONTRAPRESTACIONES RECIBIDAS POR CIERTOS SERVICIOS MUNICIPALES

1. Naturaleza de las contraprestaciones pagadas por los servicios públicos

Aquí tratamos de abordar el tema muy discutido, por cierto, sobre si lo pagado como contraprestación por los servicios públicos debe ser considerado como tasa o si se trata de precios ya sean públicos o privados.

Si se trata de tasas, ineludiblemente deben regirse por el principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 224 de la Constitución y 4 del Código Orgánico

Tributario, de aplicación supletoria a los tributos municipales (de conformidad con el artículo 1 del Código Orgánico Tributario).

De allí pues, se trataría de verdaderos ingresos de carácter tributario, los cuales sólo pueden ser creados, modificados y suprimidos por ley, así como todos los elementos que constituyen el tributo, esto es el hecho imponible, la base imponible, la alícuota, así como también el sujeto pasivo.

Si se trata de precios ya sean públicos, políticos, o privados, se trataría de ingresos pero no de carácter tributario, sino financiero, y en consecuencia no regidos por el principio de legalidad tributaria, es decir, dichos precios no deben tener como base una ley tributaria.

Ahora bien, la naturaleza de la contraprestación va a depender en buena medida de los modos de gestión del servicio público. En efecto, si es la propia administración la que presta el servicio mediante alguna de las formas de gestión directa con un régimen de Derecho Público, seguramente estaremos en presencia de una tasa o precio público. Si las prestaciones o servicios cumplidos son desarrollados por un tercero, mediante alguna forma de gestión indirecta, regida por el Derecho Privado, lo más probable es que estaremos en presencia de precios privados³. Asimismo, es importante para dilucidar la naturaleza de las contraprestaciones la naturaleza del servicio, en el sentido de si es imprescindible o no para el usuario o ciudadano⁴ y correlativamente si el servicio es impuesto por la administración o hay libertad por parte del ciudadano de prescindir del mismo.

³ PAREJO ALFONSO, Luciano y otros: *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, p. 343.

⁴ Ver en este sentido Voto Salvado de la Dra. Cecilia Sosa Gómez en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena caso: HAT, C.A. de fecha 26 de noviembre de 1990, en este Voto Salvado se sentó: "La Normativa alegada como inconstitucionalidad no fue examinada, como tampoco la naturaleza del servicio, en el sentido de determinar si el mismo es prácticamente imprescindible como lo son los de energía eléctrica, de agua potable o de comunicaciones. Por eso ha debido analizarse la distinción de tasa y precio, y si la fuente de la obligación además de ser coactivamente impuesta por el Estado es imprescindible (los servicios) para acceder a un nivel de vida digno, en cuyo caso vedados a los particulares den lugar al pago de una tasa, en esencia por considerarse un servicio público de los regulados por el Derecho Administrativo, es decir, que discipline las actividades públicas que le sirven de soporte, y eso influye en su calificación".

Así mismo, podemos señalar ciertas definiciones de la doctrina y del Derecho Comparado para aproximarnos al concepto de tasa y precio. Para distinguir ambas figuras desde el punto de vista doctrinario la tasa se ha definido como:

“La contraprestación monetaria de carácter deficitario exigida compulsivamente por el Estado en virtud de la ley, por la realización de un servicio generalmente de carácter jurídico administrativo, demandado por el obligado al pago, o provocado por una actividad de éste”⁵.

Asimismo, desde el punto de vista positivo en el Derecho Comparado⁶, se ha definido la tasa como:

“Las prestaciones pecuniarias legalmente exigibles por la administración del Estado, organismos autónomos, entidades de Derecho Público, funcionarios públicos o asimilados, como contraprestación de un servicio, de la utilización del dominio público o del desarrollo de una actividad que afecte de manera particular al obligado”.

En Venezuela a diferencia de España y de la mayoría de los países latinoamericanos, no existe desde el punto de vista del Derecho Positivo una definición de tasa⁷.

En relación a los precios, podemos mencionar que se ha tratado en la doctrina de distinguir entre diversos tipos de precios⁸.

El precio cuasi privado se fija dentro de un mercado económico, conforme a leyes de la economía, donde hay un fin público en el fondo, pero se persigue un fin de lucro.

⁵ FARINA, Guillermo: *Temas de Finanzas Públicas, Derecho Tributario e Impuesto sobre la Renta (Ley 1978)*, 2ª ed. 1980, p. 96. GIAMPIETRO BORRAS, Gabriel: Define la tasa como “La prestación pecuniaria exigida compulsivamente en virtud de la ley, por la realización de una actividad que afecta especialmente al obligado”, véase su obra *Las Tasas en la Hacienda Pública*, Montevideo 1959.

⁶ Ley Española de 26-12-1958, reguladora de las tasas y exacciones para fiscales.

⁷ El proyecto de Código Orgánico Tributario definía la tasa como: “El tributo cuya obligación tiene como hecho generador las prestaciones efectivas o potenciales de un servicio público individualizado en el contribuyente que sea inherente a la naturaleza del Estado”. Sin embargo, las definiciones dadas en los proyectos no han sido recogidas en definitiva por los textos legales aprobados y promulgados.

⁸ EINAUDI, Luigi, *Principios de Hacienda Pública*. 1ª reimpresión 1968, Aguilar s.A. Ediciones, p. 23.

- El precio público se obtiene de los servicios del Estado (República-Estados-Municipios) por monopolio o concurrente con los particulares. En este caso ~~no~~ hay fin de lucro, el Estado (léase municipio en el presente caso) interviene mediante la creación de monopolios para evitar el elevado costo en la prestación de determinados servicios públicos, ejemplo, agua, electricidad y gas. Aquí existe una necesidad de la población que es susceptible de individualizar y dividir para cada usuario. En efecto, puede sostenerse que se trata de una necesidad privada pero que el ente público decide no dejar en manos de los particulares o medios totalmente privados para evitar un alza excesiva. Se obtiene así un precio público o más bajo. Para que pueda sostenerse que estamos en presencia de un precio público pueden citarse como necesarias, ciertas condiciones:

a) Que el servicio sea divisible o individualizable. Es decir que sea susceptible de medirse la necesidad de cada usuario.

b) Que el servicio se cubra con el ingreso total del costo del precio público, es decir, que el costo global del mantenimiento del servicio público se cubra con el ingreso por el precio público. De allí no debe producirse pérdidas, pero tampoco ganancias.

c) Los precios fijados para ese servicio deben ser inferiores que los precios ofrecidos por los particulares.

Ahora bien, esa inferioridad en el precio puede deberse en gran medida a que el costo de la producción en cabeza del Estado sea inferior, así fuere asumido por entes privados.

- Por último, los precios políticos que se define como compensación menor al costo total, pagada por el contribuyente por un servicio especial y divisible que se le presta a su demanda y que satisface una demanda indivisible de todos los ciudadanos⁹.

Aquí el interés público priva y supera el interés económico y las pérdidas se arrojan a la colectividad a través del impuesto. Esta carga a los particulares se

⁹EINAUDI, Luigi, **Ob. Cit.**, p. 66.

justifica en la medida en que toda la colectividad se beneficia del servicio. En este caso el Estado, léase municipio, subsidia al servicio.

El principal problema a dilucidar en relación con la naturaleza de las contraprestaciones obtenidas en ciertos servicios municipales, se refiere a los casos en que la Administración presta de forma monopólica un determinado servicio público, ya que en los restantes supuestos, se precisa con relativa claridad cuando se está en presencia de una tasa o cuando estamos en presencia de un precio, por ejemplo, no hay duda de que se trata de tasas, la tasa sobre control de la ejecución de urbanización y edificaciones ¹⁰, o la tasa por copias de documentos y certificaciones o las tasas por la aferición de pesas y medidas.

Pues bien, la distinción se dificulta cuando el servicio es prestado de forma monopólica por el Estado (léase municipio), en estos casos la distinción podemos radicarla en la imposición u obligación del ciudadano a aceptar el servicio. En efecto, si se impone al ciudadano un determinado servicio público, estaremos en presencia de una “tasa”; esa, la obligatoriedad del servicio, la disponibilidad del mismo para el particular, es lo que permite diferenciar la tasa del precio ¹¹.

El contribuyente, por ejemplo, no puede rechazar el servicio relativo al aseo domiciliario, si llega a ofrecérsele, pues los requerimientos sanitarios de la comunidad tienen primacía por sobre sus propios deseos.

Por el contrario, no se le puede forzar -en principio- a arrendar terrenos de propiedad municipal; y, en consecuencia, los ingresos por concepto de dicho arrendamiento deben clasificarse como “precios”¹².

De allí pues, al tratarse la contraprestación de determinados servicios públicos municipales de “verdaderas tasas” debe cumplirse de manera rigurosa con el principio de legalidad tributaria y establecerse en la ley todos los elementos del

¹⁰ Establecida en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, Gaceta Oficial N° 33.868 de 16-12-87 y en la Ordenanza sobre Tasas por Control de la Ejecución de Urbanizaciones y Edificaciones del Distrito Sucre N° Extraordinario 84-6/88, de fecha 2 de junio de 1988.

¹¹ MIZRACHI, Ezra... “Régimen Legal de los Ingresos Tributarios de la Municipalidad del Distrito Federal”, en *Estudio de Caracas, Gobierno y Política*, Vol. VIII., Tomo I, U.C.V., Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1972, p. 476.

¹² SHOUP, Carl S. y otros *El Sistema Fiscal de Caracas*, p. 142.

tributo, ya que como lo ha señalado cierto sector de la doctrina¹³, “la mejor protección que tiene el ciudadano dentro del ordenamiento jurídico es la aplicación del principio de la legalidad tributaria y de que no se disfracen reales tributos en su concepción, bajo la fórmula de precios públicos arrebatando así las garantías del ciudadano”.

En efecto, en materia de precios es o queda a voluntad del poder administrador del servicio en concreto de que se trate, el monto y la forma de prestación del servicio y los derechos de los ciudadanos, el cual podrá imponer en forma arbitraria al ciudadano el pago de los aludidos servicios o de los bienes a ser adquiridos por éstos sin tomar en cuenta el concepto de la capacidad contributiva, de naturaleza constitucional, en vista de que la prestación del servicio o la oferta de bienes se presenta en una posición monopólica por parte del ente centralizado o descentralizado que impone su posición “contractual” frente a los ciudadanos¹⁴.

2. Ciertos servicios municipales y la naturaleza jurídica de sus contraprestaciones

A continuación nos referiremos a ciertos servicios municipales y la naturaleza de la contraprestación que, en principio, se paga por ellos.

¹³ ARAUJO MEDINA, Federico y PLAZ ABREU, Rodolfo “Tasas y Precios en el Derecho Público Venezolano”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 6, p. 310.

¹⁴ *Op. Cit.*, p.309. Véase, en este sentido el voto salvado del Magistrado Román J. Duque Corredor, (al cual se adhiere el Magistrado Carlos Trejo Padilla), quien sostiene a diferencia de la mayoría sentenciadora que se trata, de un tributo, el pago por los servicios de caleta y almacenaje y demás servicios portuarios y en consecuencia, su monto ha de estar fijado en la ley, como pauta el artículo 224 de la Constitución en concordancia con el artículo 4 del Código Orgánico Tributario. No participa el Magistrado disidente de la opinión mayoritaria que considera a tales pagos como precios por servicios prestados por el Instituto Nacional de Puertos, y que por tanto, no debe cumplirse, en este caso, con su fijación mediante ley como lo exige el artículo 224, antes citado, y agrega textualmente: “En otras palabras, que tales pagos no pueden ser calificados de precios públicos, aparte de las otras notas, porque los servicios que los generan son prestados exclusivamente por el Estado, y no dentro de un régimen de libre competencia con los particulares. En otras palabras, su prestación se hace monopolísticamente, y por ende, no hay voluntariedad sino coacción. En efecto, el propietario del buque, el importador o exportador, al requerir, por sus actividades, de tales servicios, se ven obligados a acudir al Estado para procurarlos, ya que es el único que los presta. Igualmente, a diferencia de los precios, el supuesto para el pago de tales servicios portuarios está señalado en la Ley, y de manera que si un particular se coloca bajo ese supuesto, es decir, recibe dichos servicios, nace para él la obligación de pagar la respectiva alícuota. Por ello, es la ley la que establece la obligación o coacción de pagar los servicios en cuestión de manera unilateral, lo que caracteriza a las tasas como tributos”. (Voto Salvado del Dr. Román J. Duque Corredor, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 26 de noviembre de 1991, consultada en originales).

2.1. Servicio de acueductos, cloacas, drenaje y tratamiento de aguas residuales (artículo 36, numeral 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

a. Generalidades: Sólo una municipalidad con enormes ingresos es capaz de soportar tarifas que subsidien total o parcialmente el costo del servicio. En esos casos, el presupuesto de estas municipalidades debe contener una partida para pagar el déficit que ocasiona el pago de una tarifa que está por debajo del costo real del servicio que se presta. Este criterio debe ser desechado hoy en día.

Podemos distinguir los servicios cuyo destinatario puede ser identificado, de aquellos que no pueden serlo. Estos últimos son financiados, valga la expresión, por los impuestos: la municipalidad recibe una cantidad determinada de ingresos por concepto de impuestos, y la invierte en la realización de una serie de actividades que le son propias, entre ellas la prestación de servicios que no tienen un destinatario determinado, sino que los recibe la colectividad en general: son los conocidos como servicios **uti universii**. El ejemplo clásico es la defensa nacional.

Además, existen otros tipos de servicios que sí tienen un usuario determinado: son los servicios **uti sungulii**. Algunos autores distinguen en este último caso los servicios obligatorios, como el caso de la educación primaria, por oposición a los no obligatorios o facultativos, ejemplo, transporte. Para este segundo grupo, una sana política administrativa aconseja financiarlos con lo que podemos llamar “tasas de retribución”, o sea que la administración presta el servicio y a cambio de ello cobra una cantidad equivalente a la erogación que por distintos conceptos debe hacerse para llevar a cabo tal prestación¹⁵.

En todo caso vemos que son los ciudadanos, en fin de cuentas, los que suministran los fondos necesarios para la realización de las actividades indispensables a la prestación de los servicios, bien sea en forma de impuestos, o bien en forma de tasas de retribución. En base a ello y refiriéndose al punto específico del servicio de acueductos, para que la administración realice su

¹⁵ RIEBER DE BENTATA, Judith: “Servicio Público de Abastecimiento de Agua y Recolección de Aguas Negras y Lluvia en la Ciudad de Caracas”, en *Estudio de Caracas, Gobierno y Política*, Vol. VIII, tomo I, UCV, Ediciones de la Biblioteca, Caracas 1972, p. 281.

actividad cabalmente es necesario que obtenga ingresos proporcionales al costo del servicio, es decir, que sea económicamente autosuficiente. Debe buscarse, en consecuencia, una tarifa que refleje el “precio medio” o “justo precio”, a menos que el ente estatal quiera desarrollar una política social o económica para perseguir fines específicos.

b. Naturaleza jurídica de la contraprestación en el servicio de agua

Usualmente para el servicio de acueducto suele realizarse una concesión ¹⁶, de allí pues, para establecer la naturaleza jurídica debemos remontarnos a la naturaleza jurídica de la concesión, y así afirmaremos que ésta tiene una doble naturaleza: por un lado, es contractual, y por el otro, reglamentaria.

Pero también es necesario distinguir en este tema las relaciones entre concedente y concesionario de las relaciones, entre prestatario y usuario del servicio.

a. Respecto de las relaciones entre concedente y concesionario. Sobre la naturaleza jurídica de esta relación, en lo que respecta a la tarifa, no hay acuerdo en la doctrina. Laubadère sostiene la naturaleza reglamentaria de la tarifa razonando así: aun cuando las cláusulas tarifarias corresponden a la forma de remuneración que recibe el concesionario, la tarifa “constituye un elemento especial de las reglas de funcionamiento del servicio público: interesa directamente a los usuarios; forma parte de las “cláusulas de servicio” y están sometidas a la vigilancia suprema de la administración, y éstos son los caracteres en los cuales apoyan los autores su tesis de la naturaleza semi-reglamentaria del contrato de concesión”.

Pero hay otros autores que afirman la naturaleza contractual de la tarifa. Considera Waline al efecto que la naturaleza de la tarifa en este aspecto es contractual: el monto de la tarifa es estudiado y convenido entre concedente y concesionario, y una vez establecida nacen de ello obligaciones para ambas partes: el concesionario no puede cobrar una tarifa mayor del límite establecido o de la tarifa única establecida en el contrato; por lo demás, el concedente no

¹⁶ Véase, por ejemplo, el contrato que fue celebrado entre la Municipalidad del Distrito Federal y el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, protocolizado el 21 de marzo de 1966, publicado en la Gaceta Municipal N° 11.820 de 11-2-66 como anexo a la Ordenanza sobre Acueductos en *Compilación Legislativa Municipal del Distrito Federal*, dirigida por Luis Torrealba Narváez, Caracas, Diciembre 1971, p. 101.

puede exigir una disminución de la tarifa por debajo del límite fijado, a menos que esté dispuesto a pagar al concesionario por la pérdida que ello ocasione, porque de lo contrario violaría el principio del equilibrio financiero. (Consúltese con provecho el trabajo de Manuel Rachadell Sánchez: **El Servicio Público de Electricidad en el Distrito Federal**).

b. Relaciones entre el prestatario y el usuario. Pensamos que aquí la naturaleza de la contraprestación es un precio y, más específicamente, un precio público donde se debe tratar de obtener un “precio justo” que cubra el costo de operación del servicio, así como, los gastos de mantenimiento, amortización de capitales invertidos y fondo de reserva para futuras ampliaciones.

2.2. Distribución y venta de electricidad

2.2.1. Competencia en materia de alumbrado público

La Constitución nacional de 1961 no atribuye de modo expreso el servicio de alumbrado público a la competencia municipal, a diferencia de las Constituciones anteriores. En efecto, la norma constitucional vigente está concebida en los siguientes términos:

Artículo 30.- “Es de la competencia municipal el gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con sus bienes e ingresos y con las materias propias de la vida local, tales como urbanismo, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal”.

En cambio, en las Constituciones de 1947 y 1953 sí se establecía el alumbrado público como servicio a cargo de las municipalidades. Así, el artículo 2º de la Constitución de 1953, que en lo sustancial reproduce el artículo 112 de la Constitución de 1947, estatúa: “Es de la competencia de las municipalidades: 1º Organizar con sujeción a las leyes y reglamentos nacionales, sus servicios de ... alumbrado público... y demás de carácter municipal”.

Esta exclusión del alumbrado público en la enumeración de nuestra Carta Magna, no puede inducirnos a pensar que fue intención del constituyente eximir a las municipalidades de la prestación del servicio de alumbrado

público. En primer lugar, porque la enumeración de los servicios públicos municipales incluida en el artículo 30 de la Constitución nacional es una enumeración meramente enunciativa, como se desprende de la frase "...materias propias de la vida local tales como...". En segundo lugar, porque en el aparte único del citado artículo 30 se establece: "La Ley podrá atribuir a los municipios competencia exclusiva en determinadas materias, así como imponerles un mínimo obligatorio de servicios"¹⁷.

De acuerdo con esto, queda reservada a la ley la exacta determinación de las materias o servicios a cargo de las municipalidades, los cuales podrán ser ampliados o disminuidos por simple reforma legal, pero conservando siempre para la competencia municipal los servicios que a título de ejemplo enumera la Constitución vigente.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé en su artículo 38:

En todo centro poblado de más de un mil (1.000) habitantes los municipios deben garantizar a los vecinos los servicios mínimos siguientes:

a) Alumbrado público y domiciliario, cementerio, recogida de residuos, limpieza, abastecimiento de agua potable, cloacas y alcantarillado, matadero, plaza y mercado público y atención primaria de la salud. (Destacado nuestro).

De allí pues, se trata en efecto, de uno de los servicios mínimos obligatorios que deben prestar los municipios.

Al ser un servicio público municipal, podría ser prestado directamente por el municipio, sin embargo, razones técnicas de interés colectivo han determinado que este servicio sea prestado por empresas del Estado o privadas en virtud de convenios¹⁸ o concesiones otorgadas por las municipalidades ¹⁹.

¹⁷ RACHADELL SANCHEZ, Manuel: "El Servicio Público de Electricidad en el Distrito Federal", **Estudio de Caracas...** Op. Cit., p. 324.

¹⁸ Ver, por ejemplo, convenio celebrado entre la Municipalidad del Distrito Federal y la Compañía Luz Eléctrica de Venezuela y La Electricidad de Caracas, publicado en la Gaceta Municipal Extra 176 de 28 de diciembre de 1965.

¹⁹ RACHADELL SANCHEZ, Manuel "El Servicio Público de Electricidad en el Distrito Federal", **Estudio de Caracas, Gobierno y Política, Op. Cit.**, p. 327.

2.2.2. Servicio de suministro de energía eléctrica a los particulares

El artículo 36, numeral 2, establece que es competencia del municipio.

2. La distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción. (Destacado nuestro)

De allí pues, constituye un servicio público local la distribución y venta de electricidad. No obstante, como se ha dicho, lo usual es que este servicio no lo presta directamente el municipio sino empresas privadas o del Estado con las cuales existen convenios o contratos administrativos de concesión de servicio público, estipulándose tarifas o precios por la concesión del servicio.

Ahora bien, el pago que realizan los usuarios a estas empresas concesionarias son precios públicos, que son fijados mediante mecanismos de intervención estatal a través del Ministerio de Fomento con fundamento en el artículo 28, numeral 20 de la Ley Orgánica de la Administración Central, estableciendo tarifas máximas.

Se ha sostenido, no obstante, en cuanto al servicio de distribución y venta de electricidad que la tendencia dominante en otros países es la de centralizar el servicio eléctrico, o al menos la facultad de darlo en concesión y de encargar su sustitución a organismos autónomos centralizados, dejando a los municipios sus facultades de vigilancia y control ²⁰.

3. Servicio y transporte público de pasajeros

Se ha dicho ²¹ que la competencia en materia de circulación equivale a tránsito y esto se traduce en uso de las vías públicas y la regulación del mismo. Por tanto, la circulación es una competencia municipal, porque se trata de uso de la vía pública municipal (tránsito por la vía pública municipal), que es un bien del dominio público municipal. Por ello, es que existe esa competencia en materia de circulación y tránsito urbano.

²⁰ RACHADELL SANCHEZ, Manuel: Ob. Cit., p. 367.

²¹ BREWER-CARIAS, Allan R.: "Introducción General al Régimen Municipal" en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, EJV, 1920, p. 48.

la Corte Suprema de Justicia en 1970 declaró la nulidad del artículo respectivo, al considerar que no podía, el poder nacional, invadir las competencias municipales en materia de transporte urbano, que comprendían el régimen, la concesión, la tarifa y la policía de transporte urbano.

De allí pues, el vigente Reglamento de la Ley Tránsito Terrestre prevé:

Artículo 63: Para poder operar líneas de autobuses públicos, sus propietarios deberán obtener previamente la concesión que le otorgarán los Concejos Municipales cuando el servicio que deban prestar sea urbano o el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, cuando el servicio sea extra-urbano.

En cuanto a la naturaleza de la contraprestación en el caso del servicio público de transporte urbano, generalmente lo que ocurre es una concesión y en consecuencia, la tarifa entre la administración y el concesionario será de naturaleza contractual. En cuanto a la contraprestación que efectúa el usuario al concesionario es sin duda un precio, ya que no se trata de un servicio público obligatorio para el particular sino requerido por él.

No obstante, la prestación del servicio público de transporte urbano nada obsta para que se realice de acuerdo a los modos de gestión previstos en el artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, como es en forma directa, a través de institutos autónomos municipales, mediante empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otros organismos descentralizados del municipio mediante contrato. En efecto, en nuestra experiencia, concretamente en el ámbito especial del Distrito Federal, ha existido el Instituto Municipal de Transporte Colectivo con la finalidad de coadyuvar en la prestación del transporte colectivo de pasajeros.

4. Servicios públicos municipales en materia de urbanismo

De conformidad con el artículo 30 de la Constitución el municipio tiene competencia en materia de urbanismo.

En relación a la inspección de las urbanizaciones y edificaciones los municipios son competentes para verificar el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales.

Asimismo, los Concejos Municipales de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística pueden crear tasas por control de la ejecución de urbanizaciones y edificaciones²⁵.

De allí pues, que por razones de este servicio de naturaleza urbanística los municipios tienen ingresos de carácter tributario, como lo son las señaladas tasas de inspección.

VI. OTROS ASPECTOS FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS EN RELACION A LOS SERVICIOS PUBLICOS LOCALES

- En primer término, como hemos dicho al iniciar esta exposición, los municipios o distritos están obligados a normar su acción administrativa y por ende su actividad prestacional de servicios públicos, en un presupuesto de ingresos y gastos. Por tanto, deben prever en dichos presupuestos los ingresos y gastos que se produzcan con ocasión de los servicios públicos.

- En segundo término, no se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingresos con el fin de atender el pago de determinados gastos. No obstante, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Crédito Público, el producto de los empréstitos deberá ser objeto de afectaciones especiales.

- En tercer término, los municipios o distritos podrán celebrar acuerdos entre sí para la unificación de determinadas tasas por servicios municipales.

- En cuarto lugar, de conformidad con el artículo 111 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal constituyen ingresos municipales:

1.- Tasas municipales, las cuales pueden ser contraprestación de determinados servicios municipales.

4.- El producto de la administración de bienes o servicios municipales.

Dicho producto puede ser derivado de precios por la prestación de servicios públicos o por pagos derivados de contratos de concesión de servicios.

²⁵ Véase Ordenanza sobre Control de la Ejecución de Urbanizaciones y Edificaciones del Distrito Sucre, número Extraordinario 81-6/88, de fecha 2 de junio de 1988.

7.- El producto de los contratos que celebre (que pueden ser relativos a servicios públicos municipales).

- En quinto término, constituyen ingresos de los distritos metropolitanos (los distritos metropolitanos son entidades de carácter público formadas por la agrupación de dos o más municipios en razón de la conurbación de sus centros urbanos capitales, en forma tal que han llegado a constituir una unidad urbana económica y social con más de doscientos cincuenta mil [250.000] habitantes):

1.- Los que obtengan por derechos y tarifas en los servicios públicos que presten.

- En sexto lugar, los municipios o distritos podrán mediante acuerdo constituir mancomunidades para la prestación de determinados servicios públicos municipales. En dicho acuerdo deberá precisarse el control fiscal de la mancomunidad por parte de los entes locales.

Por último, en séptimo lugar, la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé en su artículo 42 una serie de requisitos para los casos de concesiones de servicios públicos, entre las cuales debemos destacar desde el punto de vista financiero:

2° Precio que pagará el concesionario por los derechos que le otorgue la concesión, el cual podrá consistir en una cantidad fija anual durante el plazo de la misma. En el contrato deberá establecerse el procedimiento de revisión periódica del precio;

3° Participación del municipio en las utilidades o ingresos brutos que produzca la explotación de los bienes o servicios;

6° Tarifa o precio por cobrar a los usuarios de sus servicios o compradores de sus bienes, que podrá ser modificada en la oportunidad de la revisión a que se refiere el ordinal 2° de este artículo.

CONCLUSIONES

Hemos tratado de destacar en la presente exposición los principales aspectos, en nuestro criterio, tributarios y financieros en relación a los servicios públicos locales.

Somos de la opinión que los servicios públicos locales deben dejar de apreciarse desde una perspectiva necesariamente deficitaria desde el punto de vista financiero. Deben implementarse nuevas políticas acordes a los tiempos actuales y llevar a cabo aquellos servicios que puedan ser eficientemente prestados. En efecto, pueden nacionalizarse ciertos servicios, otros privatizarse o racionalizarse, otros llevarse a cabo a través de concesiones y otros directamente por los entes locales.

Por otra parte, las contraprestaciones recibidas por la prestación de servicios locales, en su mayoría se trata de precios, pero en otros casos estamos en presencia de verdaderas “tasas”, las cuales deben cumplir a cabalidad con el principio de legalidad tributaria para así garantizar los derechos de los contribuyentes.

Hechos y valores en la teoría de la justicia de John Rawls

Magaly Pérez Campos

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

“El conocimiento de algunas materias, tales como las matemáticas, requiere de una apropiada mentalidad teórica. El conocimiento de otras, tales como el amor, requiere de experiencia. Tiene sentido pedir ayuda a un niño prodigio de 12 años a fin de resolver un problema de cálculo; sin embargo, cualquier joven buscará resolver, por otros medios, los problemas con su amada. La política y la política pública se asemejan más al amor que a las matemáticas. En el campo de la política, las respuestas acertadas, incluso para las interrogantes más generales, precisan de juicios que sólo se obtienen mediante la experiencia del régimen en cuestión, así como de cierto conocimiento de la historia.” Steven Rhoads.
The Economist’s View of the World.

PRELIMINAR

En el estudio de la política como disciplina científica se plantea una tensión inevitable entre los hechos empíricos a ser explicados por vía sistemática, coherente, racional y libre de valores -lo cual constituye la mayor aspiración de toda ciencia social- y la relevante presencia de valores, los cuales resultan componentes de primera importancia al interior del estudio de la referida ciencia.

En este sentido, ningún intento serio por dar cuenta de los fenómenos políticos de modo científico, ninguna teoría comprometida con el delineamiento y selección de las características relevantes a ser estudiadas por una disciplina política científica puede evitar tomar una posición particular en relación a la insoslayable tensión entre hechos y valores, inherente a la propia naturaleza del objeto de estudio de dicha empresa científica.

A este respecto, algunos enfoques centran su atención en el estudio empírico de los fenómenos políticos, prescindiendo de toda consideración relativa a los valores dentro de un esquema teórico que intente considerarse científico y que, por tanto, no habrá de tomar en cuenta objeto alguno que no pueda ser susceptible de comprobación, verificación o falsación, según el caso.

Ahora bien, en el curso del desarrollo de los estudios de la política como una disciplina con aspiración o vocación científica, han surgido críticas contundentes a las teorías mencionadas, provenientes de enfoques distintos que compiten por ofrecer un nuevo método y por circunscribir un nuevo objeto para el estudio de la política. Las críticas, por lo general, se oponen a la tradición empiricista y ofrecen una consideración distinta para el dilema entre hechos y valores que nos ocupa.

A este respecto, enfoques teóricos más recientes asumen como inevitable el dilema entre hechos y valores, debido al carácter social del objeto de estudio, al tiempo que proporcionan elementos con los cuales encarar este dilema que ha sido definido por muchos como verdadera “esquizofrenia”, de modo de no excluir la consideración de los valores, so pena de ofrecer una visión parcial e incompleta de la realidad social que se intenta conocer y comprender.

Así pues, el “tener valores” se ha convertido en la nueva moda por parte de algunos de los teóricos que proponen una nueva consideración para la tensión ya referida. De esta manera, y en abierta oposición a la postura tradicional de acuerdo con la cual la política como ciencia requiere de una total neutralidad, se han desarrollado nuevas posiciones, las cuales consideran la necesidad de inclusión de los valores al interior del estudio de esta disciplina, debido al compromiso central que toda ciencia social ha de mantener para con la promoción, fomento y garantía de unos ciertos valores considerados como deseables al interior de toda sociedad política. Otros teóricos consideran la necesidad de tomar en cuenta a los valores como un componente importante de la teoría política, mas de un modo que no impida el estudio científico de los hechos empíricos. Así pues, proponen un estudio científico de los acontecimientos políticos que no excluya el anuncio, por parte del científico, de sus opciones morales, de sus preferencias políticas y, en fin, de todo cuanto, por considerarse valorativo, pudiese “contaminar” los intentos de estudio científico de la política (A este respecto, puede argumentarse que la consideración

consciente de los valores no es en modo alguno tarea fácil, debido a que las valoraciones se hallan presentes no sólo en la forma de opciones morales que los hombres pueden legítimamente apoyar y defender, sino también en la escogencia del aparato conceptual, de las características tenidas como relevantes para el estudio científico, en la definición del marco teórico y metodológico a emplear, en la contextualización del objeto, en las interpretaciones que se proponen, en el conferimiento de significado a aquello que se estudia y, lo que no es menos importante, en las condiciones socio-económicas específicas que condicionan el tipo de estudio y la perspectiva del teórico en cuestión).

La tensión entre hechos y valores ha recibido diferentes reelaboraciones por parte de cada uno de los enfoques que intenta ofrecer un nuevo "paradigma" para el estudio de la política como actividad científica, debido a que tan insoslayable tensión forma parte de la naturaleza misma del objeto de estudio de tal disciplina, de modo que ninguna elaboración teórica puede obviar las consecuencias de la referida tensión para el desarrollo de toda teoría política que se precie de científica.

En este sentido -y a fin de ilustrar los dos enfoques teóricos que aquí nos ocuparán- la teoría del **Rational Choice** o elección racional considera la posibilidad de convertirse en un enfoque instrumental (con muy pocos elementos normativos) que posibilite la construcción científica de cadenas medios-fines que permitan el logro de los objetivos políticos planteados, sean ellos de la naturaleza que sean.

El **Rational Choice** propone mecanismos instrumentales con los cuales obtener los fines o valores definidos como deseables, centrando su interés en los medios para lograrlos y en su racionalidad intrínseca. A este respecto, considerará a los fines o valores éticos como externos y dados de antemano, sin proponer consideraciones valorativas de lo que resulta justo o bueno promover.

El Nuevo Normativismo, al igual que otra de sus variantes, el Nuevo Institucionalismo, promueve un retorno a las concepciones más tradicionales de la política -en tanto que estudio ético y de las instituciones jurídico-políticas- sin por ello desconocer la importancia central de un estudio científico de los fenómenos políticos. En una de sus vertientes, propone el estudio empírico de los valores y de la manera cómo éstos influyen sobre las

instituciones jurídico-políticas a través de la historia, así como también la forma como el comportamiento político puede verse influido por los valores y las opciones morales. De esta manera, los valores serían considerados como parte central del estudio de la política, aun cuando -a nuestro modo de ver- en modo alguno aportarían soluciones a la tensión a la cual se intenta dar respuesta, pues con la opción propuesta se obtendría una especie de historia de los valores en las distintas sociedades, empíricamente construida, mas sin ninguna relevancia en lo que a su relación con el estudio científico de los fenómenos políticos se refiere.

En atención a lo expuesto hasta el momento, pareciera que aún no se ha dicho la última palabra en lo relativo a la tensión entre hechos y valores en la ciencia que nos ocupa; pareciera que el estudio empírico de los valores como unidades de análisis no es capaz de reemplazar las consideraciones relativas a las posiciones normativas necesarias a fin de juzgar los fenómenos políticos, a fin de distinguir lo justo o lo bueno de lo que no lo es, y a fin de cumplir el compromiso moral que, en opinión de algunos teóricos, constituye el principal objetivo de la ciencia política para con la sociedad.

Este estado de cosas justifica, entonces, el estudio detenido de las distintas propuestas teóricas destinadas a arrojar nuevas luces en relación al dilema planteado. A este respecto, la obra de John Rawls: **Teoría de la justicia** puede ser vista como un intento novedoso de reconciliación de los polos de la tensión antes descrita.

LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS: UN INTENTO DE SOLUCION AL DILEMA PLANTEADO

Un análisis politológico de la obra **Teoría de la justicia** del norteamericano John Rawls, podría plantearse determinar en qué medida este autor, en el mencionado estudio, intenta dar respuesta al insoslayable problema de la tensión existente entre hechos y valores en el ámbito de la ciencia política contemporánea. En este sentido, la **Teoría de la justicia** podría ser vista como un intento innovador de dar respuesta a la referida tensión, por medio de la combinación de dos requerimientos fundamentales para la ciencia política norteamericana contemporánea: 1.- La observación, recolección y explicación de los datos empíricos relevantes de una manera sistemática y libre de valores;

y 2.- La formulación, desarrollo y promoción de valores morales indispensables a fin de cumplir con la responsabilidad innegable de la ciencia política en lo que concierne a la vida democrática en sociedad.

En este sentido, la **Teoría de la justicia** podría ser vista como una propuesta de resolución del referido dilema que la ciencia política confronta, al ofrecer una visión normativa de lo que habrá de ser la vida moral en sociedad, al tiempo que pretende brindar procedimientos científicos por medio de los cuales derivar, partiendo de los valores preconcebidos y fijos ya mencionados (los cuales son, en cualquier caso, externos y previos al procedimiento científico que Rawls propone) los medios necesarios para el logro de los fines morales tenidos como deseables¹.

De esta forma, la **Teoría de la justicia** podría ser considerada un intento de combinación de dos importantes enfoques teóricos -de significación en el espectro teórico norteamericano- con los cuales dar respuesta al dilema entre hechos y valores que de un modo tan decisivo afecta el desarrollo y la credibilidad del estudio científico de la política, al procurar ofrecer las bases para la relación entre los elementos empíricos y normativos que constituyen parte imprescindible en cualquier estudio científico de la sociedad. Estos dos relevantes enfoques teóricos son la teoría del **Rational Choice** o elección racional², gracias a la cual se ofrecerían los procedimientos sistemáticos adecuados con los cuales lograr los fines morales preconcebidos y deseados, y una variante de la teoría del Nuevo Normativismo³, en un intento de atacar directamente el problema de los valores al interior de un estudio de la sociedad que se precisa científico, y con la intención de ofrecer estándares preconcebidos y puros a ser tenidos como los fines últimos hacia los cuales toda sociedad justa habrá de dirigir sus políticas.

Con tal combinación de enfoques teóricos se pretende, pues, proponer principios ideales de justicia capaces de suplir la carencia de una teoría normativa al interior del enfoque científico de la elección racional⁴ y a partir de los cuales

¹ RAWLS, John: (1971: 357-361).

² ELSTER, John: (1986: cap. 5).

³ CEASER, James: (1990: Caps. 4 y 6).

⁴ RHOADS, Steven: (1985: 172, 173).

conducir las acciones de los maximizadores de utilidad individual. De este modo, en la teoría de Rawls, el logro de la utilidad individual produciría bienestar colectivo de acuerdo con los términos morales específicos, previamente definidos por los individuos en una situación contractualista de igualdad inicial en la cual se determinarían incluso las unidades comunes para el cálculo de la utilidad -los bienes primarios-⁵.

En este sentido, la unión de enfoques teóricos contribuiría a la resolución del referido dilema existente en la ciencia política contemporánea al prestar la atención necesaria a los elementos éticos y normativos imprescindibles en el diseño de toda sociedad justa; al proponer un procedimiento instrumental para el estudio de la conexión entre medios racionales y fines morales⁶; y al aplicar tal conocimiento de tipo ético a la política y a sus instituciones, sirviendo de ejemplo de teorización política que atiende a los medios de acuerdo con los cuales los ciudadanos son capaces de maximizar racionalmente fines morales previamente prescritos (seleccionados por ellos mismos en una situación contractualista inicial caracterizada por una igual libertad y un igual conocimiento de alternativas)⁷.

Por otra parte, dicha teorización sobre la vida pública, la cual implica la ya referida combinación de **Rational Choice** y Nuevo Normativismo, lograría evitar algunas de las contundentes críticas que la teoría de la elección racional ha recibido:

a.- El problema de la ausencia de una teoría normativa al interior del enfoque de la elección racional se solventaría por el compromiso central de Nuevo Normativismo con los valores morales, de modo que se contaría con la existencia de valores externos a la teoría racional, mas, sin embargo, ampliamente requeridos a fin de orientar la conducta de los maximizadores individuales de utilidad hacia fines morales de tipo general.

b.- La combinación de enfoques científicos y normativos evitaría la crítica de acuerdo con la cual la teoría de la elección racional⁸ no considera que el motivo

⁵ RAWLS, John: (1971: 90-95, 142 y ss).

⁶ ELSTER, John: (1986: Introd. y cap. 2).

⁷ RAWLS, John: (1971: 17-22, 120 y ss, 167 y ss).

⁸ CEASER, James: (1990: 78-87).

central de la acción política proviene de una preocupación esencial por lo que habrá de considerarse justo o bueno en todo régimen o comunidad.

c.- Los bienes primarios podrían operar como la unidad de medida común de aquello que los individuos racionales estarían interesados en maximizar, en atención a los fines morales específicos y preconcebidos que habrán de perseguir.

d.- Otra importante crítica, concerniente a la simplificación del comportamiento humano realizada por la teoría de la elección racional⁹ al considerar a los individuos como meros maximizadores de utilidad, se vería solventada si se tiene en cuenta que dicha maximización de la utilidad conduciría a una sociedad justa, dado que la misma no podría calificarse de vacía o egoísta sino, por el contrario, de cálculo individual con fines públicos que produciría justicia distributiva, la cual constituiría el principal criterio a ser considerado y promovido en el diseño de las políticas públicas, así como el estándar con el cual medir la adecuación de las mismas.

Así pues, el tipo de estudio de la política que la **Teoría de la justicia** representa, proporcionaría un medio para el tratamiento de los problemas básicos de la elección racional en la esfera de lo social, por medio de la realización de un paralelismo entre la elección racional a escala social y el estudio de la elección racional individual con el cual determinar en qué forma es posible combinar del modo más eficiente posible los deseos e intereses individuales a fin de producir bienestar colectivo y -lo que es más importante- justicia distributiva¹⁰. A este respecto, Rawls presenta lo que denomina "Teoría de la elección hipotética"¹¹ la cual establece que la respuesta justa a todo problema es la respuesta que una persona o grupo de personas **escogerían** de estar sujetos a ciertas condiciones.

De esta manera, las preocupaciones éticas y normativas se convierten nuevamente en parte esencial del análisis político contemporáneo, dado que se provee el análisis empírico con las herramientas necesarias a fin de realizar un

⁹ ELSTER, John: (1986: Cap. 4).

¹⁰ RAWLS, John: (1971: 4, 7, 61, 84, 87, 310-314).

¹¹ RAWLS, John: (1971: 137, 172, 408-450).

estudio no sólo científico, sino fundamentalmente político -en sus acepciones tradicionales de estudio ético y normativo- de la sociedad. De ser así, la ciencia política habría encontrado -finalmente- el tan anhelado vínculo entre hechos y valores que le permitiría cumplir con su responsabilidad moral en la sociedad.

En consecuencia, el trabajo de Rawls habría combinado los dos principales polos de la ciencia política actual: aquel que aboga por una idea estrictamente científica de la política, con la utilización, en este caso, del método de elección racional, y por otra parte, el polo comprometido con el estudio ético y normativo que hace de la medición de las políticas públicas en relación con ciertos valores morales concebidos con anterioridad y de la valoración de los regímenes en atención a su apego a estos valores morales, el centro de su actividad.

Sin embargo, a esta suerte de afortunada mezcla de enfoques teóricos, se le han opuesto algunas de las críticas que se le han realizado a cada uno de los enfoques particulares que la **Teoría de la justicia** propone, conjuntamente con las observaciones que podrían hacerse a la combinación misma. Dichas críticas constituyen fuertes limitaciones a cualquier intento de aplicación exitosa de la referida teorización a la esfera pública.

En este sentido, puede argumentarse lo siguiente:

1. La combinación de **Rational Choice** con Nuevo Normativismo, no resuelve de manera satisfactoria ni definitiva el dilema entre hechos y valores presentes en la ciencia política. Aun cuando el Nuevo Normativismo ofrece un estándar de valores morales en relación al cual podría ser posible medir el desempeño de las instituciones públicas en una sociedad justa, este enfoque no justifica la selección de dicho estándar, el cual aparece entonces como arbitrariamente seleccionado por el teórico en cuestión, por medio de procedimientos claramente reduccionistas. En este sentido, nada existe en el Nuevo Normativismo en general ni en la propia teoría de Rawls en particular que pueda ofrecer una justificación de la escogencia de unos valores específicos frente al resto de los valores morales que podrían haber sido elegidos.

Se hace necesario ofrecer no sólo un procedimiento de selección para la escogencia de valores, sino también una justificación última de los valores seleccionados como suficientemente justos o buenos para ser considerados los

únicos y últimos estándares morales en atención a los cuales medir las políticas y las instituciones públicas. Ello evitaría los cargos de reduccionismo, formalidad o parcialidad en el proceso de selección de los valores y resolvería apropiadamente el problema valorativo que el Nuevo Normativismo confronta. De lo contrario, aparecerá como un enfoque limitado y parcializado, el cual no funciona más que como un recurso ideológico a fin de promover valores morales abstractos y formales, la maximización de los cuales podría afectar el equilibrio político de la sociedad.

2. La novedosa combinación teórica no presta atención alguna a las interrogantes que sirven de centro a la ciencia política tradicional, estrechamente vinculadas con las teorías del Estado y del gobierno. Por el contrario, lo referido a los temas gubernamentales parece ser ignorado, debido a la abstracta y reduccionista selección de valores morales específicos, selección que se considera la cuestión política de mayor relevancia. Por otra parte, los medios que se postulan como los más idóneos para la maximización de los valores elegidos no prestan atención alguna a la manera como los regímenes específicos en sociedades concretas incorporan y actualizan dichos valores. En este sentido, esta crítica se dirige a afirmar que los valores morales no pueden ser considerados justos o buenos como resultado de una operación abstracta, desvinculada del conocimiento de las sociedades políticas concretas. La aplicación directa de valores morales puros a políticas individuales o a regímenes políticos específicos resultaría equivocada e insuficiente en la ausencia de un conocimiento profundo de las maneras como cada régimen incorpora y actualiza tales valores morales formales. En este sentido resulta relevante la crítica de Ceaser:

“Lo que mantiene los regímenes reales no puede ser conocido en su totalidad con sólo preguntar qué es lo que maximiza un principio ideal de justicia, y a la inversa, lo que se precisa para el mantenimiento de una sociedad justa bien puede no corresponder en cada caso con lo que promueve un principio ideal de justicia”¹².

3. La teoría de la elección racional presenta una importante limitación que la adición del Nuevo Normativismo no es capaz de resolver: La teoría del

¹² CEASER, James: (1990:99).

Rational Choice que ha sido criticada por su unidimensionalidad en lo que a aspectos económicos se refiere¹³. Se ha observado que dicho enfoque, proveniente de la economía, no considera más que factores económicos y que, además, reduce el área de la política a un rol circunstancial y secundario y no la concibe como una esfera susceptible de estudio independiente. De esta forma, el análisis científico basado en la teoría de la elección racional integraría a la política dentro de la economía, con lo cual la política perdería relevancia como actividad autónoma. A este respecto puede agregarse, incluso, que la combinación propuesta por Rawls de **Rational Choice** y Nuevo Normativismo contribuye a mantener el carácter apolítico y abstracto que ha sido criticado, de modo que se imposibilita la consideración del estudio de la política como actividad autónoma. El autor ofrece un ejemplo de la referida ingenuidad política al intentar promover únicamente las nociones más generales y abstractas de la noción de justicia y no de lo que debe considerarse como justo o bueno en cada sociedad en particular, además de no demostrar interés alguno por los problemas político-concretos de cada sociedad históricamente determinada. A este respecto, Rawls no se halla en capacidad de explicar para qué tipo de sociedades concretas se han procurado los principios de justicia por él propuestos. En este sentido, Barber señala:

“Su formalismo, su preocupación por modelos económicos y su predilección por el razonamiento abstracto se combinan a fin de impedirle situar su emergente teoría de la justicia en el contexto de la realidad política o social. Su tendencia, en esos momentos en los cuales la teoría precisa de la aplicación práctica, es la de evitar las referencias a esta última, descartando los asuntos de ‘Sociología Política’ y rechazando cualquier intento de desarrollar una ‘Teoría del Régimen’. (...) Cuando los términos políticos aparecen, ocasionalmente, lo hacen de manera asombrosamente ingenua y abstracta, como si Rawls supusiese no sólo que una teoría de la justicia pudiese condicionar la realidad política, sino que la referida realidad política pudiese ser entendida como poco más que un producto de la teoría de la justicia”¹⁴.

¹³ RHOADS, Steven: (1985: 177, 178).

¹⁴ BARBER, Benjamin: (1975: 310).

4. Otra importante e inevitable crítica guarda relación con el problema de la limitada aplicabilidad de la teoría del **Rational Choice** para el estudio de las comunidades políticas, debido a que, de acuerdo con el principio del individualismo metodológico adoptado por la mencionada teoría, no parece existir forma de estudiar las preferencias colectivas de modo consistente, como no sea por medio de la mera adición de preferencias individuales. En el caso rawlseano, los maximizadores individuales de utilidad, aun cuando guiados por relevantes principios morales, encontrarían la importante limitación de ser incapaces de arribar a las decisiones políticas que se precisan en momentos en los cuales los fines morales se hallan en conflicto (A este respecto, la prioridad lexicográfica jerarquizaría principios distintos de acuerdo con un criterio preconcebido que otorga prioridad absoluta a la libertad por sobre la igualdad, pero no contempla solución alguna para aquellos casos en los cuales se presentasen conflictos relativos a un mismo principio).

Por otra parte, las supuestas unidades de medida compuestas por derechos y libertades, oportunidades y poder, ingreso y riqueza, resultan demasiado amplias y abstractas como para evitar conflictos entre derechos y libertades o, incluso, en relación a cuál política implementar al interior del rango de las opciones moralmente válidas.

5. Una de las más fuertes críticas que pueden formularse a la teoría de la elección racional -la cual concierne directamente la teoría de Rawls y no es susceptible de ser evitada mediante la combinación de enfoques- tiene que ver con la necesidad metodológica del **Rational Choice** de considerar a las preferencias como claras, estables y fijas en un modo abiertamente poco realista¹⁵. En este sentido, los cambios normales en las preferencias individuales parecen dejados de lado, con lo cual se afecta toda comprensión correcta del comportamiento humano en lo relativo a sus gustos, necesidades y preferencias. La crítica, concretamente, señala que tan fijo esquema no da lugar a cambios histórico-políticos que pudieran generar cambios de preferencias, las cuales, a su vez, podrían determinar una noción diferente de lo que habría de entenderse por una sociedad justa al interior de una misma comunidad política a lo largo del tiempo. En este sentido, la teoría de Rawls no proporciona solución alguna

¹⁵ RHOADS, Steven: (1985: 148, 153, 166).

para este problema, como tampoco la propia teoría de la elección racional, lo cual ha sido abiertamente reconocido por sus proponentes.

6. Otra crítica a la teoría de la elección racional -que no puede ser evitada mediante la combinación de elementos del Nuevo Normativismo- puede plantearse como sigue: los teóricos del **Rational Choice** consideran perfectamente racional, desde el punto de vista individual, la maximización del interés propio. Ahora bien, una vez que se introduce al análisis la consideración de posibles externalidades, es ampliamente probable que en el establecimiento del paralelismo metodológico que equipara los estudios individual y social, la suma de intereses individuales no conduzca necesariamente al bienestar colectivo¹⁶. A este respecto, el Nuevo Normativismo presente en la teoría de Rawls intentaría resolver dicho problema mediante la introducción de lo que Rawls denomina "Procedimiento de Unanimidad", en la selección individual de los principios de justicia en la situación contractualista inicial. De la misma manera, se introduce el principio Maximin¹⁷ y se señala que las enormes diferencias económicas y sociales en bienes primarios que aparecerían como resultado de los efectos de la prioridad lexicográfica de la libertad sobre la igualdad, beneficiarían a los menos aventajados. De esta manera, sería posible considerar a las desigualdades como meras externalidades, debido a que las mismas beneficiarían a los estratos de menores ingresos y debido a que los principios de justicia cuya operacionalización genera tales desigualdades fueron el resultado de un acuerdo justo. Ello no obstante, la teoría de la elección racional, en general, y la de Rawls, en particular, han debido enfrentar y enfrentan serias críticas relacionadas con las injustas externalidades producidas por los referidos acuerdos políticos iniciales, tenidos como justos, y que son el resultado de la suma de preferencias individuales¹⁸.

BIBLIOGRAFIA

BARBER, Benjamin: "Justifying Justice: Problems of Psychology, Politics and Measurement in Rawls". **Reading Rawls**. Ed. Norman Daniels, California: Stanford, 1989.

¹⁶ RHOADS, Steven: (1985: Cap. 10).

¹⁷ RAWLS, John: (1971: 75-83, 152-157).

¹⁸ RHOADS, Steven: (1985: 185, 186, 214).

CEASER, James: **Liberal Democracy and Political Science**. Maryland: John Hopkins, 1990.

ELSTER, John: **Rational Choice**. New York: New York, 1986.

MC CLOSKEY, Donald: **The Rhetoric of Economics**. Wisconsin: Wisconsin, 1985.

RAWLS, John: **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard, 1971.

RHOADS, Steven: **The Economist's View of the World**. Cambridge: Cambridge, 1985.

RICCI, David: **The Tragedy of Political Science**. New Heaven: Yale, 1984.

La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana

Hermann Petzold-Pernía

Director de la División de Estudios de Postgrado
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad del Zulia (Maracaibo)

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

Las discusiones sobre los derechos de la persona humana, generalmente, son de naturaleza jurídica, ética y/o política, aunque en última instancia son de índole filosófica o metafísica. Es por ello que las respuestas dadas a las cuestiones planteadas con relación a la persona humana y sus derechos fundamentales, no son definitivas ni indiscutibles, por lo que los problemas que surgen en este ámbito son más bien **aporías** o **metaproblemas**, ya que suscitan o provocan soluciones **tópicas** o **dialécticas**.

Valga decir, que si bien la cuestión de los derechos humanos está ligada, indisolublemente, a la naturaleza del hombre como ser político y social (**ubi societas, ibi ius**), es indudable que en el planteamiento del problema, como en la presentación de las soluciones, se puede observar, que éstas son dadas, presuntamente, **sub specie aeterni**, aunque no consigan sino consolidarse **sub specie temporis**, es decir, unidas, necesariamente, a la fase de evolución filosófica, jurídica y político-social correspondiente a un espacio-tiempo determinado, y destinadas, por ende, a ser superadas -o al menos contradichas- por las respuestas al problema elaboradas conforme a otras concepciones axiológicas vinculadas a otra época y a otra sociedad.

Así, pues, todas las concepciones de la persona humana están condicionadas espacio-temporalmente. Y, por ende, toda concepción del hombre presupone una metafísica que se traduce en una Filosofía del Derecho concebida como axiología jurídica, que busca responder a interrogantes tales, como por ejemplo: ¿Cuáles son los llamados derechos humanos fundamentales? ¿Hay que ser persona humana para tener esos derechos? Y si es así, ¿qué es una persona humana? ¿Existen los derechos humanos independientemente de su reconocimiento por los diversos sistemas jurídicos?, etc.

A nuestro juicio, todos los seres humanos tenemos una concepción (explícita o implícita) de la idea de humanidad que guía nuestro comportamiento tanto individual como colectivo, y que nos lleva solamente a reconocer derechos a aquellos seres que consideramos iguales a nosotros; es decir, que los derechos humanos que reconocemos son los derechos de los seres que consideramos nuestros **semejantes**. En consecuencia, únicamente a éstos les reconoceremos, en nuestro trato social cotidiano, los derechos humanos básicos, aunque en teoría proclamemos que todos los miembros de la especie humana son iguales.

Por supuesto que, entre los seres humanos, existen diversos grados de conciencia moral que determinan sus actuaciones éticas y jurídicas, por lo que el reconocimiento personal y social que hagan de los derechos esenciales de los demás hombres se encuentra en directa relación con el grado de evolución de dicha conciencia moral.

Empero, es posible verificar con referencia a dicho problema que, aunque el pensamiento filosófico, político, jurídico y ético está inmerso en el tiempo y societariamente condicionado, se presenta -tanto en su nacimiento como en su evolución- como la realización escalonada de un desarrollo en permanente marcha, por lo que la multiplicidad de las respuestas aportadas y de las formas de enfocar y presentar la cuestión de la igualdad humana, constituye uno de los mayores logros del intelecto del hombre, ya que la "perfectibilidad de la especie humana no es otra cosa que la tendencia hacia la igualdad"¹.

Ahora bien, la noción de igualdad -"noción a la vez prestigiosa y confusa"², como han expresado los iusfilósofos belgas P. Foriers y Ch. Perelman-, es de raigambre netamente filosófica, aunque aclimatada con singular éxito en el campo jurídico, constituyendo una de las nociones jurídicas más íntimamente vinculadas con los cambios histórico-sociales, pudiéndose decir, por ello, que es una noción evolutiva³. Así, su significación abstracta, que le viene dada por

¹ CONSTANT, Benjamin; "De la perfectibilité de l'espèce humaine" en *De la liberté chez les modernes* (Ecrits politiques), textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Paris, Collection Pluriel-Le Livre de Poche, 1980, p. 591.

² FORIERS, P. y PERELMAN, Ch.; "Prefacio" del libro de PETZOLD PERNÍA, Hermann; *La noción de igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina* (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela), Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, 1974, pp. IX y X.

³ Cf. BUCH, Henri; "La notion d'égalité dans les principes généraux du droit" en *L'égalité*, vol. I, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, pp. 196-225.

su consagración legislativa, como su significación concreta, que es precisada por la interpretación jurisprudencial, dependen de las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales (comprendiendo aquí las estructuras religiosas, morales, étnicas y de estratificación social) existentes en la colectividad y de los valores socialmente aceptados en una época dada. Por esto es posible afirmar que las normas jurídicas que establecen una desigualdad o, por el contrario, suprimen una y proclaman una determinada igualdad, son la expresión: o bien de una desigualdad social, o bien de una reacción debida al cambio de las valoraciones sociales, que es a su vez el resultado, en gran parte, de una transformación de las estructuras colectivas.

Así, pues, cuando en una comunidad dada, se piensa por la mayoría de sus integrantes, o al menos por la clases o grupos sociales que aspiran al control del poder en la misma, que una determinada desigualdad jurídica y/o social hasta ese momento aceptada, o al menos, soportada, se la debe suprimir por sentirse como injusta, se inicia un proceso de lucha social tendiente a cambiar las estructuras de dicha comunidad que hacen posible aquella desigualdad. Pues como ya lo dijo Aristóteles: “La desigualdad es siempre... la causa de las revoluciones, cuando no tienen ninguna compensación los que son víctima de ella... y en general puede decirse que las revoluciones se hacen para conquistar la igualdad”⁴.

Es decir, que los “los ciudadanos se sublevan, ... en defensa de la igualdad cuando considerándose iguales, se ven sacrificados por los privilegiados”⁵.

Más próximo a nosotros, el pensador francés Albert Camus también ha escrito: “En sociedad, el espíritu de rebelión no es posible más que en los grupos donde una igualdad teórica recubre grandes desigualdades de hecho”⁶.

⁴ ARISTOTELES; libro VIII, cap. I, de la “Política” en *Obras Completas de Aristóteles*, trad. por Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Anaconda, 1947, t. I, pp. 738-739. Ya antes Platón había escrito: “...porque lo igual resultaría desigual en desiguales, si no se da, por suerte, en la medida justa; porque por estas dos cosas los regímenes políticos rebosan en escisiones” (libro VI, 757 a, de “Leyes” en Platón, *Obras Completas*, trad. del griego por Juan David García Bacca. Caracas, Presidencia de la República - Universidad Central de Venezuela, 1982, t. IX, p. 221).

⁵ ARISTOTELES; libro VIII, cap. II, de la “Política” en *Ibidem*, p. 740.

⁶ CAMUS, Albert; *L'homme révolté*, Idées-Gallimard, 1957, p. 33.

Ello significa, entonces, que nuevos valores se hacen predominantes en la colectividad. Empero, es necesario indicar que este cambio axiológico es causa y efecto de las transformaciones de las estructuras de la sociedad. Es decir, que si se siente como injusta una determinada desigualdad jurídica y/o social y la estructura que la fundamenta, es porque los valores que la hacían soportable han cambiado. Pero esto implica, a su vez, el cambio, al menos, de una estructura. Así la transformación de una estructura económica o religiosa, por ejemplo, puede hacer cambiar las valoraciones populares en vigor y hacer sentir las estructuras políticas, jurídicas u otras, como injustas y viceversa.

Entonces, las relaciones entre la noción de la igualdad humana y la transformación de las estructuras de la sociedad y de los valores vigentes en ésta, llevan a considerar a ciertas desigualdades jurídicas y/o sociales como injustas, y a otras como justas, o al menos, como tolerables.

Se observa, pues, en consecuencia, que las ideas sobre la igualdad y la desigualdad entre los seres humanos han coexistido y evolucionado paralelas, pero en sentido inverso, a través de la larga y cruenta historia de la humanidad. Así, si en un comienzo, la noción de igualdad fue una excepción con relación a la predominante regla de la desigualdad humana, hoy, gracias a la evolución favorable, en la conciencia del hombre, de la idea de la igualdad de todos los seres humanos, que ha cristalizado en numerosos documentos del Derecho Internacional (declaraciones, convenciones, pactos, etc.) y la casi totalidad de las Constituciones nacionales contemporáneas, vemos que la noción de la igualdad humana se ha convertido en la regla -extendiéndose, por analogía, de las personas naturales a las personas jurídicas- y la idea de la desigualdad en la excepción, la cual deberá tener siempre una justificación que sea compatible con el concepto de la dignidad de la persona humana, tal como es reconocido actualmente por la conciencia jurídica universal, independientemente de que se trate de desigualdades que afecten a un ser humano o a un grupo de seres humanos, por sí mismos, o de desigualdades que afecten a una persona jurídica o varias personas jurídicas, formadas evidentemente por hombres y mujeres.

Es decir que, como afirma pertinentemente Ch. Perelman, la “igualdad no tiene que ser justificada, pues se presume justa; por el contrario, la desigualdad si no está justificada parece arbitraria, por tanto injusta”⁷. Y ello es así puesto que

⁷ PERELMAN, Ch.; “Egalité et justice” en “L’égallité”, Vol. v, Bruxelles, E. Bruylant, 1977, p. 325.

-como dijo el Papa Juan XXIII-, “en nuestro tiempo resultan anacrónicas las teorías, que duraron tantos siglos, por virtud de las cuales ciertas clases recibían un trato de inferioridad, mientras otras exigían posiciones privilegiadas a causa de la situación económica y social, del sexo o de la categoría política.

“Hoy, por el contrario, se ha extendido y consolidado por doquiera la convicción de que todos los hombres son, por dignidad natural, iguales entre sí”⁸.

Entonces, en la actualidad y en la gran mayoría de las naciones civilizadas, como lo señala también el jurista inglés H.L.A. Hart⁹, se acepta “el principio de que **prima facie** los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad”, derecho que para nosotros, como para muchos otros, es uno de los pilares fundamentales, junto con el derecho a la libertad, de todos los demás derechos de la persona, por más que algunos consideren que las nociones de igualdad y de libertad son opuestas. A este respecto, quisiera decir que pensamos lo contrario y estamos de acuerdo con Harold J. Laski, cuando declara: “Los hombres pueden ser ampliamente iguales bajo un régimen despótico y, sin embargo, no ser libres. Pero considero históricamente cierto que en ausencia de ciertas igualdades la libertad carece de perspectivas de realización... La ausencia de igualdad significa privilegios especiales para unos y no para otros, privilegios estos que, por decirlo así, no nacen de la naturaleza humana sino de una deliberada estratagema de la estructura social... (Así) ... cuanto más iguales sean los derechos sociales de los ciudadanos, tanto más capacitados estarán para utilizar su libertad en dominios dignos de exploración. Es indudable que la historia de la abolición de los privilegios especiales ha sido también la historia de la expansión de los derechos del hombre común sobre nuestro patrimonio social. Cuanta más igualdad exista en un Estado, tanto mayor será el empleo que podamos hacer de nuestra libertad”¹⁰.

⁸ Encíclica “Pacem in terris”; Nos. 43-44, en *Ocho grandes mensajes*, 6ª ed. Madrid, B.A.C., 1974, p. 222. Cf. en el mismo sentido: Constitución “Gaudium et spes”, N° 29, en *Ocho grandes mensajes*, ..., p. 415; BAGOLINI, Luigi; *Mito, potere e dialogo*, Bologna, Il Mulino, 1967, pp. 84-86, y RUIZ DEL CASTILLO, Carlos; “Igualdad” en *Diccionario de Ciencias Sociales*, t.1 (A-D), Madrid, Instituto de Estudios Políticos-Unesco, 1975, p. 1049.

⁹ HART, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, trad. del inglés por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 201-202.

¹⁰ LASKI, Harold J.; *La libertad en el Estado moderno*, trad. del inglés por Eduardo Warshaver, 2ª ed., Buenos Aires, Abril, 1946, p. 21.

Pero, ¿qué es la igualdad? Una relación de “intermutabilidad” entre dos o más seres en, al menos, uno de sus aspectos o elementos. Luego, la igualdad no es absoluta, sino relativa. No hay seres totalmente iguales, o sea, en todos sus aspectos o elementos (**idénticos**), sino seres relativamente iguales, es decir, coincidentes en alguno o algunos de sus aspectos o elementos (**semejantes**)¹¹. Lo contrario, valga decir, la afirmación de la identidad o de la igualdad total entre dos seres, significaría que en realidad se trata de un único ser bajo dos nombres diferentes¹². Tal definición de la igualdad, en su relatividad, es aplicable tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas.

Si la igualdad entre las personas, naturales o jurídicas, no es absoluta, tampoco lo es la desigualdad, dado que siempre coincidirán en alguno de sus aspectos o elementos, permitiendo decir que son **semejantes**. Y es este **mínimo de similitud lo que, en las personas humanas, constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano**; igualdad que permite justificar las normas jurídicas que prohíben dar relevancia o importancia a ciertas diferencias entre los seres humanos basadas en características **naturales** (el sexo, la raza, el color, etc.) o **culturales** (la lengua, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, etc.), puesto que, a pesar de estas diferencias, hay que tratarlos como teniendo un mismo valor, ya que hoy en día, no hay ninguna duda posible sobre la **naturaleza original y común de todos los integrantes de la especie humana**.

Luego, si lo anteriormente expuesto es cierto, la cuestión fundamental es la determinación de los aspectos o elementos en los cuales son **semejantes** las personas. O más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como “esenciales” o “relevantes” y la estimación como “accidentales” o “irrelevantes” de los demás. O como sagazmente lo expresaba el Estagirita: “... se conviene ... en que la igualdad debe reinar necesariamente

¹¹ Cf. en un sentido parecido: KELSEN, Hans; “Justice et Droit naturel” (trad. de l’allemand d’Etienne Mazingue) en *Le Droit naturel*, Paris, P.U.F., 1959, pp. 47-48, y BAGOLINI, L.; *op. cit.*; pp. 83-84.

¹² Cf. FREGE, Gottlob; “Sobre sentido y referencia” en *Estudios sobre semántica*, trad. del alemán por Ulises Moulines, 3ª ed., Barcelona, Orbis, 1984, pp. 51-53; PERELMAN, Chaim; “La règle de justice” en *Justice et raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 225-226, y “Cinq leçons sur la justice” en *Droit, morale et philosophie*, 2e. éd., Paris, L.G.D.J., 1976; pp. 26-28, VANQUICKENBORNE, Marc; “La structure de la notion d’égalité en droit” en *L’égallité*, vol. I, ..., pp. 176-179, y RUIZ DEL CASTILLO, C.; *op. cit.*; p. 1049.

entre iguales; queda por averiguar a qué se aplica la igualdad y a qué la desigualdad”¹³.

Para tal determinación, en el campo del Derecho, se recurre a numerosas reglas de justicia concreta, que ofrecen los criterios de distinción, permitiendo declarar que dos o más personas son iguales a los efectos de aplicarles el tratamiento previsto en una de dichas reglas de justicia concreta. Estas reglas son formuladas y establecidas jurídicamente por los que detentan el poder en la comunidad, conforme a sus concepciones e intereses a la vez que influenciados por un determinado contexto histórico-social.

De ahí que la utilización de determinados criterios de relevancia, como la consideración de ciertas personas como iguales o desiguales jurídicamente, son cuestiones esencialmente axiológicas, pues implican la formulación de juicios de valor por medio de actos de voluntad de carácter jurídico, a los cuales sirven de vehículos de sentido las normas de una Constitución, una ley, un reglamento, una sentencia, etc., en fin, normas jurídicas generales o individualizadas, según los casos.

Ahora bien, las expresiones jurídicas de la noción de igualdad, a través de la historia del Derecho, han llegado a “estandarizarse”, es decir, generalizarse y universalizarse. Así, en casi todos los órdenes jurídicos existen, comúnmente a nivel constitucional, una serie de reglas jurídico-generales que se refieren a la igualdad. Por ejemplo: el llamado principio o garantía de la igualdad ante la ley; la prohibición de las distinciones fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualesquiera otras opiniones, la condición social o económica, etc.; la prohibición de crear y gozar de privilegios o fueros; la garantía de la igualdad de acceso a los empleos públicos; el principio de la igualdad en las cargas públicas; la norma de la igualdad entre marido y mujer; la regla de la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos; el principio de igualdad en los impuestos; la regla “a trabajo igual, salario igual”; la garantía de la igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia; el principio de la igualdad de las partes en el proceso, etc. Tales reglas, u otras semejantes, son consagradas positivamente o admitidas suprapositivamente en los diversos órdenes jurídicos del mundo.

¹³ ARISTOTELES; libro III, cap. VII, de la “Política” en *Obras...*, t. I, p. 614.

Es necesario señalar aquí, que esas diferentes formulaciones jurídicas de la noción de igualdad están fundamentadas en las dos primeras reglas antes enunciadas, que constituyen los principios jurídicos de la igualdad **ante** la ley y de la igualdad **en** la ley (o no discriminación).

El primero de ellos lo definimos como el deber de aplicar las normas jurídicas generales a los casos concretos de acuerdo a lo que ellas mismas disponen, aunque esto sea discriminatorio¹⁴; es decir, que este principio significa el respeto a la regla de justicia concreta “A cada uno, según lo que la ley le atribuye”¹⁵. Y en cuanto al segundo se lo puede definir como la exigencia de que en una norma o un conjunto, de normas jurídicas generales no haya distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización esté prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del Derecho, tradición de cultura, principios de Derecho natural inherentes a un cierto estadio de la evolución de la humanidad y a una determinada región del mundo), ya que precisamente, según H. Sidgwick “la característica más evidente y más generalmente reconocida de las leyes justas consiste en el hecho de que son iguales”¹⁶.

Ahora bien, el principio de la igualdad **ante** la ley, **stricto sensu**, puede ser jurídicamente establecido en forma **expresa**, o bien existir **implícitamente** en la noción de norma jurídica general¹⁷, dado que la misma está compuesta por un supuesto de hecho (o antecedente), formulado de modo general (**in abstracto**), al cual se imputa o coordina una consecuencia jurídica (o consecuente), también definida de manera general. Y cuando hay una aplicación correcta, es decir, regular, de la norma jurídica general a los hechos (o sea, conforme a lo que ella misma consagra), se acuerda a todos los casos concretos, pensados o previstos en el supuesto de hecho, el tratamiento previsto de modo

¹⁴ Cf. KELSEN, H.; *op. cit.*, pp. 52-57.

¹⁵ Cf. PERELMAN, Ch.; “De la justice” en *Justice et raison*, ..., pp. 36-38, y “Egalité et justice” en *L’égallité*, vol. V, ..., pp. 325-326.

¹⁶ H. SIDGWICK cit. por GRIFFIN-COLLART, Evelyne; “Egalité et justice dans l’utilitarisme: Bentham, J.S. Mill, H. Sidgwick” en *L’égallité*, vol. II, Bruxelles, E. Bruylant, 1974, p. 274.

¹⁷ Cf. KELSEN, H.; *op. cit.*; pp. 52-57; ROSS, Alf; *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. del inglés por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 278-279, y VANQUICKENBORNE, M.; *op. cit.*, pp. 179-180.

general en la consecuencia jurídica. Así, se puede decir que el principio de la igualdad **ante la ley** existe en la medida en que la relación jurídica entre antecedente y consecuente (o sea, la imputación de la consecuencia jurídica al supuesto de hecho) establecida en una norma jurídica general, sea respetada al nivel de la aplicación de ésta, a los casos concretos; ya que pensamos que la igualdad **ante la ley** es una exigencia hecha **a todos aquellos que aplican las normas jurídicas generales a los casos de especie**, mientras que la igualdad **en la ley** es una exigencia dirigida tanto **a los que crean las normas jurídicas generales como a los que las aplican a los casos concretos**; hacemos notar, con relación a esta última, que el número de las fuentes jurídicas de tal exigencia variará conforme a quienes sean los destinatarios de la misma. Así, el constituyente se sentirá obligado únicamente por la prohibición de utilizar determinados criterios de relevancia, derivada de principios jurídicos supraconstitucionales; si se trata del legislador ordinario, tal prohibición podrá venir, no sólo de esos principios, sino también de normas constitucionales. Respecto de los órganos que gozan del poder de reglamentar las leyes y de otros órganos facultados para dictar normas jurídicas de carácter general, la obligación de respetar la igualdad **en la ley** podrá derivarse, tanto de los principios y normas, antes enunciados, como de normas legales, reglamentarias y consuetudinarias según sea la competencia del órgano. Y, en fin, en el caso de los que aplican las normas jurídicas generales a los casos particulares, la exigencia de la igualdad **en la ley** vendrá, ya sea del orden jurídico-positivo general o de principios jurídicos suprapositivos, pero siendo indispensable señalar con relación a los encargados de aplicar las normas jurídicas generales, que solamente son llamados a hacer respetar tal exigencia **si son jueces** y, como tales, ejercen el rol de correctores de las leyes, reglamentos y demás conjuntos de normas jurídicas generales. Por ejemplo, declarar la inconstitucionalidad de una ley que consagra una discriminación establecida en base a un criterio de distinción cuyo uso es prohibido por normas constitucionales, o a falta de una tal prohibición jurídico-positiva general declarar la inaplicabilidad de las normas legales discriminatorias, en nombre de principios jurídicos metapositivos, si la utilización de los criterios de relevancia empleados para crear las distinciones legales está prohibida por esos principios¹⁸.

¹⁸ Cf. una opinión parecida en: PERELMAN, Ch.; "Egalité et intérêt général" en *L'egalité*, vol. III, Bruxelles, E. Bruylant, 1982, pp. 619-620.

general en la consecuencia jurídica. Así, se puede decir que el principio de la igualdad ante la ley existe en la medida en que la relación jurídica entre antecedente y consecuente (o sea, la imputación de la consecuencia jurídica al supuesto de hecho) establecida en una norma jurídica general, sea respetada al nivel de la aplicación de ésta, a los casos concretos; ya que pensamos que la igualdad ante la ley es una exigencia hecha a **todos aquellos que aplican las normas jurídicas generales a los casos de especie**, mientras que la igualdad en la ley es una exigencia dirigida tanto a **los que crean las normas jurídicas generales como a los que las aplican a los casos concretos**; hacemos notar, con relación a esta última, que el número de las fuentes jurídicas de tal exigencia variará conforme a quienes sean los destinatarios de la misma. Así, el constituyente se sentirá obligado únicamente por la prohibición de utilizar determinados criterios de relevancia, derivada de principios jurídicos supraconstitucionales; si se trata del legislador ordinario, tal prohibición podrá venir, no sólo de esos principios, sino también de normas constitucionales. Respecto de los órganos que gozan del poder de reglamentar las leyes y de otros órganos facultados para dictar normas jurídicas de carácter general, la obligación de respetar la igualdad en la ley podrá derivarse, tanto de los principios y normas, antes enunciados, como de normas legales, reglamentarias y consuetudinarias según sea la competencia del órgano. Y, en fin, en el caso de los que aplican las normas jurídicas generales a los casos particulares, la exigencia de la igualdad en la ley vendrá, ya sea del orden jurídico-positivo general o de principios jurídicos suprapositivos, pero siendo indispensable señalar con relación a los encargados de aplicar las normas jurídicas generales, que solamente son llamados a hacer respetar tal exigencia **si son jueces** y, como tales, ejercen el rol de correctores de las leyes, reglamentos y demás conjuntos de normas jurídicas generales. Por ejemplo, declarar la inconstitucionalidad de una ley que consagra una discriminación establecida en base a un criterio de distinción cuyo uso es prohibido por normas constitucionales, o a falta de una tal prohibición jurídico-positiva general declarar la inaplicabilidad de las normas legales discriminatorias, en nombre de principios jurídicos metapositivos, si la utilización de los criterios de relevancia empleados para crear las distinciones legales está prohibida por esos principios¹⁸.

¹⁸ Cf. una opinión parecida en: PERELMAN, Ch.; "Egalité et intérêt général" en *L'egalité*, vol. III, Bruxelles, E. Bruylant, 1982, pp. 619-620.

Evidentemente, el principio de la igualdad en la ley no implica la igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales, sino la ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente. Entonces, en una norma o en un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan por finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (principalmente en el orden económico), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de **igualación social**, o como expresa Ch. Perelman, de “la igualación de las condiciones”¹⁹, o sea, un principio de compensación de las desigualdades sociales.

A este respecto, el referido autor escribe: “Para disminuir las disparidades, generadoras de desorden, de tensión y aun de rebelión, que existen entre los individuos o los grupos, miembros de una comunidad nacional o internacional, se recurre más y más a un tratamiento **desigual**, es decir, privilegiado, para favorecer a aquellos que la suerte o la historia ha demasiado tiempo desfavorecido. E invocando para esto, el principio de la igualdad ante la ley, entendido en el sentido de la igualación de las condiciones...

(...)

... La igualación de las condiciones corresponde a una visión sintética de las situaciones que uno juzga contrarias a la equidad y al equilibrio armonioso, y por ello justo, de una sociedad”²⁰.

En el mismo orden de ideas, John Rawls, habla de un principio de la compensación o “enderezamiento” (**principle of redress**) que “afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. Así, el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos

¹⁹ PERELMAN, Ch.; “Egalité et valeurs” en *L’egalité*, vol. I, ..., pp. 324-326.

²⁰ *Idem*.

favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad”²¹.

Dicho principio, en el contexto de la teoría sobre la justicia desarrollada por Rawls, se encuentra estrechamente vinculado con otros principios, entre los cuales vale la pena mencionar el principio de igual libertad y el principio de la diferencia.

El primero de dichos principios, el autor antes citado, lo enuncia así: “Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos”²². Y al segundo lo expone diciendo: “Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto (a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, como (b) para estar ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades”²³. Ahora bien, “aunque el principio de la diferencia no es igual al de la compensación, alcanza algunos de los objetivos de este último. Transforma de tal modo los fines de la estructura básica que el esquema total de las instituciones no subraya ya la eficacia social y los valores tecnocráticos”²⁴.

Además, según Rawls, los referidos principios son la expresión de su concepción general de la justicia: “Todos los bienes sociales primarios -libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases de respeto mutuo-, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados”²⁵.

Para nosotros, el principio de **igualación social** es un principio de compensación de las desigualdades sociales, que se puede realizar por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas socialmente, o por la limitación o

²¹ RAWLS, John; *Teoría de la justicia*, trad. del inglés por María Dolores González, 1ª ed., México-Madrid-Buenos Aires, F.C.E., 1979, p. 123. Cf. *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972, pp. 100-101.

²² RAWLS, J.; *Teoría...*, p. 286; ver también pp. 82 y 340.

²³ *Ibidem*, p. 105; ver también p. 341.

²⁴ *Ibidem*, p. 124.

²⁵ *Ibidem*, p. 341; ver también p. 84.

la disminución de la riqueza y del poder de las personas socialmente más favorecidas. En el primer caso, significa la concesión u otorgamiento de uno o varios beneficios positivos, a los socialmente desaventajados o desheredados, como por ejemplo: la protección especial que dan las normas jurídicas (constitucionales, legales y reglamentarias) a los trabajadores (limitación de las horas laborables, salario mínimo o vital, indemnizaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, maternidad, etc.); el beneficio o la auxilioria de pobreza o asistencia jurídica gratuita; los subsidios familiares, la educación, incluso universitaria, gratuita; las becas de estudios; etc. En el segundo caso, la aplicación del referido principio consiste en exigir, a los socialmente favorecidos, una contribución o aporte económico y social a la colectividad, mayor que aquel que se pide a los que se encuentran en la situación social inversa. Esto constituye, entonces, un beneficio negativo (aunque positivo por sus consecuencias) a favor de los desaventajados de la sociedad; por ejemplo: la aplicación razonable de la regla de la proporcionalidad y progresividad de los impuestos, de acuerdo con la capacidad económica o los recursos de los habitantes del país, que puede llevar a la exención o la exoneración de algunas categorías de éstos, y a la redistribución del ingreso nacional en una forma más igualitaria; el control de los precios de los alimentos básicos y de otros productos o servicios necesarios para garantizar el mínimo vital, etc.

Así, pues, el principio de **igualdad social** será con relación a la exigencia de la igualdad en la ley, como la otra cara de la moneda, ya que si se trata igualmente a una persona pobre y a una rica o cualesquiera otras personas que se hallen entre sí en una situación fáctica de desigualdad, a las que se encuentren en desventaja **-débiles sociales-**, se las convierte además en débiles **jurídicos**, no habiendo entonces, una verdadera igualdad en la ley. Es necesario, por esto, tratarlas diferentemente para compensar las desigualdades sociales en favor de las personas más débiles, a fin de que exista una auténtica igualdad jurídica, en sentido material, no simplemente formal ²⁶.

Ahora bien, todo esto implica la utilización de criterios de distinción, tales como la condición social o económica, cuyo empleo puede estar prohibido por normas

²⁶ Cf. en el mismo sentido: OLIVEIRA FARIA, Anacleto de; *Do princípio da igualdade, Teoria e Prática*, São Paulo, 1967, pp. 60-79.

constitucionales u otras normas jurídicas generales o por principios jurídicos que estén por encima del Derecho positivo. Sin embargo, esa prohibición se la establece pensando en las posibles discriminaciones que vayan en perjuicio de los socialmente desfavorecidos, no significando, por lo tanto, que no se puedan hacer distinciones basadas en esos criterios de relevancia, que vayan en contra de las personas que se hallan en una posición de fuerza, en particular económica, en la colectividad, porque entonces, aquella prohibición, no sería más que la consagración, o más exactamente, la reafirmación, por el Derecho positivo, de desigualdades sociales, en provecho de los principales beneficiarios del “**establishment**”. O como ha dicho M. Ginsberg: “Desde el punto de vista de la justicia social es necesario juzgar de la eficiencia por dos exigencias: debe haber una reducción de las desigualdades no solamente de ingreso, sino de propiedad, y esto debe ser obtenido sin introducir nuevas desigualdades basadas en jerarquías de poder”²⁷.

Por consiguiente, los principios de la igualdad en la ley y de **igualación social**, tal como los hemos definido, no son verdaderamente eficaces, el uno sin el otro. Así, sin el primero, el segundo sería falseado, tarde o temprano, ya que la prohibición de utilizar determinados criterios de distinción, como por ejemplo, el sexo, la raza, la religión, las opiniones políticas, la condición social o económica, etc., es un instrumento necesario para derribar las barreras que impiden el ascenso social de algunas personas o grupos de personas, y, por ende, una cierta nivelación social. Mientras que el principio de la igualdad en la ley, sin el principio de **igualación social**, se quedaría, muy probablemente, en una simple declaración formal, es decir, a nivel de una igualdad jurídico-formal sin consecuencias en la realidad social, donde continuarían existiendo graves desigualdades sociales, pues no basta prohibir determinadas discriminaciones sino que es indispensable, también, igualar a los seres humanos, mediante la promoción o elevación de los socialmente desfavorecidos y la disminución o limitación de los aventajados de la colectividad. Justamente, a este respecto, R. H. Tawney ha declarado que “en ausencia de una amplia igualdad de las condiciones, las oportunidades de elevarse serán necesariamente ilusorias”²⁸.

²⁷ GINSBERG, M.; *On Justice in Society*, London, Heinemann, 1965, p. 109.

²⁸ TAWNEY, R.H.; *Equality*, London, Allenand Unwin, 1952, p. 107.

Luego, si el primer principio tiende a negarles el carácter de “esenciales” a ciertas diferencias, el segundo, busca poner de relieve determinadas desigualdades sociales, a fin de suprimirlas o compensarlas. Y la acción de ambos hace posible alcanzar una cierta igualdad entre los miembros de la comunidad²⁹.

Ahora bien, la evolución de las valoraciones socialmente admitidas -que influye y es influida por los cambios de las condiciones colectivas de vida de un país- afecta las concepciones jurídicas y sociales de la población, relativas a la noción de igualdad, de una manera -a veces- no uniforme, en el sentido de que puede haber ciertos grupos o clases sociales que estén de acuerdo con el establecimiento de una nueva regla jurídica de igualdad y la concomitante supresión de una determinada desigualdad social -que lo puede ser también jurídica-, a la vez que pueden existir otros grupos o clases que no lo estén, lo cual hará que el intento de consagrar o la efectiva consagración legislativa de una regla de igualdad dé lugar a una lucha entre el bando favorable no sólo a su establecimiento jurídico, sino también a su efectiva imposición social, y el bando contrario a su positivación, o al menos, a su real vigencia.

En dicha lucha social, los jueces desempeñan un gran rol, ya sea que adopten una actitud revolucionaria (o al menos reformista), es decir, a favor de la nueva regla de igualdad, ya sea que se integren al partido de los conservadores y estén en contra de dicha regla, y a favor de la desigualdad social y/o jurídica que se trata de suprimir, manifestándose su posición al respecto, o bien por fallos tendientes a darle vigencia, es decir, eficacia a las normas jurídicas generales que consagran la nueva regla de igualdad, mediante su efectiva aplicación a los casos concretos; o bien, por decisiones que, negándoles a esas normas su vigencia, proclaman el mantenimiento de la desigualdad que las mismas pretenden erradicar.

Entonces, lo expuesto explicaría la presencia, en Venezuela y otros países de América Latina, de numerosas normas jurídicas generales, casi siempre de carácter constitucional, que no son más que **normas-fachada** -debido a una

²⁹ Cf. una opinión parecida en: BOLIVAR, Simón; “Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, día de su instalación” en *Obras Completas*, Caracas, Cibema, vol. III, N° 83 (Discursos y Proclamas), pp. 682-683.

aplicación judicial conservadora o a una absoluta falta de aplicación-, que, en vez de contribuir a eliminar algunas de las graves desigualdades sociales y jurídicas existentes en aquellos países, sirven, por el contrario, para dar buena conciencia a los privilegiados del **status quo** y a disimular ante la opinión pública internacional, y hasta nacional, violaciones de la dignidad humana.

Esta cuestión de las **normas-fachada** se encuentra en estrecha relación con el problema de la eficacia de las disposiciones constitucionales denominadas programáticas, correspondiendo a los tribunales -particularmente a la Corte Suprema de Justicia, o sea, al órgano supremo del Poder Judicial de un país- decidir si están ante una norma constitucional **programática** o ante una norma constitucional directamente aplicable u **operativa** ³⁰.

Si los jueces adoptan la primera solución, es decir, que estiman que se encuentran ante una norma programática, en ese caso el legislador está obligado, en el momento de establecer nuevas leyes, a tener en cuenta el contenido de la misma, aunque no está obligado a legislar para instrumentar la aplicación a los casos concretos de lo consagrado en la norma constitucional programática. Claro que aquí surge otro problema: si en el país existe -como es el caso del nuestro- el control judicial de la constitucionalidad de la ley, las normas constitucionales, programáticas o no, tienen una significación jurídica real, ya que se puede impedir la vigencia de leyes contrarias a ellas. Pero si esto no es así, las disposiciones constitucionales serán para el legislador simples "reglas de moral legislativa"³¹.

Empero si los jueces consideran que la norma o normas de la Constitución sometidas a su análisis, aparente o realmente programáticas, deben ser directamente aplicadas a los casos de especie, o sea, que las estiman operativas, es probable que nos hallemos delante de una situación donde, debido a la pereza del legislador, los jueces ante la presión social, han decidido realizar los proyectos sociales establecidos en la Constitución. En ese caso los jueces

³⁰ Cf. PETZOLD PERNIA, Hermann; "Algunas notas sobre las normas constitucionales llamadas programáticas y la vigencia de los derechos humanos en Venezuela" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1989, N° 73, pp. 201-206.

³¹ PERELMAN, Ch.; "A propos de la règle de Droit, réflexions de méthode" en *La règle de Droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, p. 316.

declararán inconstitucionales a las normas legales anteriores a la promulgación de la Constitución y contrarias a los textos constitucionales que han resuelto aplicar a los casos concretos.

Como consecuencia de lo antedicho, podemos afirmar que el sentido de las normas jurídicas generales, que establecen una regla de igualdad, es aquel que le atribuyen los jueces u otros funcionarios encargados de aplicarlas concretamente, por lo que la eficacia de tales normas depende de la interpretación que los mismos -conforme a sus creencias, concepciones e intereses, y bajo la influencia de un determinado ambiente histórico-social- les den.

En conclusión, es a los hombres del Derecho, en tanto que legisladores, jueces, funcionarios administrativos, abogados, teóricos, filósofos y dogmáticos del Derecho, a quienes corresponde la tarea de establecer los medios jurídicos que permitan realizar los cambios sociales que se revelan necesarios e inevitables en la América Latina, por los caminos menos violentos -sin perjuicio de su celeridad-, dentro de la perspectiva que venimos de esbozar.

Luego, la consagración legislativa y la realización jurisprudencial y social de los principios de la igualdad en la ley y de **igualación social**, en el respeto del principio de la igualdad **ante** la ley, pero teniendo presente la tensión dialéctica entre la **seguridad jurídica** y la **equidad**, contribuirá a la vigencia efectiva, no sólo del derecho a la igualdad, sino también del derecho a la libertad como posibilidad de realización y verdadero desarrollo de las virtualidades del ser humano.

RESUMEN

Las discusiones sobre los derechos de la persona humana, generalmente, son de naturaleza jurídica, ética, y/o política, aunque en última instancia son de índole filosófica o metafísica. Es por ello que las respuestas dadas a las cuestiones planteadas con relación a la persona humana y sus derechos fundamentales, no son definitivas ni indiscutibles, por lo que los problemas que surgen en este ámbito son más bien **aporías** o **metaproblemas**, ya que suscitan o provocan soluciones **tópicas** o **dialécticas**.

Así, pues, todas las concepciones de la persona humana están condicionadas espacio-temporalmente. Y, por ende, toda concepción del hombre presupone una metafísica que se traduce en una filosofía del Derecho concebida como axiología jurídica, que busca responder a interrogantes tales, como por ejemplo: ¿Cuáles son los llamados derechos fundamentales? ¿Son éstos, derechos del hombre o de la persona humana? ¿Hay que ser persona humana para tener esos derechos? Y, si es así, ¿qué es una persona humana? ¿Existen los derechos humanos independientemente de su reconocimiento por los diversos sistemas jurídicos?, etc.

A nuestro juicio, todos los seres humanos tenemos una concepción (explícita o implícita) de la idea de humanidad que guía nuestro comportamiento tanto individual como colectivo, y que nos lleva a solamente reconocer derechos a aquellos seres que consideramos iguales a nosotros; es decir, que los derechos humanos que reconocemos son los derechos de los seres que consideramos nuestros **semejantes**. En consecuencia, únicamente a éstos les reconoceremos, en nuestro trato social cotidiano, los derechos humanos básicos, aunque en teoría proclamemos que todos los miembros de la especie humana son iguales.

Por supuesto que, entre los seres humanos, existen diversos grados de conciencia moral que determinan sus actuaciones éticas y jurídicas, por lo que el reconocimiento personal y social que hagan de los derechos esenciales de los demás hombres se encuentra en directa relación con el grado de evolución de dicha conciencia moral.

Empero, dado el presente progreso ético-jurídico de la humanidad, la idea de la igualdad de todos los seres humanos aparece reconocida en numerosos documentos de Derecho Internacional y en la casi totalidad de las Constituciones nacionales contemporáneas, por lo que hoy en día podemos constatar que la noción de la igualdad humana -al contrario de lo que había venido ocurriendo en los siglos precedentes de la historia del hombre- se ha convertido en la regla, y la idea de la desigualdad humana en la excepción, la cual deberá tener siempre una justificación compatible con el concepto de la dignidad de la persona humana, tal como es reconocido actualmente por la conciencia jurídica universal, independientemente de que afecte a uno o a varios seres humanos, pues aunque, evidentemente, la igualdad entre las personas no es absoluta sino relativa (ya que **no son idénticas**), tampoco lo es la desigualdad, dado que

siempre coincidirán en alguno de sus aspectos o elementos, permitiendo decir que son **semejantes**. Y, es este **mínimo de similitud lo que, en las personas humanas, constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano**; igualdad que permite justificar las normas jurídicas que prohíben dar relevancia o importancia a ciertas diferencias entre los seres humanos basadas en características **naturales** (el sexo, la raza, el color, etc.) o **culturales** (la lengua, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, etc.), puesto que, a pesar de estas diferencias, hay que tratarlos como teniendo un mismo valor, ya que hoy en día, no hay ninguna duda posible sobre la **naturaleza original y común de todos los integrantes de la especie humana**, lo cual hace que, indiscutiblemente, el derecho que tienen todos ellos de ser tratados con igualdad, sea uno de los pilares centrales, junto con el derecho a la libertad, de todos los demás derechos de la persona humana.

Si lo anteriormente expuesto es cierto, la cuestión fundamental es la determinación de los aspectos o elementos en los cuales son **semejantes** las personas. O más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como “esenciales” o “relevantes” y la estimación como “accidentales” o “irrelevantes” de los demás.

Para tal determinación en el campo del Derecho, se recurre a numerosas reglas de justicia concreta, que ofrecen los criterios de distinción, permitiendo declarar que dos o más personas son iguales a los efectos de aplicarles el tratamiento previsto en una de dichas reglas de justicia concreta. Estas reglas son formuladas y establecidas jurídicamente por los que detentan el poder en la comunidad, conforme a sus concepciones e intereses a la vez que influenciados por un determinado contexto histórico-social.

Es necesario señalar aquí, que las diferentes formulaciones jurídicas de la noción de igualdad están fundamentadas en los principios jurídicos de la igualdad **ante la ley** y de la igualdad **en la ley** (o **no discriminación**).

El primero de ellos lo definimos como el deber de aplicar las normas jurídicas generales a los casos concretos, de acuerdo a lo que ellas mismas disponen, aunque esto sea discriminatorio; y el segundo, como la exigencia de que en una norma o un conjunto de normas jurídicas generales no haya distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización esté prohibida por normas

constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del Derecho, tradición de cultura, principios de Derecho natural inherentes a un cierto estadio de la evolución de la humanidad y a una determinada región del mundo).

Evidentemente, el principio de la igualdad en la ley no implica la igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales, sino la ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente. Entonces, en una norma o en un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan por finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (principalmente en el orden económico), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de **igualación social**, o sea, un principio de compensación de las desigualdades sociales.

Así, pues, el principio de **igualación social** sería, con relación a la exigencia de la igualdad en la ley, como la otra cara de la moneda, ya que si se trata igualmente a una persona pobre y a una rica o cualesquiera otras personas que se hallen entre sí en una situación fáctica de desigualdad, a las que se encuentren en desventaja -**débiles sociales**-, se las convierte además en **débiles jurídicos**, no habiendo entonces, una verdadera igualdad en la ley.

Evolución de la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos

Jorge Luis Suárez M.
Investigador Centro de Investigaciones
Jurídicas - UCAB
Profesor Derecho Administrativo
y Práctica Jurídica - UCV

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO.

II. PRIMERA ETAPA: DESCUBRIMIENTO DE LOS PRIMEROS POZOS DE PETROLEO Y CONSTITUCION DE LAS PRIMERAS CONCESIONES DE HIDROCARBUROS.

III. SEGUNDA ETAPA: REGIMEN DE CONCESIONES MODERNAS.

IV. TERCERA ETAPA: EL PROCESO DE PRE-NACIONALIZACION DE LA INDUSTRIA DE LOS HIDROCARBUROS. A. La creación de la Corporación Venezolana del Petróleo. B. La Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos de 1967 (Los Contratos de Servicio). C. La Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos. D. La Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de los Hidrocarburos.

V. CUARTA ETAPA: LA NACIONALIZACION DE LA INDUSTRIA VENEZOLANA DE LOS HIDROCARBUROS. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO

La intervención del Estado venezolano en la economía del país ha tendido a ir al aumento en los últimos años, por lo menos desde el punto de vista legislativo. Sin embargo, por estar el sistema económico de nuestro país enmarcado, según

la Constitución, dentro de lo que se llama en doctrina como un régimen de “economía mixta”, ello ha permitido que las políticas de los gobiernos de turno hayan ido de un extremo a otro, es decir, de políticas eminentemente estatistas, que son aplicadas en su forma pura en economías socialistas, aplicadas en Venezuela durante el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez y se puede decir que en los gobiernos de Luis Herrera Campíns y Jaime Lusinchi, a políticas tendentes a la privatización, equivalentes a la forma pura de las economías capitalistas, aplicadas en nuestro país con las medidas y las directrices en general del programa económico del segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez, el cual se ha caracterizado desde un comienzo, en plantear un marco económico, y lo han llevado a cabo, inspirado en la llamada “economía liberal o de mercado”, hasta el punto de que la Corte Suprema de Justicia ha tenido que dejar establecido, por la interposición de recursos de nulidad, que ciertos actos del Poder Ejecutivo en materia económica y financiera, durante el presente gobierno no pueden ejecutarse en nuestro país por ser nuestro sistema económico, de acuerdo con la Constitución de la República, de características de “economía mixta” como antes anotamos. Esto quiere decir, que el Estado debe intervenir en ciertas áreas que la legislación así lo establece como facultad y como obligación, como es el caso de la fijación de las tasas de interés, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Banco Central de Venezuela, y a su vez, la intervención privada en la economía es amplia, sin querer decir esto que la intervención estatal es subsidiaria, como sucede en las economías de mercado puras como es el caso de los Estados Unidos de América.

Pese a la decisión de nuestro máximo tribunal de restringir las políticas neoliberales del presente gobierno, por lo menos en lo que respecta a la fijación de las tasas de interés, ello no ha cambiado las políticas económicas generales del segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez y posteriormente a esa específica decisión de la Corte Suprema de Justicia, este gobierno ha seguido llevando a cabo sus planes enmarcados en un régimen de economía liberal o “neoliberal” como llaman algunos, el cual, por cierto, ha causado graves problemas institucionales y de orden público en Venezuela.

Ahora bien, respecto a la industria venezolana de los hidrocarburos, la aplicación de medidas económicas neoliberales ha tenido que ser menos intensa, sin querer decir esto que no se haya intentado ampliar el espectro de intervención privada en esta importante industria, lo cual en otra época hubiera sido inconcebible.

Afortunadamente, el régimen legal que regula la industria venezolana de los hidrocarburos, ha sido inspirado en un Estado estatizador y creado por un Estado de este tipo, como lo era en la década de los setenta, y ello ha evitado que la principal industria de nuestro país pase nuevamente a manos privadas. Al mismo tiempo, la llamada Ley de Nacionalización Petrolera, técnicamente denominada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos como es su nombre oficial, permite efectivamente la participación privada en las actividades de la industria de los hidrocarburos, pero esa posibilidad ha sido restringida a su mínima expresión por razones quizás políticas. Sin embargo, sí se han realizado acciones tendentes a la intervención privada en esta industria, para algunos una “privatización”, la cual ha sido manejada con bastante control por parte del Estado, como es la idea de la Ley de Nacionalización Petrolera.

Intentos más fuertes de intervención privada en la principal industria de nuestro país, no han recibido el total apoyo, por lo menos político, de diversos sectores nacionales, porque para algunos ello redundaría en una “desnacionalización” de la industria de los hidrocarburos, lo cual sería evidentemente contradictorio si tomamos en cuenta que justamente el principal promotor de la nacionalización de la industria de los hidrocarburos fue, justamente, el que actualmente promueve igualmente una política económica privatizadora.

Así las cosas, la industria venezolana de los hidrocarburos, pese a las políticas económicas inspiradas en ideas totalmente contrarias a un régimen nacionalizado, ha sobrevivido como industria manejada por empresas públicas porque, además, la eficiencia de esas empresas ha sido buena. En la actualidad, la industria venezolana de los hidrocarburos sigue siendo manejada y controlada por el Estado, con algunos intentos positivos “privatizadores” sin que ello haya desnaturalizado la esencia de la nacionalización.

La intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos puede dividirse en varias etapas, en cada una de las cuales el grado de intervención es diferente. Una primera etapa que va desde el descubrimiento de los yacimientos petrolíferos en el occidente del país, específicamente en los Andes y el Lago de Maracaibo, hasta la promulgación de la Ley de Hidrocarburos de 1943, época en la cual comenzó el verdadero desarrollo de la industria de los hidrocarburos.

La segunda etapa de estudio de la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos podría situarse desde la promulgación de la Ley de Hidrocarburos arriba mencionada, quizás la ley en la materia más completa dentro del ámbito legislativo venezolano, hasta finales de la década de los sesenta, cuando al finalizar la dictadura perezjimenista, el entonces Presidente de la República Rómulo Betancourt inició una etapa que podríamos llamar de “Prenacionalización de la Industria Petrolera”, que constituirá la tercera etapa de este estudio, en la que el Estado venezolano estaba decidido a ejercer un mayor control sobre la principal industria de nuestro país, quizás con la mirada puesta en la futura nacionalización propiamente dicha de la industria de los hidrocarburos.

Por último, tendríamos como cuarta etapa dentro de la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos la que estamos viviendo actualmente desde la nacionalización de esta industria, mediante la cual el Estado se reservó las actividades relacionadas con la industria y el comercio de los hidrocarburos, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 97 de la Constitución de la República, como la culminación de un proceso iniciado a finales de 1960 con la antedicha etapa de “Prenacionalización de la Industria de los Hidrocarburos”.

Quizá la realidad económica actual a la que antes hicimos referencia, pudiera hacernos pensar que esta última cuarta etapa ha llegado a su fin o por lo menos, pudiera estar comenzando una nueva etapa en el proceso de intervención en la industria venezolana de los hidrocarburos. Sin embargo, ello, por lo menos en el estado actual de las cosas, parece exagerado afirmarlo, sin querer decir esto que más adelante pudiera configurarse una quinta etapa en este sentido, si las fuerzas políticas del país, la situación económica de Venezuela y los criterios gerenciales de la industria petrolera insisten en devolver, por lo menos parcialmente, esta industria a las manos privadas, por lo menos en las áreas en las que el Estado no está interesado en participar, por ser poco rentable, o porque simplemente no tenga el dinero para hacerlo y necesite de la inversión privada como sucede con el Proyecto Cristóbal Colón.

De cualquier manera, esa posible quinta etapa no podrá ser igual a las primeras etapas de este estudio en las cuales los entes particulares actuaban con bastante libertad. Y no podrá ser igual porque el Estado nunca podrá dejar de tener el

control de nuestra máxima industria, así sea que los particulares estén interviniendo en la actividad, como efectivamente lo permite la Ley de Nacionalización Petrolera y eso, es lo más conveniente.

Por ahora, estudiemos las cuatro etapas. Quizás, en una futura actualización de este trabajo, sea necesario incorporar la aludida quinta etapa, pero en este momento es prematuro y aventurado decir que ya existe. Pasemos de seguidas a conocer las características jurídicas más importantes de cada una de las cuatro etapas en las que, en criterio del autor del presente trabajo, está dividida la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos.

II. PRIMERA ETAPA: DESCUBRIMIENTO DE LOS PRIMEROS POZOS DE PETROLEO Y CONSTITUCION DE LAS PRIMERAS CONCESIONES DE HIDROCARBUROS

Dentro del tema que estamos analizando, los finales del siglo XIX se caracterizan por ser una etapa en la que se producen una serie de hechos en el campo jurídico, dirigidos al otorgamiento a particulares de concesiones para la explotación de asfalto y petróleo.

Durante este período, el legislado va afinando su criterio y se reafirman una serie de principios básicos que van a constituir el fundamento de lo que sería la industria venezolana de los hidrocarburos y el ordenamiento jurídico destinado a regirla.

Desde el punto de vista constitucional, desde la llamada Constitución Federal del 13 de abril de 1864, hasta la de 1901, hay un lapso, en el cual rigieron las Constituciones de 1864 y 1874, en el que, en virtud de la autonomía de los estados de la Federación, corresponde a éstos, y no al gobierno federal, tanto la propiedad de los recursos mineros existentes en sus respectivos territorios como la facultad de administrarlos y, eventualmente de otorgar las concesiones correspondientes. Durante este período, el general Jorge Sutherland, Presidente Constitucional del Estado Zulia, otorga la primera concesión petrolera en Venezuela, la cual tiene fecha 3 de abril de 1864 y se hizo a nombre del ciudadano norteamericano Camilo Ferrand por un lapso de 10 años.

El 2 de febrero de 1866, la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Andalucía otorga a Manuel Olavarría una concesión petrolera por 20 años. La nueva

concesión estipulaba una regalía del 17% y la ejecución de algunas obras en las poblaciones de Cumaná y Maturín, lo que viene a representar un antecedente de lo que posteriormente serían las llamadas ventajas especiales.

En ese mismo año de 1866, la Asamblea Constituyente del Estado Trujillo otorga al ciudadano Pascual Casanova con fecha 19 de diciembre, una concesión petrolera en el cantón de Escuque por el término de 20 años.

Al comienzo de esta primera etapa dentro de la evolución de la intervención estatal en la industria venezolana de los hidrocarburos, el asfalto prepondera sobre el petróleo. En 1878 se registra un hecho fundamental en la historia petrolera venezolana cuando el doctor Manuel Antonio Pulido forma la Compañía "Petrolia del Táchira" y el 3 de septiembre del mismo año obtiene la primera concesión bajo la Constitución de 1864, que abarcaba cien hectáreas en el Distrito Rubio del entonces Gran Estado de los Andes, concesión esta que terminó su vigencia en 1934.

Este primer concesionario perfora varios pozos de pequeña profundidad con equipos bastante rudimentarios que sólo le permiten producir 15 barriles de petróleo diarios, y con una pequeña refinería produce kerosene que se utiliza para el alumbrado de los pueblos vecinos.

En 1880 fue importada la primera cabria de perforación desde los Estados Unidos de América que fue utilizada para el taladro que perforó la formación del cretáceo superior denominada "Mito Juan" en el campo La Alquitrana, en las proximidades de San Cristóbal, en el actual Estado Táchira.

Durante este período comienzan a surgir los nuevos contratos para la explotación del petróleo. Entre éstos podemos citar los siguientes:

- a) La concesión otorgada a Andrés Espina, el 16 de mayo de 1904, por 25 años, sobre 1.200 hectáreas en los Distritos Perijá y Maracaibo del Estado Zulia.
- b) La concesión otorgada a Andrés Jorge Vigas el 31 de enero de 1907, sobre unas dos millones de hectáreas, en el Distrito Colón del Estado Zulia, concesión esta que fue traspasada a la Colon Development Company.

c) La concesión otorgada el 28 de febrero de 1907 a Antonio Aranguren, sobre un millón de hectáreas en los Distritos Colón y Maracaibo en el Estado Zulia, la cual fue traspasada posteriormente a la Venezuela Oil Concessions.

d) La concesión obtenida por Francisco Jiménez Arráiz el 3 de junio de 1907, sobre quinientas mil hectáreas en los Distritos Zamora y Acosta del Estado Falcón, traspasada después a la North Venezuelan Petroleum Company.

e) La concesión otorgada a Bernabé Planas el 22 de julio de 1907, sobre unas quinientas mil hectáreas en el Distrito Buchivacoa en el mismo Estado Falcón, la cual fue cedida posteriormente a la British Controlled Oilfields.

En 1912 se otorgan nuevas concesiones bajo el Código de Minas de 1910, al doctor Rafael Max Valladares que cubrían los Estados Falcón, Zulia, Táchira, Mérida, Trujillo, Lara, Yaracuy, Carabobo, Monagas, Anzoátegui, Sucre, Nueva Esparta y Delta Amacuro. Estas concesiones fueron cedidas posteriormente a The Caribbean Petroleum Company del Grupo Royal Dutch-Shell.

Como vemos, la mayoría de las concesiones otorgadas a particulares pasan a manos de las compañías explotadoras de petróleo, muchas de ellas transnacionales, quienes se encargan de explotarlas. El 31 de julio de 1914, la compañía integrante del Grupo Shell, The Caribbean Petroleum Company, completa el primer pozo que a unos 400 pies produjo petróleo comercial. Este pozo se denominó Zumaque N° 1, ahora el MG-1, situado en Mene Grande, al este del Lago de Maracaibo.

Sin embargo, el período más fecundo dentro de esta primera etapa de intervención estatal en la industria de los hidrocarburos, donde la expansión de esta industria alcanza su máximo nivel, se inicia con el estallido del pozo denominado Los Barrosos N° 2, conocido hoy como R-4 en el Campo de La Rosa, en Cabimas. Este fue el momento decisivo que marcó definitivamente el rumbo del futuro venezolano, que permitió colocar al país en el lugar de segundo productor mundial de petróleo y primer exportador. “Es el acontecimiento más importante en la historia de nuestra industria petrolera; ningún hecho había tenido tan profundas repercusiones en la vida económica de Venezuela. (...) La incorporación de la riqueza petrolera a nuestra economía

se realizó a través de este descubrimiento” como bien lo apunta Luis González Berti (Véase GONZALEZ BERTI, Luis. **Compendio de Derecho Minero Venezolano** (Tomo II). Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Mérida, 1981, p. 46).

Expresa Enrique Viloria que “a partir de este momento comienza un período de febriles búsquedas, mejor localizadas, sobre todo en la costa oriental del Lago de Maracaibo. Las poderosas compañías americanas se interesaron en Venezuela y se instalaron. Las compañías inglesas que disfrutaban de un monopolio de hecho, se reagruparon en el seno de la Shell. Finalmente un gran número de compañías de todas las nacionalidades, se precipitaron para aprovecharse de la ocasión. Entre 1923 y 1934 las compañías exploraron arduamente las zonas productivas” (Véase VILORIA, Enrique. “**Petróleos de Venezuela**”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, p. 30).

En esta primera etapa, en 1920, se dicta la primera Ley de Hidrocarburos, a la cual sucedieron las leyes de 1921, 1922, 1925, 1928, 1935 y 1938. Según Román José Duque Corredor, “esta última ley frenó el otorgamiento de nuevas concesiones por las condiciones rígidas que rodeó la explotación de los hidrocarburos y contempló el **primer principio nacionalista** de nuestra legislación, cuando preveía la posibilidad de establecer empresas y establecimientos industriales por parte del Estado venezolano” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. “Evolución del Derecho Petrolero en Venezuela” en **Revista de Derecho Público** N° 23. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985, p. 88).

En Venezuela, en esta primera etapa, imperaron dos sistemas de otorgamiento de las concesiones, en cada uno de los cuales el Estado tenía más o menos facultades. En el primero de estos sistemas, las concesiones eran de otorgamiento forzoso, era el llamado sistema regalista establecido en la antigua Ley de Minas. Pero luego cuando se promulga la Ley de Hidrocarburos, las concesiones pasan a ser eminentemente facultativas o discrecionales para el Estado, éste es el llamado sistema dominial en hidrocarburos.

Sin embargo, como bien lo expresa Luis González Berti, “no fue esquiva la legislación de minas a esta modalidad señalada, que paulatinamente fue abriéndose paso dentro de las rígidas y obligatorias normas legales que tan

mezquina libertad habían dejado al Estado dueño y señor de la riqueza, quien se veía constreñido en fuerza misma de la ley, a otorgar las concesiones a quien se las solicitase, sin que hubiere la posibilidad de una negativa desde el punto de vista legal” (Véase GONZALEZ BERTI, Luis. **Op. cit.**, p. 123).

Antes de la aparición del petróleo, la legislación recurrió al recurso de la celebración de contratos especiales para la explotación de las minas, tal como lo estableció la Ley de Minas de 1915. El 27 de junio de 1918, aparece en el panorama legislativo venezolano una ley que ratifica el mismo principio de la de 1915 pero lo completa al expresar que “la administración directa la ejercerá el Ejecutivo Federal por órgano de los agentes que designe para cada caso, determinando sus funciones al crear los respectivos cargos”.

Igualmente, se establecieron las bases mínimas para los contratos de concesión, entre las cuales figuraban la extensión de los mismos, impuestos, duración de 30 años para la explotación, entre otros aspectos.

Como consecuencia de la Ley de 1918, aparecen dos decretos reglamentarios en los cuales se reglamentan los aspectos fundamentales de la ley y echa las bases de la que posteriormente se convierte en la ley más completa que se haya tenido en materia de hidrocarburos.

El 19 de julio de 1920 se dicta la primera Ley sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles, la cual resume todo lo legislado anteriormente en la materia pero, como lo apunta González Berti, aún no llega a dejar huellas imborrables dentro de nuestra legislación aunque representó un gran esfuerzo para mejorar la normativa de los hidrocarburos. Lo mismo hay que decir de la Ley de Hidrocarburos de 1921 (Véase GONZALEZ BERTI, Luis, **Op. cit.**, p. 125).

Sin embargo, es bueno señalar que estas dos leyes contemplaban el sistema dominial como natural condición en el campo de los hidrocarburos, cuya explotación se proclama como eminentemente contractual y facultativa para el Estado.

Aparece entonces el 9 de junio de 1922 la ley cuyas normas y principios aún perduran, ya que consagró los siguientes:

a) La utilidad pública de la industria del petróleo;

- b) Los cuatro tipos tradicionales de concesiones para la obtención y aprovechamiento de los hidrocarburos: la exploración, la explotación, la manufactura y refinación y el transporte de las sustancias;
- c) Lo que en leyes anteriores se llamaba permisos de exploración exclusiva y contratos de explotación, lo llaman ahora concesión, pero con idéntico contenido jurídico;
- d) Establece por primera vez las normas tradicionales en materia de hidrocarburos y los rasgos fundamentales trazados por la ley anterior son ratificados, ampliados y completados por esta ley y la que la siguió como fue la Ley del 18 de julio de 1925, Ley del 18 de julio de 1928, Ley del 17 de junio de 1935, Ley del 5 de agosto de 1936, Ley del 21 de diciembre de 1938, aunque esta última no tuvo ninguna actuación ya que bajo su imperio no se otorgaron concesiones.

De esta enumeración, podemos obtener las siguientes conclusiones:

- a) Se proclama el sistema dominial de las concesiones en la cual el Estado tiene plena libertad para otorgar o no las mismas, en contraste con el sistema de regalía que imperaban anteriormente, en la cual el Estado tenía que otorgar obligatoriamente las concesiones si el solicitante cumplía con los requisitos legales, es decir, no era una facultad discrecional sino totalmente reglada, régimen este imperante hasta 1915.
- b) Se establece la necesidad del consentimiento del Estado para el aprovechamiento de las riquezas que siempre le pertenecen y no han debido salir de su poder, aun cuando la forma en que ha permitido su utilización ha revestido diversas modalidades.

Consideramos oportuno mencionar dentro de esta primera etapa de intervención del Estado en la industria venezolana de los hidrocarburos, que se establecen en 1918 algunos otros principios que favorecen esta intervención que hasta esa fecha, como ya vimos, estaba seriamente restringida aunque ya en 1915 se habían dispuesto mecanismos de mayor interferencia del Estado. En el Decreto Reglamentario del 9 de octubre de 1918 se establece el principio de reversión propiamente dicho de las concesiones, el cual es ratificado por las leyes de 1920, 1922, 1925, 1928, 1935 y 1936.

También es en esta etapa cuando se establece la temporalidad de las concesiones, cuando la Constitución de 1925 postula que “las concesiones mineras no serán perpetuas”; este principio es ratificado por la constitución de 1928 cuando dice “las concesiones mineras serán temporales”; igual hacen la de 1929, la de 1931, la de 1936 y la reforma parcial del 5 de mayo de 1945.

De todo lo antes dicho podemos concluir que en esta primera etapa la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos pasó, en la práctica, de un simple concedente de permisos de exploración y explotación de hidrocarburos, que eran en verdad los contratos, sin ninguna facultad discrecional para decidir tales solicitudes, a un verdadero controlador de las personas que podían ejercer actividades relacionadas con los hidrocarburos, con la plena libertad de decidir la concesión del contrato de explotación respectivo. La figura de la concesión era la que imperaba en esta primera etapa, aunque con diferentes nombres, pero en ella el Estado ejerció diferente rol de acuerdo a la época y desarrollo de la industria.

Como lo dice Duque Corredor, a mediados de esta primera etapa que el Estado comenzó a asomar ciertos principios nacionalistas, en vista de la amplia libertad de que gozaban los concesionarios y la desactualizada legislación imperante que no se adaptaba a las actividades petroleras que comenzaban a desarrollarse (Véase DUQUE CORREDOR, Román, **Op. cit.**, p. 88). Es en 1918 y especialmente en la Ley de 1920 cuando el Estado comienza una incipiente intervención en la industria de los hidrocarburos, la cual va aumentando con sucesivas reformas a la legislación en ese entonces vigente.

III. SEGUNDA ETAPA: REGIMEN DE CONCESIONES MODERNAS

Esta segunda etapa en la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos comienza cuando se promulga la Ley de Hidrocarburos en 1943, en la cual se regulan con un régimen único las concesiones de hidrocarburos con una serie de supuestos de control por parte del Estado y el establecimiento de varios principios a favor de éste.

Esta etapa concluye en los años finales de la década de los cincuenta cuando el gobierno nacional, primero de la presente “era democrática”, dicta la decisión de “no más concesiones” y comienza la llamada etapa de

“prenacionalización de la industria de los hidrocarburos” a la que nos referiremos más adelante.

Como bien lo expresa Román José Duque Corredor, “bajo el imperio de la Ley de Hidrocarburos de 1943 comenzó una nueva etapa para la industria petrolera, con un mayor control, por parte del Estado, cuyo régimen rigió fundamentalmente, con algunas modificaciones, hasta 1975, cuando se promulgó la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos” (Véase DUQUE CORREDOR, Román, *Op. cit.*, p. 89).

En esta etapa, Duque Corredor, en su artículo ya citado, destaca algunos hechos importantes dentro del desarrollo de la industria venezolana de los hidrocarburos:

- a) En 1943 y 1944 se firmaron los convenios de petróleos de referencias para el cálculo del impuesto de explotación o “regalía”.
- b) En 1945 la Shell y la Creole inician la construcción de las refinerías de Cardón y Amuay, respectivamente, y la Mene Grande lo hace en Puerto La Cruz.
- c) En 1948 se contempló en la Ley de Impuesto sobre la Renta una fórmula para que junto con los impuestos especiales de hidrocarburos, se permitiera la participación de la nación en las ganancias de la industria, de un 50%. Fue la llamada fórmula del fifty/fifty.
- d) En 1951 se reforman los convenios de petróleos de referencia para agregar al “East-Texas” y al “West Texas”, el “Bunker C” para los petróleos pesados.
- e) En 1955 se reforma parcialmente la Ley de Hidrocarburos de 1943 para permitir las exploraciones libres superficiales.
- f) En 1956 y 1957 se otorgaron las últimas concesiones de hidrocarburos en Venezuela, en el Lago de Maracaibo.

Es precisamente en estas últimas concesiones cuando se puede considerar que culmina esta segunda etapa dentro del proceso de evolución de la intervención estatal en la industria venezolana de los hidrocarburos. De aquí en adelante el

Estado venezolano fue tomando en sus manos, poco a poco, el control de la principal industria de nuestro país, proceso que culminó con la nacionalización de esta industria en 1975.

Como lo dijimos al principio de este capítulo, esta segunda etapa comenzó en 1943 con la Ley de Hidrocarburos promulgada ese año, la cual estableció la llamada por Duque Corredor “etapa de las concesiones modernas” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. *Op. cit.*, p. 89) o régimen moderno de las concesiones de hidrocarburos.

Según la Ley de Hidrocarburos de 1943, el derecho de explorar y explotar exclusivamente, y el de manufacturar y transportar los hidrocarburos podía ejercerse directamente por el Ejecutivo Nacional o a través del otorgamiento de concesiones a los particulares. Es decir, se reconocía el derecho de explorar y explotar los hidrocarburos al Estado, por sí mismo, y a los particulares que hubiesen obtenido las respectivas concesiones.

Es de hacer notar, como lo dice Enrique Viloria, “que el otorgamiento de una concesión a un particular no implicaba la transferencia de la propiedad del yacimiento sino un ‘derecho real inmueble de explorar y de explotar los yacimientos cubiertos por el área concedida’. Es decir, que el concesionario sólo era dueño del petróleo extraído, pero no del yacimiento cuya propiedad conservaba el Estado” (Véase VILORIA, Enrique, *Op. cit.*, p. 31).

En cuanto a las características fundamentales de las concesiones establecidas en la derogada Ley de Hidrocarburos de 1943 se pueden citar las siguientes:

- a) Una concesión de explotación confería al concesionario por el lapso de cuarenta años, renovables por otros cuarenta años, el derecho exclusivo de extraer, dentro de los límites de una parcela de explotación, las sustancias concedidas y podía, en consecuencia, realizar todas las actividades dirigidas a su aprovechamiento.
- b) En concordancia con este derecho de explotación, el concesionario podía manufacturar y refinar las sustancias derivadas de los hidrocarburos, así como conducir y transportar dichas sustancias y sus productos derivados a los centros de consumo o a los puertos de embarque.

c) Los concesionarios debían explotar las respectivas parcelas y no podían dejarlas de explotar durante tres años consecutivos.

d) La Ley de Hidrocarburos de 1943 establecía que las concesiones se extinguían por vencimiento del término, por caducidad, por incumplimiento de las obligaciones, por renuncia del concesionario y por reducción del área concedida. La ley disponía que en caso de extinción de las concesiones, las parcelas concedidas revertían al Estado, así como las obras y mejoras concedidas y las tierras destinadas a su explotación y exploración. Todos estos elementos revertían al Estado sin la obligación de pagar ninguna indemnización.

e) El concesionario debía pagar al Estado ciertos impuestos especiales, los cuales eran el de exploración, el superficial, el inicial de explotación, el de explotación o royalty, el de manufactura también llamado de consumo y el transporte, así como el de Impuesto sobre la Renta. Entre éstos, los más importantes eran el de explotación o regalía y el Impuesto sobre la Renta. Según Alberto Rodríguez Campíns, el royalty debía ser entendido como “la indemnización compensatoria debida al propietario de los yacimientos por el hecho del agotamiento de las reservas. En efecto, la explotación supone la disminución y la destrucción consecutiva del patrimonio, es decir, del petróleo, recurso no renovable, ya que su extracción provoca el agotamiento progresivo de los yacimientos” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 32).

En lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta, el mismo Alberto Rodríguez Campíns señala que este impuesto “fue creado en Venezuela en 1943. Se trataba de un sistema mixto que consistía en superponer a un impuesto de tipo celular, que gravaba proporcionalmente y de manera diferente cada categoría de ingreso, un impuesto progresivo y global” (Citado por VILORIA, Enrique *Op. cit.*, p. 32).

Como puede observarse, en esta etapa la intervención del Estado en la industria venezolana de los hidrocarburos aumenta sustancialmente, regulando más detalladamente las concesiones a favor de particulares, estableciendo una serie de mecanismos de control más estrictos sobre la actividad petrolera y crea asimismo una serie de impuestos que gravan sustancialmente esta actividad de las concesionarias, hasta llegar al famoso “fifty/fifty”, establecido a finales de los cuarenta, que aumentó considerablemente el beneficio del Estado de la actividad petrolera.

Puede afirmarse, como lo dice Luis González Berti, que la Ley de Hidrocarburos de 1943, “es sin lugar a dudas la mejor ley que a través de nuestra historia legislativa sobre la materia hemos tenido; reunió en sí la experiencia de muchos años, y antes de ser ley fue objeto de estudio y fue convenio cuyas condiciones se discutieron ampliamente, no sólo en pública manifestación de prensa y entre los individuos que se preocuparon por ella, sino con los propios interesados, hasta llegar a establecer bases firmes en donde el interés de la nación y el interés de los concesionarios se aunaron en beneficio mutuo, en una transacción lógica, en que tanto uno como los otros dieron parte de lo suyo para utilidad de ambos” (Véase GONZALEZ BERTI, Luis, *Op. cit.*, p. 77).

Definitivamente, con la promulgación de la Ley de Hidrocarburos de 1943, comienza una nueva etapa dentro de la industria venezolana de los hidrocarburos ya que con ella, la intervención del Estado en esta actividad deja de ser incipiente, como en la década de los veinte y los treinta, para pasar a ser una intervención importante. Esto lo vemos, por ejemplo, en el enunciado mismo del artículo que concede el derecho de explotación al concesionario, que difiere considerablemente de lo dispuesto por la Ley de Minas, la cual prácticamente permite hablar de un derecho *sui generis* que más se acerca a la propiedad que a ninguno otro de los derechos que consagran las leyes.

Sin embargo, al proclamar la Ley de Hidrocarburos que se trata de un derecho real inmueble, proclama igualmente que este derecho, y dentro de las limitaciones señaladas por ella, puede ser objeto de la mayoría de las operaciones que reconoce la ley civil para ellos, tales como el hipotecarlo, cederlo o traspasarlo, e inclusive dejarlo en herencia. Este artículo señala expresamente que “las concesiones de exploración y explotación no confieren la propiedad de los yacimientos, sino el derecho real inmueble de explorar el área concedida y de explotar por tiempo determinado, los yacimientos que se encuentren en ella, de acuerdo con esta ley y con el título de la concesión”.

Otras disposiciones de la Ley de Hidrocarburos que nos dan luces sobre la medida de la intervención estatal en la industria venezolana de los hidrocarburos es la que declara la utilidad pública de las actividades de los hidrocarburos y la relacionada con la necesidad de la autorización o licencia del Estado para la explotación. Propietario el Estado de las riquezas del subsuelo sólo mediante su consentimiento manifestado en las diversas formas que establece la Ley, es como puede procederse a la explotación y aprovechamiento de tales riquezas.

Debemos referirnos igualmente al carácter contractual de las concesiones. Como lo apunta González Berti, “Nos hallamos ante uno de los puntos esenciales de toda la legislación sobre hidrocarburos” (Véase GONZALEZ BERTI, Luis, **Op. cit.**, p. 103).

En la Ley de Minas, las concesiones constituían un complejo jurídico integrado por derechos y obligaciones, tanto de parte del Estado como de parte del concesionario, es decir, las concesiones constituían verdaderos contratos. En la Ley de Hidrocarburos de 1943 las concesiones mantienen ese carácter contractual pero claramente se observa una serie de características especiales que coloca a estos contratos dentro de la categoría de los llamados contratos administrativos, los cuales podrían ser objeto de modificación por parte del Estado por tratarse de contratos cuyo objeto son actividades que se consideran como de utilidad pública, de acuerdo con la Ley de Hidrocarburos de 1943, y en los cuales el Estado tiene además una serie de facultades exorbitantes que en virtud del interés nacional involucrado puede el Estado hacer valer.

Los contratos de hidrocarburos, de acuerdo con la legislación anterior a la Ley de Hidrocarburos de 1943, difícilmente podían ser interpretados conforme a las características de los contratos administrativos, en virtud de que la legislación de ese momento no concedía al Estado los derechos que la nueva ley le dio, por lo que se consideraban más bien dentro de los contratos eminentemente civiles que no podían ser modificados ni interpretados en forma exorbitante a favor del Estado.

Es decir, en esta nueva etapa de la intervención estatal en la industria venezolana de los hidrocarburos, el Estado adquiere dentro de las concesiones de hidrocarburos una serie de derechos dentro de las mismas, por regular actividades de utilidad pública y de interés nacional, es decir, por ser ahora las concesiones contratos eminentemente administrativos en los cuales el Estado adquiere un status superior y de preeminencia frente a los particulares.

En esta etapa, los contratos de concesiones adquieren un verdadero carácter administrativo, de Derecho Público, que antes de esa etapa era muy difícil de ser reconocido.

Este régimen de concesiones establecido por la Ley de Hidrocarburos de 1943 se aplicó intensamente hasta finales de la década de los cincuenta,

específicamente hasta los años 1956 y 1957, años estos en los que se otorgaron las últimas concesiones de hidrocarburos, bajo la dictadura del general Marcos Pérez Jiménez.

IV. TERCERA ETAPA: EL PROCESO DE PRE-NACIONALIZACION DE LA INDUSTRIA DE LOS HIDROCARBUROS

Esta tercera etapa dentro de la evolución de la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos comienza, como lo dijimos antes, con la decisión del primer gobierno de la presente “era democrática” de no otorgar más concesiones.

En 1959, el entonces Presidente de la República Rómulo Betancourt anuncia la política de “no más concesiones” y se comienza un nuevo período hacia el dominio de la principal industria de nuestro país por parte del Estado venezolano, sobre la base, según Duque Corredor, “de una política denominada ‘El Pentágono Petrolero’, propugnada por el doctor Juan Pablo Pérez Alfonzo que se puede sintetizar como una política nacionalista de defensa y conservación del petróleo con el objeto de liberar al país de la excesiva dependencia de un solo recurso no renovable” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. *Op. cit.*, p. 89).

Según la opinión de Rómulo Betancourt, Presidente de la República que adoptó esa decisión de no otorgar más concesiones, esa política obedeció a que el otorgamiento de las concesiones “no resguardaba a cabalidad el interés nacional y no resultaba recomendable continuar ese como régimen de subasta permanente de las reservas de nuestro subsuelo” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 34).

De acuerdo con Betancourt, esta política de no otorgar más concesiones debía traducirse en la creación y organización de una empresa estatal nacional. Esta empresa “debía actuar activamente en el negocio petrolero, explorando, explotando y comercializando el crudo y sus derivados. Debía asignársele las zonas libres, sobre todo en áreas ya probadas como productivas, para que las trabajara directamente o en asocio con empresas privadas” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 34).

Sin embargo, Betancourt sostenía que era necesario transformar el régimen vigente de concesiones a fin de adoptar “un sistema más flexible y garantizador

de mayores ventajas para el país: el de los contratos de servicios” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 34).

De esta manera, como lo apunta Enrique Viloria, “al adoptarse la política de ‘no otorgar más concesiones’ se toman dos decisiones que van a imponer nuevas relaciones entre las empresas concesionarias y el Estado: la creación de la Corporación Venezolana del Petróleo y el establecimiento de la política de los contratos de servicio” (Véase VILORIA, Enrique, *Op. cit.*, p. 34).

En efecto, el 19 de abril de 1960 se crea la Corporación Venezolana del Petróleo que, como lo expresa Duque Corredor, “fue la primera empresa petrolera estatal cuya finalidad primordial fue facilitar la explotación directa por el Estado en las áreas probadas y en las áreas vecinas en las concesiones” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. *Op. cit.*, p. 89).

Con la creación de la Corporación Venezolana del Petróleo surge una nueva figura: “La Asignación”, mediante la cual el Estado transfería a la Corporación Venezolana del Petróleo sus derechos de explorar y de explotar los hidrocarburos.

Como acontecimientos importantes de esta etapa, según Duque Corredor, además de los mencionados, está la creación en septiembre de 1960 en Bagdad de la Organización de los Países Exportadores de Petróleo por iniciativa de Venezuela, la cual tiene como sus metas fundamentales el mantenimiento de los precios, la racionalización de la producción y la explotación directa de sus recursos por los Estados (Véase DUQUE CORREDOR, Román. *Op. cit.*, pp. 89-90).

Sigue Duque Corredor citando como hechos importantes que “en 1966 se celebran los convenios de precios de referencia para fijar la base para el pago del Impuesto sobre la Renta, los cuales debían durar hasta el 31 de diciembre de 1971. Estos convenios eliminaron la declaración estimada por los propios concesionarios y fijaron un precio mínimo fiscal para las exportaciones de hidrocarburos” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. *Op. cit.*, p. 90).

En 1967 se reformó la Ley de Hidrocarburos “para introducir al lado de las concesiones, la explotación por parte de los institutos autónomos y empresas del Estado, a través de convenios o empresas mixtas que se denominaron

genéricamente “Contratos de Servicio” (Véase DUQUE CORREDOR, Román, *Op. cit.*, p. 90).

En 1970 se reforma la Ley de Impuesto sobre la Renta para permitir al Estado la fijación unilateral de los precios fiscales o de referencias, con lo cual se extinguieron los convenios de 1966.

En julio de 1971 se firmaron cinco contratos de servicios sobre los Bloques A, B, C, D y E en el sur del Lago de Maracaibo y el 17 de diciembre de 1971 se dictó el Decreto N° 832 que, según Duque Corredor, “prácticamente representó una intervención programática y económica en las empresas concesionarias” (Véase DUQUE CORREDOR, Román, *Op. cit.*, p. 90).

El 19 de julio de 1971 se promulgó la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos, que vino a llenar un vacío y a completar el régimen de reversión previsto en la Constitución y en la Ley de Hidrocarburos.

En agosto de ese mismo año de 1971 se promulga la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, mediante la cual, para algunos autores, es la primera vez que se llevó a cabo un proceso de nacionalización y que eliminó los derechos de los concesionarios sobre el gas.

En 1973 se promulgó la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Hidrocarburos, por la cual el comercio interior de los productos derivados de los hidrocarburos quedó reservado al Estado y finalmente, el 29 de agosto de 1975 se nacionalizó la industria petrolera con la promulgación de la Ley Orgánica que Reserva la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, oportunidad esta en la que culmina este proceso de pre-nacionalización que constituye la tercera etapa dentro del estudio que estamos haciendo de la evolución de la intervención estatal en la industria venezolana de los hidrocarburos.

Como podemos observar, esta tercera etapa, ubicada desde finales de los cincuenta hasta mediados de los años setenta, ha sido rica en acontecimientos, no sólo en nuestro país sino también en el ámbito mundial. Han surgido tendencias, aspiraciones de tipo nacionalista, se quiso hacer más venezolano el petróleo, nacieron organismos que en forma más o menos intensa testimonian

una aspiración nacional que desde años atrás venía cuajando en la conciencia de los países productores de petróleo.

No quiere decir lo anterior que la creación de organismos, la concreción de muchas de esas aspiraciones y tendencias hayan surgido de la noche a la mañana en esta etapa; lo que sí hay que señalar que en la época donde han hecho explosión y se ha dejado sentir la influencia de ese deseo de mayor intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos ha sido ésta, que indica el apareamiento de una nueva era que pretende, y en muchos aspectos lo consiguió, romper con la tradición que reinaba en el mundo petrolero.

A. La creación de la Corporación Venezolana del Petróleo

Como uno de los hechos más importantes en esta etapa está la creación de la Corporación Venezolana del Petróleo. Por Decreto N° 260 del 19 de abril de 1960, el Ejecutivo Nacional creó la llamada CVP, organizada bajo la forma de instituto autónomo, adscrito al entonces Ministerio de Minas e Hidrocarburos.

El artículo 2 del Decreto N° 260 estableció como objetivos de la Corporación Venezolana del Petróleo los siguientes:

- a) La exploración, explotación, refinación y transporte de hidrocarburos, así como la compra-venta y permuta de los mismos en cualquier forma, dentro y fuera del país.
- b) La promoción de empresas con el propósito de desarrollar actividades comerciales de hidrocarburos, pudiendo contribuir la CVP al capital de dichas empresas con los aportes que estime convenientes. Igualmente podrá suscribir o adquirir acciones, participaciones o cuotas en empresas que persigan el mismo fin.
- c) La realización de cualquier otra actividad que contribuya al cabal cumplimiento de los fines de la Corporación Venezolana del Petróleo.

La Corporación podía adquirir, enajenar y gravar bienes muebles e inmuebles y, en general, efectuar todos los actos y celebrar todos los contratos relacionados con el cumplimiento de su objetivo.

Con la finalidad de que la Corporación Venezolana del Petróleo iniciara y desarrollara sus actividades, el Ejecutivo Nacional le otorgó lotes de tierras bajo la figura de la asignación. De acuerdo con la doctrina venezolana, la asignación permite a los organismos del Estado, diferentes de la República, explotar los yacimientos pertenecientes a ésta, es decir, que la asignación era a los organismos públicos (institutos autónomos y empresas del Estado) lo que la concesión era a los particulares.

Como bien lo apunta Enrique Viloria, “según la doctrina, existen diferencias sustanciales entre ambas figuras”. En efecto, de acuerdo con Duque Corredor, “la asignación no tiene un área previamente determinada, mientras que la concesión está prefijada por la Ley; la asignación no puede ser enajenada, ejecutada o gravada y la concesión es cedible, gravable y ejecutable y, finalmente, en la asignación la intervención del Estado es determinante, mientras que en la concesión no participa” (Véase VILORIA, Enrique, **Op. cit.**, p. 35).

Enrique Viloria continua diciendo que “la creación de la CVP comportó una importancia extraordinaria. En efecto, por un lado, se constituyó en el instrumento nacional de conocimiento de la industria y de sus complejidades, tal y como lo señala la Comisión Presidencial de Reversión al indicar que: “no estaba planteada en 1960 como exigencia ineludible, la nacionalización de la industria, ni se quería simplemente agregar una empresa más a la maquinaria industrial que explota los recursos petrolíferos del país. Se trataba más bien de forjar un instrumento eficaz de participación nacional y capaz de proporcionarle al país, en un lapso prudencial, un conocimiento completo y directo de todos los resortes y mecanismos de la industria petrolera; en fin, un instrumento idóneo para dominar el negocio que por más de sesenta años ha sido la circunstancia más importante de la vida económica, política y social de Venezuela y, por el otro, la CVP sería el organismo encargado de aplicar la nueva política de los contratos de servicio” (Véase VILORIA, Enrique, **Op. cit.**, p. 35).

Con la creación de la Corporación Venezolana del Petróleo, considera González Berti que “se abrió una nueva era dentro de la industria petrolera venezolana y cristalizó así una tendencia que desde hacía años se hallaba latente en el pueblo venezolano; al fin Venezuela, al igual que otras naciones, tendría una empresa que se ocupase de su petróleo, un organismo en manos venezolanas

y manejado por venezolanos. Se llegó así al punto crucial que permitió al Estado venezolano tomar parte directa y activa en el negocio petrolero y señalar nuevos derroteros a la explotación de la riqueza petrolera nacional y ya había llegado el momento de que a los beneficios que hasta el momento habían producido las concesiones, que había hecho de Venezuela uno de los más grandes países productores de hidrocarburos, se sumase la propia iniciativa, se diese vida a un nuevo sistema que canalizase y pusiese en práctica las nuevas tendencias que en el mundo del petróleo, empezaban a aflorar con fuerza irresistible” (Véase GONZALEZ BERTI, Luis, *Op. cit.*, p. 384).

Con sobrada razón llegó a decirse en algunos documentos oficiales, según Luis González Berti, que “era una paradoja que el tercer país productor de petróleo en el mundo y el primer exportador del oro negro no contara con su propia empresa petrolera nacional. Y era evidente que la intervención del Estado en la explotación de los hidrocarburos era necesaria, urgente. El carácter de país en desarrollo de Venezuela, cuyo presupuesto de ingresos depende en máxima proporción de la explotación petrolera, enfatizaba esta acertada alternativa. La importancia de la industria petrolera es tan grande en la economía nacional que la intervención del Estado y su control, en algunos casos, se justificaba por razones hasta de seguridad del propio Estado” (Citado por GONZALEZ BERTI, Luis, *Op. cit.*, p. 384).

B. La Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos de 1967 (Los Contratos de Servicio)

Otro hecho de trascendental importancia que continuó la política del Estado de aumentar su intervención en la industria venezolana de los hidrocarburos fue la reforma parcial en 1967 de la Ley de Hidrocarburos, que introdujo de manera expresa la figura de los contratos de servicio.

En efecto, con la reforma del artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos, se contempló “el derecho de explorar con carácter exclusivo y de explotar, manufacturar o refinar y transportar por vías especiales, petróleo, asfalto o gas y demás hidrocarburos, a los institutos autónomos y empresas de la propiedad exclusiva del Estado en las que éste conserve por la ley el control de las decisiones. A los citados organismos les estará permitido para la realización de tal ejercicio, celebrar convenios y promover empresas mixtas y formar parte de

ellas, siempre que los términos y condiciones que se estipulen en cada contrato sean más favorables para la Nación que los previstos para las concesiones en la presente ley. Estos convenios no conferirán derechos reales sobre los yacimientos” (Véase VILORIA, Enrique. **Op. cit.**, p. 36).

De esta manera, luego de la política de “no otorgar más concesiones”, el Estado venezolano decidió crear la figura por la cual se manejaría la industria venezolana de los hidrocarburos: los contratos de servicio, en la cual el Estado tenía mayor intervención en esta industria.

Román José Duque Corredor expresa que los contratos de servicio se encuentran “estrechamente vinculados a la figura de las asignaciones, ya que a través de esta figura precisamente entes diferentes de la Nación pueden explotar los yacimientos de ésta, por lo que propiamente constituyen la base de los contratos de servicio” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. **El Derecho de la Nacionalización Petrolera**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, p. 16) y agrega este autor que “estos contratos se concibieron para la explotación de las asignaciones por parte de los entes asignatarios” (Véase DUQUE CORREDOR, Román, **Op. cit.**, p. 16).

De acuerdo con la reforma de la Ley de Hidrocarburos, los contratos de servicio podían asumir dos modalidades: una, el contrato de servicio directo, o contrato de servicio propiamente dicho, según el cual un instituto autónomo o una empresa del Estado contrataba con un tercero la realización de un determinado trabajo relacionado con alguna de las fases de la industria de los hidrocarburos. Por la realización de esta actividad, el organismo del Estado se comprometía a pagar un precio en efectivo o en especie.

La segunda modalidad era la sociedad o compañía mixta, es decir, que el organismo del Estado y los particulares constituían una sociedad anónima, donde el capital social era suscrito mayoritariamente por el ente del Estado. El objeto de la compañía podía limitarse a la sola extracción o podía cubrir todas las fases de la industria.

Para celebrar contratos de servicio, la reforma estableció como requisito fundamental la aprobación de las bases de dichos contratos por las Cámaras Legislativas en sesión conjunta.

Después de la aprobación de las bases de los contratos de servicio por parte de las Cámaras Legislativas, la Corporación Venezolana del Petróleo, como lo expresamos en los acontecimientos más importantes de esta etapa, celebró con varias empresas contratos de servicio directos sobre los llamados Bloques A, B, C, D y E del sur del Lago de Maracaibo.

En lo referente a la duración, en los contratos de servicio se contempló una duración de tres años para las actividades de exploración y de 20 años no prorrogables para la explotación. En el régimen de concesiones, la explotación se otorgaba por 40 años prorrogables.

En cuanto al área de explotación, los contratos de servicio se otorgaron sobre áreas de 50.000 hectáreas, que el contratista debía explorar en su totalidad, pero que sólo podía explotar en un 20% (10.000 hectáreas). En el caso de las concesiones, el concesionario debía explotar el 50% a su arbitrio y el restante 50% era devuelto, sin que hubiese sido forzosamente explorado, como reserva nacional al Estado.

En los contratos de servicio sólo se otorgaban derechos personales o de crédito, es decir, que se estableció la no transferibilidad de los derechos reales sobre los yacimientos por lo que el petróleo extraído pertenecía a la CVP hasta su venta. En las concesiones, como antes vimos, el concesionario mantenía un derecho real inmueble sobre las reservas y en consecuencia, las concesiones podían ser transferidas, vendidas o hipotecadas.

En los contratos de servicio para la selección de los contratistas, el organismo público promovía la concurrencia de varias ofertas. En el régimen de concesiones, el Estado debía otorgarlas a quien hiciera la solicitud. En los contratos de servicio, el gas conseguido en las áreas contratadas era propiedad de la CVP y no de los contratistas a diferencia de lo establecido en el régimen de concesiones.

En cuanto al pago de los impuestos, en los contratos de servicio se estableció la modalidad según la cual el contratista pagaba a nombre de la CVP, los impuestos de hidrocarburos y en su propio nombre y por su cuenta el Impuesto sobre la Renta ocasionado por su enriquecimiento. En el régimen de concesiones, los concesionarios pagaban ambos impuestos en su propio nombre.

Por último, en cuanto a las ventajas económicas contempladas en los contratos de servicio, se establecía que el contratista reconocía a la CVP una participación adicional por nivel mínimo de utilidad por barril de por lo menos el 10% del petróleo producido a precio de costo; el contratista pagaba bonos especiales de contratación, de producción y de agotamiento del yacimiento y finalmente el contratista otorgaba a la CVP una opción para que ésta participara en el capital social de la propia empresa contratista.

De manera tal que antes de la nacionalización, las actividades relacionadas con la industria de los hidrocarburos estuvieron sometidas a un doble régimen: el de las concesiones y el de los contratos de servicio. Por esta razón debe entenderse que con la nacionalización, como dice Duque Corredor, el “Estado venezolano extinguió, sin esperar a su vencimiento, tanto las concesiones vigentes, como los contratos de servicio celebrados” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 38).

C. La Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos

La normativa relativa al régimen de concesiones fue complementada por varios cuerpos normativos. La primera de esas leyes, el 19 de julio de 1971. La Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos, mediante la cual el Estado venezolano se resuelve encarar, de manera definitiva, el problema de la reversión, que hasta ese momento se encontraba regulada únicamente por la Constitución Nacional y la Ley de Hidrocarburos.

Como señala Duque Corredor, “esta Ley vino a llenar un vacío y a completar el régimen de reversión previsto en la Constitución y en la Ley de Hidrocarburos” (Véase DUQUE CORREDOR, Román. “La Evolución del Derecho Petrolero en Venezuela” en *Revista de Derecho Público* N° 23. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985, p. 90).

Igual opinión sostiene Calderón Berti quien expresa que esta ley “no es otra cosa sino la reglamentación por vía legislativa del artículo 80 de la Ley de Hidrocarburos de 1943” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 33).

El objetivo básico de esta Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos fue el de aclarar y dejar establecido que todos

los bienes corporales e incorporeales de los concesionarios se presumían destinados a las concesiones, salvo prueba en contrario declarada suficiente por el Ejecutivo Nacional.

Como consecuencia de esta afectación, los concesionarios debían mantener y conservar en buen estado las tierras, obras permanentes, accesorios, equipos y los otros bienes adquiridos con destino a los trabajos de exploración, explotación, manufactura, refinación o transporte en las concesiones de hidrocarburos o al cumplimiento de las obligaciones que de ellas se deriven.

A estos fines de conservación y mantenimiento de los bienes afectos a la reversión, los concesionarios fueron obligados a constituir un fondo de garantía que asegurase el cumplimiento de sus obligaciones.

Igualmente, la ley prohibió a los concesionarios realizar cualquier acto de disposición sobre estos bienes afectos a reversión sin la previa autorización del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, la cual sólo sería otorgada por razones justificadas de interés público o social.

Entre los muchos motivos que dieron lugar al nacimiento de la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos podemos citar brevemente la corriente nacionalista, aparecida en los últimos años en todas las naciones del mundo, de la cual Venezuela no era la excepción ya que entre nosotros esa corriente nacionalista fue dando sus frutos hasta culminar con la ley en cuestión.

Otro motivo que dio lugar a la promulgación de esta ley fue la necesidad de una reglamentación adecuada de los principios de la reversión existentes en la Constitución y la Ley de Hidrocarburos. Igualmente, no era posible que el Estado venezolano se encontrara sin un instrumento legal que le permitiera continuar aprovechando sus riquezas naturales sin que se derrumbase la economía nacional.

Definitivamente, la reglamentación por vía legislativa, como dice Humberto Calderón Berti, del artículo 80 de la Ley de Hidrocarburos, constituyó una especie de reafirmación de la soberanía del Estado venezolano sobre sus recursos naturales y sobre los instrumentos apropiados para manejarlos en el

futuro. Como lo expresa Luis González Berti, “con la aprobación de la Ley de Reversión cesó un estado de cosas que no era el más conveniente para el país e hizo cesar las dudas acerca de la propiedad de ciertos bienes, cuyo dominio se pretendía discutir, especialmente por una errada interpretación del enunciado constitucional de parte de los interesados”.

Esta ley fue objeto de un Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad por parte de algunas concesionarias quienes alegaron la violación del Principio de Irretroactividad de la Ley establecido en la Constitución, la violación del derecho de propiedad, la modificación unilateral de los contratos de concesión y la ejecución de una confiscación cuando debió aplicarse la expropiación.

Esta demanda dio lugar a un proceso que culminó con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de diciembre de 1974 que declaró sin lugar el recurso interpuesto ya que consideró que los contratos de concesión son contratos administrativos que regulan una actividad de utilidad pública y de interés nacional que en virtud de estas últimas características pueden ser objeto de modificaciones por parte del Estado.

Además, expresó la Corte en esa sentencia, que no se había violado el Principio de Irretroactividad de la ley ya que este principio acepta una serie de salvedades cuando se trata de materia de orden público como es la actividad petrolera que requiere la aplicación de normas en forma inmediata por la utilidad pública que esas actividades encierran.

Por último, consideró la Corte que no había existido violación del derecho constitucional de la propiedad ya que la misma Constitución establece que la propiedad privada estará sujeta a las restricciones y limitaciones que la utilidad pública y el interés nacional impongan.

Igualmente, los concesionarios intentaron disminuir los bienes que eran objeto de reversión al Estado venezolano, interpretando en forma restrictiva e interesada los términos “obras permanentes” y “tierras adquiridas con destino a la exploración y explotación”. Afortunadamente, la Corte estableció que tal interpretación debía ser hecha en forma lógica y amplia porque, de lo contrario, el Estado venezolano saldría perjudicado y hubiese recibido unas concesiones sin los bienes y elementos más importantes que hubiesen amenazado la unidad económica de la concesión y la continuidad de la actividad petrolera.

Con la Ley sobre Bienes afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos, el Estado venezolano definió su intervención e interés en el proceso de reversión que se avecinaba, que al final no fue realizado en la forma planificada en la ley por la decisión de nacionalizar la industria petrolera.

Esta intervención del Estado en las actividades relacionadas con los hidrocarburos y específicamente en el control de las concesiones se vio seriamente amenazada con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1963 que declaró que la reversión era una mera expectativa de derecho en favor de la Nación “que sólo se materializa al fin del término de la concesión, que alcanza sólo las obras permanentes que en ese momento no existieren en las áreas concedidas y que no afecta sin embargo el derecho que tienen los concesionarios, durante la vigencia de la misma, de hacer en dichas áreas todas las construcciones, notificaciones y demoliciones que puedan ser más convenientes a los intereses de la explotación petrolera”.

Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia se convirtió en una valla insalvable para la intervención del Estado en las concesiones petroleras, hasta el punto que, según la Corte, el Estado no podía intervenir en el desmantelamiento de bienes por parte de las concesionarias, que fue exactamente el problema que dio lugar a esta sentencia del año 1963 de la Corte Suprema de Justicia, porque la reversión “era una mera expectativa de derecho” y mientras no terminara el plazo de la concesión, el Estado no podía intervenir en las actividades de las concesionarias”.

Afortunadamente, esta valla que impuso la Corte desapareció con la Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos y la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia que ya comentamos del mes de diciembre de 1974, con lo cual la intervención del Estado en las actividades petroleras alcanzó un alto nivel ya que la Ley y la Corte reafirmaron el Principio de la Reversión, declararon la materia de la reversión como de utilidad pública, consagraron el principio de la unidad económica de la concesión, establecieron la presunción *iuris tantum* en cuanto a los bienes corporales e incorporales incluidos en la reversión y proclamaron el Principio de Orden Público de la reversión.

La Ley sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos también estableció una fiscalización más estricta por parte del Estado en las

actividades petroleras y la obligación para el concesionario de explorar y explotar la concesión e igualmente, la posibilidad de restitución de la concesión al Estado cuando éste considerara que no produce beneficios económicos.

D. La Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural

En esta tercera etapa dentro de este proceso de evolución de la intervención del Estado venezolano en la industria de los hidrocarburos es importante hacer referencia a otros acontecimientos que ocupan lugar de especial relevancia por ser el verdadero comienzo de la nacionalización de esta industria, proceso que comenzó a verse venir a finales de los años cincuenta y comienzos de la década de los sesenta y constituye la tercera etapa en el tema que estamos estudiando.

Ciertas leyes e iniciativas son antecedentes de la llamada nacionalización de la industria petrolera como hemos dicho y tuvieron una influencia determinante en los criterios adoptados por la Ley Orgánica que Reserva la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos.

La primera de estas leyes fue la Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural, promulgada el 29 de agosto de 1971, cuyo objetivo fundamental fue el de declarar reservada, por razones de conveniencia nacional, la industria del gas proveniente de los yacimientos de hidrocarburos. La reserva, como puede observarse, cubrió todo el gas natural independientemente de su forma de presentación (asociado o no asociado).

Esta ley dispuso que los concesionarios tenían la obligación de entregar al Estado, en la oportunidad, medida y condiciones que determinó el Ejecutivo Nacional, el gas producido en las respectivas concesiones. Es decir, que además de declarar reservada la industria del gas natural al Estado, la ley consagró la obligación de transferir el gas al Estado venezolano. La ley estableció, igualmente, que la gestión de la industria del gas sería ejercida por la Corporación Venezolana del Petróleo.

En lo que se refiere a la compensación, la ley adoptó, de acuerdo con la opinión de la doctrina, “una fórmula diferente de la justa indemnización contemplada tradicionalmente en las expropiaciones por causa de utilidad pública y social, y con una medida máxima de pago, con lo cual por primera vez se dio cauce

jurídico en Venezuela a la tesis de las indemnizaciones especiales correspondientes a las nacionalizaciones, acorde con los más recientes pronunciamientos del Derecho Internacional y de los organismos internacionales” (Véase VILORIA, Enrique, *Op. cit.*, p. 40).

E. La Ley que Reserva al Estado el Mercado Interno de los Productos Derivados de los Hidrocarburos

El segundo instrumento legal que sirvió como antecedente de la nacionalización de la industria de los hidrocarburos en Venezuela fue la ley promulgada el 22 de junio de 1973 y por la cual se reservó el Estado la explotación del mercado interno de los productos derivados de los hidrocarburos.

El objetivo básico de esta ley fue el de reservar al Estado el mercado interno de los productos derivados de los hidrocarburos, es decir, de los lubricantes, de las parafinas, asfaltos, kerosene, gasolina, entre otros.

Al igual que en la ley que comentamos anteriormente, la Ley que Reserva al Estado el Mercado Interno de los Productos Derivados de los Hidrocarburos estableció la obligación de que los concesionarios transfirieran al Estado la actividad reservada. En este sentido, la ley impuso una doble obligación a los concesionarios.

Por otra parte, los concesionarios debían entregar al Estado, a través de la Corporación Venezolana del Petróleo, en las refinerías o centros de distribución, los productos que la CVP requiriese para el abastecimiento del mercado interno. En este caso, los precios que debía pagar la CVP serían aquellos que determinase el Ejecutivo Nacional.

Igualmente, los concesionarios debían traspasar a la CVP los derechos o los contratos que tuviesen sobre las estaciones de servicio y demás instalaciones. Para el caso de que no pudiesen celebrarse amigablemente los arreglos o los acuerdos referentes al traspaso a la CVP de las estaciones de servicio e instalaciones, la ley previó un procedimiento expropiatorio *ad hoc* o especial.

Por último, la ley determinó que la explotación del comercio interno de los productos derivados de los hidrocarburos sería ejercido por el Estado a través

de la Corporación Venezolana del Petróleo, directamente o a través de convenios.

Como podemos observar, esta tercera etapa fue rica en decisiones y actuaciones destinadas a la constitución de un mayor control por parte del Estado de la actividad petrolera y no solamente un control sino también al ejercicio directo por parte de aquél de esta actividad, de manera que la intervención estatal en esta industria existió en alto grado en esta tercera etapa y este llamado proceso de pre-nacionalización de la industria de los hidrocarburos va a culminar felizmente con la nacionalización de la misma industria, a partir de la cual comienza la cuarta etapa dentro de la evolución de la intervención del Estado venezolano en la principal industria de nuestro país, a la cual nos vamos a referir de seguidas.

V. CUARTA ETAPA: LA NACIONALIZACION DE LA INDUSTRIA VENEZOLANA DE LOS HIDROCARBUROS

Tal como lo expresa Allan Brewer-Carías, “El proceso de nacionalización de la industria petrolera en Venezuela culminó con la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos del 25 de agosto de 1975. Sin embargo, desde el punto de vista administrativo, ello no fue sino el comienzo del proceso de establecimiento de la administración petrolera nacional que ha asumido, en nombre del Estado, la conducción de la industria petrolera” (Véase BREWER-CARIAS, Allan. **Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela**. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Editorial Arte, C.A. Caracas, 1980, p. 145).

Efectivamente, con la nacionalización de la industria petrolera, el Estado interviene directamente en todas las fases de las actividades relacionadas con los hidrocarburos y no solamente interviene, sino que se reserva para sí el ejercicio de tales actividades.

Con esta decisión, se perfecciona el deseo que existió desde finales de los cincuenta para que el Estado asumiera en sus manos la dirección, ejecución y control de la industria venezolana de los hidrocarburos.

Al día siguiente de haber sido promulgada la llamada Ley de Nacionalización Petrolera, el Ejecutivo Nacional decretó la creación de la empresa Petróleos de

Venezuela, S.A. que como empresa matriz y holding público debió asumir la dirección y control de la industria nacionalizada, habiéndose inscrito el decreto de su creación, que sirvió a su vez como acta constitutiva-estatutos, en el Registro Mercantil correspondiente, en fecha 25 de septiembre de 1975.

Petróleos de Venezuela, S.A. se presenta, entonces, en el ordenamiento jurídico venezolano, como una persona jurídico-estatal en forma de Derecho Privado, y en el ámbito económico como una empresa pública o más propiamente como una empresa del Estado.

A través de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, el Estado se reservó todas las actividades referentes a los hidrocarburos, desde la explotación hasta el comercio internacional, se extinguieron anticipadamente, el 31 de diciembre de 1975, las concesiones de hidrocarburos y los contratos de servicio. Igualmente, los contratistas recibieron una compensación que se limitó al monto de las inversiones realmente hechas en el bloque contratado donde se hubiere determinado la producción comercial de petróleo y los concesionarios recibieron una compensación por el valor no depreciado de sus bienes transferidos al Estado.

Además, se constituyó con los bienes adquiridos de los concesionarios una estructura empresarial estatal para el ejercicio de la industria de los hidrocarburos.

El 2 de septiembre de 1975 mediante Decreto N° 1.127, el Ejecutivo Nacional convirtió a la Corporación Venezolana del Petróleo en una compañía anónima, cuyas acciones fueron posteriormente traspasadas a Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA).

El 16 de diciembre de 1975, el Congreso de la República aprobó las Actas de Avenimiento, suscritas entre el Ejecutivo Nacional y las ex-concesionarias, en donde éstas transfirieron al Estado venezolano sus activos y propiedades y aceptaron la compensación propuesta. Igualmente, se comprometieron, para facilitar el proceso de nacionalización, a constituir otras empresas diferentes, las cuales asumieron sus operaciones con el personal de aquéllas y posteriormente transfirieron las acciones de estas nuevas empresas a Petróleos de Venezuela, S.A., antes del 1° de enero de 1976, fecha esta en la que el Estado venezolano asumió en sus manos el control de la industria venezolana de los hidrocarburos.

El 1° de enero de 1976, Petróleos de Venezuela, S.A. y sus empresas filiales comenzaron la gestión de la industria nacionalizada y el 23 de agosto de 1979 el Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto N° 250, modificó el decreto creador de Petróleos de Venezuela, S.A., para introducir cambios en la estructura y funcionamiento de esta empresa.

La Ley de Nacionalización Petrolera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución Nacional, declaró reservada al Estado, por razones de conveniencia nacional, la industria de los hidrocarburos. La Exposición de Motivos de la Ley consideró que la conveniencia nacional respondía a las siguientes razones: “la adquisición plena por parte del Estado del poder de decisión en su industria fundamental, de manera que pueda responder soberanamente sobre el uso actual y futuro de sus hidrocarburos; tanto para satisfacer las necesidades internas como para atender a sus compromisos internacionales; la necesidad de asegurar a largo plazo los recursos financieros necesarios que demanda el constante desarrollo nacional; el logro de precios justos y equitativos de los hidrocarburos y un aumento del valor agregado de dicha sustancia; la madurez alcanzada por los venezolanos para manejar su principal industria; el uso de los hidrocarburos en las industrias químicas y para la producción de alimentos en momentos en que importantes regiones del mundo sufren hambre en forma dramática; la necesidad de que el Estado ante la inminencia del término de las actuales concesiones, asuma el efectivo ejercicio de la industria para conservar los actuales activos, realice las adquisiciones imprescindibles para su manejo normal en las mejores condiciones y formule los programas de exploración necesarios para mantener el nivel de reservas suficiente para garantizar la continuidad y eficiencia de la industria. Todo ello con el fin de que en cumplimiento del expreso mandato constitucional, el Estado atienda a la defensa y la conservación de un recurso natural no renovable de la importancia de los hidrocarburos y a que la explotación de los mismos esté dirigida primordialmente al beneficio de todos los venezolanos” (Citada por VILORIA, Enrique, *Op. cit.*, pp. 51-52).

Como lo destaca Viloría, “la Ley declara la reserva integral de la industria, es decir, que todas las fases de la industria serán realizadas por el Estado. De esta manera, se crea un monopolio de derecho en favor del Estado, sobre todo lo relacionado con la industria de los hidrocarburos en Venezuela” (Véase VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 52).

Como consecuencia de la reserva, los particulares, nacionales y extranjeros, no podrán realizar ninguna actividad en las áreas reservadas al Estado. Con la reserva de la industria de los hidrocarburos, el Estado venezolano pasó de simple propietario de los yacimientos a gestor, empresario u operador de la llamada industria petrolera.

Sin embargo, en la Ley de Nacionalización se establece que la reserva del Estado de la industria de los hidrocarburos estará sometida a los términos señalados en la ley; con esta precisión se prevé la posibilidad, en el artículo 5, de que el Estado celebre convenios de asociación con entes privados. Esta posibilidad de celebrar convenios de asociación fue vivamente criticada por sectores de la opinión pública, llegando a calificarse despectivamente al proceso de nacionalización como “nacionalización chucuta”.

Podemos señalar, de acuerdo con Duque Corredor que “si la declaratoria de reserva es integral, las formas de gestión de dicha reserva o monopolio, permiten la intervención de los particulares, al menos como asociados minoritarios” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 52) y se puede concluir, en consecuencia con el citado autor que “la mención a los términos de la Ley, en cuanto a la fijación de la reserva, no tuvo otra intención que salvar la contradicción que presentaba el Proyecto de Ley elaborado por el Ejecutivo, donde la declaratoria de la reserva era total, pero, sin embargo, se contempla la asociación con personas privadas sin que en dicha declaratoria se dejara la puerta abierta para que los particulares pudieran asociarse con el Estado” (Citado por VILORIA, Enrique. *Op. cit.*, p. 52).

La Ley de Nacionalización declaró extinguidas las concesiones a partir del 1° de enero de 1976, aunque la misma fue promulgada el 24 de agosto del mismo año. Así se estableció un período de transición que, de acuerdo con la opinión de la Comisión Permanente de Minas e Hidrocarburos de la Cámara de Diputados, se justificaba como “lapso razonable para que, sumado al período de discusión del proyecto, se permitiese al Ejecutivo organizar la administración petrolera que asumirá el manejo de la industria nacionalizada” (Citado por VILORIA, Enrique, *Op. cit.*, p.52).

El artículo 1° de la Ley de Nacionalización Petrolera dispuso que “se declaran de utilidad pública y de interés social las actividades mencionadas en el

presente artículo, así como las obras, trabajos y servicios que fueren necesarios para realizarlos”. De esta forma, esta ley recoge el carácter que la derogada Ley de Hidrocarburos otorgaba a la industria, es decir, se sostiene que todas las fases de la industria y las obras, trabajos y servicios necesarios para realizarlos se consideran declarados, expresamente, de utilidad pública.

Volviendo con las características de Petróleos de Venezuela, S.A., podemos decir que la identificación de su naturaleza jurídica de empresa pública con forma jurídica de Derecho Privado, plantea como consecuencia que el régimen jurídico aplicable a la misma sea un régimen preponderantemente de Derecho Privado. Preponderantemente debido a su forma, pero no exclusivamente.

Por su carácter estatal está sometida a un régimen también de Derecho Público. En efecto, de acuerdo con la Ley Orgánica que Reserva la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos y a los antecedentes e intenciones de los proyectistas, Petróleos de Venezuela, S.A. es una sociedad anónima que, como tal y por la flexibilidad e independencia de su administración, está sometida a todo el régimen de Derecho Privado de las sociedades anónimas. Sin embargo, es la propia ley la que establece el régimen excepcional al indicar en su artículo 7° que las empresas del Estado que se constituyan conforme a ella, entre las cuales está Petróleos de Venezuela, S.A., “se regirán por la presente ley y sus reglamentos, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y por las del Derecho común que les fueren aplicables”.

Además, la Cláusula Tercera de sus estatutos expresamente ratifica que “la sociedad se regirá por la Ley Orgánica que Reserva la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, por los reglamentos de ella, por estos Estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional y por las del Derecho común que le fueren aplicables”.

Conforme a estas disposiciones, ciertamente Petróleos de Venezuela, S.A. tiene un régimen legal que permite diferenciarla claramente, no sólo de la Administración Pública centralizada y de los institutos autónomos, sino también de otras empresas del Estado. Para ello, basta tener en cuenta que muy pocas empresas del Estado están sometidas irrestrictamente a las disposiciones que dictare el Ejecutivo Nacional como está Petróleos de Venezuela, S.A., lo cual abre un amplio margen de aplicación de normas de Derecho Público a la

empresa, por vía de actos administrativos unilaterales, sin necesidad de acudir a fórmulas societarias como la Asamblea, por ejemplo. Cláusulas de esa naturaleza también se encuentran en los estatutos de la empresa CVG Ferrominera del Orinoco, C.A., creada con motivo de la nacionalización de la industria del hierro.

Por tanto, sin lugar a dudas, la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. está sometida a un régimen jurídico peculiar, de Derecho Privado, como sociedad mercantil, y de Derecho Público, no sólo por las razones antedichas, sino también por la aparición en el panorama legislativo venezolano de normas de Derecho Público enteramente aplicables a las empresas gestoras de la industria petrolera venezolana, como son, por ejemplo, la Ley de Licitaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El primer elemento del régimen jurídico de Derecho Privado de la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. es su personalidad propia, de Derecho Privado, surgida del acto de inscripción del decreto de su creación como su acta constitutiva-estatutos en el Registro Mercantil.

Ahora bien, el hecho de que la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. tenga una personalidad jurídica propia y distinta de la República y de los otros entes territoriales, la convierte en un centro autónomo de imputación de intereses, lo que da origen a un régimen jurídico propio desde el punto de vista patrimonial, de la responsabilidad, de orden tributario, de carácter contractual, etc., distinto del de la República. Como consecuencia, y en general, no se aplican a Petróleos de Venezuela S.A., por ejemplo, las normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que rigen la administración del patrimonio de la República, aunque en esto último no está totalmente de acuerdo la doctrina. Lo mismo sucede con la Ley Orgánica de Crédito Público.

Petróleos de Venezuela, S.A. fue concebida como una empresa matriz, no sólo de la industria nacionalizada, sino también de una serie de empresas que con el paso de los años han venido convirtiéndose en filiales de Petróleos de Venezuela, S.A. como Bariven, S.A., encargada de las compras internacionales de las filiales de PDVSA, Interven, S.A. hoy desaparecida, Palmaven, S.A., anteriormente filial de Pequiven, S.A., entre otras.

Como tal, se la dotó de la organización propia de una sociedad anónima. Sin embargo, la organización societaria de la empresa es muy **sui generis** y está

condicionada por la intervención de órganos estatales extraños, formalmente, a los órganos societarios. La Asamblea, por ejemplo, no existe en cuanto a tal ya que siendo la República la única accionista, la Asamblea es una persona: el Ministro de Energía y Minas, acompañado por otros miembros del Poder Ejecutivo, especialmente los del llamado “Gabinete Económico”.

Por otra parte, al contrario de lo que normalmente sucede en las sociedades anónimas, la Asamblea como tal no designa a los miembros del Directorio de Petróleos de Venezuela, los cuales son designados mediante decreto del Presidente de la República.

Todo este régimen tan especial de Petróleos de Venezuela, S.A. como sociedad mercantil hace pensar que la forma jurídica adoptada no fue la más conveniente desde el punto de vista jurídico ya que la intervención del Derecho Público en sus actividades es alto y los órganos societarios no cumplen la verdadera función para lo que fueron creados en el Derecho Privado.

En cuanto al personal de Petróleos de Venezuela, S.A., la Ley de Nacionalización Petrolera fue precisa: los directores, administradores, empleados y obreros de las empresas nacionales de la industria petrolera no son considerados funcionarios públicos y por lo tanto no están sometidos a la Ley de Carrera Administrativa, ni al sistema de administración de personal vigente en el sector público centralizado y descentralizado constituido a través de formas de Derecho Público. Sin embargo, aclara la Ley Orgánica, a los directivos y administradores se les aplican las incompatibilidades previstas en los artículos 123 y 124 de la Constitución Nacional.

Pero Petróleos de Venezuela, S.A. no sólo es una persona jurídica de Derecho Privado creada por el Estado, sino que además, es una persona jurídica estatal y como tal, está sometida a un régimen de control por parte de diversas instancias estatales y goza de una serie de prerrogativas.

En efecto, Petróleos de Venezuela, S.A. está sometida a diversos tipos de controles públicos como son el control parlamentario, el control fiscal, el control administrativo y el control accionario.

Como puede observarse, la intervención del Estado en la industria venezolana de los hidrocarburos es total. Si bien está organizada bajo la forma de Derecho

Privado, está sometida a controles públicos directos. Inclusive, en la actualidad, el patrimonio de Petróleos de Venezuela, S.A. y sus empresas filiales es considerado como "Patrimonio Público" por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y a los efectos de esta ley, los directores y administradores de PDVSA y sus filiales son considerados como funcionarios públicos. Además, de acuerdo con esta Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y con la Ley Orgánica de Contraloría General de la República, así como con el Reglamento Especial N° 1 de esta última ley, las empresas petroleras están bajo el control del organismo contralor a los fines de evitar pérdidas en el patrimonio público.

Petróleos de Venezuela, S.A. es una empresa del Estado, integrada al sector público, es decir, a la estructura general organizativa del Estado. Como tal, Petróleos de Venezuela, S.A., es una persona jurídica estatal con forma jurídica de Derecho Privado y como persona jurídica de esta categoría, está sometida básicamente a las normas del Derecho Mercantil.

Sin embargo, como hemos visto, debido a que es una empresa del Estado, en la cual éste es su único accionista, las normas de Derecho Mercantil se encuentran condicionadas por normas de Derecho Público. Por otra parte, como empresa del Estado, Petróleos de Venezuela, S.A. es una persona jurídica estatal con lo que, en paralelo y complementando la normativa de Derecho común que se aplica, está sometida a un régimen de Derecho Público, que se traduce, básicamente, en normas de control, de manera de asegurar su integración al sector público, y en normas que por ello, le conceden ciertas situaciones de prerrogativas en relación a los sujetos de Derecho Privado.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos visto a lo largo del presente trabajo, cómo ha sido el proceso de evolución de la intervención del Estado en la industria venezolana de los hidrocarburos. Hemos visto como de una intervención incipiente, a finales del siglo pasado y principios del presente, el Estado poco a poco ha llegado a intervenir, en todas sus fases, en la actividad relacionada con los hidrocarburos, hasta el punto que en la actualidad, esta industria está manejada totalmente por el Estado, sin intervención alguna de los particulares, por lo menos directamente, salvo la posibilidad de los convenios de asociación que para algunos es una figura incompatible con la nacionalización.

Pasaron más de cien años para que se diera en Venezuela una inversión total en la intervención estatal en la principal industria del país ya que, de un papel tímido del Estado, donde se limitaba a dar las concesiones y cobrar los impuestos respectivos, pasó a un rol activo y directivo de la industria, pasando por ciertas etapas donde el Estado, si bien ejercía un control sobre las empresas concesionarias, especialmente de índole fiscal, no tenía en sus manos las decisiones importantes en la materia. No podía determinar su futuro ni regular su presente.

Afortunadamente, a finales de los cincuenta y principios de los sesenta, se dio en Venezuela lo que hace tiempo debió haberse dado, todo dentro de la onda nacionalista mundial: la incorporación en la conciencia de los venezolanos de la necesidad de dirigir y controlar directamente nuestra industria petrolera, para que nuestro futuro no corriera peligro. Fue así como a partir de ese momento, la intervención del Estado venezolano en la economía petrolera fue creciendo vertiginosamente hasta llegar al momento de la gran decisión, la de la nacionalización de la industria de los hidrocarburos que terminó con ese régimen de tener y no tener, de dar y no recibir, de explotación y pérdida.

El cambio fue satisfactorio y positivo. La intervención estatal en la industria venezolana de los hidrocarburos ha estado bien dirigida y ejecutada, y la gestión de las empresas petroleras constituye un ejemplo, no solamente en Venezuela, sino en todo el mundo.

Aun siendo empresas del Estado, Petróleos de Venezuela, S.A. y sus empresas filiales han funcionado como verdaderas empresas privadas, donde sus directores, ejecutivos y administradores han llegado al sitio que tienen por su esfuerzo y méritos propios, con conocimiento verdadero de las operaciones petroleras.

Definitivamente, la intervención estatal en la industria de los hidrocarburos ha estado bien dirigida. La nacionalización era la decisión que nos convenía porque no fue una decisión caprichosa y personal sino una decisión, "la decisión Suprema" como la llama González Berti (Véase GONZALEZ BERTI, Luis. **La nacionalización de la industria petrolera venezolana**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982, p. 102), producto de una evolución y un lento proceso que ya estaba por culminar y que se dio en el momento apropiado.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BREWER CARIAS, Allan R. **Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela.** Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Editorial Arte. Caracas, 1980.

BREWER CARIAS, Allan R. "El carácter de Petróleos de Venezuela, S.A. como instrumento del Estado en la industria petrolera" **Revista de Derecho Público** N° 23. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985.

DUQUE CORREDOR, Román J. "Evolución del Derecho petrolero en Venezuela". **Revista de Derecho Público.** N° 23, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985.

GONZALEZ BERTI, Luis. **Compendio de Derecho Minero (Tomo II).** Ediciones Universidad de Los Andes. Mérida, 1982.

GONZALEZ BERTI, Luis. **La nacionalización de la industria petrolera venezolana.** Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.

ARREAZA ARREAZA, Julio; GIACOPINI ZARRAGA, José; HERNANDEZ GRISANTI, Arturo; NATERA, Brígido R.; LANDER MARQUEZ, Carlos; PALMA CARRILLO, Pedro; RODRIGUEZ ERASO, Guillermo. **1976-1985: Diez años de la industria petrolera nacional (Serie Décimo Aniversario)** Ediciones Petróleos de Venezuela. Caracas, 1988.

VILORIA V., Enrique. **Petróleos de Venezuela,** Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983.

Legislación

**El principio de la unidad
económica de la empresa en la
Ley Orgánica del Trabajo**

Julio R. Alfonzo Sotillo

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

1. Nos proponemos exponer diversas reflexiones que nos ha suscitado la consideración del **principio de la unidad económica** contenido en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo (G.O. N° 4.240 del 20-12-90), relativo a la participación en los beneficios en la empresa.

2. Como punto previo es necesario señalar que el concepto de empresa, - íntimamente vinculado al tema de estudio-, está confusamente delineado en el campo de la legislación laboral venezolana. En el artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo la empresa es definida como una unidad de producción de bienes y servicios con fines de lucro, distinta por lo demás, del “establecimiento, explotación o faena”, también definidos en esa norma. En el artículo 49 de esa misma Ley, el señalado vocablo aparece identificado con las voces usadas en sentido sinónimo en esa disposición de “establecimiento, explotación y faena”. En los artículos 52, 57, 88, 89 y 92 **ejusdem**, entre muchos otros, la voz empresa es empleada en sentido omnicompreensivo de los mencionados conceptos de establecimiento, explotación y faena, no obstante que el artículo 16 **ejusdem**, le atribuyó a cada voz significados diferentes.

Aún más, si en el artículo 49 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo se distingue entre patrono y empresa, y se define al primero como “la persona... que tiene a su cargo una empresa...”, en los artículos 174 y siguientes -relativos a la participación en los beneficios-, el vocablo empresa está empleado con el claro sentido de **sujeto** obligado a la distribución de los beneficios obtenidos entre sus trabajadores, es decir, de patrono o empleador, según el artículo 49 **ejusdem** y los artículos 1, 4 y 6 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Participación de los Trabajadores en los Beneficios de la Empresa (Gaceta Oficial N° 34.863 del 16-12-91).

De otra parte, si bien en los artículos 16 y 174 y siguientes, el término empresa tiene una indubitable connotación económica, de actividad dirigida a la producción de bienes y servicios con fines lucrativos, en el artículo 52, lo mismo en el 96 y 143 *ejusdem*, la palabra está usada sin apego a la finalidad de lucro que las disposiciones antes citadas le atribuyen.

Finalmente, si la empresa es concebida con un criterio de unidad de medios materiales asentados en una localidad o en distintas localidades y regiones (artículos 412 y 611), en los citados artículos 174 y siguientes la expresión adquiere un categórico sentido de **unidad económica**, no obstante la pluralidad de unidades parciales que la integran, con o sin personalidad jurídica propia, constituidas para desarrollar una misma actividad o actividades semejantes o conexas enlazadas con un fin común, mediante trabajadores jerárquicamente organizados.

En síntesis, el sentido que el término “empresa” ofrece dentro de las disposiciones concernientes al reparto de los beneficios no es otro que el de una unidad de medios materiales y humanos con un interés económico y una estrategia común reflejada en un solo centro de decisión a la que se someten las distintas unidades parciales que conforman el concepto económico de empresa.

3. El principio de la **unidad económica** de la empresa, más que una categoría jurídica constituye un concepto económico y como tal debe ser entendido. Su esencia, bajo la óptica del Derecho del Trabajo, no se encuentra en su forma externa o jurídica, sino en su aspecto patrimonial conformado por la realidad o el interés económico subyacente común a todas las partes o miembros integrantes del grupo, y una finalidad también común reflejada en una unidad de decisión a la que esos miembros se someten.

Esa pluralidad de componentes, aun con personalidades jurídicas diferentes y patrimonios separados, será más aparente que real y más formal que material, si existe la unidad económica del conjunto. Dicha unidad económica no implica necesariamente la identidad de los objetos sociales de las diversas unidades u organizaciones que conforman la empresa, pues en ésta, como un conjunto orgánico de bienes y personas, pueden ejecutarse funciones diferentes tendientes a una misma finalidad. No es otro el sentido del artículo 177 *ejusdem* al señalar que para la determinación de los beneficios de la empresa

se atenderá al concepto de unidad económica de la misma, “aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada.”

4. Los preceptos legales relativos a la distribución de los beneficios de la empresa (174 y ss. LOT), constituyen reglas especiales con respecto a las restantes de orden general contenidas en el mismo texto legal o en los ordenamientos jurídicos reglamentarios y supletorios. Esto quiere decir, que el principio de la **unidad económica**, prevalente por encima de la diversidad jurídica de las unidades segmentarias de la empresa es aplicable exclusivamente en materia de utilidades, pues, no se deroga las reglas de Derecho común que rigen el comportamiento de cada una de dichas unidades segmentarias en su condición de sujetos autónomos de Derecho común legitimados individualmente a todos los efectos civiles y procesales. Consecuencia de ello es que cada una de esas empresas conserva su plena capacidad para comparecer en juicio como demandante o demandada (**legitimatío ad causam**) y para asumir sus obligaciones y cargas en los procesos determinados que se intenten contra ella (**legitimatío ad prossesum**). En estos casos, el postulado de la unidad económica, puede obrar como principio aplicable por el juez para inferir la unidad de los distintos contratos formales de trabajo celebrados por un trabajador con esos sujetos jurídicamente autónomos, pertenecientes a la misma empresa. Nuestra Corte Suprema de Justicia en los casos de Transportes Aéreos Portugueses (TAP, S.R.L.) (actor: F. Goncalves, Sent. del 16-01-85)¹ y Procter & Gamble de Venezuela (actor: Digno T. Caballero, sent. del 17-12-86)², no hizo otra cosa que acoger el mencionado postulado de unidad económica subyacente, a pesar de la individualidad jurídica de los distintos patronos domiciliados dentro y fuera del país.

Como puede advertirse, al desprenderse de la forma externa que el Derecho reconoce a cada una de las unidades del grupo, la noción de unidad económica acerca el concepto de empresa al de **unidad social**, que la identifica como una comunidad organizada de personas enlazadas por un mismo interés económico

¹ PIERRE TAPIA, Oscar, “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Edit. Pierre Tapia S.R.L.; Caracas, 1985, Vol. 1, pp. 92 a 102.

² PIERRE TAPIA, Oscar, *Ob. cit.*, 1986, Vol. 12, pp. 308 a 312.

y social. Esta concepción de la empresa se encuentra recogida y desarrollada en la sentencia del 13-08-81, dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Dijo así la sentencia en su parte pertinente:

“La empresa representa, en resumen, una unidad vertebrada de personas que trabajan sujetos a criterios directrices únicos sobre producción y mercadeo de los bienes; sobre la administración de los recursos, control de la gestión administrativa y sobre la utilización del capital humano. Esa unidad no es jurídica, pero no puede pasar inadvertida para el Derecho del Trabajo como disciplina atenta a la realidad más que al imperio de las formas, puesto que es en ese universo de hecho el lugar donde se anudan y desenvuelven los contratos y relaciones que constituyen el eje de su estudio y su razón de ser”³.

5. El postulado de la unidad económica descansa de modo inmediato y directo en la identidad o conexidad de los fines económicos propuestos entre todas las unidades parciales componentes de la empresa, en su sentido unitario o global; y, mediatamente, en el derecho del dueño o poseedor de esas unidades parciales de explotarlas. Sobre ese derecho de propiedad o posesión sobre los bienes patrimoniales se cimienta, a su vez, el derecho a organizar, dirigir y controlar la actividad que desarrollan los componentes parciales de la empresa.

6. Finalmente, cabe señalar que el principio de la **unidad económica** no se fundamenta tampoco, en criterio del suscrito, en el origen (legal o convencional) de las respectivas unidades que conforman la empresa, como tampoco es relevante la forma jurídica u organización que hayan adoptado dicha empresa, o las diversas unidades que puedan componerla (filiales, explotaciones, departamentos, sucursales, agencias o subsidiarias, entre otras formas de organización).

³ ALFONZO GUZMAN, Rafael. Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo, UCV, 4ª Edic., Caracas, 1983, p. 71.

**Notas relativas a la prescripción y a
la caducidad en la determinación
de la obligación tributaria y de las
sanciones tributarias contenidas
en el vigente Código Orgánico
Tributario.**

Federico Araujo Medina

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

RESUMEN

Marco legal de referencia. Procedimiento administrativo tributario. Principio de legalidad de los procedimientos. Citas doctrinarias. Caducidad y prescripción en el Código Orgánico Tributario. Conclusiones y recomendaciones.

En la presente ponencia se pretende hacer los distinguos pertinentes a las instituciones conocidas como la prescripción y la caducidad, sus aplicaciones y efectos en el ámbito de nuestro Derecho Tributario, fundamentados en la normativa contenida en el Código Orgánico Tributario, concretamente en los dispositivos que a continuación se enuncian: artículo 52 al 57, que se dan aquí por transcritos, y que forman parte de la Sección Sexta del Capítulo Quinto del Título Segundo de dicho Código, en relación a la obligación tributaria y aquellas normas contenidas en la Sección Segunda del Título Tercero, en lo relativo a las infracciones y sanciones tributarias. Adicionalmente, las normas contenidas en los artículos 91 y 92 del aludido Código Orgánico.

Excluiremos del presente análisis lo relativo a la prescripción de las sanciones privativas de la libertad, contenidas en el artículo 92 de dicho Código.

Con fundamento en el principio de la legalidad tributaria (Art. 224 CN), de rango constitucional y al principio de la legalidad administrativa (Art. 117 CN) igualmente de tal categoría, siguiendo la reiterada doctrina judicial establecida por nuestra Corte Suprema de Justicia, las relaciones jurídicas entre fisco y contribuyente son relaciones necesariamente regladas. Es decir, que tales funciones vienen desarrolladas en las normas legales y sub-legales que deben

haber sido establecidas para el ejercicio de las funciones en el ámbito de lo tributario y administrativo. No existe en tal materia como principio, régimen convencional entre las partes, ni discrecionalidad de la administración, por cuanto en la materia de la relación jurídica tributaria, las obligaciones, derechos y atribuciones, tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo del tributo, deben estar expresa y necesariamente regladas.

Para poder llevar a cabo el cumplimiento de la obligación tributaria determinada en la ley, se requiere de la realización de ciertos procedimientos, necesariamente reglados, con fundamento a los principios de orden constitucional que más arriba indicásemos. Hasta el pago espontáneo de la obligación tributaria, implica la realización y el cumplimiento de un procedimiento que debe estar contenido en normas eficaces para poder determinar los mismos.

Concretamente, y entrando al tema objeto de la ponencia, la determinación de la obligación tributaria debe ser un procedimiento necesariamente reglado por el legislador, ya sea en el momento de la creación de la norma tributaria, si fuese un procedimiento especial, o simplemente tal procedimiento estaría reglado por las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario, en vista de la obligatoria adecuación de las normas tributarias especiales a los mandatos del Código.

Es decir, la relación jurídica tributaria discurre a través de procedimientos establecidos a tal efecto, para poder dar cumplimiento a los presupuestos de hecho y de derecho definidos en forma abstracta en la norma tributaria. La determinación en sus distintas fases, según el mandato contenido en el artículo 111 del Código Orgánico Tributario, se define como acto o conjunto de actos que declaran la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia.

Pensamos que el Código utilizó inadecuadamente la expresión “determinación o liquidación” por cuanto técnicamente dichos conceptos son distintos ya que la liquidación no es sino uno de los actos del procedimiento de determinación de la obligación tributaria, tal vez, el más importante.

Pensamos que esa formulación obedece a recoger planteamientos de tesis doctrinarias que a la luz del mandato de las normas contenidas en el Título Segundo del Código Orgánico Tributario, en lo relativo a la definición de la

relación jurídico-tributaria, de la obligación tributaria y concretamente del hecho imponible, puede llevar a confusiones que, afortunadamente, el mismo artículo 112 pretende resolver. El propio artículo citado define el carácter procedimental de la determinación de la obligación tributaria, mediante cuyo procedimiento debería concluir, en vista del acaecimiento del hecho imponible, en una liquidación tributaria, ya sea que la determinación se haga por el sujeto pasivo o por el sujeto activo de la obligación tributaria.

Podemos así concluir inicialmente que todas las normas sobre determinación de la obligación tributaria, son normas de contenido procedimental, cuyo objeto constituye la individualización del crédito tributario para los supuestos en que se haya operado el nacimiento de la obligación del pago del tributo. Tal procedimiento debe estar reglado e implica una relación de actos necesariamente conexos entre sí, que deben ocurrir en forma preclusiva, para lograr la adecuada eficacia jurídica propia de los actos de naturaleza jurídica tributaria dentro de un contexto mayor de los procedimientos administrativos, aplicables a los casos en que existen relaciones entre administración y administrado (en este caso contribuyente o responsable).

Siendo dichas normas de contenido procedimental o de Derecho Adjetivo, le serán aplicables los principios propios del Derecho Procedimental y no del Derecho Sustantivo.

En el Derecho Adjetivo privan ciertos criterios de aceptación universal y casi uniformes de orden público, que no permiten relajamiento alguno por las partes intervinientes en dichas relaciones jurídicas.

Vemos que toda la materia de procedimientos administrativos y concretamente las normas pertinentes a los procedimientos administrativos tributarios vienen regidos en forma preclusiva, con lapsos conexos entre sí, de obligatorio cumplimiento, regidos por pautas de caducidad, pues están fundamentados en principios que deben necesariamente cumplirse para la mejor realización de la justicia tributaria, como lo son la necesaria recaudación de los tributos, para el cumplimiento de los fines y propósitos del Estado, a los cuales están obligados los contribuyentes.

Por otra parte, está el correlativo derecho de éstos a que se les aplique el “estatuto jurídico” que la legislación tributaria les atribuye en las relaciones

jurídicas de igualdad, como sujeto pasivo de la obligación tributaria y más concretamente su derecho a la defensa ante las posibles equivocaciones por parte de la administración tributaria y más aún ante las hipotéticas conductas ilegales de la administración, que vulnerarían el estatuto jurídico que la ley tributaria les ha atribuido.

Dentro del examen de la relación jurídico-tributaria (entendiendo por ésta no sólo la obligación tributaria principal, sino sus accesorios y derivados) debemos analizar el efecto del transcurrir del tiempo como una forma de extinción de las obligaciones que conforman las relaciones jurídico-tributarias, siendo éstas fundamentalmente la prescripción y la caducidad.

A continuación nos permitimos traer a colación, conceptos doctrinarios que pudieran esclarecer los distinguos que existen entre ambas instituciones dentro del ámbito del procedimiento administrativo tributario.

El profesor Gian Antonio Micheli, en el Capítulo Noveno intitulado “Vicisitudes del Crédito Impositivo” en su **Curso de Derecho Tributario**, Editorial Derecho Financiero, en sus páginas 367 y siguientes, afirma que:

“El transcurso del tiempo puede influir sobre la obligación tributaria, como sobre el ejercicio del poder de imposición, y sobre el derecho del sujeto pasivo a obtener la restitución de cuanto pagó indebidamente. El paso del tiempo puede influir diversamente sobre el contenido y sobre la extinción de la obligación tributaria”.

...“El transcurso del tiempo influye tanto sobre el ejercicio por parte del ente impositor, de los poderes conexos a la potestad de aplicación del tributo, como sobre los derechos de crédito que dicho ente esgrime frente a los sujetos pasivos para obtener una cierta prestación tributaria, así como sobre el derecho de crédito que estos últimos pueden tener frente al ente impositor, para conseguir la restitución de sumas no debidas a título de tributo. Sin embargo, en la terminología empleada por el legislador, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, se habla de prescripción, a menudo, para indicar casos profundamente diferentes entre sí.”

...“De cuanto precede se debe colegir que en el ámbito del Derecho Tributario, y especialmente en la fase de aplicación de la norma tributaria,

se presentan preferentemente plazos de caducidad que son establecidos para dar un cierto ritmo al procedimiento tributario, mientras que de prescripción se puede hablar cuando el derecho de crédito del ente impositor es líquido y exigible, es decir, tiene un contenido idéntico al de cualquier derecho de crédito (v. número 35). En el campo tributario lo que, por el contrario, es más articulado y complejo es todo el iter que debe ser recorrido para alcanzar la fase final de la obligación y son variadas y numerosas (como se ha visto antes en los números 37 y siguientes), las situaciones subjetivas que la ley prevé, como se ha dicho, numerosos plazos de caducidad, cuya inobservancia supone la preclusión para realizar después determinados actos con el efecto previsto en la ley después de la cantidad de aquel plazo.”

Tal opinión del profesor Micheli que informa sobre las confusiones en que han incurrido los legisladores tributarios, son especialmente válidas habida cuenta su conocido prestigio mundial como procesalista.

El profesor Dino Jarach expresa:

“Las obligaciones tributarias se extinguen también por prescripción.

Una cuestión preliminar ampliamente debatida por la doctrina nacional y extranjera se origina en que la Ley 11.683 en su art. 53 reúne en un solo concepto la prescripción de las acciones y poderes del fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos.

Es evidente que la acción de exigir el pago del impuesto se refiere al ejercicio del derecho creditorio y su prescripción implica la extinción de la deuda. Por el contrario, la acción para determinar la existencia de la obligación tributaria no se refiere al derecho creditorio y a la deuda del contribuyente o responsable, sino al ejercicio por parte de la administración pública de sus poderes y facultades tendientes a la determinación de las obligaciones. La exactitud de este concepto se demuestra en cuanto los poderes y atribuciones del fisco no dependen necesariamente de la existencia de la obligación tributaria y pueden concluir con el pronunciamiento de la propia autoridad administrativa, negando la existencia de la obligación. No obsta a este distingo la naturaleza y

eficacia meramente declarativa de la determinación. En mi opinión, los poderes y facultades del fisco están limitados en el tiempo y terminan cuando el período establecido por la ley se halla cumplido, sin que ello tenga influencia alguna sobre la extinción de la obligación tributaria sustantiva.”

“He sostenido en otras oportunidades que con respecto a las acciones y poderes del fisco, según la doctrina de autores alemanes y suizos, podría hablarse más que de una prescripción, de una caducidad. La razón por ello se encuentra en la circunstancia de que los poderes del fisco no dependen de la existencia de una vinculación obligacional y su limitación en el tiempo responde a un principio de orden público, es decir, limitar la acción de la administración y la situación de obediencia que el poder público impone a los ciudadanos. Por esta razón la existencia de los poderes del fisco se opera de pleno derecho.

Si se han extinguido las acciones y facultades del fisco tendientes a la determinación del impuesto, también prescribe la deuda tributaria y el derecho creditorio del Estado. Si, en cambio, antes del vencimiento del término, dichos poderes y facultades desembocan en un acto de determinación, la obligación tributaria sustantiva no se extingue y por lo tanto el fisco podrá exigir el pago de la deuda hasta tanto se cumpla el período de prescripción correspondiente.” (Dino Jarach. **Curso Superior de Derecho Tributario**. Edición Liceo Profesional Cima. Buenos Aires, pp. 249-250).

El profesor Humberto Briceño Sierra manifiesta:

“Manifiestamente, entre prescripción y caducidad se levanta la tajante diferencia que hay entre la vigencia del Derecho Sustantivo y la del Procesal. En la prescripción ha muerto el título, en la caducidad ha perecido la serie. En aquélla es posible intentar la demanda (y en lo fiscal el procedimiento administrativo de ejecución), pues mientras la pretensión no encuentre el obstáculo de la defensa de prescripción, el actor está en la posibilidad de probar su derecho y exigir la prestación.

En la caducidad, perece el procedimiento, y no sólo el proceso...”. (Humberto Briceño Sierra. **Derecho Procesal Fiscal**. Segunda Edición. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, p. 599).

Tales posturas doctrinarias nos lleva necesariamente al análisis del artículo 218 del Código Orgánico Tributario, que a continuación nos permitimos transcribir:

“Artículo 218.- Las prescripciones que hubiesen comenzado a correr antes de la vigencia de este Código se regirán por las leyes bajo cuyo imperio se iniciaron, pero si desde que éste estuviere en vigor, transcurriere todo el tiempo en el requerido para las prescripciones, surtirán éstas su efecto aunque por dichas leyes se requiera mayor lapso.

Las interrupciones de tales prescripciones, que se produzcan a partir de la vigencia de este Código, surtirán efecto de acuerdo con las normas que en él se establecen”.

Debemos distinguir así entre tal norma de carácter transitorio con el mandato contenido en el artículo 9 del Código Orgánico Tributario en su segundo párrafo, cuando expresa:

“Las normas que supriman o reduzcan sanciones, y las de procedimiento, se aplicarán desde que la Ley entre en vigencia, aunque las infracciones se hubiesen cometido, o los procedimientos se hubiesen iniciado, bajo el imperio de leyes anteriores.”

Siguiendo a los autores citados, consideramos que la aparente contradicción existente entre el principio constitucional de la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento (Art. 44 de la CN) y el dispositivo contenido en la disposición transitoria del art. 218 del Código Orgánico Tributario, se resuelve haciendo la necesaria distinción entre la prescripción de la obligación tributaria (derecho de crédito) y la caducidad (también denominada como prescripción) de los poderes, facultades y acciones de la administración tributaria para determinar, liquidar y cobrar tales derechos de crédito, y las sanciones a las infracciones a que haya lugar.

En tal sentido, la prescripción de obligaciones que se hubiesen contraído y comenzado a correr sus respectivos lapsos con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico Tributario, se regirán por las leyes bajo cuyo imperio se iniciaron, pero el lapso de caducidad para la correspondiente determinación, liquidación administrativa y cobro, se rige por las normas procedimentales

vigentes para ese momento, con absoluta independencia del derecho de crédito y sus accesorios.

Así pues, el art. 218 del Código Orgánico Tributario se refiere a la prescripción de la obligación tributaria únicamente y no al lapso de caducidad de los poderes de la administración fiscal para determinar, liquidar y cobrar la obligación tributaria y sus accesorios. En efecto, como podría una disposición transitoria del Código Orgánico Tributario (art. 218) contravenir el principio de aplicación inmediata de las normas de procedimiento (art. 44 de la Constitución y art. 9 del mismo Código Orgánico Tributario) que solamente se refiere, por lo tanto, al posible conflicto de aplicación de leyes “*ratione tempore*”, en cuanto a la prescripción de la obligación como derecho de crédito.

Por el contrario, el art. 52 del Código Orgánico Tributario, al igual que el artículo 77 *eiusdem*, resumen a un solo concepto (como la Ley 11.683 en Argentina, a la que alude el autor Dino Jarach) la prescripción de la obligación tributaria, propiamente dicha, y la prescripción (caducidad) de la acción, poderes y facultades de la administración para la determinación, liquidación y cobro de la obligación tributaria y de las sanciones e infracciones, según sea el caso.

Los planteamientos anteriormente descritos, los debemos extraer de los propios textos de los artículos del Código Orgánico Tributario a que hicimos referencia al inicio del presente trabajo. Nos permitimos citar con el objeto de destacar las distinciones existentes entre los artículos del propio Código que expresan indicios de lo aquí afirmado, tales como son el artículo 76 y 77.

“Artículo 76.- Son causas de extinción de las acciones por infracciones tributarias:

1.- La muerte del actor o infractor extingue la acción punitiva, pero no extingue la acción contra los coautores, cómplices o encubridores. No obstante subsistirá la responsabilidad por las multas aplicadas que hubieren quedado firmes en vida del causante.

2.- La amnistía.

3.- La prescripción.

4.- Las demás causas de extinción de la acción tributaria conforme a este Código.

Artículo 77.- Las sanciones tributarias prescriben:

1.- Por cuatro (4) años contados desde el 1° de enero del año siguiente a aquel en que se cometió la infracción.

2.- Por dos años contados desde el 1° de enero del año siguiente a aquel en que la administración tributaria tuvo conocimiento cuando dicho conocimiento sea probado fehacientemente por el infractor.

La comisión de nuevas infracciones de la misma índole, interrumpe la prescripción. En este caso el nuevo término se contará desde el 1° de enero del año siguiente a aquel en que se cometió la nueva infracción.

La averiguación administrativa o la instrucción del sumario, suspenden la prescripción por el término de seis (6) meses contados desde la citación del imputado” (destacado nuestro).

Se denota de los aludidos textos, una superposición de conceptos, que al intérprete toca deslindar, cuando vemos que en el ordinal 3 del artículo 76, se indica que la prescripción es causal de extinción de las acciones por infracciones tributarias y a su vez el propio ordinal cuarto manifiesta, en forma de apertura o de enunciación, “las demás causas de extinción de la acción tributaria conforme a este Código”. Nos preguntamos, a cuáles otros causales quiso hacer referencia el legislador en una materia de tanta importancia como lo es el atributo del poder coactivo de la administración tributaria de imponer sanciones con el propósito de cumplir con su misión recaudadora.

Hemos expresado que los procedimientos administrativos-tributarios o tributarios propiamente dichos, según la posición doctrinaria que se adopte, deben ser forzosamente reglados y por ende notamos que el aludido ordinal cuarto presupone la caducidad, concretamente la de los poderes de la administración-tributaria para determinar sanciones por infracciones, ya sea del contribuyente o del responsable tributario, y tal supuesto deberá estar

concatenado con lo dispuesto en el ordinal segundo del artículo 77 anteriormente transcrito, el cual prevé un plazo de dos años desde el 1° de enero del año siguiente a aquel en que la administración-tributaria tuvo conocimiento de la infracción cometida.

En este último supuesto, pensamos que estamos ante un evidente plazo de caducidad y por ende como es de todos conocido, la caducidad no es susceptible de interrupción para ninguno de los sujetos intervinientes en la relación regida por dicha institución, corriendo fatalmente hasta haberse consumado por el transcurso del tiempo.

Ello, como lo expresara el maestro Jarach, en la cita transcrita, impone el deber a la administración-tributaria de actuar con la debida celeridad para perseguir a los infractores tributarios, lo que conlleva normalmente, por cuanto la sanción tributaria usualmente viene ajena al incumplimiento de algún deber material por parte del contribuyente, a que se proceda a una más rápida y eficaz fiscalización de la determinación practicada por los contribuyentes, para poder indagar si la conducta de los administrados ha conllevado el incumplimiento de alguna obligación como sujeto pasivo del tributo o como responsable del cumplimiento de obligaciones previstas en las normas tributarias.

En consecuencia, conforme a lo antes expuesto, a partir de la vigencia del Código Orgánico Tributario, el lapso de caducidad para la determinación y liquidación de una obligación tributaria (propia de tributos) será de cuatro (4) años y de dos (2) años, para la determinación y liquidación de las sanciones tributarias, lapsos estos que pueden aumentar a seis (6) años y cuatro (4) años, en los supuestos de falta de inscripción o registro por parte de los contribuyentes o responsables o cuando el infractor no esté en capacidad de probar que la administración tributaria tuvo conocimiento de la infracción cometida (Artículos 52 y 77 del COT).

Asimismo, si la prescripción de la obligación tributaria se inició antes de la vigencia del Código Orgánico Tributario, se computará el plazo que indique la ley bajo cuyo imperio se inició, salvo que desde la entrada en vigor de dicho Código Orgánico Tributario, transcurriere todo el lapso de tiempo por el requerido para la prescripción de la obligación tributaria.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En vista de las anteriores consideraciones, nos permitimos hacer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1.- El Código Orgánico Tributario regula en los casos comentados situaciones procedimentales regidas por distintas instituciones del Derecho, como son la prescripción y en sus casos la caducidad.

2.- La prescripción se aplica a las situaciones jurídicas donde el derecho creditorio ha sido determinado, bien por el propio contribuyente o por la administración tributaria. En estos casos se presupone la existencia de una "liquidación", propiamente dicha. La prescripción es susceptible de interrumpirse y de ser suspendidos sus efectos.

3.- La caducidad se aplica al ejercicio de las facultades y poderes de la administración tributaria que le tiene atribuida la ley para ejercerlos dentro de un procedimiento determinado y de los plazos perentoriamente establecidos en la propia ley. La caducidad no es susceptible de interrumpirse ni de suspenderse. Deben cumplirse necesariamente los actos dentro del término preclusivo determinado en la ley para que éstos tengan efectos jurídicos.

4.- Las normas de caducidad contenidas en el Código Orgánico Tributario, por ser normas de procedimiento, son de aplicación inmediata por mandato constitucional (Art. 44) y del propio Código (Art. 9), por ende se aplican a todos los procedimientos en curso a partir de la vigencia del Código Orgánico Tributario.

5.- Al ser las normas de caducidad normas de orden público, la administración tributaria o en su caso el juez de lo contencioso-tributario deberá declararlas de oficio sin que haya necesidad de solicitarla.

En vista de las anteriores conclusiones, nos permitimos hacer las siguientes recomendaciones.

A.- La administración tributaria debe cumplir eficazmente las funciones que tiene atribuida dentro de los plazos de caducidad establecidos legalmente y no

podrán ampararse en la institución de la prescripción, cuando se trate de la aplicación de plazos de caducidad.

B.- En futuras reformas del Código Orgánico Tributario, se debería aclarar en razón de su importancia, la aplicación de las instituciones de prescripción y de caducidad contenidas en el propio Código, con el propósito de que los sujetos de la relación jurídico-tributaria y en su caso el juez de lo contencioso-tributario, puedan aplicar en forma más precisa dichas reglas.

**Consideraciones generales sobre
los trasplantes de órganos
y otras materias afines**

José Andrés Fuenmayor García

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

I

La nueva Ley sobre Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de 1992 constituye sin duda alguna un gran paso de avance con respecto a la que derogó de 1972, pero estableció soluciones que tocan profundamente temas jurídicos y de teología moral, llegando a soluciones prácticas sin ocuparse de regular dichos temas.

El tema central que está por encima de dicha Ley contiene tres aspectos, a saber: a) el jurídico, que consiste en determinar la propiedad del cadáver; b) el teológico moral que consiste en el examen moral de las acciones humanas con respecto a los muertos; y c) un examen jurídico sobre el derecho a la disposición del propio cuerpo.

Desde el punto de vista jurídico ninguna de nuestras leyes regula expresamente la propiedad del cadáver, y por primera vez la Ley actual sobre trasplantes en forma indirecta trata de regular derechos sobre él, presumiendo su propiedad en cabeza de determinadas personas al otorgarle derechos de disposición sobre los restos humanos (Art. 16 y 17 de la Ley).

Si nos despojamos de todo lastre mental y religioso, cualquiera que sea su origen, podremos examinar y determinar desde el punto de vista legal de quién es el cadáver, apoyándonos en las disposiciones del Código Civil y los principios de Derecho. En efecto, la persona humana mientras esté viva, es un sujeto de derecho que se relaciona con las cosas, pero al morir pierde la facultad de relación y se convierte en un simple objeto, o mejor dicho en una cosa más de las que nos rodean, que aparentemente puede ser susceptible de propiedad conforme al

artículo 525 del Código Civil, propiedad esta que al pie de la letra de la disposición establecida en el artículo 796 *ejusdem* puede adquirirse por ocupación.

Antes de iniciarse el trasplante de órganos humanos no tenía mayor importancia para el Derecho el establecer la naturaleza jurídica del cadáver. El respeto hacia él se establecía por razones religiosas ante el temor de lo desconocido, y los sitios donde reposaba el cadáver quedaban fuera del comercio por respeto a lo mismo: el temor a lo desconocido (Ordinal 6° del artículo 1.929 del Código Civil). Las violaciones a las tumbas y la profanación de los cadáveres se castigaban, y castigan, por razones religiosas sin fundamento en el Derecho. El robo de los objetos agregados al cadáver no es un robo ni al cadáver, ni a sus familiares, pues al extinguirse la personalidad jurídica, se extingue, como consecuencia, el ser sujeto de derecho.

La destrucción de la persona humana constituye un homicidio, y es punible, pero la destrucción de un cadáver no comporta ninguna pena específica. Esto nos da una idea de que el cadáver se transforma en un simple objeto. También nos la da la partida de defunción que viene a constituirse en el colofón de la vida humana.

“Bien”, en el sentido jurídico son las cosas susceptibles de apropiación que pueden procurarnos un provecho material, incluyendo el provecho jurídico dentro del concepto de provecho material. El aire nos produce un provecho, pero no es susceptible de apropiación, por lo tanto no es un “bien” en el sentido del Derecho.

El cadáver, hasta que se iniciaron los trasplantes y se comercializaron los esqueletos con fines de estudios médicos, no era un “bien”. Una vez iniciados éstos el cadáver pasó a serlo, igual que se transforma en bien el órgano humano donado voluntariamente, o tomado de la persona humana viva sin su consentimiento.

La opinión de los autores que define y considera el cadáver como un residuo de la persona humana no es, ni va más allá, de un esfuerzo por definir lo indefinible, pues el sujeto de derecho que era la persona deja de serlo en el momento de producirse la muerte, y toda su conexión con sus derechos se extingue y pasa, en ese mismo momento ideal de la muerte a sus herederos sin dejar ningún residuo... (Art. 993 y 995 del Código Civil).

El cadáver en el estadio actual de la sociedad humana es un bien susceptible de apropiación y la nueva Ley sobre Trasplantes regula mediante presunciones quién es el propietario. Aunque por una disposición expresa de la Ley (Art. 7) el cadáver es un objeto fuera del comercio, no por eso una vez efectuado el trasplante, el receptor deja de hacerse dueño del órgano trasplantado; y, el órgano, aun cuando fuera del comercio, adquiere un valor útil.

II

La verdad jurídica desnuda a que he hecho referencia anteriormente en la parte I de este trabajo, se enfrenta a una realidad objetiva e innata en el ser humano: su pretensión a la inmortalidad, la cual no vislumbra sino a través de su cuerpo, y para satisfacer este deseo busca refugio en la religión, sea ésta cual fuere, pretendiendo así conectarse a Dios, ya se trate de los dioses egipcios, griegos, romanos, o de Alá, o del Dios o los dioses orientales u occidentales. Aun en los humanos más primitivos encontramos siempre este deseo de identificación con Dios. Ya Adán en el paraíso cede a la tentación ante la oferta de “ser como Dios”.

Para lograr el fin de la inmortalidad hay que conservar, por regla general, el cuerpo después de la muerte. Su destrucción por medio de la cremación lo que pretende a través de las cenizas es la identificación y consustanciación con Dios (Cremación en algunas religiones orientales). En nuestra religión católica estuvo prohibida por siglos la cremación del cadáver: “acuérdate hombre que eres polvo y en polvo te convertirás”. El cumplimiento de este precepto sólo podía ser obtenido por la vía de la naturaleza y no mediante un acto provocado. Hoy el desarrollo de nuevas fronteras del pensamiento católico permite, con una sola excepción, la cremación de los cadáveres (El canon 1.176 del Código Canónico en su párrafo 3 la permite bajo advertencia y condición, en los siguientes términos: “La iglesia **aconseja vivamente que se conserve la piadosa costumbre** de sepultar el cadáver de los difuntos; sin embargo, **NO PROHIBE** la cremación, a no ser que haya sido elegida por razones contrarias a la doctrina cristiana”).

La vida eterna (inmortalidad), es un denominador común en todas las religiones, pues de no fundamentarse en tal denominador común no tendrían objeto las religiones. Pero hay otro denominador común: la vía para alcanzar la vida

eterna se obtiene por los señalamientos de dios (teología moral), a través de la revelación divina. A Moisés se le revela directamente el Código Moral obligatorio que en sí constituye un tratado de Derecho natural y lo mismo sucede, *mutatis mutandi*, en las otras religiones. Hay que creer bajo el sistema de la “fe”. Yo tengo que creer por la vía de la fe en lo que nunca he visto ni tengo conocimiento. El racionalismo no tiene cabida en el estudio de las cosas de Dios. Hay que aceptar la revelación como cierta, buena y válida. Personalmente fundamento mi aceptación del problema planteado en la fe, pero hay muchos otros seres humanos que requieren demostraciones más lógicas. No hay pruebas matemáticas de la existencia de Dios por el método inductivo, pero sí las hay por el método deductivo: mi existencia, mi capacidad de raciocinio, mi deseo insatisfecho del teorema de Dios. Ese es el gran “quid” del ser humano, y ante cualquier duda si no queremos sucumbir en el ejercicio intelectual de descubrir lo “indescubrible” aceptamos los principios universales sobre el tratamiento de los cadáveres desde el punto de vista jurídico y teológico. El ser humano muerto fue la casa donde habitó el espíritu, y así como conservamos un museo de las cosas pasadas, como la casa donde habitó El Libertador, así debemos aceptar que es necesario conservar, hasta donde sea posible, la casa material donde habitamos. Nuestra reacción no es igual ante el cadáver de un animal que encontramos muerto en la calle que ante el cadáver de un ser humano. Hondas diferencias nos separan de los animales desde el punto de vista teológico, pues desde el punto de vista biológico algunos animales son tan perfectos como nosotros, salvedad hecha de la actividad cerebral. Esta es la realidad del ciclo vital del ser humano que no podemos desconocer. Por lo tanto, ante la realidad descrita tenemos que aceptar un respeto especial por el cadáver humano y conjugar los principios jurídicos que nos rigen con la aceptación de algo que está ínsito en nuestro ser. Sólo así podremos afrontar el problema de las agresiones a los cadáveres en sí para su utilización material. Debemos encontrar fórmulas que concilien el derecho a la vida de todo ser humano con el respeto a los muertos. Y esta fórmula no es otra que la aceptación de que al separar un órgano de un cadáver para colocarlo en un ser humano estamos prolongando la vida de ese órgano, y, en alguna forma, la de su anterior dueño. Moralmente, pues, no constituye una agresión al cadáver la disposición de uno de esos órganos ya que es un acto conservatorio de vida, y, por lo tanto, un acto moral. La extracción y disposición de un órgano de un ser vivo con su consentimiento es un derecho constitucional ínsito en el de la libertad personal, como veremos en la tercera y última parte de este trabajo.

III

Lo que motivó este trabajo fue la promulgación de la Ley sobre Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos donde, como apunté en el Capítulo I, se establecen soluciones normativas para una problemática social nueva, y si bien se pretendió inicialmente dedicarlo únicamente a la problemática jurídica sobre la propiedad del cadáver, se me ha hecho imposible no desbordar el tema, y circunscribirlo solamente a dicho aspecto, pues el Derecho tiene como sujeto el ser humano, y como tal está íntimamente ligado a su naturaleza, condición y esencia. No existe ni puede existir ninguna Ley que no tenga como fin el ser humano, directa o indirectamente. Por lo tanto, este trabajo quedaría fallo si no incursionara en el intrínquilis que crea no ya la propiedad del cadáver, sino el derecho del propio ser humano a disponer de partes de su propio cuerpo. En otras palabras, efectuar legalmente la mutilación. Para examinar este “intrínquilis” debemos plantearnos esta pregunta ¿Mi cuerpo es mío? Para la Ley no lo es pues no admite su autodisposición libremente. El artículo 10 de la Ley que ha motivado este estudio prohíbe el trasplante total de órganos únicos entre personas vivientes o de piezas o materiales anatómicos, cuya separación pueda causar la muerte o la incapacidad, total o permanente del donante. Si mi cuerpo, desde el punto de vista legal, fuera reconocido como mío, no habría limitaciones para la autodisposición, total o parcial de él. Para la Ley Penal venezolana no es punible el intento de suicidio, pero sin llegar a penalizarla prohíbe la donación de órganos vitales de personas vivas. La Ley Canónica sí penaliza el intento de suicidio (Cánones 1041 y 1044). No hay en la Ley que nos ocupa disposición penal alguna por la infracción del artículo 10, por lo que los infractores caerán en las disposiciones penales ordinarias relativas al homicidio o las lesiones personales.

La Ley sobre Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos sólo trae disposiciones penales sobre su inobservancia en relación con el tráfico comercial de los órganos, pero no en relación con la autodisposición.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del cuerpo de una persona viva? La Ley no hace ningún pronunciamiento sobre esta importante cuestión, ni tenía por qué hacerlo hasta que la ciencia médica invadió el campo de las relaciones humanas con las transfusiones, pruebas sanguíneas sobre paternidad, y posteriormente con los experimentos en personas vivas, y, por último, con las fecundaciones

artificiales y los trasplantes. Simplemente la persona humana siempre ha sido “sujeto de derecho” y desde el punto de vista “ideal” debemos considerarla como un objeto fuera del comercio. Decimos “ideal” pues la entrega onerosa de la mujer, los restos de esclavitud que puedan quedar en algunos rincones del mundo y la dote de la mujer en sus distintas formas, existen o han existido, pero atentan contra la dignidad de la persona humana, y son ajenos al derecho de esta época.

Todas las anteriores consideraciones nos conducen a una cuestión muy profunda. ¿Tiene derecho la persona humana a disponer total o parcialmente de su propio cuerpo en vida? ¿De dónde emerge tal derecho?

El Estado paternalista establece y sostiene la integridad física de la persona y diseña un conjunto de garantías constitucionales destinadas a protegerla. La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en forma programática legisla sobre la persona humana. Pero todo este sistema se centra en la idea de la protección por el Estado de la integridad física de la persona humana y comienza a ser permeado por otras ideas surgidas de los avances tecnológicos, económicos y sociales del mundo actual. El concepto privatístico de la absoluta inviolabilidad de la integridad física de la persona, quien sólo ha sido considerada hasta ahora como un “sujeto de derecho”, comienza a ser penetrado por un concepto publicista de que también la persona es un “objeto de derecho”. Sobre tal cuestión comienzan las grandes batallas conceptuales y de principios en el campo de las resoluciones judiciales a nivel mundial, y a infiltrarse en las legislaciones disposiciones no imaginadas antes. Nuestro actual Código de Procedimiento Civil permite el reconocimiento judicial de personas (Art. 472), sin embargo en Italia una variante del reconocimiento de la persona constituido por la negativa del trabajador a dejar de efectuarse un examen médico con fines laborales fue declarado inconstitucional por la Corte correspondiente, considerando que el “poder” de disponer del propio cuerpo es un elemento constitutivo de la “libertad” (Sentencia de la Corte Constitucional del 22 de octubre de 1990, con un precedente anterior al 30 de enero de 1986). Es conveniente advertir que al no tener Italia una disposición expresa sobre el examen de personas en el Código de Procedimiento Civil como la que tenemos en Venezuela, la Corte Constitucional limitó su decisión al problema general desde el punto de vista constitucional; sin embargo, en nuestro país de llegar a plantearse el problema presentaría un aspecto diferente. La disposición del

Código de Procedimiento Civil italiano reza textualmente: “Quien tiene urgencia en hacer constar, antes del juicio, el estado de los lugares o la calidad o condición de las cosas, puede solicitar ajustándose a los artículos 692 y siguientes, que se ordene una comprobación técnica o una inspección judicial...” Así podemos apreciar que la disposición transcrita no menciona expresamente la persona, como sí lo hace nuestro artículo 472. Igualmente es conveniente advertir que la práctica de los exámenes laborales se está constituyendo en una costumbre impuesta, en algunos casos contractualmente por los patronos, en defensa del resto del grupo de sus trabajadores, ante el avance de las enfermedades contagiosas, principalmente del SIDA, y el consumo de estupefacientes que produce accidentes laborales, y puede inducir a igual problema a otras personas del grupo. Por otra parte hay inmensas presiones de orden económico en el campo laboral que inducen a situaciones que subordinan los problemas éticos y religiosos a la necesidad de obtener el trabajo.

Así pudimos leer recientemente una noticia de prensa proveniente de Bonn (Europe Today) que parcialmente reproducimos: “Tratando de escapar al paro y la miseria, miles de alemanas del este se han dejado esterilizar, creyendo que renunciando a la prole obtendrían más fácilmente un puesto de trabajo. El escándalo ha asaltado a la prensa y ha sido denunciado por la Comisión para la Igualdad del Trabajo en Alemania”. En nuestro país con las desproporcionadas prestaciones de la nueva Ley del Trabajo podemos vislumbrar en el futuro situaciones semejantes.

Los sonados casos de jurisprudencia decididos por la Corte Suprema de New Jersey el 3 de febrero de 1988 sobre la niña nacida de un útero alquilado, y la de la Corte de Apelaciones de California el 31 de julio de 1988, por una línea celular (clona) extraída del bazo de una persona (Moore), han generado trascendentes cuestiones de Derecho sobre el tema que nos ocupa. Igualmente lo ha generado con anterioridad el caso judicial sobre responsabilidad penal constituido por la venta que un joven hizo de un testículo a un anciano, todo lo cual está conduciendo a la teoría del cuerpo humano como bien económico. En este sentido si bien nuestra Ley sobre Trasplantes establece una prohibición absoluta sobre la comercialización de los órganos y otros materiales anatómicos (Art. 9º) no podemos esconder nuestro escepticismo sobre la realidad subyacente en las donaciones de sangre, o en el escandaloso comercio internacional de la compra de sangre por los países ricos a los países pobres en ejercicio de una

verdadera hematófagia, que ignoramos si convirtió dicho ejercicio en una importación del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) para los países compradores.

Se hace presente igualmente en el objeto de estas observaciones la intervención del Estado en la materia a través del principio de la solidaridad social establecido en el artículo 57 de nuestra Constitución nacional, del cual hace uso en el artículo 24 de la Ley, y que en mi criterio puede servir de fundamento legal para una legislación más avanzada sobre la materia.

Todas estas consideraciones nos conducen al planteamiento central de nuestro problema ¿En dónde estamos situados jurídicamente frente a tan inmenso problema desde el solo punto de vista jurídico? Si bien es cierto que la interconexión de los diferentes factores nos impiden aislar el problema al campo estrictamente jurídico pienso que a través de las consideraciones anteriores debemos aceptar una nueva realidad para el examen del problema, y esta realidad está constituida porque todos los conceptos preestablecidos sobre el cadáver y su propiedad, y sobre todo la naturaleza jurídica del cuerpo humano, está sufriendo una mutación semejante a la que han sufrido otras instituciones a través de los siglos y que debemos aceptar la realidad de que ya el cadáver no goza de su posición jurídica anterior, ni el cuerpo humano es un objeto totalmente fuera del comercio sino un bien, conforme a las nuevas teorías económicas según las cuales cualquier cosa que pueda transformarse en objeto de cambio adquiere la condición de bien económico, y que para llegar a establecer ciertas consecuencias de lo que podríamos denominar “revolución” del ser físico de la persona humana, tendremos que aceptar realidades sociales nuevas, y admitir, con repugnancia o no, que debemos solventar una cuestión de Derecho que envuelve una petición de principios ante el siguiente planteamiento central: ¿Debe prevalecer la obligación de la conservación de la integridad física del individuo por el Estado, y por ende su regulación, o debe prevalecer el derecho constitucional a la libertad de la persona en el cual debe incluirse la posibilidad de la autodisposición del cuerpo? ¿Debemos desenmascarar la aparente situación de legalidad y entrar en un nuevo mundo de conceptos morales? Ya la Iglesia Católica Romana se ha pronunciado sobre la moralidad de los trasplantes en su nuevo catecismo, en cuyo numeral 2296, se expresa: “El trasplante de órganos no es moralmente aceptable si el donante o sus representantes no han dado su consentimiento consciente. El trasplante

de órganos es conforme a la Ley moral y puede ser meritorio si los peligros y riesgos físicos o psíquicos sobrevenidos al donante son proporcionados al bien que se busca en el destinatario. Es moralmente inadmisible provocar directamente para el ser humano bien la mutilación que le deja inválido o bien su muerte, aunque sea para retardar el fallecimiento de otras personas”. Pero dicha aceptación no va más allá de un pronunciamiento sobre la moralidad o aceptación eclesiástica de la posibilidad de un trasplante corriente, sin que ello involucre los aspectos jurídicos sobre la posibilidad de la autodisposición del cuerpo humano y, en consecuencia, sobre la tutela jurídica del Estado de conservar la integridad física de las personas. Tal vez un futuro pronunciamiento desde el punto de vista de la teología del cuerpo sobre estas cuestiones puede traer nuevas luces sobre tema tan delicado que debemos considerar **divini et humani juris**. La próxima reforma constitucional sería una buena oportunidad para definir este campo con precisión dentro del régimen de los derechos individuales.

NOTA: He evadido intencionalmente el tema relativo a la autodisposición quirúrgica cuando se persigue la salud, por corresponder a otro campo legal y moral (Defensa de la integridad física) (Conservación de la vida), quedando excluidas también las mutilaciones referidas a las esterilizaciones.

respecta a los intereses-frutos, y en cuanto respecta a los intereses moratorios, es obvio igualmente, para este Tribunal Arbitral, que el daño derivado de la mora ha de entenderse sufrido por el titular del crédito que tiene derecho al oportuno pago de éste.

Este Tribunal Arbitral ha constatado que la cesión de créditos hecha por “EL CONSORCIO” a Global Transactions Ltd. mencionó precisamente como objetos de la transferencia las valuaciones Nos. 41 (en parte), 42 (en parte), 42-A, 43, 43-A, 44, 44-A, 45, 45-A, 46, 46-A, 47 y 47-A del contrato 548/78 y las valuaciones 2, 3, 3A, 4, 4A, 5, 5A, 6 y 6A del contrato 647/81, sin referencia alguna a intereses derivados de los créditos correspondientes a dichas valuaciones hasta el día de la cesión. En consecuencia, a juicio de este Tribunal Arbitral, los créditos por intereses derivados del capital de las valuaciones y devengados hasta ese día deben considerarse como que permanecieron bajo la titularidad del “CONSORCIO” cedente. En cambio, por las razones antes anotadas, el Tribunal considera que “EL CONSORCIO” no tiene derecho a reclamar a “CADAPE” intereses derivados de los créditos cedidos a Global Transactions Ltd. y devengados después de la fecha de la mencionada cesión. Así se declara.

e. En cuanto al alegato de prescripción de “CADAPE”, referido a todos aquellos intereses que para el 31 de enero de 1984 tenían tres o más años de haber sido devengados y exigibles, el Tribunal Arbitral observa que el artículo 1980 del Código Civil establece una prescripción extintiva de tres años de los créditos correspondientes a “la obligación de pagar los atrasos del precio de los arrendamientos, de los intereses de las cantidades que los devenguen, y en general, de todo cuanto deba pagarse por años o por plazos periódicos más cortos”, disposición esta que de acuerdo con la opinión generalmente aceptada es aplicable respecto de los intereses, cualquiera que sea la naturaleza de los mismos. En el caso del presente procedimiento, dicha prescripción habría afectado, y en consecuencia extinguido, a todos los créditos por concepto de intereses devengados por el capital de las valuaciones derivadas de los contratos entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO” y producidos hasta el día 31 de enero de 1981.

Sin embargo, este Tribunal Arbitral encuentra que es lógica y jurídicamente incompatible con tal pretensión de “CADAPE” el reconocimiento formulado por ella en la cláusula Cuarta del Compromiso Arbitral, del hecho de que “EL

CONSORCIO”, “en cada ocasión de retardo por parte de ‘CADAFAE’, presentó oportunamente las reclamaciones correspondientes”, sin distinguir -como se ha declarado- entre reclamaciones relativas a créditos de capital y reclamaciones relativas a créditos por intereses. Ahora bien, el reconocimiento de una diligencia como esa es jurídicamente inconciliable con la imputación de negligencia, de omisión del comportamiento dirigido a hacer valer oportunamente los propios derechos, que es requisito esencial de aplicación de la prescripción. Por tanto, este Tribunal Arbitral desecha, por infundado, el analizado alegato de prescripción por “CADAFAE” al “CONSORCIO”. Así se declara.

f. En consecuencia de todo lo anterior y visto el informe presentado a su requerimiento por la Comisión de Expertos Contables, el Tribunal Arbitral fija en la cantidad de CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL CIENTO CUARENTA BOLIVARES (Bs. 51.726.140,00) el monto que debe ser pagado por “CADAFAE” al “CONSORCIO” conforme a lo decidido respecto del Punto “a” de la Reclamación.

II

Punto “b” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “b”, que resuelvan:

“b) Si adicionalmente, hasta la misma fecha treinta y uno de enero de 1984, por el mismo período, ‘EL CONSORCIO’ tiene derecho al reembolso de los perjuicios financieros efectivamente incurridos, tal como se detalla en los apartes A.1.1. y A.2. de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los capítulos A.1. y A.2. del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”

2. En relación a este punto “EL CONSORCIO” reclama a “CADAFAE” el reembolso de los perjuicios financieros efectivamente incurridos, a los cuales se alude en el planteamiento del transcrito Punto “b”, por considerar que “cualquiera que sean las dudas que puedan surgir en la interpretación del artículo 1277 del Código Civil en cuanto a la reparación del mayor daño por incumplimiento culposo del deudor de obligaciones pecuniarias, en materia mercantil no se

presentan tales dudas, pues la lógica e inexorable consecuencia del artículo 108 del Código de Comercio es que el retardo en el pago de obligaciones pecuniarias mercantiles implica la plena reparación del daño causado”.

3. Por su parte, “CADAFE” niega que tal reclamación sea procedente, para lo cual invoca la disposición del artículo 1.277 del Código Civil, el cual, según una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en fecha 28 de julio de 1983, contiene una norma limitativa de la contenida en el artículo 1.167 del mismo Código que “consagra el principio general de la reclamabilidad de todos los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato bilateral”, y para el caso de la mora en el pago de obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero conduce “a declarar procedente sólo el pago de los intereses”, como “la única forma de resarcir los perjuicios provenientes del retraso en el pago de la suma de dinero reclamada”, por lo cual -agregó la Corte- al declarar la recurrida con lugar el pedimento adicional infringió por errónea aplicación los artículos 1.167 y 1.277 del Código Civil...” (G.F. 3ª etapa, Año 1983, vol. I, N° 121, p. 751).

4. En relación a tales alegatos de las partes el Tribunal Arbitral observa:

a. El decidir sobre la señalada pretensión del “CONSORCIO”, negada por “CADAFE”, plantea la necesidad de pronunciarse sobre el conocido y controvertido tema de si en presencia de la disposición del artículo 1.277 del Código Civil y tratándose de la mora en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, es o no admisible que el acreedor solicite y obtenga el resarcimiento de los mayores daños derivados del retardo culposo de su deudor, es decir, de los daños adicionales o suplementarios que se produzcan por sobre los que la ley entiende reparar mediante la atribución del derecho al interés legal.

La opinión tradicionalmente aceptada en nuestro país lo ha negado, siguiendo antecedentes europeos (franceses e italianos) que en relación a disposiciones similares del antiguo artículo 1.153 del Código Civil francés y del artículo 1.231 del derogado Código Civil italiano de 1865, se pronunciaron sobre el tema. La opinión tradicional estima que la regla de la liquidación del daño moratorio sobre la base del porcentaje fijo del interés legal que establece el artículo 1.277 del Código Civil, significa una fijación rígida del resarcimiento debido, que representa a la vez el mínimo y el máximo de la indemnización a

que puede aspirar el acreedor, a quien la ley exime de la carga de probar daño concreto alguno.

El Tribunal Arbitral considera que existen razones poderosas para apartarse de la opinión mayoritaria y acoger la que sostiene que una interpretación diversa del citado artículo 1.277 conduce a una solución más justa, que permite el resarcimiento de los llamados mayores daños derivados del retardo en cumplir obligaciones dinerarias. La norma del mencionado artículo está orientada por una sola idea: la de servir de reparación del solo perjuicio causado por la privación del goce del dinero que el acreedor no ha recibido a tiempo. Y aun este objetivo no se alcanza a lograr: en la práctica es tan inverosímil que el daño efectivamente sufrido por el acreedor sea inferior a la tasa del interés legal, como que, en los hechos, éste sea suficiente para resarcirlo del mismo daño. Por esto no parece en absoluto repugnante a la lógica, ni al derecho, que aquella liquidación, que según la ya aludida opinión tradicional constituye a la par un mínimo y un máximo de la indemnización posible, sea considerada sólo como un mínimo de la reparación a que puede tener derecho el acreedor, a quien en vista de la obtención de ese mínimo valor debido la ley lo releva de la carga de probar que ha sufrido efectivamente algún daño. Y es que como con gran tino y oportunidad ha sido observado, “si se admite que el interés legal de mora es el precio del uso del dinero, se debería lógicamente admitir que el acreedor probara que existen otros daños, además de los comprendidos en el interés legal”, y que, en coherencia con el señalado punto de partida, la tasa del interés legal no representa un máximo insuperable.

Analizado, pues, con amplio criterio lo relativo al daño que posiblemente se derive de la falta de pago oportuno de una obligación pecuniaria, se podrán distinguir allí dos distintos aspectos: el acreedor sufre, por una parte, el que ha sido justamente calificado como un perjuicio abstracto y constante, ya que no ha podido volver a colocar los fondos a interés inmediatamente: este perjuicio es reparado, de una vez por todas, por los intereses legales; pero puede, además, sufrir un perjuicio concreto y variable, por no haber podido aplicar los fondos, en el momento deseado, para un uso determinado. La indemnización pautada en el artículo 1.277 del Código Civil cubrirá entonces el aludido o perjuicio abstracto y constante el cual los antiguos prácticos designaban con la expresión “daños comunes”, cuya ocurrencia presume la ley y en relación a los cuales releva el acreedor de la carga de producir prueba alguna; el “perjuicio concreto

y variable” (“daños propios”, en la terminología antigua) no habrá de ser resarcido sino a condición de que el acreedor lo pruebe, tanto en su existencia como en su cuantía, como daño cierto, directo y previsible, según las reglas generales de la responsabilidad civil contractual.

En el orden de ideas propuesto, el adverbio “siempre” que utiliza el artículo 1.277 del Código Civil habrá de ser entendido, no como significativo de la exclusión de una reparación ulterior, como lo hacen los partidarios de la tesis tradicional negadora de la resarcibilidad de los mayores daños, sino como expresivo de que en todo caso la mora del deudor en pagar su obligación pecuniaria acarrea para él un deber de reparar conforme al mínimo legal pautado, sin descartar que la reparación debida pueda llegar a ser mayor, como típica obligación de valor no sujeta al principio nominalista, si el acreedor prueba haber sufrido un daño concreto y resarcible, mayor que el legalmente presunto.

Ahora bien, si la idea de admitir la posibilidad del resarcimiento de los mayores daños derivados del retardo en pagar obligaciones de dinero es objeto de rechazo por la mayoría, o es de dudosa admisibilidad según otros, tratándose de relaciones de carácter civil, no debe en cambio dar lugar a vacilaciones la idea de que la regla de la liquidación legal única y excluyente que de acuerdo con la opinión tradicional estaría consagrada en el artículo 1.277 del Código Civil, resulta inaceptable al referirla a relaciones jurídicas de carácter mercantil.

En efecto, el artículo 1.277 del Código Civil, inmediatamente después de establecer la señalada regla, deja a salvo disposiciones especiales, y entre éstas se encuentran las del Código de Comercio, en virtud de la especialidad que éstas representan respecto de la legislación civil.

Entre tales disposiciones especiales se halla la varias veces citada norma del artículo 108 del Código de Comercio, conforme a la cual, “Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquida y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual”. Sería erróneo interpretar que esta norma establece, simplemente, cuál es el interés legal moratorio en materia mercantil, por contraste con el interés legal moratorio, del tres por ciento (3%) anual, que rige en materia civil por la aplicación concatenada de los artículos 1.277, 1er. párr., y 1.746, 2º aparte, del Código Civil.

Los intereses que contempla el artículo 108 del Código de Comercio no han de deberse necesariamente como devengados por obligaciones pecuniarias mercantiles, a título de reparación del daño derivado del retardo culposo en pagarlas. Ni la letra ni el espíritu de tal artículo permiten referir la norma que él contiene a la sola hipótesis de la mora, ni en consecuencia puede tampoco entenderse que el mismo artículo representa una mera aplicación del principio **“dies interpellat pro homine”** consagrado en materia de mora por el artículo 1.269 del Código Civil, puesto que, como observa la doctrina, un crédito mercantil líquido y exigible puede no estar vencido aún (como, por ejemplo, el correspondiente a un mutuo o a un depósito restituible a simple requerimiento del acreedor) ni por ende estar en mora de pagarlo su deudor, y sin embargo ese crédito devenga intereses conforme a la norma del artículo 108 del Código de Comercio.

La idea básica en la cual se inspira este artículo es otra: la de la normal productividad del dinero, con independencia de la mora, idea esta que Bolaffio, al referirse a la norma similar a la de nuestro artículo 108 del Código de Comercio, contenida en el artículo 41 del Código de Comercio italiano derogado, y señalar la diferencia entre los intereses moratorios y los contemplados en este último artículo (“intereses correspectivos” o “proporcionales”), expuso así: “El interés moratorio es la liquidación del daño que -normalmente y sin necesidad de justificación- se considera sufrido por el acreedor como consecuencia del retardo culpable del deudor... El **interés proporcional**... corre, en cambio, sobre toda deuda comercial líquida y exigible: esto es, determinada e incontrovertida, exigible, esto es, tal que el acreedor podría pedir legalmente su pago. Y lo calificamos **interés proporcional** porque, considerándose que el deudor por operación comercial se aproveche del dinero debido, atendida la fecundidad económica potencial del capital monetario, se reconoce legítimo el que corra el interés legal sobre el mismo como compensación, como lo correspondiente proporcionalmente, al uso de aquella fecundidad que, en los negocios comerciales, se considera efectiva, con presunción absoluta, o como dice algún otro, como ficción legal o presupuesto absoluto de ley. Si el deudor quiere liberarse de la carga de este interés, debe destruir la presunción legal o ficción de que él continúe disponiendo del capital monetario que debe, y esto lo hace depositando la suma en juicio... Así, pues, ... los comercialistas fundan la legitimidad del interés proporcional sobre la fecundidad económica del dinero que, atendida su potencia de

adquisición de cada bien, se presume de un modo absoluto fructífero estando en poder de quien tiene una deuda comercial y proroga su satisfacción con la tolerancia del acreedor...” (Bolaffio, L., “de las obligaciones comerciales en general”, en **Derecho Comercial** por Bolaffio, Rocco y Vivante, tomo III, volumen III, Buenos Aires, 1947, pp. 187, 188 y 189). A esta exposición acotaba Ascarelli que el fundamento de la señalada norma no podía hacerse reposar solamente en la natural fructuosidad del dinero, sino también en la imposibilidad del deudor de gozar de él gratuitamente y, por tanto, en una presunción de onerosidad de las obligaciones mercantiles de dinero. “Ahora, esta presunción, dada la importancia central de las obligaciones de dinero y la confirmación que ella recibe en otras disposiciones, puede justamente ponerse como fundamento de un principio general del Derecho Comercial, principio conforme con el espíritu capitalista del cual el Derecho Mercantil es la más característica expresión jurídica” (Ascarelli T., “Limiti di applicabilita dell’ art. 1.231 Cod. civ.” en **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, volumen XXVIII, primera parte, Milán, 1930, p. 390).

Por tanto, sí se admite -y no hay autor que no lo haga- que la norma del artículo 108 del Código de Comercio no está exclusivamente dirigida a establecer cuáles son los intereses de mora en materia mercantil, sino que lo que establece es el interés que en esa materia devenga toda obligación pecuniaria líquida y exigible -independientemente de que el deudor esté o no en mora de pagarla- la consecuencia inmediata es ésta: la de que si se sostiene -en contra de la opinión que este Tribunal Arbitral estima la correcta- la irresarcibilidad del daño ulterior derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias, habrá sin embargo que convenir en que el artículo 1.277 1er. párrafo del Código Civil, y el artículo 108 del Código de Comercio, son incompatibles entre sí.

En efecto, lo contrario conduciría al absurdo de someter al mismo trato al deudor moroso y al deudor no moroso de obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil, uno y otro se encontrarían obligados a pagar intereses a la tasa corriente en el mercado, sin exceder del doce por ciento anual, y al tratar de sostener que la norma comentada contiene una liquidación que representa el máximo de la indemnización que debería pagar el deudor en mora, se llegaría a la ilógica conclusión de que ésta no acarrearía para el que hubiere incurrido en ella ninguna consecuencia distinta de la obligación de pagar aquellos intereses, consecuencia esta derivada, no de su retardo culposo en pagar, sino

de la sola circunstancia, constitutiva del supuesto de hecho del artículo 108 del Código de Comercio, de ser deudor de una suma de dinero líquida y exigible. La mora en pagar obligaciones pecuniarias mercantiles vendría a quedar así exenta de sanción y los daños derivados de la misma se harían irresarcibles, lo cual estaría en contraste con todo el sistema del derecho de las obligaciones, en el cual la mora del deudor tiene una importancia fundamental.

La fuerza contundente del anterior argumento ha de conducir -en rigor de lógica- a que, como ha quedado dicho, aun los partidarios de la interpretación de que el artículo 1.277 del Código Civil niega la posibilidad legal de la reparación del llamado daño mayor o daño ulterior, convengan en que el artículo 108 del Código de Comercio no expresa sanción alguna para el deudor moroso, ni prejuzga sobre la reparación de los daños derivados del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias. El artículo 108 del Código de Comercio descarta, sí, cualquier posibilidad de aplicar en materia de obligaciones mercantiles la idea de la liquidación legal de la indemnización debida por el deudor moroso, fijándola, como un máximo de lo debido a título de resarcimiento, en el interés legal, y conduce a la inevitable y lógica consecuencia de que la sanción del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias mercantiles haya que extraerla de las normas generales sobre la responsabilidad contractual, establecidas en disposiciones del Código Civil plenamente aplicables en materia mercantil por no ser incompatibles con ésta las normas del Código Civil sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil).

El principio fundamental establecido en estas normas es el de la integridad del resarcimiento, en el sentido de que la suma pecuniaria que debe el deudor al acreedor para restablecer el patrimonio alterado por el acto dañoso debe ser exactamente proporcionada a la medida del correspondiente daño. En lo que concierne a la responsabilidad contractual (la derivada del incumplimiento de una obligación en sentido propio) el artículo 1.264 del Código Civil dispone categóricamente que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, y de seguida se refiere a la responsabilidad civil consiguiente al incumplimiento dañoso, al declarar que el deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención, lo cual reafirma el artículo 1.271 del mismo Código al preceptuar que “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en

la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”. En virtud del principio de la integridad del resarcimiento, la responsabilidad del deudor ha de extenderse tanto al daño patrimonial como al extrapatrimonial, tanto al daño actual como al futuro, siempre que sean ciertos, tanto a la pérdida sufrida (daño emergente) como a la ganancia frustrada (lucro cesante) (artículo 1.273 del Código Civil), a condición de que los daños hayan sido previstos o fueren previsibles, cuando el incumplimiento no haya sido doloso (artículo 1.274 del Código Civil), y ellos sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1.275 del Código Civil).

Pues bien, el artículo 1.277 consagra una regla de responsabilidad civil referida exclusivamente, no a las “deudas de valor” (entendiendo por tales las que tienen por objeto un valor distinto del dinero de curso legal en un determinado Estado), sino a las “deudas de valuta”, a las que tienen por objeto una “cantidad de dinero”, según la expresión de la ley, al que por tal se tiene conforme a las disposiciones monetarias del Estado venezolano y que constituye el objeto de las obligaciones precisamente llamadas pecuniarias. El mismo artículo contiene una regla de liquidación de un daño moratorio, determinado con relación a un cierto porcentaje de la cantidad debida: el del interés legal, se trata así de una liquidación fija, inspirada en el principio nominalista de acuerdo con el cual ha de pagarse la cantidad originalmente debida, con independencia de que el poder adquisitivo correspondiente a esa cantidad de dinero sea el mismo o sea inferior o superior al que tenía para el momento del nacimiento de la deuda. Esa regla de liquidación fija es la que resulta de toda evidencia inaceptable al pretender referirla a obligaciones mercantiles, de acuerdo con la idea en la cual se inspira el artículo 108 del Código de Comercio.

En congruencia con lo que se viene exponiendo y con la circunstancia de que las relaciones derivadas de los contratos de obra celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” bajo los Nos. 548/78 y 647/81, cuya ejecución ha dado lugar a la controversia que a este Tribunal Arbitral le toca decidir, son relaciones jurídicas de carácter mercantil, en lo que a éstas concierne la regla de reparación de los daños derivados de la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias de “CADAFE” para con “EL CONSORCIO” ha de ser, por aplicación del artículo 108 del Código de Comercio y de los artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil, la del resarcimiento integral de los daños moratorios. En efecto

“CADAFE” es una sociedad constituida según documento inscrito en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito federal y Estado Miranda, el 27 de octubre de 1958, bajo el N° 20, tomo 33-A. Como sociedad anónima no dedicada -como se constatará dentro de poco- a la explotación agrícola o pecuaria, tiene carácter mercantil, según lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 200 del Código de Comercio, y la condición de comerciante según lo dispuesto en el artículo 10 del mismo Código. Su objeto, como reza la cláusula segunda de su documento constitutivo-estatutario, es “la generación, transmisión, distribución y venta de energía eléctrica, a los fines de cumplir con las exigencias del proceso de desarrollo eléctrico en el país. En consecuencia, la Compañía podrá desarrollar cualquier otra actividad originada, dependiente o conexas con el objeto mencionado”. Ahora bien, según el artículo 2°, ord. 6°, del Código de Comercio, son actos objetivos de comercio “Las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como las de producción y utilización de fuerza eléctrica”. Por esto, tanto por su forma de sociedad anónima, como por la naturaleza objetiva de los actos a que está dedicada, “CADAFE” es comerciante y sus actos son mercantiles, por lo cual una y otros se encuentran regidos por el Código de Comercio (v. artículos 1° y 200, 3er. párrafo, de este Código).

Por su parte, “EL CONSORCIO” está constituido igualmente por sociedades anónimas que como tales tienen, conforme al segundo párrafo del artículo 200 del Código de Comercio, la naturaleza de compañías de carácter mercantil, y además la realización de las obras de construcción que ha constituido el objeto de los contratos de obra citados y la cual, según el original 5° del artículo 2° del Código de Comercio, constituye un acto objetivo de comercio, autoriza para afirmar que los contratos celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” se encuentran regidos por el Código de Comercio y las relaciones entre las partes están sometidas a la jurisdicción mercantil (argumento extraído de los artículos 1°, 2°, ord. 5°, 200, 1082 y 1090 del Código de Comercio). Así se declara.

b. Pasa, en consecuencia, el Tribunal Arbitral a referirse a cómo debe hacerse la determinación de los costos financieros en los cuales incurrió efectivamente “EL CONSORCIO” y que “CADAFE” debe reembolsarle de acuerdo con la reclamación a que refiere el Punto “b”.

A este respecto el Tribunal Arbitral constata, en primer término, que no es un hecho controvertido entre las partes el de que las obras contempladas en los

contratos Nos. 548/78 y 647/81, antes referidos, fueron terminadas por “EL CONSORCIO” y sus empresas contratistas y recibidas a su satisfacción por “CADAFE”, así se expresa con toda claridad en el segundo de los Considerandos del Compromiso Arbitral, transcrito anteriormente. Tampoco discute “CADAFE”, sino que por el contrario ha aceptado expresamente, que los retardos en que ella incurrió de acuerdo con lo indicado y argumentado por “EL CONSORCIO” en su reclamación del 30 de noviembre de 1987 y en la actualización efectuada al 30 de junio de 1989, son ciertos y verdaderos: así se dice en la parte “b” de la Cláusula Cuarta del Compromiso Arbitral.

A ello agrega el Tribunal que considera como un hecho obvio que, en realidad, y dado el retardo de “CADAFE” en el pago de las valuaciones, el financiamiento de las obras necesarias para dar ejecución a los contratos de obra celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” estuvo a cargo de este último, y que ese financiamiento implicó la inversión de ingentes cantidades de dinero cuya utilización comportó la necesidad de endeudarse y en consecuencia de pagar el costo financiero de este endeudamiento, contraído a favor (y por culpa) de otra persona, “CADAFE”, y es justo que ésta reembolse al “CONSORCIO” tales costos, a título de resarcimiento de los mayores daños que “CADAFE” le causó como consecuencia de sus injustificados retardos en pagar las valuaciones derivadas a su cargo de los contratos de obra. Entre las pruebas aportadas por “EL CONSORCIO”, y que de acuerdo con lo estipulado en los párrafos “d”, “e” y “f” de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral deben ser apreciadas como tales y “CADAFE” no ha controvertido, figuran fotocopias de una serie de pagarés bancarios y otras operaciones de financiamiento, así como comunicaciones entre “EL CONSORCIO” y sus entidades financieras acreedoras, todas las cuales constituyen indicios graves, precisos y concordantes de que efectivamente “EL CONSORCIO” hubo de endeudarse en la medida en que “CADAFE” no dio cumplimiento oportuno a las obligaciones que se derivaron en cada caso a cargo suyo de la ejecución de los referidos contratos de obra, y que tal endeudamiento se hizo con la finalidad de proveer a la continuación de la ejecución de los mismos contratos, ejecución que, a pesar de la mora de “CADAFE”, reconocida por ésta, no se interrumpió. El Tribunal Arbitral tiene, pues, por probada la realidad del endeudamiento en que hubo de incurrir “EL CONSORCIO” con el propósito expresado, mediante la utilización del crédito que pudo obtener en el mercado financiero institucional, por lo cual el Tribunal Arbitral considera justo, y así lo declara, que “EL CONSORCIO” reciba a título

de resarcimiento del daño representado por los costos financieros en que incurrió con motivo de la mora de “CADAFE”, en una medida igual al costo del endeudamiento bancario a corto plazo que se vio precisado a contratar. Es un hecho que el Tribunal Arbitral considera como notorio que, de acuerdo con la experiencia prevaleciente, el costo de ese endeudamiento a corto plazo comporta, además del pago de intereses, el de las comisiones y recargos correspondientes, todos los cuales suelen ser objeto de cobro por adelantado por parte del ente financiero, y cuya ponderación conforma lo que en la práctica de la actividad financiera se denomina la “tasa efectiva”, la cual se integra con todos los gastos y costos en que incurre el tomador del crédito. En congruencia con esto, los costos financieros en que efectivamente incurrió “EL CONSORCIO” por razón de la mora de “CADAFE” deben serle reembolsados por ésta a título de resarcimiento del mayor daño derivado de tal mora. Así se declara.

c. En cuanto concierne a la cuantificación de los gastos reales incurridos por “EL CONSORCIO” como consecuencia del retardo en el pago de valuaciones hasta la fecha a la cual se refiere el Punto “b” de la Reclamación (31 de enero de 1984), “EL CONSORCIO” ha seguido el método de establecer una cuenta corriente, la cual, según indica en la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I de la Reclamación, ha consistido en haber: “a) cargado a Cadafe a favor del Contratista los créditos contra Cadafe, resultantes de la aplicación de los contratos arriba nombrados, haciendo cada débito a Cadafe en la fecha en que, conforme a los contratos, debían haber sido pagados por Cadafe, b) abonado a favor de ‘CADAFE’ los pagos efectuados por ella en fecha en que fueron recibidos. c) aplicado mensualmente las tasas de interés del mercado bancario para la fecha correspondiente; y d) adicionado los gastos que por garantías y contragarantías el contratista hubo de soportar a los efectos de este financiamiento”. En su escrito de alegatos el representante de “EL CONSORCIO” señala a ese respecto que “Debemos aclarar a los señores árbitros, para evitar confusiones sobre el monto de nuestro pedimento, que el mismo es que se pague a mi representado la suma que, se establece en el Considerando Sexto del Compromiso Arbitral, en reclamación presentada a ‘CADAFE’ en fecha 30 de noviembre de 1987, y actualizado su monto al 30 de junio de 1989, según carta DIV/182/CCS/89 de fecha 11 de julio de 1989, en el cual se ha seguido el sistema de cuentas corrientes en la forma que aparece en el Tomo II, denominada “Cuenta Corriente de la reclamación por gastos y costos financieros” adicionada

por la actualización nombrada...”, a lo cual añade que “El sistema de cuenta corriente, usado para determinar el monto, se justifica por ser el único que efectivamente sirve para computar el daño mayor realmente sufrido por EL CONSORCIO y es el único que contablemente permite a las partes llevar sus cuentas al día una para con otra. Este método resulta por tanto el único y equitativo, pues todo otro método dejaría daños sin resarcir”.

El representante de “EL CONSORCIO” señala además que “Debemos igualmente aclararle a los señores árbitros que en el mencionado Resumen que se encuentra después de la página 21 del Tomo 1 nombrado, bajo los rubros de “Hipótesis 1” e “Hipótesis 2”, se encuentra hecho el cálculo de la deuda de CADAFE para con EL CONSORCIO sin aplicar el sistema de cuenta corriente y utilizando sólo el de cargos simples, indicando el monto que se adeudaba al “CONSORCIO” para el día en que “EL CONSORCIO” hizo reclamación a “CADAFE” al 30 de noviembre de 1987, en la Hipótesis 1 con intereses al 12% y en la Hipótesis 2 con los costos financieros nominales; igualmente en la actualización hecha el 30 de junio de 1989 se actualizaron también los montos de estas dos Hipótesis (Tomo v)”.

Por su parte, “CADAFE” en su escrito de alegatos ha rechazado, a los efectos de la determinación del reembolso reclamado de ella por “EL CONSORCIO” por concepto de costos financieros en que éste incurrió, el método de cálculo propio del contrato de cuenta corriente mercantil. “Mediante este procedimiento -señala ‘CADAFE’ - ‘EL CONSORCIO’ acredita en su favor a partir de la Valuación N° 1 (Anticipo) y sucesivamente para todas y cada una de las valuaciones, el monto de las mismas, con particularidad de que al final de cada mes, transcurrido como hubiere sido el plazo contractual para que ‘CADAFE’ cancelara dichas obligaciones sin haberlo efectuado procede al cálculo de intereses sobre el período debido y capitalización de los mismos. En la medida en que ‘CADAFE’ pagara en todo o en parte una valuación en particular, ‘EL CONSORCIO’ debita dicho monto al saldo por él calculado. De esta manera, artificioamente, la reclamante pretende darle un tratamiento de Cuenta Corriente a la forma de pago establecida en los contratos Nos. 548/78 y 647/81”. “CADAFE” niega, rechaza y contradice tal pretensión por inadmisibles, improcedentes y contrarias a derecho”, por considerar que “para la aplicación de la metodología formulada por el Consorcio es condición *sine qua non* que

entre las partes exista un contrato de cuenta corriente” definido de acuerdo con lo expresado por el artículo 503 del Código de Comercio. A continuación, en su escrito de alegatos “CADAFE” entra a analizar los elementos del contrato de cuenta corriente, para concluir que la metodología propia de éste resulta inaplicable en las relaciones entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO”: “En efecto, -dice- la presentación de las valuaciones por parte del Consorcio y el vencimiento del plazo para que “CADAFE” proceda a su cancelación, no constituye una transferencia en propiedad de sumas de dinero o valor algunos, ni entraña una obligación para “CADAFE” de acreditar su importe al “CONSORCIO”. Mucho menos está presente la intención de las partes de suspender la exigibilidad de las acreencias representadas en las mismas, muy por el contrario, el vencimiento del plazo estipulado en los contratos, faculta al Consorcio para reclamar su pago y efectuado como sea tal requerimiento hace generar intereses moratorios”. Y continúa: “Las valuaciones representan pagos a efectuar por “CADAFE” a los en rigor, cabe atribuirles el valor de anticipaciones del precio de la obra. Asimismo, las valuaciones adquieren relativa autonomía, pues se le reconoce al contratista su derecho a reclamar el pago separado de cada una en particular lo que les atribuye individualidad. Este aspecto es de especial relevancia pues uno de los efectos fundamentales de la cuenta corriente y del que son a modo de consecuencia los demás, es su individualidad, en el sentido que todos los créditos objeto de la cuenta se transforman en una masa indivisible que se contrapone al conjunto, también indivisible, de las deudas. Consecuencia de esta indivisibilidad es entre otras, que los créditos objeto de la cuenta corriente devienen inexigibles e indisponibles aisladamente en razón de que en este contrato las remesas son partes integrantes de un todo unitario e inescindible”, “Aplicando los conceptos emitidos en el caso de autos -prosigue “CADAFE”- resulta contradictoria la posición del “CONSORCIO” al pretender establecer una metodología de cuenta corriente para determinar el saldo deudor de “CADAFE”, cuando igualmente aspira al reconocimiento de los intereses moratorios producto del atraso en el pago de valuaciones de “CADAFE”, valuaciones estas que, además, fueron objeto de requerimientos de pago conforme a las disposiciones contractuales”. “En razón de todo lo expuesto rechazamos, por no tener fundamento legal, la pretensión del “CONSORCIO” de aplicar una metodología propia del contrato de Cuenta Corriente para el cálculo del saldo deudor a cargo de “CADAFE”, como consecuencia de la ejecución de los Contratos Nos. 548/78 y 647/81, y así solicitamos sea decidido por ese Tribunal”.

En vista de todo lo anterior, El Tribunal Arbitral para decidir observa:

No cree este Tribunal que exista entre las partes controversia en cuanto a que haya existido o no entre ambas un contrato de cuenta corriente. No lo ha pretendido “EL CONSORCIO”, ni ese contrato de cuenta corriente ha existido, por las razones aducidas por “CADAFE” para negar la existencia de tal contrato en las relaciones entre ella y “EL CONSORCIO”, razones que este Tribunal Arbitral considera correctas. Lo que está en juego es la determinación de si a pesar de la no existencia de dicho contrato de cuenta corriente es o no admisible aplicar la metodología de cargos y abonos que implica la ejecución de la cuenta corriente, en las relaciones entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” y a los fines de la justa determinación de los costos financieros en los cuales incurrió efectivamente “EL CONSORCIO” con motivo y como consecuencia de la mora de “CADAFE” en el pago de las correspondientes valuaciones. El Tribunal Arbitral encuentra que es perfectamente compatible con la circunstancia de que entre las partes no haya existido el contrato de cuenta corriente regulado en los artículos 503 a 520 del Código de Comercio, la aplicación del método o procedimiento contable de la cuenta corriente, mediante la sucesiva y sistemática anotación de cargos a favor o en contra de una u otra parte, con añadidura del cómputo de los correspondientes intereses, como medio apto para conocer en cada momento el estado de cuenta de las relaciones entre las mismas partes. Sin embargo, este Tribunal ha podido constatar, al examinar los cálculos presentados por “EL CONSORCIO”, que éste ha procedido sistemáticamente a hacer los cálculos de sus costos mediante una capitalización de intereses no autorizada en sus contratos con “CADAFE”, por períodos incluso hasta más cortos que un mes, lo cual tampoco autoriza la ley, ni siquiera cuando en la realidad media entre las partes un contrato de cuenta corriente, pues en tal caso se permite la capitalización de intereses, pero sólo mediante pacto expreso y por períodos “que no bajen de seis meses”, según dispone el artículo 518 del Código de Comercio. Por tales razones, este Tribunal Arbitral desecha la capitalización de intereses aplicada por “EL CONSORCIO” para calcular los costos financieros de referencia, y se atiene, en cuanto a la determinación de tales costos, a los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables designada para efectuar la cuantificación de los costos financieros de acuerdo con las indicaciones hechas por este Tribunal Arbitral, y de acuerdo con lo cual “CADAFE” debe pagar al “CONSORCIO” conforme a lo decidido al resolver sobre el Punto “b” de la Reclamación la cantidad de DIECINUEVE MILLONES

NOVECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 19.960.986,00). Así se declara.

III

Punto “c” de la Reclamación

1. Mediante el Punto “c” de la Reclamación las partes han solicitado a los árbitros que resuelvan sobre:

“c) Si “CADAFE” debe a “EL CONSORCIO”, sobre el monto total de los créditos líquidos y exigibles al treinta y uno de enero de 1984, los correspondientes intereses a la tasa del 12% anual desde la citada fecha hasta la fecha de cancelación, tal como se detalla en el aparte A.1.2.1. de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 A.2. del Tomo V de “LA RECLAMACION”.

2. “EL CONSORCIO” pretende que se le deben tales intereses en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio, para lo cual pide que se tenga por reproducida la parte pertinente de la argumentación expuesta a propósito los Puntos “a” y “b” de la Reclamación. Esto significa que la pretensión de “EL CONSORCIO” es la de que se le deben los señalados intereses desde la fecha en que las valuaciones por obra ejecutada y por los anticipos convenidos debieron serle pagadas en cada caso.

3. “CADAFE”, por su parte, contradice esa pretensión por considerar que en los términos del convenio de fecha 31 de enero de 1984, suscrito entre ella y “EL CONSORCIO”, éste “renunció expresamente en favor de “CADAFE” a todos los derechos de crédito que poseía contra la empresa con motivo de las obras ejecutadas y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los contratos Nos. 548/78 y 647/81”, que “la renuncia a cobrar tales créditos se mantendría hasta que aconteciera el hecho convenido por las partes, esto es, el pronunciamiento del Ministro de Hacienda, y que, en consecuencia, “estando sometida la obligación a cargo de “CADAFE” a esta condición, obviamente los créditos existentes o que eventualmente pudieran surgir, no eran exigibles como imperativamente lo requiere el artículo 108 del Código de Comercio”. Añade “CADAFE” que a todo evento alega “que los intereses a que tenía derecho el reclamante deben ser calculados sobre el monto de cada valuación en

particular y la tasa aplicable sería la establecida en la Cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los Contratos Nos. 548/78 y 647/81, es decir, del 6% anual”.

4. La decisión sobre las opuestas pretensiones de las partes así planteadas impone la necesidad de que este Tribunal Arbitral fije posición respecto del sentido y el alcance de las estipulaciones pertinentes del citado contrato de 31 de enero de 1984, celebrado entre ambas partes, conforme a documento autenticado en aquella fecha en la Notaría Pública Tercera del Distrito Sucre del Estado Miranda, y anotado bajo el N° 434, Tomo 16 de los Libros de Autenticaciones respectivos.

Mediante tal contrato “EL CONSORCIO” declaró garantizar a “CADAFE” y a la República de Venezuela que la cantidad de US\$ 120.000.000,00 transferida por el Gotthard Bank a Global Transactions Ltd. y correspondiente a una operación de préstamo celebrada entre “CADAFE” y el Gotthard Bank fue íntegramente destinada a pagar deudas contraídas por “EL CONSORCIO” antes del 18 de febrero de 1983, con motivo de la ejecución de las obras del Desarrollo Uribante-Caparo. “En consecuencia, -se declaró en la cláusula primera del contrato- “EL CONSORCIO” se obliga a responder ante “CADAFE” por cualquier cantidad de dicha transferencia, respecto de la cual no pueda justificar que hubiese sido exclusivamente destinada al pago de la mencionada deuda externa de “EL CONSORCIO”. Las partes convinieron que la comprobación de esta circunstancia fuere hecha por el Ministerio de Hacienda, al cual “EL CONSORCIO” consignaría la documentación respectiva dentro de un lapso perentorio de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha del contrato.

Lo cierto es que el Ministerio de Hacienda rehusó el cumplimiento del encargo que “CADAFE” y “EL CONSORCIO” habían convenido en hacerle, por lo que las partes resolvieron en definitiva confiar dicho encargo a un Tribunal Arbitral que ellas mismas designaron y el cual, mediante Laudo de fecha 3 de abril de 1987, publicado el día 8 de ese mismo mes, declaró que efectivamente los fondos transferidos por el Gotthard Bank a la empresa Global Transactions Ltd., según lo expresado, fueron utilizados para pagar la deuda privada externa de “EL CONSORCIO” originada antes del 18 de febrero de 1983, con motivo de la ejecución de las obras del Desarrollo Uribante-Caparo.

Las divergencias entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” que han dado lugar a la controversia relativa al Punto “c” sobre el cual le toca pronunciarse a este Tribunal Arbitral, se derivan de las interpretaciones divergentes que una y otra hacen del contenido de la Cláusula Tercera del citado contrato de 31 de enero de 1984, la cual tenía el siguiente texto:

“TERCERO: Si el Consorcio, en el plazo antes expresado no justifica totalmente a satisfacción de los organismos competentes de la República, la adecuada utilización del pago realizado a la empresa GLOBAL TRANSACTIONS LTD con el préstamo contratado por “CADAFE”, “EL CONSORCIO” se obliga a restituir en US\$ dólares, en el primer día hábil siguiente al requerimiento que en tal sentido le sea efectuado por CADAFE por cualquier medio, la porción no justificada de dichas transferencias, con los correspondiente intereses devengados desde la fecha del desembolso. Igualmente, “EL CONSORCIO” renuncia expresamente a favor de “CADAFE”, a todos los derechos de crédito que posee contra esa empresa con motivo de obras ejecutadas y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los Contratos de obras citados, y autoriza a “CADAFE” para que aplique contra el monto de los referidos créditos, la compensación por la mencionada porción no justificada, para el caso de que “EL CONSORCIO” no efectúe la restitución a la cual se obliga dentro del lapso previsto para ello”.

A juicio de este Tribunal Arbitral, la recta interpretación de la transcrita cláusula es la que resulta de lo expuesto a continuación:

1° Mediante lo declarado en dicha Cláusula Tercera, “EL CONSORCIO” se obligó a pagar a la República de Venezuela o a “CADAFE”, dentro del plazo señalado en la misma, las sumas de dinero que en definitiva se comprobare no hubieren sido transferidas debidamente al Gotthard Bank ni destinadas, en consecuencia, a la correcta utilización que debía dárseles. Pero esta obligación de “EL CONSORCIO”, así como el crédito correlativo a la misma, no tenía el carácter de una obligación cierta, puesto que dependía del hecho eventual y por tanto incierto de que en definitiva se hiciera la comprobación a la cual quedó supeditada.

Pero el carácter incierto de esta llamada obligación “de garantía” que pudiera llegar a existir a cargo de “EL CONSORCIO” y a favor de “CADAFE” y la República de Venezuela no podía en cambio predicarse, sobre la base de la

transcrita cláusula, como transmitido a los créditos líquidos y exigibles derivados a cargo de “CADAFE” y a favor de “EL CONSORCIO” de la ejecución de los contratos de obra celebrados entre ambos. Por esto considera este Tribunal Arbitral que cuando “CADAFE” afirma que las obligaciones de ella para con “EL CONSORCIO” estaban supeditadas a una condición que las hacía inexigibles atribuye infundadamente el carácter incierto de la aludida obligación “de garantía” a los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, lo cual no se justifica a la luz del contrato de 31 de enero de 1984.

2° Sólo en el sentido impropio puede afirmarse que los créditos líquidos y exigibles de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, existentes para el 31 de enero de 1984, fueron dados en garantía por “EL CONSORCIO” a favor de “CADAFE”.

Esta afirmación (común a ambas partes) sugiere la idea de que mediante el contrato hubiera sido constituida una garantía real que por recaer sobre bienes muebles, como lo eran los créditos existentes de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, tendría la naturaleza de una garantía prendaria (y más precisamente, de una prenda de créditos). Para descartarlo basta pensar que ninguna garantía en sentido propio representa para un acreedor (en el caso “CADAFE”) el que su deudor (“EL CONSORCIO”) declare asegurarle el cumplimiento de una cierta obligación mediante la constitución de un gravamen que se diga recayente sobre un crédito existente a favor del dador y a cargo del tomador de la pretendida garantía; en tal caso la ejecución de la sedicente garantía sería ilusoria para el acreedor, porque al recaer ésta sobre un crédito que no podría ser hecho valer por él sino contra sí mismo, la ejecución resultaría absurda: nadie puede trabar ejecución contra sí mismo.

Por esto la garantía constituida en virtud de las estipulaciones expresadas en la Cláusula Tercera del contrato de 31 de enero de 1984, no podría ser otra que la garantía impropia correspondiente a la figura de la compensación. En efecto, a juicio de este Tribunal Arbitral fue a esta figura la compensación y no a otra figura la garantía o renuncia propiamente dichas a la que entendieron referirse las partes cuando mediante un redacción no apropiada desde el punto de vista jurídico (ni aun desde el punto de vista del tiempo verbal utilizado), hablaron de una “renuncia” de “EL CONSORCIO” a favor de “CADAFE”, a todos los derechos de crédito del primero contra la segunda nacidos con motivo de obras “ejecutadas y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los

contratos de obra citados”. Esa renuncia no era tal: lo que se entendió decir fue que si llegaba a realizarse la hipótesis a la cual se referían las palabras iniciales de la misma cláusula (“si EL CONSORCIO, en el plazo antes expresado no justifica totalmente..., etc., etc.), y solamente en esa hipótesis de realización incierta, “EL CONSORCIO” perdería el derecho a hacer efectivos sus derechos de crédito contra “CADAFE”, pero no por efecto de una renuncia, o de la ejecución de una garantía, sino por efecto de una compensación, también eventual, y en la cual “EL CONSORCIO” convino al declarar en la misma cláusula que en ese evento “CADAFE” quedaría autorizada “para que aplique contra el monto de los referidos créditos (los de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”), la compensación por la mencionada porción no justificada (la correspondiente a la eventual obligación “de garantía”), para el caso de que “EL CONSORCIO” no efectúe la restitución a la cual se obliga dentro del plazo previsto para ello”.

Queda así claro que, mediante esto, lo que las partes hicieron fue regular una posible compensación convencional entre ellas, compensación meramente eventual, puesto que siendo ciertos los créditos de una de las partes contra la otra (los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”), era incierto el eventual crédito de ésta contra aquélla. También en este sentido se explica que en virtud de la misma “renuncia” “CADAFE” hubiera de retener el pago de sus obligaciones líquidas y exigibles a favor de “EL CONSORCIO”, puesto que, como es obvio, si hubiera procedido inmediatamente al pago de estas obligaciones, la eventual compensación se habría hecho práctica y jurídicamente imposible: la compensación tiene sentido y constituye una garantía **impropia** de pago en tanto y en cuanto el deudor de una cierta obligación se abstenga de pagarla frente a su acreedor que resulte ser al mismo tiempo su deudor, de modo que lo que el primero deje de percibir como acreedor resulte neutralizado por lo que deje de pagar como deudor de su contraparte, por eso es que en doctrina se afirma que la compensación constituye una garantía (**impropia**) de pago, porque el acreedor que compensa su crédito con su deuda hace cierto y seguro que recibe “un pago”, aunque también en sentido impropio, puesto que “la naturaleza de la compensación” no es la de un doble pago: así, en caso de insolvencia de su deudor evita el tener que concurrir con otros acreedores de este último.

3° Queda en consecuencia por dilucidar cuál habrá sido el efecto que haya tenido la estipulación del referido contrato de 31 de enero de 1984, y

particularmente el contenido de la Cláusula Tercera del mismo, respecto de la situación de mora de “CADAFE” y de los intereses de los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE” con arreglo al artículo 108 del Código de Comercio.

Respecto del primer punto, a juicio de este Tribunal Arbitral, la estipulación de la referida cláusula tercera constituyó una situación de purga de la mora de “CADAFE” durante el tiempo transcurrido desde el 31 de enero de 1984 hasta el tiempo en que en virtud del pronunciamiento contenido en el laudo publicado el 8 de abril de 1987, fue disipada la incertidumbre sobre la correcta o incorrecta utilización de los fondos del préstamo de US\$ 120.000.000,00 al cual se refirió el propio contrato, y en consecuencia, se hizo cierto que la hasta ese momento eventual obligación “de garantía” de “EL CONSORCIO” a favor de “CADAFE” y de la República de Venezuela no nacería nunca. La purga de la mora de la cual hablamos se derivó inequívocamente de la voluntad, expresada por “EL CONSORCIO”, de que durante el tiempo que (de acuerdo con lo convenido entre las partes) fuere necesario para llegar a disipar la aludida incertidumbre “CADAFE” se abstuviera legítimamente de pagar los créditos ciertos, líquidos y exigibles de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”: en esta situación resultaría contradictorio decir que el consentimiento del acreedor, de que su deudor no le pagara estos créditos, pudiera interpretarse como compatible con la afirmación de que subsistía la mora del deudor, puesto que ésta sólo puede existir como el retardo culposo del deudor en pagar sus propias obligaciones contra la voluntad del acreedor.

En cambio, otra debe ser la consecuencia que el aludido contrato produjo respecto de la aplicabilidad del artículo 108 del Código de Comercio durante el tiempo de exclusión de la mora de “CADAFE”. En efecto, como dejó antes expresado este Tribunal Arbitral, los previstos en dicho artículo 108 no son intereses moratorios, sino, como ha dado en llamarlos la doctrina, intereses “correspectivos” o “proporcionales”, inspirados en la idea de la ingénica productividad o fructuosidad del dinero en materia mercantil. Se ha dicho que la estipulación del contrato de 31 de enero de 1984 no pudo tener por efecto el transformar los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, de créditos ciertos en créditos condicionales, y por la misma razón de que tal contrato no ha podido influir sobre la naturaleza de dichos créditos, descarta este Tribunal Arbitral que por efecto de tal contrato esos créditos hayan dejado de tener las

características de liquidez y de exigibilidad (a la luz del artículo 108 del Código de Comercio) que tenían para la fecha de celebración del negocio. La facultad que contractualmente se atribuyó a “CADAFE”, de retener los pagos que hubiera normalmente debido hacer a “EL CONSORCIO” para satisfacer esos créditos, no se explica, según ha quedado razonado, sino a título de presupuesto lógico y jurídico necesario para que la eventual compensación de créditos de cada una de las partes frente a la otra, contemplada en la Cláusula Tercera del Contrato, fuera posible, llegado el caso. Dicho en otros términos, la estipulación del contrato de 31 de enero de 1984 no pudo tener por efecto el eliminar la productividad de intereses característica de los créditos mercantiles líquidos y exigibles, de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, existentes para el 31 de enero de 1984, productividad que con presunción absoluta establece la citada disposición del mencionado Código. Sostener lo contrario implicaría el sostener que “EL CONSORCIO” convino en inferirse así mismo el daño patrimonial derivado de la natural productividad de intereses inherente a sus créditos contra “CADAFE” cuando lo cierto, es que la razón por la cual “EL CONSORCIO” autorizó a “CADAFE” para retener el pago de esos créditos no fue ciertamente la de convertirlos de exigibles en inexigibles, sino la de hacer posible una eventual compensación convencional entre ambas partes, estipulada ciertamente en interés de uno y otra, como lo es característico de toda compensación, que funciona a la vez en favor y en contra de cada una de las partes entre las cuales opera.

Por las razones expuestas considera este Tribunal que la estipulación del contrato de 31 de enero de 1984 no pudo tener por efecto el privar a “EL CONSORCIO” de su derecho a los intereses legales sobre los créditos existentes a su favor, conforme al artículo 108 del Código de Comercio. Estos intereses continuaron corriendo a favor de “EL CONSORCIO” sobre dichos créditos desde la fecha en que de acuerdo con lo decidido al resolver sobre el Punto “a” de la Reclamación, se estableció que esos intereses comenzaron a correr, es decir, al vencimiento del segundo plazo de 60 días contemplado en la Cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los contratos de obra celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” en lo que respecta a las valuaciones de obra ejecutada, y a partir de la fecha en que se hicieron exigibles según los mismos contratos de obra en cuanto respecta a las valuaciones correspondientes a anticipos. Así se declara.

5. En consecuencia de todo lo anterior y visto el informe presentado a su requerimiento por la Comisión de Expertos Contables, el Tribunal Arbitral fija en la cantidad de CIENTO CUARENTA OCHO MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 148.088.466,00) el monto que debe ser pagado por “CADAFE” al “CONSORCIO” conforme a lo decidido respecto del Punto “c” de la Reclamación.

IV

Punto “d” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “d”, que resuelvan:

“d) Si los créditos líquidos y exigibles a que se refiere el literal c) anterior deben incluir los intereses devengados y no pagados hasta esa fecha, tal como se detalla en el aparte A.1.2.1 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 y A.2 del Tomo V de “LA RECLAMACION”.

2. La pretensión de “EL CONSORCIO” a este respecto implicaría, como el texto que acaba de transcribirse lo da a entender con claridad, la capitalización de los intereses devengados por los créditos de capital contra “CADAFE”, derivados de los contratos de obra celebrados entre ambas partes. “CADAFE” rechaza dicha pretensión y señala en su escrito de alegatos que “el anatocismo, es decir, el cobro de intereses sobre intereses vencidos, o sea, la capitalización de intereses como lo formula “EL CONSORCIO” en sus cálculos, sólo es procedente mediante acuerdo entre las partes, que en el presente caso no lo ha sido. No se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital”.

3. El Tribunal Arbitral observa que de acuerdo con la que considera la recta interpretación del citado convenio de 31 de enero de 1984, anteriormente expuesta para resolver sobre el Punto “c” de la Reclamación, dicho convenio no tuvo por efecto el cambiar la naturaleza ni las características jurídicas fundamentales de los créditos de los cuales era “EL CONSORCIO” titular frente a “CADAFE” para aquella fecha. Tampoco se encuentra en dicho contrato ninguna estipulación expresa o implícita de las partes de la cual pueda deducirse que estuvo en la voluntad de éstas el convenir una capitalización de

los intereses devengados hasta la fecha del contrato. En consecuencia, este Tribunal no encuentra razones de orden jurídico para concluir, sino que por el contrario rechaza, que entre los créditos líquidos y exigibles a que se refiere el Punto “c” de la Reclamación deban incluirse los intereses devengados y no pagados sobre los créditos de capital de “EL CONSORCIO” contra “CADAPE” existentes para el 31 de enero de 1984. Así se declara.

V

Punto “e” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “e” que resuelvan:

“e) Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’, lo correspondiente a intereses calculados a la tasa del 12% anual, sobre el monto de cada una de las valuaciones relacionadas desde el treinta y uno de enero de 1984 hasta la fecha de su respectiva cancelación, tal como se detalla en el aparte A.1.2.2. de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 y A.2 del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”.

2. A este respecto “EL CONSORCIO” sostiene que “después de la firma del convenio de 31 de enero de 1984 continuó ejecutando los contratos de obra suscritos con “CADAPE” y generando las correspondientes VALUACIONES de obra”, las cuales “nunca fueron canceladas por CADAPE, a pesar de haber sido reclamadas oportunamente”, por lo cual afirma que “el monto de esas valuaciones constituyen créditos líquidos y exigibles a cargo de CADAPE, y por lo tanto generan intereses al doce por ciento (12%) anual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio...”. “CADAPE”, por su parte, lo niega, al alegar que “Mientras no se produjere el pronunciamiento acerca de los hechos que las partes sometieron a consideración del Ministerio de Hacienda, los derechos de crédito de “EL CONSORCIO” derivados de la ejecución de los contratos eran inexigibles y por lo tanto, no productivos de intereses. En todo caso, de ser estos procedentes la tasa a aplicar sería del 6% anual”.

3. El Tribunal Arbitral para decidir observa:

a. Al resolver sobre el Punto “c” de la Reclamación este Tribunal ha dejado expuesto su concepto de que por efecto de lo estipulado en el citado contrato

de 31 de enero de 1984 quedó excluida la mora de “CADAPE” durante el tiempo comprendido entre dicha fecha y el 8 de abril de 1987, pero también este Tribunal ha afirmado que dicho convenio no pudo tener por efecto el determinar que los créditos de capital de los cuales era titular “EL CONSORCIO” para el mismo día 31 de enero de 1984, como créditos líquidos y exigibles, dejaran de producir intereses legales correspondientes en lo porvenir. Así lo reitera ahora este Tribunal, y declara, en consecuencia, que tales intereses correspondientes, calculados a la tasa del 12% anual sobre el monto de cada una de las valuaciones representativas de créditos de capital líquidos y exigibles para el 31 de enero de 1984, continuaron devengándose sobre tales montos de capital a partir del vencimiento del segundo lapso de sesenta (60) días contemplado en la cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los contratos 548/78 y 647/81 celebrados entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO”.

b. Anteriormente este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de no considerar procedente la interpretación sostenida por “CADAPE” sobre que los intereses moratorios que devengaren los créditos de capital de “EL CONSORCIO” contra “CADAPE” hubieran de ser calculados a la tasa del 6% anual. Así lo reitera este Tribunal Arbitral.

c. En consecuencia de todo lo anterior y visto el informe presentado a su requerimiento por la Comisión de Expertos Contables, el Tribunal Arbitral fija en la cantidad de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE BOLIVARES (Bs. 85.784.929,00) el monto que debe ser pagado por “CADAPE” al “CONSORCIO” conforme a lo decidido respecto del Punto “c” de la Reclamación.

IV

Punto “f” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “f”, que resuelvan:

“f) Si como resultado del convenio del treinta y uno de enero de 1984, y como suplemento de la suma resultante de los literales c), d) y e) anteriores ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ la diferencia entre la citada tasa del 12% anual y el costo financiero soportado por ‘EL CONSORCIO’ por su endeudamiento a fin de continuar los trabajos contractuales, todo a título

de indemnización por los mayores daños causados por la excesiva prolongación de la vigencia del convenio, la cual verosíblemente, las partes, en el momento de la suscripción, no pudieron considerar tan larga, es decir, que a la luz de los términos del convenio solamente podían razonablemente encontrar legítima causa para ser soportados por “EL CONSORCIO” hasta finales del mes de abril de 1984, tal como se detalla en el aparte A.1.2.3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los capítulos A.1 y A.2 del tomo V de “LA RECLAMACION”.

2. Para justificar su pretensión de que “CADAFE” le pague la señalada diferencia a título de indemnización por mayores daños “EL CONSORCIO” alega: Que la negativa del Ministerio de Hacienda de rendir el dictamen contemplado en el mencionado convenio de 31 de enero de 1984 fue participada a “CADAFE” mediante oficio N° HCP-961, de 30 de abril de 1984 y que a pesar de las continuas conversaciones y acercamientos entre ella y “EL CONSORCIO” “CADAFE” no hizo del conocimiento de ésta la negativa del Ministerio de Hacienda sino hasta mucho más tarde, y a juicio de “EL CONSORCIO”, de parte de “CADAFE” constituye grave negligencia, “por no hablar de dolo, haber guardado dicho conocimiento para sí, sin participarlo a la otra parte y de esa manera mantener en suspenso los efectos normales de la ejecución de los contratos, en abierta violación de los derechos de “EL CONTRATISTA”, que durante el largo período de la incertidumbre, “CADAFE” convino en celebrar algunos acuerdos tendientes a mitigar los daños que ciertamente se derivaban para aquél como consecuencia de la indefinida situación, que durante el largo período transcurrido “EL CONSORCIO” continuó ejecutando los contratos para su conclusión definitiva y satisfactoria y se vio obligado por la falta de pago por parte de “CADAFE”, de las valuaciones de obra presentadas, a incurrir en grandes costos financieros que aspira ahora a ver resarcidos, que “esos mayores costos financieros corresponden a EL CONTRATISTA desde el momento mismo en que se otorgó el Convenio del 31 de enero de 1984, pues el objeto de este Convenio era dar una garantía a “CADAFE” por los resultados del dictamen en forma arbitral que se pedía al Ministerio de Hacienda, y es evidente que tal convenio aunque permitía a “CADAFE” no pagar el capital mientras se producía el dictamen, no la eximía de pagar intereses compensatorios. Efectivamente no se producen intereses moratorios, pero sí los compensatorios, esto es aquellos intereses que representan el daño que se ocasionaba a EL CONTRATISTA, de lo

contrario “CADAPE” tendría un enriquecimiento injusto a costa de EL CONTRATISTA, que sólo si “EL CONSORCIO” no hubiese cumplido con la compensación que se le exigía y que en definitiva había venido a resultar del Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987, “CADAPE” podría pretender “el no resarcimiento de los intereses compensatorios por el período que duró la solución planteada en dicho Convenio de 31 de enero de 1984”, que en todo caso esos mayores costos financieros “deben ser soportados por “CADAPE” a partir de la fecha en que las partes verosíblemente se plantearon en el Convenio del 31 de enero de 1984, para obtener la respuesta del Ministerio de Hacienda”, y que “en opinión de EL CONTRATISTA, ese plazo no debería ser superior a los noventa (90) días contados a partir de la fecha del Convenio, es decir, hasta finales del mes de abril de 1984”.

3. “CADAPE”, por su parte, alega que la prolongación de la vigencia de dicho Convenio de 31 de enero de 1984 “no se originó por ningún hecho atribuible a “CADAPE”, antes por el contrario, con el objeto de aliviar la carga financiera que imponía dicho convenio al “CONSORCIO”, “CADAPE” accedió a sustituir por fianza no solamente el monto de las valuaciones sino también las garantías reales sobre bienes muebles del “CONSORCIO”, que “el Contratista pretende exigir el pago de unos presuntos daños suplementarios o mayores que a su juicio tendrían su origen en una conducta o actitud cuando menos culposa de “CADAPE” que en nuestro criterio no halla asidero jurídico en el momento de las actuaciones de la Empresa según lo provisto en el citado convenio y en la normativa legal relativa a la responsabilidad civil”. y que “en el presente caso el daño que se dice sufrido por el Consorcio a partir del 31-01-84, es producto de la demora o falta de pronunciamiento del Ministerio de Hacienda de los hechos que las partes convinieron en someter a su consideración conforme a ello, si los perjuicios que afirma el Consorcio existieron, no obedecieron a un incumplimiento culposo de “CADAPE”, y por ende, no hay vínculo entre el supuesto hecho generador del daño y el daño mismo”, por lo cual “ante la eficacia plena de los elementos esenciales que dan lugar a la responsabilidad civil, es lógico concluir que “CADAPE” está exonerada de indemnizar al “CONSORCIO” por los conceptos reclamados”.

4. El Tribunal Arbitral para decidir observa:

1°. De los medios de prueba producidos por las partes y sometidos a la consideración de este Tribunal no consta que tal como lo dice “EL CONSORCIO”,

“CADAFE” haya en efecto incurrido en la grave negligencia (“por no hablar de dolo”) que le atribuye “EL CONSORCIO” al comportamiento que le imputa de haber guardado para sí el conocimiento de la respuesta del Ministro de Hacienda a la cual antes se ha hecho referencia.

Es oportuno observar a este respecto que por oficio N° HCP-961, de fecha 30 de abril de 1984, el Ministro de Hacienda manifestó al Presidente de “CADAFE” que “corresponde a las partes que suscribieron ese Convenio, establecer el alcance y el cumplimiento de las obligaciones asumidas y cualquier controversia que se suscite entre ellas deberá ser sometida a la autoridad judicial”. Esta afirmación, tomada aisladamente, pudo haber sido considerada como expresiva de la no disposición del funcionario de proceder, como titular de un organismo público al cual el mencionado Convenio de 31 de enero de 1984 no vinculaba, a examinar y rendir un dictamen sobre la documentación relativa a la deuda pública externa del “CONSORCIO” anterior al 18 de febrero de 1983, en los términos previstos en la Cláusula Segunda de dicho contrato. Sin embargo, a continuación de lo anterior, el propio Ministro de Hacienda expresó que “Como quiera que las copias presentadas (por “EL CONSORCIO”, añade este Tribunal Arbitral) se refieren al pago de obligaciones en moneda extranjera le sugiero que una vez analizadas, se dirija a la Oficina de Régimen de Cambios Diferenciales (RECADÍ), la cual podrá informarle acerca del registro de dichas obligaciones y su regularidad”, con lo cual el Ministro pareció no descartar que tal Oficina -que era una dependencia de su Ministerio- pudiera emitir sobre la referida documentación el dictamen que las partes del Contrato esperaban del Despacho de Hacienda. Dada esta ambigüedad, y como en el Convenio de 31 de enero de 1984 no se fijó término alguno dentro del cual, para los efectos del cumplimiento de la condición en él deducida, hubiera de producirse el dictamen del Ministerio de Hacienda, a la luz de lo expuesto en el mencionado oficio se hizo incierto si el citado Ministerio, por órgano de la Oficina de Régimen de Cambios Diferenciales (RECADÍ), llegaría o no a pronunciarse en el sentido deseado por las partes; estos hechos generaron una situación de incertidumbre que no vino a quedar disipada sino en virtud del Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987.

La misma incertidumbre suscitada por la ambigua respuesta del Ministerio de Hacienda determinó que, como se constató en el Laudo Arbitral últimamente citado, “En acatamiento a esta última recomendación (la de consultar a

RECADI) “CADAPE” mediante Oficio N° 20.000-08 de 19-06-84 se dirigió a RECADI, aunque de manera infructuosa, pues dicha Oficina rehusó pronunciarse al respecto, no obstante otros reclamos de “CADAPE” según oficios N° 23000-027 del 08-07-85 para que este último intercediera ante “RECADI”. Ciertamente que estas circunstancias no permiten afirmar que “CADAPE” haya incurrido en la grave negligencia que le atribuye “EL CONSORCIO”, y a este respecto el Tribunal Arbitral constata ahora la existencia, en otro lugar del Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987, de las afirmaciones que a continuación se transcriben: “La prolongación por más de tres (3) años de esta situación de incertidumbre, ciertamente no deseada por las partes que celebraron el Convenio de 31-01-84, como lo demuestra el término preclusivo de apenas treinta (30) días hábiles que en la cláusula Segunda se fijó al CONSORCIO para consignar ante el Ministerio de Hacienda, los recaudos con los cuales se postulaba que éste debía emitir su dictamen, condujo a que CADAPE y EL CONSORCIO celebraran algunos acuerdos tendientes a mitigar los daños que ciertamente se derivan para “EL CONSORCIO” y que de manera eventual debían llegar a producirse también para “CADAPE” como consecuencia de esta indefinición, ya que la negativa del Ministro de Hacienda a absolver el encargo recibido podía conducir, como se explicará más adelante, a que se considerase nulo, o al menos caducado, el referido Convenio de 31-01-84 e injustificadas en consecuencia las retenciones de valuaciones efectuadas por “CADAPE”.

Los mismos medios de prueba producidos por las partes no han permitido tampoco a este Tribunal obtener una conclusión segura sobre si dadas las relaciones entre las partes y la necesaria vinculación que hubo en la práctica entre “EL CONSORCIO” y el Ministerio de Hacienda por la circunstancia de que de acuerdo con el Convenio de 31 de enero de 1984 fue “EL CONSORCIO” quien se obligó a producir, y en efecto produjo ante este Ministerio, oportunamente, las pruebas que habrían debido servir al Despacho para emitir el dictamen que se le pedía, hubiera hecho factible o probable que “EL CONSORCIO” llegara a tener un conocimiento temprano de la renuencia del Ministro de Hacienda a emitir su dictamen, a pesar de que esta actitud del funcionario no hubiera sido comunicada por escrito sino a “CADAPE”. Las observaciones que pudiera hacer al respecto este Tribunal no pasarían de ser sino meras suposiciones o conjeturas que no podrían servir de base para emitir un pronunciamiento serio y seguro.

De todos modos, el Tribunal Arbitral considera que no podría afirmarse la existencia de una relación causal adecuada entre el comportamiento culposo imputado por “EL CONSORCIO” a “CADAFE” y la extensísima prolongación de la situación de incertidumbre a la cual el Convenio de 31 de enero de 1984 estaba dirigido a poner fin, puesto que, entre otras consideraciones que podrían ser formuladas, no parece razonable afirmar que la única fuente de información que tuviere disponible “EL CONSORCIO” para llegar a enterarse de la posición del Ministerio de Hacienda en referencia al dictamen que se le había pedido haya sido la misma “CADAFE”. Por esto considera este Tribunal que para resolver en términos jurídicos sobre las opuestas pretensiones de las partes referidas al transcrito punto “F” del Compromiso Arbitral, ha de atenderse necesariamente a los datos-objetivos de los cuales tiene un conocimiento cierto y preciso. Esto es lo que a continuación pasa a hacer.

2° Como estimaron los árbitros autores del referido Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987, la no aceptación del Ministerio de Hacienda de rendir el dictamen que “CADAFE” y “EL CONSORCIO” quisieron encomendarle planteó la duda de si de ello debería deducirse como una consecuencia necesaria la caducidad o extinción automática y radical de todos los otros compromisos que en el Convenio de 31 de enero de 1984 se habían vinculado al esperado comportamiento del Ministerio de Hacienda, o si se trataría tan sólo de subrogar a otra persona en el desempeño del cometido que tal convenio pretendió asignar a ese Ministerio. De todos modos, la señalada incertidumbre influyó, entre otros considerandos, como motivo que indujo a las partes a celebrar el compromiso arbitral de fecha 22 de diciembre de 1986, por el cual las partes confiaron a los árbitros que en tal compromiso designaron la función que quisieron otorgar al Ministerio de Hacienda mediante el señalado Convenio de 31 de enero de 1984.

Y es lo cierto que en los términos de ese compromiso arbitral las partes del Convenio de 31 de enero de 1984 no dejaron a éste sin efecto, como se evidencia del hecho de que según lo expresado en el párrafo “a” de la Cláusula Primera de dicho Compromiso, relativa al objeto de éste, las partes pidieron a los árbitros determinar si el convenio celebrado entre ellas el 31 de enero de 1984 “es un contrato válido y eficaz”, y, en el supuesto de que así lo declararan, los árbitros habrían de determinar si los fondos transferidos por el Gotthard Bank de Lugano a la empresa Global Transactions Ltd. fueron efectivamente

utilizados para pagar la deuda privada externa de “EL CONSORCIO” contraída antes del 18 de febrero de 1983 con motivo de la ejecución de las obras del Desarrollo Uribante-Caparo; y tal fue lo que hicieron los árbitros, quienes se pronunciaron porque el Convenio de 31 de enero de 1984 era un contrato válido y eficaz, y rindieron la verificación que se les encomendó. Esto permite afirmar que el Convenio de 31 de enero de 1984, como tal contrato válido y eficaz, produjo sus efectos obligatorios entre las partes, a pesar de la extraordinaria dilación que introdujo en esa ejecución el hecho de la renuencia del Ministerio de Hacienda a dar el dictamen que las partes quisieron encomendarle.

Ahora bien, entre los efectos que el Convenio de 31 de enero de 1984 produjo, figuraba señaladamente la atribución a “CADAFE” de la facultad de retener el pago de todos los derechos de crédito del “CONSORCIO” contra “CADAFE” con motivo de obras “ejecutada y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los Contratos de obras citados” y que, tal como ha quedado antes decidido, ello constituyó una verdadera purga de la mora en la cual “CADAFE” había incurrido en sus relaciones con “EL CONSORCIO”, exclusión esa de la mora que se prolongó hasta que mediante el laudo arbitral publicado el 8 de abril de 1987, los árbitros ordenaron a “CADAFE” pagar sus obligaciones pendientes a favor del “CONSORCIO”. En efecto, uno de los modos de purgar la mora del deudor consiste en que el acreedor, en interés propio, conceda al deudor una prórroga para el pago, caso en el cual el retardo en el cumplimiento viene a ser consentido por el acreedor y queda excluida la mora del obligado.

3° No considera fundada este Tribunal la calificación hecha en el escrito de alegatos del “CONSORCIO”, de intereses “compensatorios” a los representativos de los mayores costos financieros cuyo reembolso pretende de acuerdo con lo enunciado en el punto “F” de la Reclamación. La diferencia cuyo pago reclama “EL CONSORCIO” en razón de tales mayores costos financieros no representaría otra cosa que una suma significativa del llamado daño ulterior o mayor daño que “EL CONSORCIO” tendría derecho a reclamar en razón de la mora de su deudor. Pero, como lo reconoce el propio “CONSORCIO”, el Convenio de 31 de enero de 1984, en razón de la purga temporal de la mora que comportó de acuerdo con las previsiones de su Cláusula Tercera, eximió a “CADAFE” de pagar intereses moratorios mientras durara la incertidumbre que mediante el citado convenio se trataba de disipar, y que en definitiva vino a disiparse mediante el compromiso arbitral que dio lugar al laudo publicado el 8 de abril

de 1987. A los mayores costos financieros no podría atribuírseles otra naturaleza que la de mayores daños moratorios, es decir, derivados del retardo culposo de “CADAFE” en pagar, retardo que, en razón del Convenio de 31 de enero de 1984, hay que descartar para el período comprendido entre esta última fecha y el 8 de abril de 1987, en virtud de la señalada purga de la mora de “CADAFE” que este contrato comportó.

Ciertamente que durante todo el tiempo que tomare obtener el dictamen relativo a la verificación del empleo de fondos contemplado en el convenio de 31 de enero de 1984, y tratándose de relaciones mercantiles, “CADAFE” no resultaría eximida de pagar los intereses correspectivos que devengaren los créditos dinerarios pendientes de pago a favor de “EL CONSORCIO” y que aquélla debía en virtud de la fecundidad potencial de este capital: estos intereses continuaron devengándose a favor del “CONSORCIO”, como solución de equidad legalmente consagrada para impedir el enriquecimiento indebido del deudor en perjuicio del acreedor que tenía derecho al pago de sus créditos: pero estos intereses correspectivos son precisamente los que el artículo 108 del Código de Comercio manda a pagar en la medida del interés corriente en el mercado, aunque sin exceder del 12% anual. Unos intereses mayores no puede pretenderlos “EL CONSORCIO” sino a título de una indemnización suplementaria que sólo podría encontrar justificación a título de daños y perjuicios derivados de una mora que sin embargo quedó excluida en virtud de la Cláusula tercera del tantas veces citado Convenio de 31 de enero de 1984, por esto cuando “EL CONSORCIO” se refiere a que efectivamente durante el lapso de la incertidumbre que vino a disipar el citado laudo arbitral de 8 de abril de 1987 no se produjeron intereses moratorios, mientras que afirma que “sí los compensatorios, esto es, aquellos intereses que representan el daño que se ocasionaba al “CONTRATISTA”, sus propias palabras descalifican a tales intereses “compensatorios” como tales y hacen ver que el calificativo que les correspondería sería el de moratorios, cuya producción, repite el Tribunal Arbitral, el citado Convenio excluyó durante el período indicado.

4° Añádase que la circunstancia de que la incertidumbre objetiva disipada mediante el laudo publicado el 8 de abril de 1987 se haya resuelto a favor del “CONSORCIO”, en nada puede influir para alterar el efecto de purga de la mora de “CADAFE” que hay que atribuir a la Cláusula Tercera del Convenio de 31 de enero de 1984, puesto que este particular efecto de dicha cláusula no estaba

resolutoriamente condicionado a la circunstancia de que se llegare a concluir (por los medios previstos en el Convenio y posteriormente por el Compromiso Arbitral) la correcta utilización de los fondos transferidos por el Gotthard Bank a Global Transactions Ltd. para el propósito señalado en la Cláusula Primera del Convenio de 31 de enero de 1984.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral considera que “EL CONSORCIO” no tiene derecho al reembolso de los mayores costos financieros derivados del endeudamiento que contrajo a fin de continuar los trabajos contractuales que se obligó a ejecutar para “CADAPE”, a título de indemnización por los mayores daños causados por la excesiva prolongación del Convenio de 31 de enero de 1984 y durante el lapso comprendido entre esta última fecha y el 8 de abril de 1987. Así se declara.

VIII

Punto “g” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ los intereses a las tasas comerciales sobre el monto total adeudado, incluyendo en éste los intereses devengados a la fecha del ocho de Abril de 1987, fecha del laudo arbitral a que se refiere el Considerando Quinto, y desde esta fecha hasta su cancelación integral, más daños y perjuicios adicionales, tal como se detalla en el aparte A.1-3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 y A.2 del tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto a la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente: que en fecha 8 de abril de 1987 se dictó el Laudo Arbitral pactado entre las partes entre Diciembre de 1986 y Enero de 1987 y que, en criterio de “EL CONTRATISTA”, al establecer el Tribunal Arbitral la obligación a cargo de “CADAPE” de “pagar el monto de lo que pudiese adeudarle al Consorcio” **implícitamente ordenó realizar una liquidación de intereses devengados** hasta esa fecha y, en consecuencia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 530 del Código de Comercio, estos intereses **quedaron capitalizados** y deben ser incorporados a la base del cálculo de los intereses y demás costos financieros en que incurrió “EL CONTRATISTA” a partir de entonces y hasta su cancelación definitiva.

3. Por su parte, "CADAPE" respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a. Que aquí el reclamante plantea el anatocismo, el cual sólo se permite cuando las partes así lo han convenido, lo que no existe en el caso de autos, por cuya razón son valederas las argumentaciones sostenidas por "CADAPE" con anterioridad (se refiere a los argumentos esgrimidos en la consideración del Punto "d" de la Reclamación).

b. Que en cuanto a las tasas solicitadas por intereses y daños y perjuicios adicionales, tratándose de una reiteración de conceptos ya analizados, da por reproducidos los razonamientos contenidos en los numerales 2 y 3 preliminares de su escrito de alegatos.

c. Que esta reclamación y las contenidas en los petitorios c y e solapan para un mismo período el cálculo y estimación de intereses, pues en cuanto al literal c) se demanda el pago del 12% del saldo de los créditos existentes para el 31-01-84 desde dicha fecha hasta la cancelación de dicho saldo y según el literal e) se pide el pago del 12% sobre el monto de cada valuación posterior al 31-01-84, desde la fecha de vencimiento hasta su respectiva cancelación, y como de acuerdo con el literal g) que comentamos se exige el pago de los intereses comerciales sobre el monto adeudado al 08-04-87 desde esta fecha hasta su cancelación integral. Conforme a lo expuesto -expresan los alegatos de "CADAPE"- "pareciera que existe una duplicidad en la reclamación de intereses, puesto que si se demandan sobre el saldo deudor debido al 31-01-84 hasta su cancelación y a la vez se exigen sobre el monto total para el 08-04-87, también hasta su cancelación integral, y cuyo monto total incluye tanto el saldo existente al 31-01-84 y las valuaciones posteriores a dicha fecha, se ha de concluir que se están duplicando los intereses".

4. En Memorandum de 23 de junio de 1.988, la Dirección de Consultoría Jurídica de "CADAPE" se dirige a las "Vicepresidencias Ejecutivas Estructuras 20.200 y 20.300" y expone sobre la cuestión bajo examen lo siguiente:

a. Que el anatocismo, es decir, el cobro de intereses sobre intereses o sea la capitalización de los intereses como lo formula "EL CONSORCIO" en sus cálculos, sólo es procedente mediando acuerdo entre partes, que en el presente caso no lo ha habido.

b. Que los intereses a que tiene derecho el reclamante deben ser calculados sobre el monto de cada valuación en particular y la tasa aplicable a utilizar sería la establecida conforme a la interpretación de la Cláusula 10.2 a que se contrae el pronunciamiento del Laudo Arbitral a que se hizo referencia en el punto de del Memorándum.

c. Que todo ello impide la procedencia de cualquier otro daño suplementario sufrido efectivamente por el contratista, ya que tratándose de obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero, el artículo 1.277 del Código Civil establece que los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten **siempre** en el pago del interés legal, que viene dado en nuestro caso particular, por el determinado en el artículo 71 del Decreto N° 1.802.

d. A los efectos de la fijación del momento en el cual se comienzan a generar los intereses, estima que deben calcularse a partir del sexto (6°) día siguiente a la fecha de publicación del Laudo, toda vez que el mismo no estableció lapso alguno para el cumplimiento voluntario de la obligación a cargo de “CADAFE” y que ésta no era productiva de intereses. Consideran que el plazo señalado resulta el más equitativo habida cuenta que es el término medio que se obtiene promediando los dos números a que se contrae el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil que establece los lapsos en los cuales una vez recaída sentencia firme, el deudor debe proceder al cumplimiento voluntario de la obligación.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. En el laudo arbitral del 08-04-87, los árbitros determinaron que “CADAFE” debía pagar a “EL CONSORCIO” **“El monto de lo que pudiere deberle al Consorcio”** y aquí se plantea la cuestión de que, de acogerse la tesis contenida en la argumentación de “EL CONSORCIO”, tal orden implica fijación del saldo debido por concepto de capital e intereses para la fecha del laudo, implícita en su exigibilidad global, como parece desprenderse de la letra misma de la orden de pagar. La consecuencia de tal consideración de que sean fijados los saldos deudores con motivo del laudo, haría aplicable por vía analógica del artículo 530 del Código de Comercio, que textualmente reza:

“Artículo 530: No se deben intereses sobre intereses mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueron incluidos en un nuevo contrato como

aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”.

Con lo cual la tesis del invocado anatocismo quedaría descartada.

Por el contrario, de no haberse producido la condición de fijación del saldo “por condenación judicial” como consecuencia de la orden del Tribunal, aunque tal orden hubiera sido la de pagar y por ende la de situar los créditos debidos por “CADAFE” a “EL CONSORCIO” en situación de exigibilidad inmediata, estaríamos ante el caso de que no se había producido el supuesto de hecho de la norma invocada y en consecuencia una capitalización de los intereses equivaldría realmente al anatocismo alegado por “CADAFE”.

b. El Tribunal considera que el hecho de que la documentación presentada por las partes se colige la fácil liquidabilidad de los montos de las cantidades debidas por capital e intereses, aun cuando no se hubieren especificado en aquel laudo, hace que la **fijación del saldo** de la cuenta quedara implícita al ordenar su pago. En consecuencia se declara con lugar esta parte del pedimento de “EL CONSORCIO”, porque con motivo del laudo arbitral los créditos por capital e intereses deben considerarse como créditos de saldos a partir de la fecha en que fue publicado aquél y capitalizables los intereses, en aplicación analógica del artículo 530 del Código de Comercio ya enunciado, independientemente de que la materia sometida a consideración de los árbitros de entonces fuera diferente de la atinente a la procedencia de los montos fijados, aunque conexas con la consideración de dichos créditos como tales.

c. En cuanto a la alegada duplicación del pedimento de intereses, el Tribunal encuentra que efectivamente el pedimento contenido en el Punto “d” de la Reclamación, el cual ya analizamos, constituye una duplicación parcial en cuanto exige, contrariamente a lo expresado en otros pedimentos sobre similar asunto, el pago de intereses al 12% y además el de intereses comerciales (costos financieros), por todo lo cual considera ajustada a derecho a consideración de “CADAFE” de que existe una duplicación y en virtud de ello el Tribunal declara procedente que por este concepto se cargue a “CADAFE” sólo la diferencia entre los intereses del 12% ya reconocidos y los intereses comerciales que reclama “EL CONSORCIO”, todo dentro de la tesis del daño mayor acogida por este Tribunal Arbitral.

d. Por lo que toca al pedimento de “CADAPE” en el sentido de que sea al 6° día de firmado el laudo la fecha a partir de la cual deban correr los intereses, el Tribunal desecha este alegato por considerar que no se trata aquí de plazos para el cumplimiento voluntario de sentencia, sino de la fijación del momento a partir del cual tuvo lugar la capitalización de intereses.

e. En consecuencia, se declara con lugar lo solicitado en el punto “g” que analizamos y que se cuantifica, de acuerdo con lo expuesto y con los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables, en la cantidad de TRESCIENTOS TRECE MILLONES NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE BOLIVARES (Bs. 313.091.397,00).

VIII

Punto “h” de la Reclamación

En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’, de acuerdo con el convenio de 31-01-84 los intereses del 12% anual sobre los montos de garantía del 5% sobre los contratos 548/78 y 647/81, que forman parte de las sumas retenidas por ‘CADAPE’, tal como se detalla en el aparte A-3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el capítulo A-3 del Tomo V de la reclamación”.

2. Respecto de la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que los montos relativos a las retenciones en garantía, equivalentes al 5% de los contratos, fueron retenidos por “CADAPE” en aplicación del Convenio de 31-01-84.

b. Que tales montos debieron haber sido devueltos a “EL CONSORCIO” en aplicación de la normativa aplicable de acuerdo a cada contrato en las siguientes fechas: El 28-02-86 para el contrato 548-78 y el 05-11-84 para el contrato 647-81.

c. Que a partir de esas fechas los créditos devinieron líquidos y exigibles, siéndoles aplicables por lo tanto las consideraciones hechas a propósito del

Punto a) es decir, que deben ser calculados intereses a la tasa del 12% anual sobre dichos montos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio.

3. Por su parte, "CADAPE", respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a. Que considera parcialmente procedente esta reclamación en el sentido de que los intereses debidos por aquélla deben comenzar a correr desde el 08-04-87 si para dicha fecha se habían dado los presupuestos estipulados en el contrato para la devolución de las retenciones, cuales son la recepción de actas de aceptación provisional de los contratos y la presentación de las fianzas de buena calidad.

b. Que en caso de que el cumplimiento de estos requisitos se hubiere efectuado con posterioridad a dicha fecha los intereses se devengarían en dicha oportunidad. Esta posición de "CADAPE" (textualmente) "Se fundamenta en que antes del 08-04-87 los créditos derivados de ese concepto eran exigibles (sic) y por tanto no productivos de intereses".

c. Que la tasa aplicable para el cálculo de los intereses debe ser el 6% conforme a las disposiciones contractuales.

4. En Memorándum de 23 de junio de 1988, la Dirección de Consultoría Jurídica de "CADAPE" se dirige a las "Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300" y expone sobre la cuestión bajo examen que esta reclamación resulta improcedente con fundamento en las razones que explicadas en el punto 2.2. del memorándum, entendiéndose en este caso que los créditos por retenciones de garantía, quedaban por lo que respecta a su exigibilidad en suspenso desde la fecha de aceptación provisional de los contratos de obra hasta el día 7 de abril de 1987, fecha de publicación del Laudo Arbitral y que posteriormente el monto de las retenciones de cada contrato, comenzó a devengar intereses.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. Los requisitos para la devolución de las retenciones en garantía del 5% de los contratos fueron cumplidos en ambos casos por "EL CONSORCIO" en las

fechas que determina en su alegato, o sea: el 28-02-86 para el contrato 548/78 y el 05-11-84 para el contrato 647/81, tal como está aceptado pro “CADAPE” en el reconocimiento de los hechos que contiene el Compromiso Arbitral (Considerando Primero y ordinal Tercero, letra b, del Compromiso).

b. No entiende el Tribunal el alegato de que para la fecha 08-04-87 (coincide con la del laudo arbitral) los créditos derivados de este concepto eran exigibles y por tanto no productivos de interés. Parece que lo que quiere darse a entender con ese alegato, es el hecho de que las retenciones pasaron a ser parte de la garantía otorgada por “EL CONSORCIO” con motivo del convenio de 31-01-84 y por tanto, hasta el 08-04-87 **no eran exigibles**, de donde deduce “CADAPE” que no causaron intereses hasta el momento del laudo, en que se hizo **exigible** su devolución.

c. Independientemente de que con el laudo de 08-04-87 los créditos dados en garantía con motivo del convenio de 31-01-84 pasarán a ser exigibles, esta circunstancia no modifica su naturaleza jurídica y en consecuencia las retenciones en garantía comenzaron a generar intereses a partir de la fecha en que conforme a los contratos originales debieron ser devueltas, independientemente de que por el hecho de estar en garantía no fuese exigible su devolución hasta la liberación de esta última en virtud del laudo.

d. Respecto de la rata del 6% se observa que ella fue estipulada por las partes en relación a las valuaciones (y sólo por dos meses en cada caso) y no a otros créditos, por lo cual desecha este pedimento de “CADAPE”.

e. En consecuencia, este Tribunal considera ajustado a derecho y procedente el reclamo de “EL CONSORCIO” contenido en el punto “h” del objeto del arbitraje, que consiste en los intereses del 12% anual, generados por las garantías del 5% sobre los contratos 548/78 y 647/81 desde el momento en que contractualmente debieron ser devueltas (28-02-86 y 5-11-84, respectivamente) hasta su efectiva devolución, lo cual monta, según los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento del Tribunal Arbitral, a la cantidad de VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES BOLIVARES (Bs. 22.792.483,00).

IX
Punto “i” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe pagar, adicionalmente a los intereses a que se refiere el literal h) anterior, la diferencia entre estos intereses y los gastos y costos financieros efectivamente soportados por ‘EL CONSORCIO’ por el retardo en la devolución de dichas garantías, tal como se detalla en el aparte A.3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo A.3 del Tomo V de la reclamación”.

2. Respecto de la anterior cuestión, “EL CONSORCIO” alega que reproduce la argumentación acerca del Punto “b” y considera tener derecho al resarcimiento de los mayores daños que le fueron causados por la mora de “CADAPE” en devolver las garantías a que se refiere el punto “h”.

3. Por su parte, “CADAPE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega que rechaza la procedencia de este reclamo conforme al razonamiento contenido en sus alegatos respecto al numeral 3, Preliminares “Reclamación de Mayores Daños” de su escrito.

4. Ester Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. Que la reclamación de “EL CONSORCIO” se limita en esta oportunidad al reclamo de la **diferencia** entre el “daño mayor” y el interés corriente del 12%, lo cual está acorde con la decisión de este Tribunal al resolver **in extenso** el Punto “b” del presente laudo.

b. Que en cuanto al alegato retardo en la vigencia del acuerdo de 31-1-84 por no haber participado “CADAPE” a “EL CONSORCIO”, oportunamente, el aviso del Ministro de Hacienda notificado a “CADAPE” mediante Oficio HCP-961, de fecha 30 de abril de 1984, este Tribunal ya opinó en la resolución del Punto “f” de la Reclamación que tal alegato debe ser estimado como no valedero.

No obstante, en armonía con lo ya establecido por lo que toca a la “purga de la mora” que tuvo lugar durante la vigencia del Convenio y hasta el 8 de abril

de 1987, se considera que “EL CONSORCIO” tiene derecho a la reparación del perjuicio sufrido por la mora en la devolución de las garantías sustitutivas de las establecidas en el Convenio de 31-1-84, pero sólo a partir de la fecha del laudo arbitral publicado el 8 de abril de 1987, lo cual, según los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento del Tribunal Arbitral, monta a la cantidad de VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS BOLIVARES (Bs. 20.411.942,99).

X

Punto “j” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ las diferencias cambiarias sobre la importación de dólares que tuvo que hacer, entre mayo y diciembre de 1984, montante a quince millones de dólares (US\$ 15.000.000,00) de acuerdo con las necesidades de la obra, de los cuales ‘EL CONSORCIO’ ha pagado ya tres millones de dólares (US\$ 3.000.000,00) quedándole todavía un saldo restante por devolver de doce millones de dólares (US\$ 12.000.000,00) consistiendo esta diferencia cambiaria en la que existía entre el valor del bolívar con respecto al dólar para el momento en que se ejecutó la importación y ese valor para el momento en que ‘EL CONSORCIO’ o bien ha pagado la suma a su acreedor foráneo, de ser éste el caso, o bien, de estar pendiente de pago, para la fecha en que ‘CADAPE’ pague a ‘EL CONSORCIO’ el monto que los árbitros decidan para la reclamación que se describe en el considerando sexto, tal como se detalla en el aparte B-1 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el capítulo B-1 del Tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto a la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega fundamentalmente lo siguiente:

a. Que el mantenimiento del ritmo de las obras, de conformidad con los compromisos contractuales de “EL CONSORCIO” sólo pudo ser lograda al costo de ingentes sumas obtenidas en préstamo, inicialmente del mercado financiero nacional.

b. Que, sin embargo, a medida que la posición deudora de “EL CONSORCIO” con la comunidad financiera nacional se fue haciendo **más comprometida como consecuencia de la no cancelación por parte de “CADAFE” de las valuaciones de obra oportunamente presentadas, “EL CONSORCIO” se vio en la necesidad imperiosa de recurrir a préstamos externos.**

c. Que entre mayo y diciembre de 1984 “EL CONSORCIO” ingresó al país, producto de préstamos debidamente autorizados y registrados por la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, la cantidad de quince millones de dólares, los cuales fueron vendidos en el mercado libre para atender las necesidades de la obra.

d. Que de esa suma fueron pagados dos millones de dólares en abril de 1985 y un millón en abril de 1987, utilizando los menguados recursos que de vez en cuando accedía a facilitar “CADAFE”.

e. Que, con todo, el pago de esos tres millones de dólares supuso una pérdida cambiaria que debe ser soportada por “CADAFE”, toda vez que fue consecuencia directa de su incumplimiento contractual y pide que así se declare.

f. Que “el pago del saldo de doce millones de dólares, estima ‘EL CONTRATISTA’ que generará igualmente una pérdida cambiaria cuantiosa, cuyo monto es imposible determinar en el momento, pero será determinable tan pronto como ‘CADAFE’ suministre los recursos correspondientes en bolívares divididos (sic) por la tasa de cambio vigente para esa fecha, salvo que “CADAFE” opte por cancelar esta acreencia en dólares. Este diferencial cambiario futuro debe ser igualmente soportado por ‘CADAFE’.

g. Que esta Reclamación es procedente en razón de la negligencia (por no hablar de dolo) en que incurrió “CADAFE” al dejar prolongarse indebidamente en el tiempo los efectos del convenio de fecha 21 de enero de 1984, a pesar de estar en conocimiento de la negativa del Ministro de Hacienda de acceder a emitir el juicio que se le solicitaba y que así sea declarado por el Tribunal.

i. Que a mayor abundamiento expresan las razones legales y de hecho que llevaron a “EL CONSORCIO” a acudir al mercado internacional de dinero, las cuales son que por ley la banca nacional tiene límites en cuanto a los montos

que puede prestar a una sola empresa, por lo cual, en las magnitudes de endeudamiento de que se habla, los cupos de “EL CONSORCIO” ante la banca nacional se agotaron, añadiendo a esto que esos mismos años se produjo una restricción del crédito y una cierta iliquidez, lo cual obligó a “EL CONSORCIO”, para poder continuar las obras -que fueron felizmente terminadas gracias a su esfuerzo realizado para cumplir sus obligaciones como contratista, aun más allá de lo que impone la buena fe-, a acudir al mercado internacional de dinero, contrayendo nuevas obligaciones en dólares, pero sin cuyo ingreso le hubiere sido imposible la terminación de una obra de tan inmenso interés nacional como lo es la Represa del Uribante-Caparo.

3. Por su parte, “CADAFE”, respecto a las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a. Que toda vez que este punto de la Reclamación está fundamentado en la prolongación del Convenio del 31 de enero de 1984 y se asimila al concepto de “Daños Mayores”, luce pertinente traer a colación parte de los razonamientos que “CADAFE” expuso al analizar este aspecto en el escrito de alegatos (numeral 3, Preliminares) los cuales considera “CADAFE” aplicables a este pedimento.

b. Que esa opinión de “CADAFE” fue expresada así:

“Sin embargo, abundando sobre el punto a decidir, cabe señalar, que de acuerdo a lo estipulado en el particular punto 5B) del convenio de fecha 31 de enero de 1984, celebrado entre el contratista y ‘CADAFE’ aquella asumió el compromiso de continuar ejecutando los trabajos contratados con ‘CADAFE’ de acuerdo a las condiciones estipuladas contractualmente, que **la prolongación de la vigencia de dicho convenio no se originó por ningún hecho atribuido a ‘CADAFE’**, antes por el contrario, con el objeto de aliviar la carga financiera que suponía dicho convenio a ‘EL CONSORCIO’, ‘CADAFE’ accedió a sustituir por fianza no solamente el momento de las valuaciones sino también las garantías reales sobre bienes muebles propiedad de ‘EL CONSORCIO’, que ‘CADAFE’ considera que ‘EL CONTRATISTA’ pretende exigir el pago de unos **presuntos** daños suplementarios mayores que a su juicio tendrían su origen en una conducta o actitud cuando menos culposa de ‘CADAFE’, que en nuestro criterio no halla asidero jurídico en el surco de las actuaciones de la empresa según lo previsto en el citado convenio y en la normativa legal relativa a la responsabilidad civil”.

c. Que abundando sobre lo anterior hace notar que “EL CONSORCIO” quedó obligado a continuar la ejecución de los trabajos sin poder exigir la debida contraprestación, que de tal modo tenía que arbitrarse los recursos financieros necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones que voluntariamente había asumido.

d. Que si recurrió al financiamiento externo fue porque lo consideró conveniente a sus intereses y no puede pretender ahora que “CADAFE” lo resarza o reconozca una diferencia en la paridad cambiaria sobre préstamos en moneda extranjera que “EL CONSORCIO” contrató a su libre arbitrio.

4. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. El propio enunciado del Punto “j” del Objeto del Compromiso Arbitral celebrado por ambas partes y como tal aceptado por ellas y de forzada aceptación por el Tribunal como presupuesto de su fallo, establece que “EL CONSORCIO” **tuvo que hacer** la importación de dólares... montante a 15 millones de dólares **de acuerdo con las necesidades de la obra**, por lo cual se descarta el alegato de “CADAFE” de que tal importación de monedas extranjeras se hizo al libre arbitrio del Consorcio y se acoge más bien como cierta, por estar en armonía con el enunciado, el alegato de “EL CONSORCIO” referente a la situación del mercado financiero y de la cobertura de sus cupos de financiamiento nacional.

b. Es hecho reconocido por ambas partes y acreditado por la letra del compromiso arbitral y por la documentación estudiada que “EL CONSORCIO” quedó obligado a continuar con la ejecución de los trabajos sin poder exigir la debida (es expresión de “CADAFE”) contraprestación, todo en fuerza del Convenio de 31-1-84 y por ello “tenía que arbitrarse los recursos financieros necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones que voluntariamente había asumido”.

c. Como consecuencia de ambas observaciones, el Tribunal Arbitral tiene por cierto que con motivo del convenio de 31-1-84 ambas partes estaban en conocimiento de la obligación jurídica de “EL CONSORCIO” en el sentido de financiar la obra y por ende, de conseguir financiamiento, indistintamente de las fuentes de que pudiera disponer. El financiamiento externo no estaba, pues,

fuera de las previsiones que tuvieron las partes al asignar a “EL CONSORCIO” su obligación de financiar implícita en el Convenio.

d. Se debe concluir en que, como es principio general de responsabilidad contractual, que cuando el incumplimiento de las obligaciones se debe a culpa (*strictu sensu*) del deudor, los daños y perjuicios reparables son sólo los previstos o previsibles para el momento de la celebración del contrato, y si dicho incumplimiento se debe a dolo del deudor, la indemnización se debe además por los daños no previstos.

Así pues, como el financiamiento externo tuvo que estar previsto, ínsito en las mentes de los contratantes, lo cual es perfectamente lógico al obligarse a una de las partes a financiar su prestación con cantidades que, por su cuantía, rebasan por lo general las fuentes de financiamiento interno y con consecuencias previsibles, en cuanto a las fluctuaciones del bolívar, por el hecho de las muy especiales condiciones del mercado monetario venezolano después del mes de febrero de 1983.

Se concluye en que el daño cuya indemnización se pide era un hecho previsto por “CADAPE”, desde el momento de contratar el convenio de 31-1-84.

e. Un segundo elemento que también afecta la responsabilidad de “CADAPE” es la constancia que existe en el expediente del aviso dádole por “EL CONSORCIO” en carta de 11 de mayo de 1987, reiterando una vez más que los incumplimientos por parte de “CADAPE” “acarreron y acarrearán, graves perjuicios a este ‘CONSORCIO’, el cual no puede, a su vez, cumplir con los compromisos asumidos frente a terceros y, en especial modo a los derivados de la aplicación del Convenio de 31-1-84”. “A este propósito cabe señalar, a título de ejemplo, que en el año 1984 hemos tenido que recurrir, por falta de recursos internos, al mercado internacional para conseguir parte de los medios financieros necesarios a la producción de los trabajos. En consecuencia, nos hemos endeudado, con la aprobación de la SIEX por el importe de 13 millones de dólares que han debido ser negociados en el mercado libre. El hecho de no haber podido reembolsar esta deuda significa para nosotros, además de un mayor costo financiero, a causa de la aplicación de los intereses de mora, una considerable pérdida de cambio, ya sea en el pago de los intereses cuanto, previsiblemente, en la devolución del capital”.

f. Debe observarse, que el financiamiento externo no fue nunca ajeno a la relación contractual CADAFE-EL CONSORCIO puesto que la causa del Convenio de 31-1-84 no fue otra que las divergencias surgidas por un endeudamiento del Consorcio, esta vez de US\$ 120.000.000,00, los cuales fueron pagados al acreedor extranjero mediante cesión de valuaciones, lo que llevó a “CADAFE” a recibir un préstamo de Gotthard Bank de Lugano por la suma de US\$ 120 millones, todo lo cual consta en los considerandos 4°, 5°, 6° y 7° del Compromiso de Arbitraje de 22-12-86.

g. Debe observarse igualmente que las diversas reformulaciones de las prestaciones de “EL CONSORCIO” existentes a partir del contrato inicial, conducen a considerar a aquél como sustituido por el Convenio de 31-1-84, con prescindencia de las primitivas formulaciones que en una u otra forma conduzcan a interpretar este último de manera distinta a como la letra misma de la nueva convención obliga bajo la luz de las circunstancias en que fue suscrito y de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos conforme a lo establecido en el art. 1.160 del Código Civil.

h. Respecto del alegado retardo de la vigencia del acuerdo de 31-1-84 por culpa de “CADAFE” por no participar a “EL CONSORCIO” oportunamente el aviso del ministro de Hacienda, aquél fue tratado al decidir sobre el Punto “f” de la Reclamación y desechado como no valedero el respectivo alegato.

i. Los árbitros han acogido como buena la tesis del resarcimiento del daño mayor y dentro de ella cabe perfectamente la indemnización por causa de la pérdida cambiaria, con lo cual acogen también el criterio de Francisco Messineo (**Manual de Derecho Civil y Comercial**, Tomo IV, pág. 255) expresado así:

“En relación al fenómeno de las oscilaciones de valor de la moneda, se presenta el problema del momento en que es necesario referirse a la liquidación del daño contractual. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en los casos a que nos hemos referido (en el N° 112) la valoración es objeto de examen, no con referencia a la cantidad de moneda en que ha de consistir la prestación, para que pueda darse como cumplida una obligación originaria pecuniaria, sino con referencia a un incumplimiento, el cual es causa de lesión para el patrimonio del acreedor.

Si se tiene en cuenta, como es necesario, la circunstancia de que el resarcimiento debe servir para restaurar el patrimonio del acreedor,

perjudicado por el incumplimiento, o por el retardo en el cumplimiento, debe preferirse la solución, que a los fines de la liquidación del daño, se refiere al momento en que se haga efectivo el resarcimiento, porque sólo en tal momento el acreedor, obteniendo su crédito por resarcimiento se encuentra en situación de sustituir en el propio patrimonio, el elemento que ha llegado a faltar por efecto del incumplimiento. Se completa, por tanto, una suma que sea suficiente para tal sustitución. Porque, si la suma abonada a título de resarcimiento fuese insuficiente, por efecto de la desvalorización monetaria, se resarciría solamente una parte del daño y no del daño entero, como por el contrario debe hacerse. La ley, en efecto, pretende resarcimiento del daño en toda su extensión cuantitativa, y no ya su resarcimiento parcial”.

Con base en todo lo expuesto este Tribunal encuentra conforme a derecho y además, acorde, con la equidad del pedimento contenido en el Punto “j” de la Reclamación. Por lo tanto, lo declara con lugar y condena a “CADAFE” a pagar a “EL CONSORCIO” la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS BOLIVARES (Bs. 12.437.800,00) que, conforme a los cálculos de la Comisión de Expertos Contables designados al efecto, es el monto de la diferencia cambiara entre el valor del bolívar respecto del dólar de los Estados Unidos de América en abril de 1985, paga los US\$ 2.000.000 pagados en ese mes y en abril de 1987 para los US\$ 1.000.000 pagados entonces. Igualmente deberá “CADAFE” pagar a “EL CONSORCIO”, por los US\$ 12.000.000 restantes, el monto de la diferencia en moneda nacional resultante de aplicar la tasa de conversión que se tuvo en cuenta para convertir en bolívares la expresada cantidad de moneda extranjera con motivo de su importación al país y la tasa de cambio de mercado libre que exista para el momento en que “CADAFE” pague a “EL CONSORCIO” la expresada suma de US\$ 12.000.000.

XI

Punto “k” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el costo soportado por éste de las garantías sustitutivas de las establecidas en el convenio de 31-01-84, desde el momento de su emisión hasta la fecha de su liberación, tal como

se detalla en el aparte B.2 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo VI B.2 del Tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto a la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que con posterioridad al pronunciamiento del Tribunal Arbitral que el 08-04-87 ordenó a “CADAFE” el pago de lo adeudado a “EL CONSORCIO”, en razón de la regularidad y validez de las acreencias correspondientes, “EL CONSORCIO” convino con “CADAFE” en sustituir las hipotecas mobiliarias y las prendas sin desplazamiento de posesión que habían sido constituidas como garantías en ejecución del Convenio de 31 de enero de 1984, por sendas fianzas bancarias, así como la cancelación de las valuaciones objeto de retención en garantía conforme al mismo convenio, mediante su sustitución por una fianza bancaria de monto equivalente.

b. Que la cancelación de las valuaciones comenzó en Diciembre de 1986 y que aún existe un saldo remanente impagado; que **en ejecución de estos convenios “EL CONSORCIO” detuvo en favor de “CADAFE” fianzas bancarias**, las cuales no hubieran sido necesarias si, de una parte, “CADAFE” hubiere cumplido sus obligaciones cabalmente, y de otra, “CADAFE” no hubiera **ocultado indebidamente la imposibilidad de ejecución del convenio de 31-01-84** como consecuencia de la negativa del Ministro de Hacienda de acceder a dar la opinión que se le solicitaba, que, por lo tanto debe “CADAFE” reembolsar a “EL CONTRATISTA” el monto de la constitución y mantenimiento de las mencionadas finanzas, por ser consecuencia directa e inmediata de un incumplimiento culposo de “CADAFE”.

3. Por su parte, “CADAFE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a. Que es principio general común a todas las garantías que el constituyente de las mismas debe aportar todos los gastos que ellas impliquen.

b. Que en el caso planteado en nada se desvirtúa ese principio por el hecho de que el laudo de fecha 08-04-87 se haya pronunciado afirmativamente sobre la regularidad de la deuda externa de “EL CONSORCIO”, ya que la constitución de las aludidas garantías fue un hecho voluntario de “EL CONSORCIO” y para su exclusiva conveniencia.

c. Que la aquiescencia de “CADAPE” a sustituir por fianza las garantías constituidas a su favor conforme al citado convenio fue una concesión gravosa a los fines de permitir que “EL CONSORCIO” se proveyera de recursos económicos, necesarios para cumplir con los compromisos adquiridos, que, “no hay que olvidar, como se ha dicho antes, que ‘EL CONSORCIO’ había renunciado a exigir la cancelación de los derechos de crédito que se debieran de la ejecución de los contratos celebrados” (cita textual).

4. Este Tribunal para decidir observa:

a. Que las garantías originariamente pactadas se sustituyeron por fianzas bancarias a petición de “EL CONSORCIO” y para posibilitar al mismo el cumplimiento de la obligación de terminar la obra que había contraído por virtud del convenio.

b. Que este Tribunal Arbitral, al considerar el punto “f” de la Reclamación ya se pronunció negativamente sobre la alegada responsabilidad de “CADAPE” en no hacer oportunamente del conocimiento de “EL CONSORCIO”, la negativa del Ministro de Hacienda de dar la opinión que se le solicitaba, por lo cual rechaza en este punto el alegado de “EL CONSORCIO” sobre dicha circunstancia.

c. Que, como lo arguye “CADAPE”, los que constituyen fianzas deben sufragar sus costos y gastos, y en el caso estudiado en este punto de la Reclamación no existe elemento alguno que conduzca a responsabilizar a “CADAPE” de las erogaciones correspondientes al otorgamiento de estas garantías sustitutivas de otras ya establecidas.

En consecuencia, este Tribunal considera no ajustado a derecho el pedimento contenido en el Punto “k” de la Reclamación y así se declara.

XII

Punto “l” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el mayor costo del personal extranjero derivado de la aplicación de las medidas cambiarias dictadas por el Ejecutivo Nacional a partir del 18 de febrero de 1983, tal como se

detalla en el aparte B4 de la Memoria Descriptiva contenida en el tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo B.4 del Tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto de la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que los contratos establecieron la remuneración del personal extranjero en divisas y en tal virtud, esas remuneraciones quedaron sometidas al régimen previsto en los mismos contratos, según los cuales, en la eventualidad de que ocurrieran incrementos en las remuneraciones de la mano de obra como consecuencia de Leyes, Decretos o Contratos Colectivos, tales aumentos serían reconocidos por “CADAFE”.

b. Que las disposiciones cambiarias introducidas en el país en febrero de 1983, y las sucesivas, a partir de esa fecha, afectaron la partida de remuneración del personal extranjero de “EL CONSORCIO”, como consecuencia de la variación de la paridad cambiaria de Bs. 4,30 por dólar, existente al momento de la oferta y la firma de los contratos y que hasta febrero de 1983 mantuvo inalterada.

c. Que en la opinión de “EL CONSORCIO”, ese sobrecosto en la partida de personal extranjero contratado, fue debido directamente a modificaciones del régimen legal aplicable a la relación laboral pactada con el personal extranjero y, en consecuencia, debe ser reconocido y soportado por “CADAFE” conforme a lo previsto en los contratos, hasta el mes de febrero de 1987, fecha en la cual venció el período de garantía.

d. Que esta posición de “EL CONSORCIO” fue aceptada por la Consultoría Jurídica de “CADAFE” en el dictamen de 30 de junio de 1988 (tomo I Sección 8 de los autos).

3. Por su parte, “CADAFE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a. Que las consecuencias para “EL CONSORCIO” derivadas del cambio de paridad monetaria no se encuentran reflejadas por los documentos integrantes de los contratos de obra, siendo pertinente señalar que el laudo arbitral de fecha 14-08-80 que resolvió las controversias planteadas por los Consorcios Impregilo

Smeraldi (hoy Impregilo Suramericana de Obras Públicas C.A.) y Consorcio Internacional del Uribante (CONINTUR), señaló en la letra “C” de su dispositivo que: “En la eventualidad de que ocurrieran nuevos incrementos en las remuneraciones de mano de obra por la aplicación de Leyes, Decretos, Contratos Colectivos de la Industria de la Construcción o Convenio o Acuerdo **Ad Hoc** con las organizaciones sindicales que representan a los trabajadores de los contratistas, se incluirán tales incrementos a partir de la fecha en que efectivamente ocurran”.

b. Que, en consecuencia, no obedeciendo al incremento de los costos de mano de obra solicitados por “EL CONSORCIO” a aumentos de sueldos y salarios como consecuencia de Leyes, Decretos o Contratos Colectivos sino a mayores costos sufridos de la mano de obra utilizada en los contratos 548/78 y 647/81, “CADAFFE” considera “procedente la reclamación del Contratista por los conceptos mencionados, de conformidad con el artículo 54 del Acuerdo Presidencial 1802 del 23-01-83, y que al Tribunal Arbitral corresponde efectuar los cálculos necesarios, conforme a los parámetros pertinentes, a los fines de cuantificar el monto de esta reclamación”.

4. En vista de lo expuesto por las partes en sus alegatos, el Tribunal considera que ha habido un convenimiento expreso por parte de “CADAFFE”, respecto al pedimento contenido en el punto “1” de la Reclamación y así se declara. En consecuencia, ha lugar el pago de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 42.769.966,00) por concepto de principal y de NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS BOLIVARES (Bs. 98.768.742,00) por concepto de intereses (total: CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHO BOLIVARES (Bs. 141.538.708,00), que es la cantidad a que monta esta reclamación de “EL CONSORCIO”, conforme a los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento del Tribunal Arbitral.

XIII

Punto “m” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAFFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ cualquier costo derivado del descuento de las Letras de Cambio utilizadas por ‘CADAFFE’ para pagar valuaciones vencidas en el año de 1982, tal como se detalla en el aparte

B.5 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo B.5 del tomo V de 'LA RECLAMACION'.

2. Respecto de la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega fundamentalmente lo siguiente:

a. Que en julio de 1982 “CADAFE” propuso a “EL CONSORCIO” la cancelación de parte de la deuda existente para entonces mediante la emisión de letras de cambio de seis (6) meses, instrumentos estos que conllevan un reconocimiento de intereses por parte de “CADAFE”.

b. Que “CADAFE” reconoció el interés del 8% sobre las letras de cambio emitidas para cancelar un determinado anticipo contractual, siendo ese el interés correspondiente en el mercado para la fecha.

c. Que en cambio, para atender a las VALUACIONES 35A y 36 del CONTRATO 548/78, “CADAFE” emitió letras de cambio pagaderas a 180 días a la tasa del 4% semestral, lo cual resultaba irreal como costo del dinero para la época.

d. Que el recibo de documentos negociables en cumplimiento de un pacto accesorio del CONTRATO, no produce novación de la obligación. Así está dispuesto en el artículo 121 del Código de Comercio. De modo que cuando “EL CONSORCIO” recibió las letras de cambio, no se produjo la cancelación de las VALUACIONES correspondientes, sino que el producto del descuento de las letras de cambio por “EL CONSORCIO”, cualquiera que fuese, se constituyó en un abono al saldo pendiente por las valuaciones insolutas de obras ejecutadas hasta la fecha.

e. Que los intereses y comisiones de los institutos financieros descontantes de las letras de cambio, deben ser absorbidos por “CADAFE”, quien fue quien recurrió a esta modalidad de financiamiento y no por “EL CONSORCIO”, quien tenía derecho a exigir el pago en dinero efectivo.

3. Por su parte, “CADAFE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a. Que esta reclamación la fundamenta “EL CONSORCIO” en el hecho del pago que le hiciera “CADAFE” mediante letras de cambio a las cuales se incorporó

un interés del 8% y 4% semestral. Por tal motivo, reclama “EL CONSORCIO” que al hacer efectivo el descuento de los títulos de crédito, tuvo que soportar una pérdida por la diferencia entre la tasa incorporada a las letras y la tasa real de descuento. Esta diferencia o costo real es el que reclama “EL CONSORCIO”.

b. Que con la emisión de las letras de cambio y la aceptación de las mismas por el acreedor, no se produjo la novación de la obligación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 121 del Código de Comercio.

c. Que con las letras mencionadas se pagaron específicamente las valuaciones 35A y 36 del Contrato 548/78, aplicándose el producto del descuento obtenido por el beneficiario a la amortización de las mismas.

d. Que, en consecuencia, se entiende que los intereses y comisiones cobrados por el banco descontante, constituyen un costo extracontractual (sic) sufrido por “EL CONSORCIO” y, por tanto, tales erogaciones deben ser absorbidas por “CADAFE” y no por “EL CONSORCIO” que tenía derecho a exigir el pago del dinero en efectivo.

4. En un memorándum fechado el 23 de junio de 1988, la Dirección de Consultoría Jurídica de “CADAFE” se dirige a las Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300 y expone sobre la cuestión bajo examen, lo siguiente:

a. Que “EL CONSORCIO”, al efectuar el descuento de las letras de cambio recibidas de “CADAFE”, tuvo que soportar un diferencial (pérdida por la diferencia) con la tasa real de descuento y cuyo costo debe serle indemnizado.

b. Que salvo que existiera alguna carta o documento donde “EL CONSORCIO” hubiera renunciado expresamente al derecho de reclamar los intereses y comisiones por el descuento de las letras de cambio libradas por “CADAFE”, deben reconocérsele a aquél los conceptos referidos.

c. Que con la emisión de estas letras de cambio y su aceptación por parte del acreedor no se produjo la novación de la obligación, a tenor de lo establecido en el artículo 121 del Código de Comercio.

d. Que con estas letras se pagaron específicamente las valuaciones 35A y 36 del Contrato 548/78, aplicándose el producto del descuento obtenido a la amortización de aquellas valuaciones.

e. Que los intereses y comisiones cobrados por el banco descontante constituyen un costo extracontractual (sic) sufrido por "EL CONSORCIO" y, por tanto, tales erogaciones deben ser absorbidas por "CADAFE" quien fue la que utilizó este medio y no por "EL CONSORCIO", que tenía derecho a exigir el pago en dinero efectivo.

5. Este Tribunal Arbitral para decidir observa:

a) De acuerdo con la documentación acompañada por EL CONSORCIO, esta reclamación tiene su fundamento en que la certificación 548/35A por un valor de Bs. 19.560.439,33 que fue pagada en efectivo sólo en la cuantía de Bs. 5.000.000,00 y el saldo de Bs. 14.560.439,33 fue pagado en letras de cambio. De igual manera, la Certificación 548/36 por un valor de Bs. 21.526.246,65 fue pagada íntegramente en letras.

b) La diferencia reclamada por "EL CONSORCIO", se resume de la siguiente manera:

1) Por la letra de cambio por Bs. 14.560.439,33, la cantidad de **Bs. 582.417,57**.

3) El total inicial fue, entonces, de Bs. 1.443.467,44.

a) Por la letra de cambio de Bs. 21.526.246,65, la cantidad de Bs. 862.049,87, para un total inicial de Bs. 1.443.467,44.

c) Sobre los mencionados montos no pagados "EL CONSORCIO" añade los intereses, mediante la utilización de dos diferentes métodos de cálculo: uno, estimando el 12% como la tasa máxima a que se refiere el artículo 108 del Código de Comercio; otro, utilizando una tasa variable, como se expresa más abajo.

d) Es de señalar que "EL CONSORCIO" no se limita a añadir el interés simple a los capitales iniciales señalados, sino que se vale de una capitalización de

intereses durante tres períodos que concluyen así: el primero, el 31 de enero de 1984, fecha en que se firma el acuerdo o convenio entre “EL CONSORCIO” y “CADAPE” relativo al préstamo del Gotthard Bank, el segundo, a la fecha del laudo de 1987 que resolvió las cuestiones creadas por el anterior acuerdo y el tercero, el cálculo actualizado al 30 de junio de 1989.

e) Según el esquema señalado, el saldo de la valuación o Certificación 548/35A de Bs. 582.417,57, durante los períodos mencionados sería aumentado con los intereses al 12%, como sigue:

1) Primer período: días de atraso, 552, monto de los intereses Bs. 105.696,82.

2) Segundo período: días de atraso 1161, intereses sobre la cantidad inicial de Bs. 582.417,59, suman Bs. 222.307,98. Si a ello se suman intereses sobre los intereses de Bs. 105.696,02, se tendría una cantidad adicional de Bs. 40.344,33.

3) Tercer período: (Nota: el cálculo se hace sobre la tasa real de 17,88% y no sobre el 12% como en los dos períodos anteriores) los días de atraso son de 236 y el monto de los intereses sobre la cantidad inicial de Bs. 582.417,57 son Bs. 67.335,93. Si a ello se suman intereses sobre intereses acumulados de los dos primeros períodos (Bs. 368.349,13) se obtendrá la cifra de Bs. 42.583,98.

g) La suma de los intereses acumulados durante los tres períodos utilizando estas forma de cálculo es de Bs. 478.265,04 que sumado a la cantidad inicial de Bs. 582.417,57, da un total de Bs. 1.060.682,61.

h) Si se realizan esas mismas operaciones durante los mismos tres períodos, a las tasas indicadas por “EL CONSORCIO”, así: Primer período: 19,85%; Segundo período: 18,53% y Tercer período: 17,88%, los intereses sumarían:

1) Para el primer período: Bs. 174.840,15.

2) Para el segundo período: los intereses de la cantidad inicial serían Bs. 343.280,58, más los intereses sobre los intereses del primer período Bs. 103.051,88.

3) Para el tercer período: los intereses de la cantidad inicial serían Bs. 67.331,93, más los intereses acumulados de los dos primeros períodos serían Bs. 71.812,31.

i) La suma de los intereses acumulados durante los tres períodos, utilizando esta forma de cálculo, es de Bs. 760.316,85, que sumada a la cantidad inicial de Bs. 582.417,57 da un total de Bs. 1.342.734,42.

j) El Tribunal Arbitral advierte que el alegato de “EL CONSORCIO” de que el recibo de instrumentos negociables, en cumplimiento de un pacto accesorio del contrato, no produce novación de la obligación, como lo dispone el Código de Comercio, es correcto. A lo cual agrega que cuando “EL CONSORCIO” recibió las letras de cambio mencionadas en este Capítulo no se produjo la cancelación de las valuaciones correspondientes, sino que el producto del descuento de las letras de cambio por “EL CONSORCIO” se constituyó en un abono al saldo pendiente por las valuaciones insolutas de obras ejecutadas.

En efecto, el artículo 121 del Código de Comercio dispone expresamente que cuando el acreedor recibe documentos negociables en ejecución del contrato o en cumplimiento de un pacto accesorio al contrato de que proceda la deuda, no se produce novación. Sobre este punto parece haber aquiescencia de “CADAFE” y reconocimiento expreso de que los intereses y comisiones cobrados por el banco descontante, constituyen un costo extracontractual sufrido por “EL CONSORCIO” y que, por tanto, tales erogaciones deben ser absorbidas por “CADAFE”.

k) El Tribunal Arbitral considera que los montos o cantidades iniciales reclamadas por “EL CONSORCIO” de Bs. 582.417,57 por la pérdida experimentada por el descuento de una letra de cambio con un monto de Bs. 14.560.439,33, y el monto de Bs. 862.049,87 por el descuento de una letra de cambio con un monto de Bs. 21.526.246,65, son conformes de acuerdo al ordinal SEGUNDO del Compromiso Arbitral, en el cual se afirma que “CADAFE” sólo discute el fundamento legal de las reclamaciones. De modo que este Tribunal Arbitral reconoce y declara que la pérdida experimentada originalmente por “EL CONSORCIO” por este capítulo de la Reclamación fue originalmente de Bs. 1.443.467,44.

l) Respecto de los intereses reclamados por EL CONSORCIO, este Tribunal reitera lo decidido con anterioridad en este mismo laudo: que los artículos 518,

524 y 530 del Código de Comercio, los dos primeros relativos a la cuenta corriente mercantil y a la cuenta corriente bancaria respectivamente, y el último, ubicado entre las normas relativas al mutuo o préstamo, permiten el anatocismo o cobro de intereses sobre intereses, de tal manera que no es ilegítima o ilegal la reclamación que “EL CONSORCIO” hace por este concepto. Sin embargo en el presente caso, no puede hablarse de la existencia de una cuenta corriente entre las partes “EL CONSORCIO” y “CADAPE”, porque el simple hecho de una sucesión de operaciones no importa necesariamente la existencia de un contrato de tal naturaleza si falta la voluntad de las partes de querer establecerla, ni tampoco es posible aplicar las normas legales relativas al contrato de cuenta corriente a un cuadro contable para la concentración en un único cuerpo de escritura de una serie de negocios realizados, aunque tal cuadro permita reconocer en cualquier momento dado, el estado del balance para guía pasada o futura. (Cfr. RAMELLA, AGUSTIN, “Del Contrato de Cuenta Corriente, del Mandato Comercial y de la Comisión” en “Derecho Comercial”, Tomo 10 de BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE). Así se declara.

m) Considera este Tribunal Arbitral que la norma del artículo 530 del Código de Comercio es aplicable analógicamente al presente caso y permite la capitalización de intereses y el cobro de intereses sobre intereses o anatocismo. A este respecto el Tribunal Arbitral considera que cuando la norma citada señala que también se deben intereses sobre intereses por condenación judicial, ese sería el supuesto normativo aplicable al presente caso, considerando que el laudo publicado con fecha 8 de abril de 1987 puede asimilarse a una condenación judicial, de modo que los intereses reclamados por “EL CONSORCIO” deben calcularse desde la fecha del descuento de las letras de cambio recibidas por las cantidades inicialmente reclamadas de Bs. 582.417,57 y Bs. 862.049,87 a las tasas señaladas por “EL CONSORCIO” en el Volumen V hasta la mencionada fecha del 8 de abril de 1987, capitalizar en tal oportunidad los intereses devengados y a partir de esa misma fecha efectuar los cálculos hasta el día 15 de diciembre de 1989. De acuerdo con los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento de este Tribunal Arbitral, lo que “CADAPE” debe pagar a “EL CONSORCIO” según lo decidido respecto del presente Punto “m” de la reclamación es la cantidad de UN MILLON CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE BOLIVARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS (Bs. 1.443.467,44) como principal, más los señalados intereses de CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS

SEIS BOLIVARES (Bs. 5.539.206,00) (Total: SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOSMIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES BOLIVARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS (Bs.6.982.673,44).

XIV

Punto “n” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral, lo siguiente:

“Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el costo soportado por éste, derivado del atraso de ‘CADAFE’ en la devolución de las garantías contractuales, tal como se detalla en el aparte B.6 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo b.6 del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”.

2. Respecto de la anterior cuestión, “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que las normas particulares de los contratos (numeral 11.2) establecían que las fianzas de fiel cumplimiento debían ser liberadas después del otorgamiento del Acta de Recepción Provisional y previa presentación de las “Fianzas de Buena Calidad”, las cuales, según la norma 11.3 tenían una vigencia de un (1) año contado a partir de la fecha del Acta de Recepción Provisional.

b. Que respecto del contrato 548/78, el Acta de Recepción Provisional fue levantada el 28 de febrero de 1986 y, en esa fecha, entró en vigencia la Fianza de Buena Calidad correspondiente. Ello no obstante, la Fianza de Fiel Cumplimiento no fue liberada sino hasta el 19 de agosto de 1986, con un atraso de 172 días.

c. Que para el contrato 647/81 el Acta de Recepción Provisional fue levantada el 5 de noviembre de 1984, pero “CADAFE” haciendo caso omiso de lo dispuesto en las Normas Particulares se negó a sustituirla por la Fianza de Buena Calidad, la cual tenía una vigencia prevista de un (1) año, contado a partir de la fecha del Acta de Recepción Provisional. A pesar de ello, la liberación de aquella fianza sólo ocurrió el 19 de agosto de 1986, con un atraso de 287 días.

d. Que los costos de mantenimiento de las Fianzas de Buen Cumplimiento, por los periodos de atraso señalados, deben ser soportados por “CADAFE” como

consecuencia del incumplimiento de la obligación de liberarlas en los plazos contemplados en el Contrato.

e. Que por lo que se refiere a las Fianzas de Anticipo, el numeral 11.1 de las Normas Particulares preveía que la liberación de las mismas ocurriría tan pronto se diera uno de los dos siguientes supuestos, el que ocurriera primero: a) la aceptación provisional de las obras, o b) la cancelación total de los anticipos que se le hubieran otorgado a “EL CONSORCIO”.

f) Que las fechas de levantamiento de las Actas de Recepción Provisional fueron: para el Contrato 548/78, el 28 de febrero de 1986, y para el Contrato 647/81, el 5 de noviembre de 1984. Las fechas de cancelación de los anticipos fueron, respectivamente: el 31 de enero de 1986 (valuación 82) y el 30 de junio de 1986 (valuación 22).

g) Que de acuerdo a los contratos, las fechas que deben ser tomadas en cuenta para los efectos de fijar el término de la liberación de las Garantías de Anticipo, serían el 31 de enero de 1986 para el Contrato 548/78 y el 5 de noviembre de 1984 para el Contrato 647/81.

h) Que la liberación efectiva en estas últimas garantías se efectuó el 17 de noviembre de 1986 para el Contrato 548/78 y el 19 de agosto de 1986 para el Contrato 647/81, incurriendo así CADAPE, en retardos de 229 y 652 días respectivamente.

i) Que “EL CONSORCIO” reclama de “CADAPE” que se le reconozcan y paguen los gastos ocasionados por el retardo en la liberación de las garantías y observa que tal reclamación fue aceptada por el Dictamen de la Consultoría Jurídica de “CADAPE”.

3. Por su parte, “CADAPE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a) Que “EL CONSORCIO” aspira al reconocimiento de los costos derivados de la vigencia de las Fianzas de Fiel Cumplimiento de los Contratos 548/78 y 647/81, las cuales fueron liberadas por “CADAPE” con una demora de 172 y 287 días, respectivamente.

b) Que al respecto, cabe observar que el numeral 11.2 de las Normas Particulares condiciona la liberación de las Fianzas de Fiel Cumplimiento a la previa presentación de la Fianza de Buena Calidad, luego de ocurrida la Recepción Provisional de Obra. Así se puede señalar que la norma previó la existencia simultánea de las dos fianzas, mas no el lapso de dicha transición. En consecuencia, la procedencia de esa reclamación quedará condicionada a que “EL CONSORCIO” pruebe que la prolongación de la vigencia de la Fianza de Fiel Cumplimiento, persistió luego de haber otorgado las correspondientes Fianzas de Buena Calidad y luego de haberse verificado las respectivas aceptaciones provisionales.

c) Que en lo que se refiere a las Fianzas de Anticipo, la norma pertinente preveía que la liberación de las mismas estaba condicionada a la concurrencia de cualquiera de los dos eventos previstos en el numeral 11.1 de las Normas Particulares, el que acaeciere primero, a saber: la aceptación provisional de las obras o la cancelación total de los anticipos que se le hubieran otorgado al Contratista. Conforme a tal previsión es de concluir que los costos en que incurrió “EL CONSORCIO”, de ser el caso, por los mayores lapsos de vigencia de las fianzas, hallarían su justificación contractual en la citada disposición. Los cálculos y cuantificación de esta reclamación deberán ser determinados por el Tribunal Arbitral.

4. El Memorándum fechado el 23 de junio de 1988, dirigido por la Dirección de Consultoría Jurídica de “CADAFE” a las “Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300” el cual ha sido citado en apoyo de sus pretensiones por EL CONSORCIO y que forma parte del expediente entregado a los Arbitros, expresa:

a) Que el numeral 11.2 de las Normas Particulares condiciona la liberación de las Fianzas de Buen Cumplimiento a la previa presentación de la Fianza de Buena Calidad, luego de ocurrida la Recepción Provisional de la Obra. Aquella norma previó la existencia simultánea de las dos fianzas, mas no el lapso de dicha transición. En consecuencia, la procedencia de esta reclamación quedará condicionada a que “EL CONSORCIO” pruebe que la prolongación de la vigencia de la Fianza de Fiel Cumplimiento persistió luego de haber otorgado las correspondientes Fianzas de Buena Calidad y luego de haberse verificado las respectivas aceptaciones provisionales.

b. Por lo que se refiere a las Fianzas de Anticipo, la norma pertinente preveía que la liberación de las mismas estaba condicionada a la ocurrencia de cualquiera de los dos eventos previstos en el numeral 11.1 de las Normas Particulares, el que acaeciere primero, a saber: la aceptación provisional de las obras o la cancelación total de los anticipos que se le hubieran otorgado al CONTRATISTA. Conforme a tal previsión, es de concluir que los costos en que incurrió EL CONSORCIO, de ser el caso, por los mayores plazos de vigencia de las fianzas, hallarían su justificación contractual en la citada disposición.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir observa:

a) Esta reclamación de “EL CONSORCIO” puede reducirse a lo siguiente: Entre las estipulaciones contractuales que forman el cuerpo denominado “**Normas Particulares**”, figuran tres tipos de cauciones o garantías que “EL CONSORCIO” debía presentar a CADAFE, a saber: 1) La **Fianza de Anticipo**, 2) la **Fianza de Fiel Cumplimiento** y 3) la **Fianza de Buena Calidad**.

1) La “**Fianza de Anticipo**”, de acuerdo a la estipulación 11.1 de las “**Normas Particulares**” tenía un monto igual al anticipo acordado y garantizaba la devolución de dicho anticipo. La vigencia de esta fianza se extendía desde la fecha de la firma del contrato hasta la fecha de la Aceptación Provisional de la totalidad de la obra o hasta la cancelación total del anticipo, cualquier de éstas que ocurriera primero.

2) La “**Fianza de Fiel Cumplimiento**”, de acuerdo a la estipulación 11.2 de las “**Normas Particulares**” tenía un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la obra y garantizaba la buena y debida ejecución de la obra, así como su completa y oportuna terminación. Además, esta fianza garantizaba también las obligaciones que pudieran quedar a cargo de “EL CONSORCIO”, a la terminación de la obra, por concepto de salarios y otras obligaciones derivadas de la Ley del Trabajo, así como cualquier otra obligación. La vigencia de esta fianza se extendía desde la recepción de la Carta de Intención o desde la fecha de la firma del contrato hasta el otorgamiento del Acta de Recepción Provisional y previa presentación de la “**Fianza de Buena Calidad**”.

3) La “**Fianza de Buena Calidad**” de acuerdo con la estipulación 11.3 de las “**Normas Particulares**” tenía un monto igual al diez por ciento (10%) del valor

total de la obra ejecutada y garantizaba la buena calidad de los materiales empleados, así como la buena ejecución de la obra. La vigencia de esta fianza era por un año contado a partir del “Acta de Recepción Provisional”.

b) De acuerdo con lo alegado por “EL CONSORCIO”, las “**Actas de Recepción Provisional**” fueron levantadas en las siguientes fechas:

1) Para el Contrato 548/78, el día 28 de febrero de 1986.

2) Para el Contrato 647/81, el día 5 de noviembre de 1984.

c) Las fechas de cancelación (*rectius*, pago) de los anticipos fueron:

1) Para el Contrato 548/78, el día 31 de enero de 1986 con la Valuación N° 82.

2) Para el Contrato 648/81, el día 30 de junio de 1986 con la Valuación N° 22.

Como consecuencia y de acuerdo a las estipulaciones contenidas en las “**Normas Particulares**” las fechas que debían ser tomadas en cuenta para la liberación de las “**Fianzas de Anticipo**”, serían el 31 de enero de 1986 por lo que se refería al contrato 548/71 y el 5 de noviembre de 1984 para el Contrato 647/81.

d) Que la liberación efectiva de las garantías de los anticipos, la efectuó “CADAFE” el 17 de noviembre de 1986, para el contrato 548/78 con un retardo de doscientos veintinueve (229) días, y el 19 de agosto de 1986, con un retardo de seiscientos cincuenta y dos (652) días.

e) Que la liberación efectiva de las garantías por las “**Fianzas de Fiel Cumplimiento**”, debía efectuarse en las fecha de las “Actas de Recepción Provisional”. Que en esas mismas fechas se otorgaron como garantías sustitutivas las “**Fianzas de Buena Calidad**”, sin embargo, “CADAFE” otorgó las liberaciones de las “**Fianzas de Fiel Cumplimiento**”, así:

1) El 19 de agosto de 1986 para el Contrato 548/78, con un atraso de ciento setenta y dos (172) días.

2) El 19 de agosto de 1986 para el Contrato 647/78, con un atraso de doscientos ochenta y siete (287) días.

f) Como consecuencia de todo ello las fianzas tuvieron un sobre costo que “EL CONSORCIO” estima de la siguiente manera:

1) Fianzas de Anticipo:

1.a) Para el Contrato número 548/78 de Bs. 3.827.282,48.

2.b) Para el Contrato número 647/81 de Bs. 2.515.509,95.

2) Fianzas de Fiel Cumplimiento:

2.a) Para el Contrato número 548/78 de Bs. 567.605,14.

2.b) Para el Contrato número 647/81 de Bs. 553.643,68.

g) El Tribunal Arbitral respecto de todos los hechos en que se basa la presente reclamación, los admite tal como han sido presentados por “EL CONSORCIO”, en virtud de que han sido implícitamente reconocidos en el escrito de alegatos emanado de “CADAPE”, así como en el informe de la Consultoría Jurídica, mencionados ambos, y de acuerdo también, a la aceptación general de los hechos contenida en el ordinal SEGUNDO del Compromiso Arbitral.

h) El Tribunal Arbitral observa que los sobre costos originales suman en total la cantidad de Bs. 7.464.041,26 y las reclamaciones de “EL CONSORCIO” en la “hipótesis 1” montan a Bs. 12.752.869,00 y en la “hipótesis 2” a Bs. 13.080.466. Estas diferencias obedecen a que “EL CONSORCIO” ha acumulado los intereses hasta el día 30 de junio de 1989, así:

1) Para la cantidad inicial de Bs. 3.827.282,48 de la “Fianza de Anticipo” del Contrato 548/78, los siguientes:

1.a) Para el segundo período de atraso, por un total de 202 días, período que venció el día 8 de abril de 1987 (fecha del laudo sobre el documento de 31 de enero de 1984), a la tasa del 12% anual los intereses montan a la cantidad de Bs. 254.173,49, y a la tasa efectiva del 16.61%, suman la cantidad de Bs. 351.818,48.

1.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso) la cantidad inicial de Bs.

3.827.282,48 generó intereses a la tasa del 26,69% que montaron a la cantidad de Bs. 2.278.088,70. A esta cantidad habría que agregar los intereses, sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período sumaban la cantidad de Bs. 254.173,49 y a la tasa del 16.61%, Bs. 351.818,48.

Ahora bien, los intereses, sobre intereses del segundo período, dan a la tasa del 26,69% para ambos las cantidades siguientes: Bs. 151.290,04 y Bs. 209.410,64.

1.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	3.827.282,48
Intereses 2º período (12%)	Bs.	254.173,49
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	2.278.088,70
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	151.290,04
TOTAL	Bs.	6.510.834,71

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	3.827.282,48
Intereses 2º período (16.61%)	Bs.	351.818,48
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	2.278.088,70
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	209.410,64
TOTAL	Bs.	6.666.600,30

1.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral y se considera que las tasas aplicadas por "EL CONSORCIO", en la **Segunda Hipótesis**, del 16.61% y del 26,69% representan ese resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por "CADAFFE" al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, de todo lo cual resulta que la reclamación por este mismo concepto, de Bs. 6.666.600,30, es la que corresponde a "EL CONSORCIO" y debe quedar a cargo de CADAFFE. Así se declara.

2) Para la cantidad inicial de Bs. 2.515.509,96 de la “Fianza de Anticipo” del Contrato 647/81, los siguientes:

2.a) Para el segundo período de atraso, por un total de 231 días, período que venció el día 8 de abril de 1987 (fecha del laudo sobre el documento de 31 de enero de 1984), a la tasa del 12% anual, los intereses montan a la cantidad de Bs. 191.040,92, y a la tasa efectiva del 16.68% suman la cantidad de Bs. 265.546,87.

2.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso), la cantidad inicial de Bs. 2.515.509,96 generó intereses a la tasa del 26.69% que montaron a la cantidad de Bs. 1.497.290,79. A esta cantidad habría que agregar los intereses sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período, sumaban Bs. 191.040,92 y a la tasa del 16,68%, la cantidad de Bs. 265.546,87. Ahora bien, los intereses, sobre intereses del segundo período, dan a la tasa del 26,69% para ambas, las cantidades siguientes: Bs. 113,712,05 y 158.059,75.

2.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	2.515.509,96
Intereses 2º período (12%)	Bs.	191.040,92
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	1.497.290,79
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	113.712,05
TOTAL	Bs.	4.317.553,72

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	2.515.509,96
Intereses 2º período (16,68%)	Bs.	265.546,87
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	1.497.290,79
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	158.059,75
TOTAL	Bs.	4.436.407,37

2.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas

sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral, se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO” en la **Segunda Hipótesis**, del 16,68% y del 26,69% representan ese resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAFE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este segundo concepto de Bs. 4.436,407,37 es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de CADAFE, así se declara.

3) Para la cantidad inicial de Bs. 567.605,14 de la “**Fianza de Fiel Cumplimiento**” del Contrato número 548/78, los siguientes:

3.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso), la cantidad inicial de Bs. 567.605, 14 generó intereses de la tasa del 26,69% que montaron a la cantidad de Bs. 337.851,95. A esta cantidad habría que agregarle los intereses sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período sumaban la cantidad de Bs. 43.106,88 y a la tasa del 16,68%, la cantidad de Bs. 59.918,57. Ahora bien, los intereses, sobre los intereses del segundo período dan, a la tasa del 26,69% para ambos, las cantidades siguientes Bs. 25.658,23 y Bs. 35.664,94.

3.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	567.605,14
Intereses 2º período (12%)	Bs.	43.106,88
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	337.851,95
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	25.658,23
TOTAL	Bs.	974.222,20

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	567.605,14
Intereses 2º período (16,68%)	Bs.	59.918,57
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	337.851,95
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	35.664,94
TOTAL	Bs.	1.001.040,60

3.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas es la de que el resarcimiento debe ser integral y se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO”, en la **Segunda Hipótesis**, de 16,68% y 26,69% representan un resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAFE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este tercer concepto de Bs. 1.001.040,00 es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de “CADAFE”. Así se declara.

4) Para la cantidad inicial de Bs. 553.643,68 de la “**Fianza de Fiel Cumplimiento**” del Contrato número 647/81, los siguientes:

4.a) Para el segundo período de atraso, por un total de 231 días, período que venció el día 8 de abril de 1987 (fecha del laudo sobre el documento de 31 de enero de 1984), a la tasa del 12% anual, los intereses montan a la cantidad de Bs. 42.046,58; y a la tasa efectiva del 16,68% suman la cantidad de Bs. 58.444,75.

4.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso) la cantidad inicial de Bs. 553.643,68, generó intereses a la tasa del 26,69% que montan a la cantidad de Bs. 329.541,76. A esta cantidad habría que sumarle los intereses, sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período sumaban la cantidad de Bs. 42.046,58 y a la tasa del 16,68%, la cantidad de Bs. 58.444,75. Ahora bien, los intereses, sobre los intereses del segundo período dan a la tasa del 26,69%, para ambos, las cantidades siguientes: Bs. 25.027,11 y Bs. 34.787,69.

4.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	553.643,68
Intereses 2º período (12%)	Bs.	42.046,58
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	329.541,76
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	25.027,11
TOTAL	Bs.	950.259,13

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	553.643,68
Intereses 2º período (16,68%)	Bs.	58.444,75
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	329.541,76
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	34.787,69
TOTAL	Bs.	976.417,88

4.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral, y se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO”, en la **Segunda Hipótesis**, del 16,68% y 26,69% representan un resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAFE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este cuarto concepto de Bs. 976.417,88 es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de “CADAFE”. Así se declara.

i) En resumen, “CADAFE” adeuda a “EL CONSORCIO”, por sobre costos derivados del atraso en la devolución o cancelación de las Fianzas de Anticipos y de Fiel Cumplimiento las siguientes cantidades:

1) Por la Fianza de Anticipo del Contrato N° 548/78	Bs.	6.666.600,00
2) Por la Fianza de Anticipo del Contrato N° 647/81	Bs.	4.436.407,00
3) Por la Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato N° 548/78	Bs.	1.001.040,00
4) Por la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 647/81	Bs.	976.417,00
TOTAL	Bs.	13.080.466,00

Es de advertir que la cantidad de Bs. 13.080.466,00 se debe hasta el día 30 de junio de 1989, a lo que hay que agregar los intereses sobre las cantidades iniciales, más los intereses sobre el monto de los intereses del segundo período, hasta el día 15 de diciembre de 1989. De acuerdo con lo decidido sobre el

REGLAMENTO ORGANICO DE LAS
UNIVERSIDADES PRIVADAS

Decretó el Presidente de la República en
Consejo de Ministros

La Presidencia de la República decretó el Reglamento Orgánico de las
Universidades Privadas. He aquí el Decreto que aparece en la Gaceta Oficial:

Marcos Pérez Jiménez

Presidente de la República, conforme a la atribución 2ª del artículo 108 de la
Constitución, en Consejo de Ministros,

D e c r e t a :

el siguiente

REGLAMENTO ORGANICO DE LAS
UNIVERSIDADES PRIVADAS

Declaración preliminar:

Artículo 1º- Las Universidades privadas, al igual que las Universidades
Nacionales, son instituciones de carácter público, destinadas a preparar
básicamente profesionales civiles y a fomentar la ciencia en sus aspectos de
investigación y aplicación, y la cultura en general.

Las Universidades privadas cumplirán asimismo sus fines en función de los requerimientos de la Nación. En consecuencia, serán regidas por el presente Reglamento, y los casos no previstos en éste los resolverá el Ejecutivo Nacional dentro del espíritu y las normas de la Ley de Universidades Nacionales.

CAPITULO I Del Personal Directivo

Artículo 2º- Cada Universidad privada deberá tener un Rector, un Vicerrector y un Secretario, venezolanos por nacimiento y con el título de Doctor de una Universidad venezolana. La designación correspondiente deberá ser previamente aprobada por el Ministerio de Educación.

Artículo 3º- El Rector, el Vicerrector y el Secretario de las Universidades privadas tendrán las atribuciones establecidas para los mencionados funcionarios en la Ley de Universidades Nacionales, en cuanto les sean aplicables.

CAPITULO II Del Consejo Académico

Artículo 4º- En cada Universidad privada habrá un Consejo Académico, con las atribuciones del mismo Cuerpo en las Universidades Nacionales, en cuanto les sean aplicables.

CAPITULO III De las Facultades

Artículo 5º- En las Universidades privadas podrán funcionar las Facultades a que se refiere la Ley de Universidades Nacionales, con Escuelas, Institutos y otros organismos académicos; pero el establecimiento de dichas Facultades y de sus dependencias deberá ser autorizado en cada caso por el Ejecutivo Nacional, cumplidos que sean los requisitos exigidos al efecto.

Se requiere un mínimo de dos Facultades no afines para la existencia de una Universidad privada.

Artículo 6º- El plan de estudios y la organización y funcionamiento de los cursos universitarios y del preparatorio para aspirantes a ingresar a las

Facultades, se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias establecidas para las Universidades Nacionales.

CAPITULO IV Del Personal Docente y del de Investigación

Artículo 7º- La designación del personal docente y del de investigación de las Universidades privadas, deberá ser previamente aprobada por el Ministerio de Educación.

Artículo 8º- El personal docente y el de investigación de las Universidades privadas, tendrán atribuciones semejantes a los de las Universidades Nacionales, en cuanto les sean aplicables.

CAPITULO V De los Alumnos

Artículo 9º- Para ingresar como alumno en cursos preparatorios y en las Facultades de las Universidades privadas, el aspirante deberá poseer el certificado o el título que se exija en las Universidades Nacionales.

Artículo 10º- La inscripción y admisión de los alumnos en los cursos respectivos y la pérdida de la inscripción, se registrarán en cuanto a lo docente por la Ley de Universidades Nacionales.

Artículo 11- La expulsión de alumnos se registrará por las disposiciones correspondientes de la Ley de Universidades Nacionales, y no podrán ingresar como alumnos en las Universidades quienes estén cumpliendo penas de expulsión.

CAPITULO VI De los Exámenes

Artículo 12- El régimen de exámenes en las Universidades privadas será el mismo que para las Universidades Nacionales establezcan la Ley de éstas y los correspondientes Reglamentos.

La designación de los jurados examinadores que no sean el Profesor de la asignatura, deberá ser aprobada previamente por el Ministerio de Educación.

CAPITULO VII
De los Títulos y de las Equivalencias de Estudios

Artículo 13- El Estado venezolano reconocerá los estudios que con la debida sujeción a las normas establecidas al efecto, se cursen en las Universidades privadas autorizadas por el Ejecutivo Nacional.

Artículo 14- Los títulos y certificados que expidan las Universidades privadas sólo producirán efectos legales mediante la refrendación del Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Educación, el cual Despacho determinará los requisitos que para tal fin han de cumplir los interesados.

Artículo 15- La reválida de títulos y la equivalencia de estudios es de competencia de las Universidades Nacionales.

CAPITULO VIII
**De la autorización para el
funcionamiento**

Artículo 16- Las personas o entidades privadas que deseen obtener la autorización de Ejecutivo Nacional para crear una Universidad, deberán dirigir una solicitud al Ministerio de Educación contentiva de los siguientes datos:

- a) Nombre, nacionalidad y domicilio del solicitante.
- b) Nombre y domicilio del Instituto y localidad o localidades donde funcionará.
- c) Nombre y domicilio de las personas que lo dirigirán.
- d) Capital destinado para la instalación de la Universidad, e ingresos previstos para su sostenimiento.
- e) Facultades, Escuelas y demás establecimientos docentes o de investigación científica con que aspiren a iniciar el funcionamiento de la Universidad.
- f) Ubicación y características de los locales para el funcionamiento del Instituto.

g) Lista especificada de los útiles y materiales de que disponen para la enseñanza y la investigación.

La solicitud se dirigirá acompañada de un Proyecto de Estatuto de la Universidad, en el cual deberá estar previsto lo relativo al régimen interno del Instituto que no sea objeto del presente Reglamento.

El Ministerio de Educación podrá pedir, asimismo, las demás informaciones que considere oportunas, y exigir las modificaciones que crea del caso. Una vez llenados los requisitos a satisfacción del Ejecutivo Nacional, éste procederá a conceder, cuando lo crea conveniente, la autorización solicitada.

CAPITULO IX

Disposiciones Finales

Artículo 17- El Estado ejercerá la supervisión de las Universidades privadas en la forma que al efecto disponga el Ejecutivo Nacional, el cual podrá revocar la autorización para el funcionamiento de cualquier Universidad privada cuando en ella no se cumplan las disposiciones de su Estatuto y de las Leyes y Reglamentos que le sean aplicables, o cuando se comprometan o desvirtúen las finalidades exclusivamente docentes, científicas y culturales que deben perseguir dichas instituciones.

Artículo 18- Son aplicables a las Universidades privadas las disposiciones relativas al año escolar y vacaciones, contenidas en la Ley de Universidades Nacionales.

Dado, firmado y sellado en el Palacio de Miraflores, en Caracas, a veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y tres. - Año 144° de la Independencia y 95° de la Federación.

(L. S.)

Marcos Pérez Jiménez

Decisiones de los tribunales

La Sentencia Giorgio Armani y la defensa de nombres en Venezuela

Víctor Bentata

D. D. y D. Fil. (Univ. Central de Venezuela y París)

Prof. inv. de la Univ. París V y del C.E.I.P.I.

Bentata Abogados, Caracas

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47

Universidad Católica Andrés Bello

Caracas, 1993

El 1-2-90 la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en Sala Político-Administrativa, atribuyó la propiedad de la célebre marca GIORGIO ARMANI a un tercero. Una sentencia de esta naturaleza, y más aún por parte del Tribunal Supremo del país no puede, ni debe, pasar desapercibida. El examen de este caso sorprendente debe, por tanto, retener nuestra más alta atención.

LOS HECHOS

Los hechos son de una extrema simplicidad. El entonces Registrador de la Propiedad Industrial concedió el 25-4-80 el registro de la marca GIORGIO ARMANI a favor de una persona física de nombre distinto para distinguir productos de la antigua Clase venezolana 39, es decir, artículos de vestir en que precisamente opera Giorgio Armani con su organización. Con ocasión de la petición de nulidad absoluta, el Registrador se declaró incompetente, y en apelación hizo otro tanto el entonces Ministro de Fomento.

El recurrente, en representación del legítimo Giorgio Armani, plantea en consecuencia el recurso contencioso-administrativo dentro del plazo legal, y pide la declaratoria de **nulidad absoluta** de la concesión de registro de la marca GIORGIO ARMANI a favor de un tercero por violar una prohibición expresa de la ley.

LA LEY

El artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial de 1955, establece la letra: “No podrán **adoptarse ni registrarse** como marcas... 10) “**el nombre completo o apellidos de una persona natural**, si no se presente en una forma peculiar y

distinta, suficiente para diferenciarlo del mismo nombre cuando lo usen otras personas, y **aun en este caso si se trata de un tercero, si no se presente con el consentimiento de éste**".

La ley es taxativa e imperativa. No sólo prohíbe el registro de nombres de personas distintas a su titular a menos que media su consentimiento, sino que va aún más allá: prohíbe la simple **adopción** de dicho nombre, es decir incluso sin registro. Es lo que se llama una típica **disposición de orden público**.

El artículo 36 de la misma ley, establece: "El registro de una marca queda sin efecto: ... (c) cuando por fallo de los Tribunales competentes se anule, por declararlo expedido en perjuicio de mejor derecho de tercero, o cuando promovida una cuestión sobre la validez de una marca, el fallo haya declarado que **la marca no ha debido ser concedida**".

El artículo 82 de la Ley de Propiedad Industrial, establece: "Cuando la solicitud se encuentre **incurra en las prohibiciones** contempladas en los artículos 33, 34 y 35 de esta Ley, se **negará su registro** mediante resolución escrita y razonada del Registrador".

Porsu parte, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece: "**El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo de recursos aunque no hayan sido alegados por los interesados**".

LA CORTE

Con celeridad inhabitual, la Corte pasa a considerar y a sentenciar el caso planteado. Al aceptar que el silencio administrativo es suficiente base para la formulación de un recurso contencioso-administrativo, la Corte insiste en aceptar la confusión del propio Procurador, según su informe rendido en este caso, entre nulidad absoluta y nulidad relativa, la primera derivada del artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos invocada por el recurrente, y la segunda del artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial citada, no invocada por el recurrente. Y pese a que el recurrente insiste de diversas maneras en la nulidad absoluta sin siquiera citar una nulidad relativa, **la Corte**

lee insistentemente un texto distinto al escrito y estima que se trata de una nulidad relativa. La misma declara:

“El artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos **no resultaba aplicable por existir otro medio diferente y principal para obtener la nulidad de la marca (sic), y así se declara**”.

La confusión entre ambos recursos, a toda costa, es inaceptable a nivel de la Corte Suprema de Justicia. La nulidad absoluta es tratada como **supletoria** de una nulidad relativa, cuando la situación jurídica planteada es precisamente la **inversa**: el orden público tiene y debe tener precedencia sobre cualquier acto. Si así no fuese, no existiría un Estado jerarquizado y el concepto mismo de “orden público” quedaría borrado del mapa legal.

Pero la situación se agrava al declarar la sentencia que el recurrente **ha podido** formular oposición y, para el caso de no hacerlo, “le cabe **únicamente**” el recurso de nulidad relativa. Con lo cual la confusión es tal, que ya no resulta imputable la administración pública por su falta de respeto a las disposiciones de orden público, sino que quien es imputable es el propio recurrente. Pero en Derecho no le toca a los privados la tutela del orden público, sino en primer lugar al Estado. Las cosas han podido ser todas distintas a lo que fueron, y el recurrente ha podido hacer o no hacer ciertas cosas, pero la ley sigue siendo la ley y no puede dejar de aplicarse.

Para la Corte, ya no es ahora la nulidad absoluta la que es supletoria, sino la nulidad relativa. Puesto que el privado no ha hecho oposición ni pidió la declaratoria de nulidad relativa dentro de los dos años que siguen a la fecha del registro, deja de existir nulidad absoluta por violación del orden público. El **non sequitur** es inquietante.

Y, siguiendo el criterio del Procurador, insiste la Corte en que “el recurrente... no precisó cuál fue el punto no resuelto, para que pudiera concluirse en si hubo o no violación de la norma cuya infracción se denunció”.

Como si no faltara la invocación de la violación frontal de una norma de orden público para que el Tribunal Supremo entre de inmediato a corregir la falta, máxime que la ley, como es natural, no introduce ni podrá introducir un lapso de prescripción a una acción de protección del orden público cuando es violado.

Pero la Corte va aún más allá al declarar “que la **resolución impugnada está formalmente motivada**” pese a que aquella desvía el peso del recurso de su eje central de nulidad absoluta a una cuestión lateral y periférica de nulidad relativa. La motivación, en cambio, debe referirse al rechazo de un pedimento tal como es formulado, en relación con la ley, y debe ser explícito.

Peligrosamente se entiende de la sentencia (recuérdese la célebre y desafortunada sentencia FIORUCCI de la Corte Superior Primera en lo Contencioso-Administrativo de fecha 15.12.88) que el Registrador no está en la obligación de cumplir las normas de orden público, cuando el interesado no ha formulado oposición y el Registrador encuentra en consecuencia (o por error) cumplidos los requisitos legales. Esto se halla contradicho por tantas otras sentencias de la Corte tal como es de esperarse.

Y al invocar el recurrente que el registro, tal como fue otorgado por la Administración, es de imposible e ilegal ejecución, la Corte rechaza el alegato, porque esta expresión “**requiere de una precisión**” concreta en cuanto a ... la imposibilidad material, o la ilegal ejecución”. Y reprocha al recurrente de no haber alegado este aspecto en la formulación del recurso, mientras que el propio recurrente está invocando el orden público y la nulidad absoluta de cuanto lo contradice. Y la violación de una disposición de orden público es de ilegal ejecución.

La Corte corona estas confusiones con la siguiente declaración: “El Registrador decidió como lo hizo, pues las mismas (disposiciones) constituyen situaciones o aspectos propios de la etapa del otorgamiento del registro, las cuales fueron constatadas por la Administración. En todo caso era, precisamente, en tal oportunidad que **el recurrente debía hacer la oposición** correspondiente para que de prosperar la misma, se negara el registro. De ahí que... **para la Sala no ha existido violación alguna** y así se declara”.

Esto significa que, para la Corte, la **obligación de formular oposición** existe, (aunque la ley lo considere opcional) como condición de salvaguarda del orden público. De no haber oposición, no hay violación (posible) del orden público.

ANALISIS

De un Tribunal Supremo de Justicia se espera la estabilización de una doctrina que dé un sentido social, además de legal, a las normas existentes. En la

suposición de oficio de que el Juez siempre conoce la ley, se supone también que éste encontrará los medios legales, dentro de la elasticidad interna que el sistema permite, para contribuir a un saneamiento legal conforme a las normas fundamentales, no sólo incluidas en la ley, sino en las buenas costumbres (siempre que no incurra en **ultra-petita**).

Con una lectura benévola y generosa, más aún que tolerante, de la sentencia, podría eventualmente buscarse una interpretación sutil e ingeniosa, **aunque completamente silenciada por la sentencia**, que pudiese darle alguna base legal. Esta es una prueba de buena voluntad con el fin de llevar este análisis a proporciones equitativas.

Imaginemos que en la expresión GIORGIO ARMANI existan **dos tipos o niveles de elementos**: en primer lugar, **la persona física individual** y privada del señor Giorgio Armani, persona viviente con sus hábitos particulares y su patrimonio moral privativo e inmanente y, por otro lado, la expresión GIORGIO ARMANI, promovida al rango de una marca comercial **independizada de la persona física** individual del señor Giorgio Armani, y que pueda tener una carrera económica propia.

Partiendo de un tal desnivel, la sentencia hubiese podido, **in extremis**, aunque desde luego no lo hace, argüir que la disposición del inciso 10 del artículo 33 de la ley citada, sólo puede referirse a **la identidad civil** de una persona física y en ningún caso a GIORGIO ARMANI como **marca comercial**. El espíritu de la disposición sería entonces la protección de patrimonio moral y de la privacidad inherente a dicha persona individual que tiene un domicilio físico, una identidad policial, y lleva una vida familiar. En cambio, hubiese podido argüir esta teoría, la marca GIORGIO ARMANI resultaría ser una entidad públicamente conocida y reconocida en el mundo y que, sin duda, sobrevivirá la identidad civil del señor Giorgio Armani. Resultaría como tal transferible a terceros, constituyendo así una entidad autónoma. El inciso 10 que protege la privativa del señor Giorgio Armani, solamente podría ser entonces invocado por el señor Giorgio Armani en cuanto individuo, o por el cesionario comercial de dichos derechos privados (lo cual es el caso). La ecuación entre la identidad civil, la firma personal y el retrato, todos privativos de una persona física, contrastaría así con la marca como ente separable y separado.

Como el recurso actual se refiere a la marca GIORGIO ARMANI, la identidad física debería entonces retroceder y desaparecer, de tal manera que el inciso 10 no resultaría aplicable. Es decir, que la sentencia podría también haber leído (esta vez mejor) que el recurso versó sobre una célebre marca, y no sobre la persona física del señor Giorgio Armani.

Insisto en que ni la ley, ni la sentencia presentan estos puntos de vista ni hacen estas distinciones. Están hechas tan sólo en el único espíritu de poder iluminar este extraño caso desde cuantos ángulos fuere posible, y de enriquecer la discusión y nuestras conclusiones.

Ahora bien, la **separabilidad** del nombre civil y del nombre comercial, según el argumento que presento, se apoya en el simple hecho de que cada uno de ellos es capaz de vivir con independencia del otro. Pero por cuanto la creación misma de la marca GIORGIO ARMANI es la **propiedad última** de quien se llama Giorgio Armani, por lo menos desde su nacimiento legal, es decir, de la persona civil, y representa en consecuencia una extensión de su personalidad en cuanto que plasma su capacidad creadora de negocios, la separación de ambos tendiente a desproteger la legitimidad de la propiedad real de la célebre marca GIORGIO ARMANI, es considerada por el autor de este estudio como **inaceptable**.

En apoyo a esta tesis, que por oposición a la separabilidad o disyuntiva llamaré de la **unidad**, citaré más adelante dos importantes sentencias extranjeras a falta de jurisprudencia nacional. La tesis de la disyuntiva bien podría objetar a la tesis unitaria, que ésta se apoya en una variedad de criterios éticos legalmente impertinentes, lo cual puede fácilmente degenerar en **criterios subjetivos** y en el fondo arbitrarios, como pueden ser la simpatía u otros elementos externos a los autos. Pero es sobre todo contra esta última tesis de separabilidad o disyuntiva que deseo argumentar.

En efecto, cualquier argumento que permita en última instancia atribuir la propiedad de la marca GIORGIO ARMANI a una persona distinta del señor Giorgio Armani y no autorizada por él, representa una forma de aplicar la ley en sentido **contrario a su espíritu** y en particular al espíritu de toda legislación de propiedad industrial.

Desde el momento en que la prohibición de registrar un nombre personal contra el consentimiento de su verdadero titular, por parte de un tercero, está **incluida**

en la propia legislación de propiedad industrial, es porque efectivamente implica la prohibición de que cualquier tercero pueda utilizar dicho nombre precisamente como marca. A ello se refiere el encabezamiento del artículo 33 citado. Si la violación de los derechos personales derivados de la identidad legal de una persona no tuviese interés marcario, bien podría la prohibición del inciso 10, ya citada, ser materia de una ley distinta a la de propiedad industrial e incluirse, por ejemplo, en el Código Civil.

Al establecerse la prohibición absoluta de registro en las condiciones previstas en la ley, queda previsto la prohibición absoluta de registro del nombre personal **como marca** y no como nombre personal. Es el **uso (abusivo) de dicha identidad personal en cuanto marca** lo que la ley prohíbe, y es el argumento fundamental por el cual los dos, nombre y marca, son legalmente inseparables.

Pero esta forma nuestra de querer **ayudar** a la sentencia, fracasa con la sentencia misma cuyo resultado es, en resumidas cuentas, otorgar el registro de la marca GIORGIO ARMANI a una persona física que no tiene la correspondiente identidad civil del señor Giorgio Armani, y ello **contra su voluntad**. Como esta conclusión es en sí inaceptable, la sentencia ha debido ser del tenor siguiente:

1. La prohibición de registro de nombres como marcas comerciales por parte de terceros no autorizados, constituye una prohibición de **orden público**. La premisa es la inseparabilidad del nombre y de la marca como única forma de protección del público contra abusos de todo tipo derivados de distinciones susceptibles de permitir el aprovechamiento indebido del crédito ajeno y favorecer enriquecimiento sin causa. Es decir que en **ningún caso** el uso como marca puede ser hecho **contra la voluntad** de la persona física de cuya identidad civil se trate.
2. La mera posibilidad que tiene el interesado de formular objeción o de presentar una oposición, o incluso de pedir la declaratoria de la **nullidad relativa** conforme al artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial de 1955, en nada afecta o puede afectar la prohibición de orden público señalada. El ejercicio de estos derechos es meramente potestativo y optativo, mientras que la prohibición de violación de una disposición de orden público es taxativa y no tiene prescripción. En efecto, el Derecho mismo no lo ha podido hacer contra la disposición legal.

3. La Corte no acepta la distinción radical entre la protección de una identidad civil y el uso de dicha entidad civil como marca comercial, ya que la misma resultaría en un fraude a la prohibición absoluta de orden público indicada, y la ley no puede conducir al absurdo. En consecuencia de ello, no puede decirse, por una parte, que como el punto en discusión es la **marca comercial GIORGIO ARMANI** sólo es aplicable el artículo 84 de la ley relativo a **nulidades relativas** de marcas comerciales como tales y que, por otro lado, sólo que la utilización de la identidad civil quedaría sujeta a la nulidad absoluta. ¿Qué **utilización** de la identidad civil de otro es concebible si no es como marca, es decir para su aprovechamiento comercial (salvo, desde luego, los casos de falsificación de identidad civil, que son de orden penal)? La teoría de la unidad del nombre y de la marca sin duda consolida la existencia de un acto viciado de nulidad absoluta, es decir, que no ha podido hacer nacer el derecho que se alega, el cual en consecuencia resulta ser puramente aparente.

Por lo tanto, y con el fin de restablecer la situación legal normal, el Registrador estaba en la obligación legal ineludible, conforme al artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de revocar su propio acto, y no lo hizo.

En consecuencia de cuanto antecede, el recurrente ha invocado la disposición correcta que sostiene a la vez el inciso 10 del artículo 33 de la ley citada, y además protege la propiedad de las marcas notorias, en lugar de concederse el disfrute del derecho exclusivo de GIORGIO ARMANI contra la voluntad del señor Giorgio Armani.

La Corte ha podido, por lo demás invocar, como base adicional de su sentencia, el que la marca GIORGIO ARMANI en manos de quien no es el señor Giorgio Armani, resulta ser obviamente **engañosa para el público**, ya que “puede inducir a error” por indicar una falsa procedencia u origen conforme al inciso 12 del artículo 33 de la ley citada de Propiedad Industrial. No hay duda de que prendas de vestir que llevan la marca GIORGIO ARMANI prestan a engaño si no son realmente procedentes, o patrocinadas, o autorizadas, por el señor Giorgio Armani al hacer creer, en buena fe, que lo son.

La importancia que reviste este tipo de sentencias no consiste tanto en revelar la existencia de lo que se llama “piratería” en sí misma, cosa por lo demás

frecuente, sino en el tratamiento oficial y judicial de dicha piratería. En efecto, si esto ocurre con una célebre marca, obviamente notoria, ¿qué puede esperarse de las marcas que no lo son?

En forma alguna la Corte puede permitirse sentencias que abran la puerta, mediante distinciones (implícitas), no contenidas en la ley y tampoco en la doctrina, a las prácticas de “piratería” que van más allá de las “parasitarias”, en su doble sentido de adquirir un derecho para luego revenderlo a su verdadero propietario, y de explotar los méritos acreditados por la iniciativa y actividad ajena. El combate de estas tentaciones explican los principios mismos de existencia de una legislación de propiedad industrial y constituye el fundamento de la represión de las prácticas ilícitas.

Debemos marcar la profunda decepción que este tipo de sentencia causa a los juristas que creemos que el Derecho es uno de los instrumentos de que dispone un Estado democrático para evitar la corrupción que entrañan las prácticas engañosas. Frente a la histórica sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso CIBA, desafortunadamente nunca igualada en Venezuela, hemos visto desfilar, en diversas jurisdicciones, sentencias tales como MAIDENFORM, ALCANVEN, FIORUCCI y ahora GIORGIO ARMANI, que amenazan con desestabilizar la sociedad.

Si bien las confusiones conceptuales son inherentes a la debilidad humana, aunque difícilmente sean apropiadas a una Corte Suprema de Justicia, no debe aceptarse que el nombre propio y a la vez marca comercial GIORGIO ARMANI haya sido concedido, **contra la voluntad** de su legítimo titular civil, a un tercero. Es fortificando los principios que lograremos sacar al país de una situación internacional, por decir lo menos, incómoda.

EJEMPLOS EN DERECHO COMPARADO

Con objeto de no dar la impresión de que las cosas tienen siempre que ser distintas en Venezuela de lo que son en los demás países del mundo, creo de interés general citar, en contraposición de la sentencia comentada, dos muy recientes sentencias producidas por los tribunales brasileros en el caso de los nombres TINOCO y CUSTODIO DE ALMEIDA.

a. Sentencia TINOCO

Los hechos del caso TINOCO son igualmente sencillos. José Carlos Tinoco Soarez es un respetado jurista brasileiro conocido por sus aportes al campo de la propiedad industrial. En su día constituyó, con un joven hermano y otra persona, una Sociedad Civil para explotar el ramo de la propiedad industrial. Con posterioridad la Sociedad Civil expulsó de ella al doctor Tinoco, pero pretendiendo conservar el patronímico TINOCO. Me permito recordar que en el Brasil la denominación comercial **no es registrable** en sí, sino que es protegible, como sucede en la mayor parte de los países del mundo, mediante normas de represión de la competencia desleal.

Por lo tanto, el nombre TINOCO no era una marca o denominación comercial **registrada**, sino únicamente un nombre acreditado en la profesión de abogado. Después de su expulsión, el doctor Tinoco demandó a la Sociedad Civil para que cambiase su nombre de manera a excluir toda referencia de esta última al nombre patronímico y civil TINOCO identificado, en cuanto nombre de empresa, con su persona, además de las condenas habituales.

El demandado arguyó que Tinoco era un nombre patronímico compartido por uno de los demandados, y que no figuraba en el nombre de la Sociedad Civil con objeto a confundirse con el actor, sino por “razones societarias” tratándose de un activo de la sociedad, e invocando el hecho de que el actor y el demandado son hermanos y tienen “igual derecho al uso del patronímico.”

Para decidir, el juez del 29 Tribunal Civil de Sao Paulo observa en su sentencia del 11 de octubre de 1990, que por primera vez aparece en la profesión el nombre TINOCO refiriéndose al actor y no al demandado, que el doctor Tinoco existía como experto en su ramo antes de que estuviera en Sociedad Civil con los demandados y que la clientela giraba en torno al actor. Y por cuanto el patronímico TINOCO giraba habitualmente en torno a las credenciales del actor:

“El patronímico Tinoco debe ser entendido como una marca, no en el sentido del derecho de propiedad industrial sino, tal como la misma expresión lo revela, en el sentido de aquel que a lo largo de su vida se dedicó, siendo notoriamente conocido, al derecho de las marcas y patentes, resultando sin lugar a dudas que, al persistir en el uso de dicho patronímico, tanto la sociedad

civil demandada como sus socios, tendrán un enriquecimiento sin causa, no pudiéndose apropiarse de este nombre para la obtención de lucros”.

En consecuencia, el Tribunal condena a la Sociedad Civil demandada, totalmente vencida en el proceso a, entre otros, (a) no usar el patronímico TINOCO en el ejercicio del Derecho, y a retirar dicho nombre del nombre de la Sociedad Civil, (b) cesar en el uso del nombre civil del demandado en toda la papelería, etc., (c) pagar los perjuicios causados desde la exclusión de la firma del doctor Tinoco por utilización indebida del nombre Tinoco, (d) en caso de persistencia indebida del nombre personal Tinoco, o aun del patronímico TINOCO, en el nombre de la Sociedad Civil, a multas diarias..., y (e) pagar las costas y costos del juicio, quedando los daños morales incluidos en los perjuicios a ser decididos por expertos.

La apelación ante el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, Octava Cámara, confirmó dicha sentencia, ratificando el justo prestigio adquirido por el autor Tinoco cuyo nombre sólo aparece en la Sociedad Civil por relacionarse con su persona. En virtud de ello “el patronímico TINOCO, como expresión de la personalidad del autor y en razón de sus actividades en el sector, se confunde con la propia identificación de su explotación”. La Corte además ratifica todas las condenas del Tribunal *ad-quem*.

Y respondiendo a otros alegatos de los demandados, el tribunal declara: “No se trata de atribuirle (al actor) exclusividad de uso del patronímico, tal como alegan los apelantes, sino de reconocer el alto prestigio de este nombre -TINOCO- gracias a los dotes personales del actor”.

El interés y la altura ética de esta sentencia es evidente si la contrastamos con la pobreza extrema de la sentencia GIORGIO ARMANI. Tanto más que en el presente caso no existía el patronímico registrado como denominación comercial o marca; que, además, se refería a la profesión liberal de abogado y no a una marca de producto; y que, por fin, prohíbe el uso del apellido en sí en el nombre de la Sociedad Civil, pese a que en ella sea socio el hermano del demandante. Existe pues una limitación a la libertad de comercio y de industria, limitación que se define como “licitud”. En cuanto a la ley de abogados concierne, el hecho de que sólo pueda figurar en el nombre de la sociedad civil quien es abogado, en nada implica que los nombres de todos los

socios abogados deban aparecer en el nombre de la Sociedad Civil. El tribunal lo deja bien sentado al considerar nombres alternativos que hubiesen podido darse a la sociedad para evitar la demanda.

b. Sentencia CUSTODIO DE ALMEIDA

En una segunda sentencia digna de ser citada, el doctor Custodio Cabral del Almeida promueve una acción contra Custodio de Almeida & Compañía que pertenecía a su hermano. Aunque la sentencia no tiene el carácter definitivo del caso TINOCO, y sigue en curso, es importante notar que el poder judicial de Sao Paulo claramente expresa que la demandada “se vale del prestigio del nombre” del actor, y ello pese a que el demandante y el demandado están **activos en ciudades distintas**.

El tribunal hace suyo el parecer de que “el nombre no posee valor patrimonial, no es un bien jurídico y constituye un derecho sobre la persona inalienable e imprescriptible. Dudas pueden existir si se tratase de una denominación social de que no trata este caso”. Se entiende que, al tratarse de una denominación social, lo que era el nombre civil adquiere un valor patrimonial privativo de quien lo constituyó. Tanto más lo es si la denominación social fuese una denominación comercial debidamente registrada, como sucede en algunos países, entre otros Venezuela.

El tribunal añade: “La sociedad limitada no podrá contener el nombre de quien no sea socio... (pero) parece cierto que el patronímico del actor viene siendo indebidamente usado”, de modo que la protección del actor es acordada, no por vía del Derecho especial marcario, sino del Derecho común.

La sentencia precisa: “Corresponde proclamar, por lo tanto, que el actor disfruta de renombre, ocupando posiciones destacadas, siendo ampliamente conocida su eficiencia en el ramo a que se dedica”, de tal manera que una sociedad civil no autorizada al uso de dicho nombre no puede “integrar su nombre aunque se trate de un patronímico” y pese a que ambas partes están activas en lugares muy diversos.

En consecuencia de ello, el tribunal condena a la demandada al cambio de su razón social, para que retire de ella el nombre del actor o cualquier evocación

del mismo (CUSTODIO DE ALMEIDA o CUSTODIO) en un breve plazo prescrito por él.

Y formulo el voto de que la Corte Suprema de Justicia, en materia de propiedad intelectual en que está en juego la moralidad pública, tenga por norte inquebrantable similares principios, y aproveche todas las disposiciones legales que el sistema ofrece con objeto de reforzarla y de constituirse en el legítimo representante de una sociedad venezolana mejor, y así contribuya a un porvenir más seguro y más digno para todos.

29-12-92

LA REPUBLICA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EN SALA

POLITICO-ADMINISTRATIVA

Magistrado-Ponente: Dr. Román J. Duque Corredor

En fecha 08-04-86, el abogado **Reynaldo Ramírez Serfaty**, debidamente identificado, actuando en nombre y representación de la empresa **Giorgio Armani S.P.A.**, sociedad de comercio, domiciliada en Milán, Italia, demandó la declaratoria de nulidad por ilegalidad de la Resolución N° 759-B de fecha 05-02-84 dictada por el Registrador de la Propiedad Industrial, publicada en el Boletín N° 304 del 31-05-85, “según la cual se niega la solicitud de nulidad de la marca GIORGIO ARMANI, a favor de Luis Fossati, clase 39, del 25 de abril de 1982, N° 94.184, Resolución ratificada por el ciudadano Ministro de Fomento, por silencio administrativo”.

Solicitó también el actor que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, “y con el objeto de restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declare igualmente la nulidad de la concesión de la marca “Giorgio Armani” a favor del ciudadano Luis Fossati, otorgada por el Registro de la Propiedad Industrial bajo el N° 94.184 el día 25 de abril de 1982, clase 39, nulidad que en definitiva, le fue solicitada, en el presente procedimiento al Registrador de la Propiedad Industrial e ilegalmente fue negada”.

Señala, por último, el recurrente, “que se agotó la vía administrativa y que el presente recurso se está ejerciendo en tiempo hábil, vale decir, dentro de los seis (6) meses vencidos los noventa (90) días hábiles que tuvo el Ministro para decidir y no hizo de conformidad con la Ley”.

Cumplido el procedimiento previsto en los artículos 122 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Sala, el 04-04-88, dijo “Vistos”.

Reconstituida la Sala en 22-06-89, por la incorporación de nuevos Magistrados designados por el Congreso de la República, quienes efectuaron la relación privada del expediente, se reasignó la ponencia al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo. A continuación la Sala pasa a dictar sentencia, previas las consideraciones siguientes:

PRIMERA

Como punto previo debe decidir la Sala los aspectos que de seguidas se exponen:

1. En el expediente administrativo, a los folios 18 al 20, corre la Resolución N° 818 del 25-04-86, suscrita por el Director General Sectorial, Consultor Jurídico del Ministerio de Fomento, quien actúa por delegación de firma contenida en la Resolución que se señala. Dicha Resolución declara inadmisibile el recurso jerárquico interpuesto el 03-06-89 por el ciudadano Víctor Bentata, actuando como apoderado de la firma italiana Giorgio Armani SPA, contra la Resolución N° 759-B del 31-05085 “por no llenar los requisitos exigidos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. Sin embargo, no hay constancia alguna en los autos que dicho acto haya sido notificado al interesado. De ahí que, desconocida la referida Resolución por el recurrente, por no haberle sido notificada, éste optó, transcurridos los noventa (90) días hábiles que determina el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para que decidiera el Ministro, por la aplicación de la figura del silencio administrativo negativo, contenida en el artículo 4 *ejusdem*, por recurrir judicialmente el acto desestimatorio tácito del recurso jerárquico ejercido en contra de la negativa del Registrador de la Propiedad Industrial de declarar nula la marca GIORGIO ARMANI.

Ahora bien, transcurridos los noventa (90) días hábiles que tenía el Ministro para decidir el recurso jerárquico y habiéndose optado por el silencio administrativo, el recurso contencioso-administrativo debió interponerse dentro del término de los seis (6) meses siguientes al cumplimiento de los noventa (90) días anteriores.

El recurso jerárquico fue interpuesto el 05-06-85, venciéndose los noventa (90) días hábiles, según el calendario oficial de la Administración Pública,

el **10-10-85**, fecha a partir de la cual comenzaban a correr los seis meses establecidos en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los cuales se vencían el **10-04-86**. De ahí que, si el recurso contencioso-administrativo fue interpuesto el 08-04-86, fue ejercido oportunamente, y así se declara.

No comparte, en consecuencia, la Sala el criterio expresado por el Procurador General de la República al emitir opinión en el presente caso, según la cual, el recurso intentado es inadmisibile por haber caducado el lapso para ejercerlo. En efecto, en caso de silencio administrativo las normas aplicables son los artículos 4º, 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así por ejemplo, la regulación de los efectos procesales del silencio administrativo negativo, entre otros, el de considerar agotada la vía administrativa para acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, se encuentra ahora en los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, **en concordancia con el artículo 4º eiusdem**. En efecto, en esta última norma se pauta que cuando la Administración Pública “no resolviere un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se **considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario**” (destacado de la Sala). Por su parte el artículo 92, antes citado, establece que: “Interpuesto el recurso de reconsideración, o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, **mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la administración para decidir**”, (destacado de la Sala). Y por último el artículo 93 **eiusdem**, determina que: “La vía contencioso-administrativa quedará **abierta** cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, **o no se haya producido** decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes”. Plazos estos que son los previstos en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Como se observa entonces, ahora, el no pronunciamiento de la administración no sólo permite la posibilidad de acudir a la vía contenciosa, sino que además produce -cosa que antes no sucedía- el efecto de **considerar que se ha resuelto negativamente**, permitiéndose al interesado ejercer el recurso en vía contencioso-administrativa.

En consecuencia de lo anterior, y en resumen, cuando la administración no decide en el término establecido, el interesado puede optar, en aplicación del silencio administrativo negativo, por intentar los recursos a que hubiere lugar dentro de los lapsos que al efecto “establezcan las leyes correspondientes”, como lo establece el artículo 93, *in finis*, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Si optare por esta alternativa, por ejemplo en caso del ejercicio del recurso jerárquico, el interesado debe interponer el recurso de anulación en contra del acto denegatorio tácito de dicho recurso dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del lapso de noventa (90) días de que dispone la máxima autoridad para pronunciarse sobre aquel recurso. Ello por aplicación de las normas antes citadas. En consecuencia, la Sala estima como objeto del presente recurso de anulación, la confirmación tácita por el Ministro de Fomento de la negativa del Registrador de la Propiedad Industrial de declarar nulo el registro de la marca GIORGIO ARMANI, y que dicho recurso fue interpuesto oportunamente, y así se declara.

SEGUNDA

El recurrente señala en su escrito de demanda como fundamento de su acción de nulidad, la violación de toda una serie de disposiciones legales, cuyo análisis se hará separadamente, como sigue:

a) Violación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Al efecto expresa el recurrente que cuando la “Resolución impugnada declara que la Administración no es competente para revocar su propio acto -viciado de nulidad absoluta- está desconociendo el contenido y por tanto deja de aplicar el citado precepto legal. En efecto, al existir una nulidad absoluta y radical, la administración sí es competente para declararlo y en todo caso esa fue la solicitud que se le planteó; por tanto, la administración debió examinar si había o no la nulidad debida y pronunciarse así sobre el fondo de lo planteado, pero nunca en un caso de nulidad absoluta podía declararse incompetente para conocer y decidir”.

Estima la Sala que, en el presente caso, no ha habido violación del artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, porque la solicitud inicial, en cuanto a la nulidad del registro concedido a la marca GIORGIO ARMANI, no fue hecha con fundamento en dicha disposición, sino en base a la

supuesta violación del artículo 33, numeral 10 de la Ley de Propiedad Industrial que a la letra dice:

“Artículo 33. No podrán adoptarse ni registrarse como marcas:...10. El nombre completo o apellido de una persona natural, si no se presenta en una forma peculiar y distinta, suficiente para diferenciarlo del mismo nombre cuando lo usen otras personas, y aun en este caso, si se trata del nombre de un tercero, si no se presenta con el consentimiento de éste”.

Pero es que, aun en el caso que la solicitud hubiere sido hecha con fundamento en la nulidad radical y absoluta referida en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ocurre que en el caso concreto existe una norma específica, establecida en una ley sobre la materia, que prevé como medio especial y principal para solicitar la anulación del registro ya concedido de una marca, una acción judicial de nulidad. En efecto el artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial, expresamente dispone:

“La nulidad del registro de una marca que hubiere sido concedida en perjuicio de derecho de tercero, podrá ser pedida ante los tribunales competentes, si el interesado no hubiere hecho la oposición a que se contrae el artículo 77 de esta Ley. La acción sólo podrá intentarse en el término de dos años, contados a partir de la fecha del certificado”.

De manera, que en el caso de autos el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no resultaba aplicable, por existir otro medio diferente y principal para obtener la nulidad de la marca, y así se declara.

b) Violación del artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial, por incorrecta aplicación. Según el recurrente, la violación denunciada se produce como consecuencia de que “habiéndose solicitado la nulidad radical y absoluta de un acto administrativo de concesión -ilegal- de una marca, el Registrador -y lo ratifica el Ministro de Fomento por su silencio-, confunde totalmente la acción intentada con la que pueda proponer el tercero por mejor derecho, y que efectivamente esta última sí es ante los Tribunales. En el caso que nos ocupa el solicitante es un tercero, afectado en su derecho al ver concedido ilegalmente su nombre y apellido como marca a favor de un extraño, pero no fue éste el fundamento de la solicitud planteada por nulidad absoluta y nuestro mandante,

aunque efectivamente tenía y tiene mejor derecho, escogió no la vía judicial que le correspondía en razón de la norma bajo examen y prefirió la vía de la nulidad absoluta y radical cuyo procedimiento y competencia nada tiene que ver con la acción prevista en el artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial, norma que de esta forma quedó infringida por incorrecta aplicación, pues la situación de hecho y de derecho planteada a la administración para su decisión no es subsumible en el supuesto que regula la norma. Por tanto, no podía el Registrador declararse incompetente con el fundamento de este artículo de la Ley y al obrar de esta forma, repito, infringió la norma bajo examen”.

Ahora bien, la Ley de Propiedad Industrial, en cuanto a la protección de los derechos que pudieran tener los terceros frente a una solicitud de registro, establece el siguiente regimen:

1. El sistema de oposición a la concesión con base en los dos supuestos que se especifican en el artículo 77 **ejusdem**; esto es, o por estar comprendida en las prohibiciones contempladas en los artículos 33, 34 y 35 de la propia Ley; o por considerar el opositor que tiene mejor derecho que el solicitante.

En el caso bajo análisis, según los términos de la propia demanda, la oposición pudo hacerse sobre la base del primer supuesto, es decir, por violación de la prohibición contenida en el ordinal 10º del artículo 33 de la referida Ley de Propiedad Industrial.

2. Para el caso de que el interesado no haga uso de tal derecho, de conformidad con el artículo 84 **ejusdem**, le cabe, únicamente, como se expresó anteriormente, solicitar la nulidad de la medida ante los tribunales competentes, y no a través de una solicitud administrativa de declaratoria de nulidad como la contemplada en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Esta era la vía única a seguir, y no le era dable al interesado impugnar la decisión del Registrador por otra vía distinta a la legalmente establecida. De ahí que, el Registrador, al decidir como lo hizo, expresando que carecía de competencia para anular el registro ya concedido, actuó ajustado a derecho, y así se declara.

c) Infracción del artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues “al negarse la administración a decidir sobre la base

falsa de una supuesta y negada incompetencia, ha incumplido con el deber de decidir a que se contrae el artículo bajo examen que también denuncia como infringido”.

Considera la Sala que el Registrador de la Propiedad Industrial, al decidir el recurso de reconsideración interpuesto contra la decisión contenida en la Resolución N° 3.145, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial, N° 289 del 10-02-84, resolvió, al dictar la Resolución N° 759-B del 28-02-84 expresando que carecía de competencia para anular el registro, el asunto que le fue planteado, por lo que no incurrió en infracción del referido artículo 89, y así se declara.

Además, el recurrente, como se lo exige el artículo 122, en concordancia con el artículo 113, ambos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no precisó cuál fue el punto no resuelto, para que pudiera concluirse en si hubo o no violación de la norma cuya infracción se denunció.

d) Infracción de los artículos 9, 18, 5° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Señala el recurrente que la “Resolución impugnada tiene una sola motivación o fundamento y al quedar demostrado -como en efecto quedó- que tal motivación es totalmente errónea, debe aplicarse el principio generalmente aceptado por este Alto Tribunal en el sentido de que una motivación única equivocada equivale a falta de motivación”.

Considera la Sala que en el presente caso, tampoco hay violación o infracción de las disposiciones señaladas. En efecto, en reiterada jurisprudencia se ha señalado que la motivación de los actos administrativos no exige ni la minuciosa exposición analítica ni la discriminada exposición de datos, hechos o razones en que se funde, siendo suficiente la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que justifican su emisión. De ahí que considere la Sala que la Resolución impugnada, está formalmente motivada puesto que, el Registrador de la Propiedad Industrial razonó su decisión de conformidad con los criterios anteriormente expuestos, y así se declara.

e) Violación del artículo 33, ordinal 10° de la Ley de Propiedad Industrial, por su no aplicación, al no declarar la nulidad solicitada, tanto por parte del Registrador como por el propio Ministro.

En el caso presente, como se expresó, la solicitud fue hecha el 02-02-72 para la marca GIORGIO ARMANI (Giorgio - Jorge) y otorgada el 21-04-80, después de haberse cumplido los trámites exigidos legalmente (artículos 71 y 76) de la Ley de Propiedad Industrial, cuyo incumplimiento no denunció al recurrente y sin que hubiere hecho la oposición a que hace referencia el artículo 77, numeral 1 **ejusdem**. De ahí que, el Registrador, cumplida las exigencias legales del caso, procedió a otorgar el registro respectivo, a juicio de la Sala, correctamente. Y en todo caso, tal como se ha expuesto reiteradamente, el recurrente debió actuar conforme establece el artículo 84 **ejusdem**, y no solicitar la declaratoria administrativa de nulidad del registro. Por tanto, se desestima la presente denuncia.

f) Violación del ordinal 3º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Señala el recurrente que dado que el acto cuya nulidad se solicitó “era de imposible e ilegal ejecución y por tanto incurso en causal de nulidad absoluta y radical, debió declararse tal nulidad y al no proceder de esta forma se incurrió por parte de la administración en la infracción denunciada, por no aplicación y desconocimiento de la misma”.

Estima la Sala que carece de fundamento el presente alegato, puesto que, en primer lugar, la imposibilidad de ejecución del acto o su ilegalidad, no fue planteada al ser intentado el respectivo recurso administrativo. Además, la imposible o ilegal ejecución requiere de una precisión concreta en cuanto al motivo invocado, puesto que debe responder a uno u otro motivo, es decir, la imposibilidad material, o la ilegal ejecución, y no a simples indeterminaciones sobre tal circunstancia o ambas, expuestas indiscriminadamente. Por esta razón, se desestima la anterior denuncia. Además, dada la naturaleza declarativa del acto impugnado como lo es la negativa de una solicitud de nulidad, éste carece de ejecución, por lo que mal puede denunciarse este vicio de ilegalidad, y así se declara.

g) Violación de los artículos 42, letra b; 70 y 82 de la Ley de Propiedad Industrial.

Manifiesta el recurrente que del conjunto de dichos artículos “se observa que el Registrador tiene la facultad -deber-, de otorgar y /o negar una solicitud de

marca y en consecuencia si la otorga debe ser porque no está incurso en causal prohibitiva y el solicitante cumpla los extremos de Ley. En el caso de la marca cuya nulidad se pidió por mi mandante, la concesión de la marca se hizo efectivamente en desconocimiento de causal prohibitiva y sin exigírsele en todo caso al solicitante el requisito del conocimiento del ‘titular’ del nombre y apellido objeto de la marca. Por lo expuesto infringió ahora el Registrador las normas denunciadas pues debió declarar la nulidad de la marca ‘Giorgio Armani’, tal como le fue pedido, al demostrársele que su concesión había sido ilegal y viciada por tanto de nulidad absoluta y radical. Una vez más al no obrar así se violó por su parte los artículos denunciados”.

Fue, contrariamente a la interpretación dada por el recurrente, del análisis de dichas disposiciones que el Registrador decidió como lo hizo, pues las mismas constituyen situaciones o aspectos propios de la etapa del otorgamiento del registro, las cuales fueron constatadas por la administración. En todo caso era, precisamente, en tal oportunidad que el recurrente debía hacer la oposición correspondiente para que de prosperar la misma, se negara el registro. De ahí que, también en relación a las disposiciones señaladas, para la Sala no ha existido violación alguna, y así se declara. Aún más, como ya se expresó, de haberse efectuado el registro en violación de las prohibiciones legales, la vía para denunciar las supuestas ilegalidades, era la de la acción contemplada en el artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial y no la de la solicitud de declaratoria de nulidad, a que se contrae el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y así se declara.

DECISION

En mérito de lo anterior, esta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA SIN LUGAR EL RECURSO DE NULIDAD intentado por el ciudadano REINALDO RAMIREZ SERFATY, a nombre y representación de la empresa GIORGIO ARMANI, SPA, ya identificada, por medio del cual se solicitó la declaratoria de nulidad por ilegalidad de la resolución N° 759-B, de fecha 28-02-84, dictada por el Registrador de la Propiedad Industrial.

Publíquese, comuníquese y archívese.

Dada, firmada y sellada en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en Caracas, el primer día del mes de febrero de mil novecientos noventa. Años: 179° de la Independencia y 130° de la Federación.

El Presidente
Luis H. Fariás Mata

La Vicepresidente
Josefina Calcaño de Temeltas

MAGISTRADOS:

Román J. Duque Corredor
Ponente

Cecilia Sosa Gómez

Pedro Alid Zoppi

La Secretaria,
María Luisa Acuña L.

RJDC./gac
Exp.: 5004

En primero de febrero de mil novecientos noventa, siendo las dos y veinticinco minutos de la tarde, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 38.

República de Venezuela
Sala Político-Administrativa
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Secretaria

**La valoración probatoria en la
Ley Orgánica sobre Sustancias
Estupefacientes y Psicotrópicas:
comentarios jurisprudenciales**

Elsie Rosales

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Central
de Venezuela (UCV). Investigadora del Instituto de
Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

PRESENTACION

JURISPRUDENCIA 1984-1987

LA JURISPRUDENCIA DE 1988: EL ESTADO ACTUAL

1992: EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL “INESPERADO”

PRESENTACION

El trabajo que ofrecemos constituye una introducción al tema de la apreciación probatoria en los procedimientos por drogas.

En tal sentido, debemos recordar que desde el 17 de julio de 1984, con la promulgación de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Losep), se incorporan reformas de importancia tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal.

En cuanto al primer aspecto mencionado, la LOSEP sustrae del Código Penal la criminalización de los delitos por drogas y establece nuevas conductas delictivas, vinculadas a las sustancias prohibidas. En relación al campo procesal, contempla un procedimiento especial y breve, en procura de una mayor celeridad en los trámites, con algunas inclusiones del juicio oral (audiencia pública del reo, evacuación de pruebas y actos de informes o conclusiones orales; verbigracia: artículos 148 y 172).

Dentro de esta última área, la puesta en vigencia de un enjuiciamiento especial para estos delitos, crea un paralelismo procedimental entre el juzgamiento por

delitos comunes y este juicio, por cuanto ambos son aplicados por los mismos tribunales competentes (juzgados de primera instancia en lo penal).

Igualmente, en materia procesal y específicamente en la esfera probatoria, introduce cambios tanto respecto a los cursos probatorios admisibles como en cuanto al sistema de valoración de los mismos.

En relación a las pruebas admisibles el juicio especial de la Losep acoge una enumeración restringida de los medios probatorios, al igual que ocurre con el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC) vigente; aun cuando, la lista de la normativa antidrogas contiene una enumeración mayor. Así, por un lado, fracciona algunas pruebas en forma innecesaria, erigiendo medios autónomos que en realidad se refieren a la misma cuestión. Por ejemplo, tal es el caso, de la prueba testimonial y el reconocimiento en rueda de personas que actúa como complemento de la primera en el proceso ordinario (CEC artículo 259). Mientras que por el otro, junto con las pruebas tradicionales reguladas en el enjuiciamiento ordinario, se incluyen, en modo independiente, otros recursos probatorios surgidos de los modernos avances técnicos-científicos y manejados por la doctrina probatoria contemporánea ¹.

En efecto, el artículo 244 del CEC únicamente admite a:

1. La confesión
2. La inspección ocular
3. Los documentos públicos y privados
4. Las declaraciones de testigos, facultativos o peritos
5. Los indicios o presunciones.

En cambio, el artículo 132 de la ley en estudio incluye a:

1. La declaración del indiciado
2. El reconocimiento en rueda de personas

¹ No obstante, la doctrina procesal también ha sostenido que los medios técnicos, tales como las grabaciones o los videos pueden ser ingresados al juicio penal por vía de una experticia, ya que por sí solos no pueden obrar en el proceso, pues es necesario realizar la comprobación de su licitud o veracidad con el auxilio de expertos (Borrego, 1990).

3. Los indicios o pruebas circunstanciales
4. Los testigos
5. La declaración de peritos
6. La experticia
7. La inspección ocular
8. Los documentos públicos y privados
9. Las pruebas de laboratorio o de la sección de técnica policial.

Ambas regulaciones pertenecen al sistema de la prueba legal, es decir, aquel en el cual los medios probatorios permitidos aparecen listados en el texto legal; aun cuando las listas varíen en su tamaño. Distinto es el caso del vigente Código de Procedimiento Civil (CPC), en el cual se permite ingresar libremente al proceso toda clase de pruebas lícitas presentadas por las partes. Esta última fórmula corresponde al sistema de la prueba libre ².

En cuanto al sistema de valoración probatoria, el artículo 170 de la Losep establece el método llamado “sana crítica”, también denominado “apreciación razonada” o “libre apreciación”. Para ello expresa:

En este procedimiento la certeza judicial deberá fundamentarse en los elementos probatorios que consten en autos, según la libre, razonada y motivada apreciación que de los mismos haga el juez.

Este sistema de valoración probatoria lo contempla la ley por oposición al sistema de la “tarifa legal” previsto para el enjuiciamiento penal ordinario. Así tenemos que el método de “la tarifa legal” o de “la prueba tarifada”, usado por el estatuto procesal ordinario, regula a lo largo del título correspondiente a las pruebas, el establecimiento de reglas de valoración precisas aplicables en cada caso a cada prueba, bajo determinadas condiciones (Título II, Capítulo II, III, IV y VI, artículos 247 y siguientes del CEC). Sólo en forma excepcional, el ordenamiento procesal penal venezolano admite cierto margen de libre apreciación del juez frente a ciertos medios de prueba, lo cual ha dado lugar a que se hable de tarifa legal atenuada ³.

² CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre. Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Alva, 1989, p. 24.

³ En este sentido, los artículos 268 y 276 CEC, permiten al juzgador cierto margen de atribución de mérito probatorio, que al decir de Devis Echandía corresponde al sistema de la **tarifa legal atenuada**, pues para este autor es erróneo hablar de sistema mixto (1981:86).

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Losep justifica la ampliación de los medios probatorios admisibles y el cambio del método de valoración, señalando que:

Los medios probatorios quedaron ampliados... (y) se adopta el sistema de la libre y razonada apreciación de las pruebas por parte del juez, la cual está más cerca de la certeza judicial de una justa aplicación de la ley.

En la práctica judicial, paradójicamente, con la reforma probatoria introducida, se ha presentado una serie de inconvenientes, confusiones y divergencias en la implementación del nuevo método de apreciación de las pruebas. Entre otras razones, debido a que los jueces venezolanos acostumbrados a utilizar un sistema de valoración tarifada o por lo menos, de tarifa atenuada -a la hora de sentenciar los casos por delitos de drogas- se han visto en la obligación de modificar la forma tradicional de apreciar las pruebas.

De hecho, la problemática planteada ha llegado a cobrar tanta magnitud que constituyó punto principal de la agenda de los talleres para jueces destinados al análisis de la aplicación judicial de la Ley, realizados en todo el país durante los años de 1987 y 1988, bajo la coordinación de la Corte Suprema de Justicia.

En el temario de este evento se mencionaba dentro del primer punto a debatir: “los aspectos sobre la elaboración de las sentencias definitivas y su contenido. El análisis de los alegatos de las partes. Valoración de las pruebas con especial mención acerca de la sana crítica y la revisión de los artículos 132 y 170”.

Entre las conclusiones recogidas pudimos observar las siguientes:

1. Con respecto al sistema de la sana crítica, encontramos que hay error en la técnica legislativa en lo referente a la valoración de la prueba, en virtud de que el mencionado sistema sustituye el sistema tarifado previsto en el Código de Enjuiciamiento Criminal. Así mismo, la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se contradice en cuanto al artículo 75 de dicha Ley, que señala que las declaraciones que rindan los delatores en el sumario deben ser valorados como un indicio⁴.

⁴ Conclusiones del Taller sobre la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas para Jueces del Distrito Federal y Estado Miranda. Caracas, 19 y 20 de noviembre de 1987.

La contradicción legal apuntada en las recomendaciones transcritas consiste en lo irreconciliable que resulta regular, por una parte, el método de apreciación libre y, por la otra, añadir dentro del mismo cuerpo normativo disposiciones contentivas de reglas valorativas predeterminadas sobre el mérito de la prueba.

Aun más, no conforme con “tarifar” la prueba en franca incongruencia con el sistema acogido en la ley, el artículo 75 sobrevalora las declaraciones de los delatores, obligando al juez a darles valor de “indicio grave”.

En tal sentido, es sabido que la fuerza probatoria del testimonio del coindiciado ha sido ampliamente censurado por la jurisprudencia nacional reciente, argumentándose a tal efecto, que otorgarle algún valor constituye una violación de los más elementales principios que rigen el Derecho Probatorio, con fundamento en la protección constitucional del derecho a la defensa ⁵.

Las razones esgrimidas estriban en que el delator es un copartícipe presuntamente interesado en mentir en el proceso, en aras de la propia exculpación. A lo que se suma la protección que tiene su dicho amparado por el derecho a la defensa, por cuanto su declaración es irrefutable en menoscabo de la situación del otro indiciado, quien queda despojado de toda posibilidad real para desvirtuar el dicho de su delator.

Como es obvio concluir, esta circunstancia se agrava en delitos por drogas debido a que el encabezamiento del artículo 75 en comentario, fomenta la delación bajo promesa de absolución. En consecuencia, la incongruencia planteada abre paso a condenas con sostén en el testimonio falseado del delator, pues el juez debe valorarlo como “indicio grave”.

En cuanto al camino seguido para abordar el tema de la valoración probatoria, hemos preferido el estudio de sentencias a nivel de instancia, por cuanto, como ya se ha afirmado anteriormente, en este ámbito las modificaciones legales incorporadas han traído, como consecuencia, una serie de confusiones en la aplicación del nuevo método.

⁵ Sentencia del Juzgado Décimo Superior Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Caracas, 14-8-89 (Tribunal asociado con ponencia de Orlando Monagas).

En vista de todo lo expuesto, hemos diseñado como metodología el estudio de una muestra de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, por ser éste el órgano encargado de brindar las líneas de interpretación definitorias, cuando conoce de la revisión de forma (artículo 165), instituto de características particulares que hasta cierta medida ha sustituido la falta del recurso de forma, cuando, en la praxis, se equiparan los supuestos de inmotivación de la sentencia por ausencia o fallas en la valoración de los elementos probatorios con la previsión del ordinal 2º del artículo 330 CEC.

Así mismo, en materia de casación, la otra recurrencia procesal que se ha prestado para el examen de “la sana crítica”, ha sido la infracción de fondo contenida en los ordinales 10º y 11º del artículo 331 del estatuto procesal, sobre violación de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba por cualquiera de los supuestos ahí contemplados, ya se trate de una errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, así como por falso supuesto.

De la misma manera, la otra oportunidad con que cuenta la Corte para intervenir en la valoración probatoria, opera durante el sumario en dos hipótesis:

- Cuando el juzgado superior ratifica la libertad otorgada en primera instancia.
- Cuando el tribunal superior revoca la detención decretada en la instancia inferior y ordena la libertad.

En estos supuestos, la ley especial prevé la posibilidad de que el fiscal del ministerio público solicite ante la Corte Suprema de Justicia la **revisión del sumario**, para que ésta se cerciore de las “bondades” de la orden de libertad (artículos 143 y 144). Con esta medida la Losep tergiversa las funciones inherentes al más alto tribunal, convirtiéndolo de hecho, en un organismo pseudo-policial de la judicatura.

En síntesis, en el gráfico adjunto podemos visualizar las tres oportunidades antes referidas, en que la Corte puede intervenir en la apreciación de las probanzas.

Por demás, la muestra la hemos seleccionado, entre sentencias de los años 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, publicadas en las revistas periódicas sobre jurisprudencia de casación penal ⁶ y las más recientes las obtuvimos en la propia Sala de la Corte, con anterioridad a su edición.

Igualmente, con la intención de resaltar el camino jurisprudencial de la Corte, en asuntos vinculados a la valoración probatoria en proceso por drogas, hemos tomado tres decisiones con fechas cercanas a la promulgación de la Losep que sirven para observar los efectos de la modificación jurisprudencial anotada.

JURISPRUDENCIA 1984-1987

Dentro de las sentencias pronunciadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con anterioridad a la entrada en vigor de la Losep, encontramos que en fecha 17 de febrero de 1984, procede el recurso de forma de **inmotivación**, conforme al ordinal 2º del artículo 330 CEC, por falta de análisis y comparación de las pruebas. En este fallo, la recurrida se limitó a indicar las pruebas sin compararlas entre sí y a señalar las normas que tomó para valorarlas (por supuesto, en uso de la tarifa legal). Esto, al decir de la Corte, constituye “falta de expresión, clara y terminante de los hechos que se declaran probados” que contraría el mandato del artículo 42 **ejusdem**, el cual ordena la motivación del fallo con explicación de las razones tanto de hecho como de derecho ⁷. Más adelante veremos, cómo después de la reforma probatoria introducida con la nueva Ley y aún hoy día, idénticos supuestos sirven de base a la **revisión de forma**, no obstante la proscripción del recurso de forma en los procesos por drogas por mandato expreso del artículo 165 de la (Losep). Entonces, pareciera que en cierta medida, la revisión del fallo realizada por la Corte intenta suplir la función originaria del recurso de forma, por lo menos en lo que al supuesto de inmotivación respecta ⁸.

⁶ Específicamente, Gaceta Forense y Casación Penal.

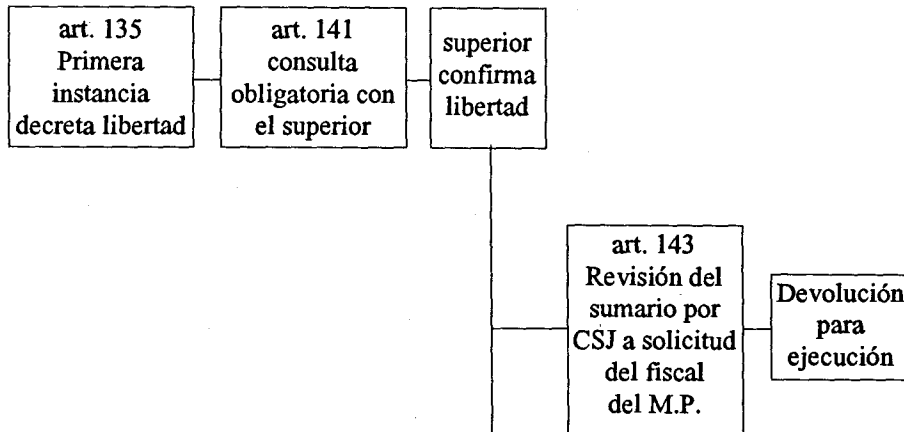
⁷ Consejo de la Judicatura y Universidad Central de Venezuela. Casación Penal (Jurisprudencia-Comentarios) 1984. Caracas, 1986, pp. 314-315.

⁸ Ver anexo del procedimiento judicial previsto en la Losep a objeto de apreciar las distintas oportunidades procesales en las cuales la Corte Suprema de Justicia revisa las sentencias de instancia.

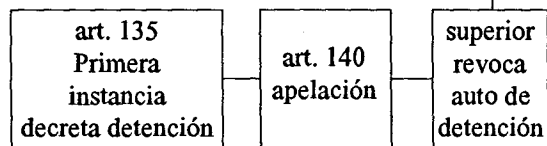
OPORTUNIDADES EN QUE LA CORTE INTERVIENE EN LA VALORACION PROBATORIA

EN EL SUMARIO:

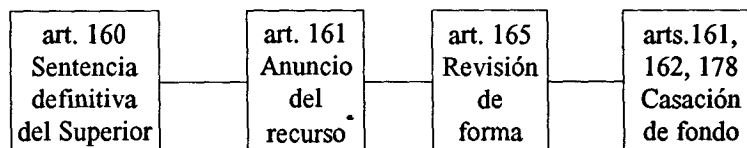
a)



b)



EN EL PLENARIO:



Con sentido similar, pero al mismo tiempo con una argumentación más amplia, en otra decisión del 29 de febrero de 1984, la Sala insiste en el indispensable examen comparativo de las pruebas. Sostiene que la soberanía de los jueces es **jurisdiccional y no discrecional**, razón por la cual, éstos debe someterse a las disposiciones legales relativas al respectivo caso. Específicamente, alude a los requerimientos de la motivación (exigida como elemento en la sentencia por mandato del 42 CEC), indicado que no debe limitarse a una mera “enumeración material e incoherente de pruebas ni a una reunión heterogénea de hechos, razones y leyes, sino que más bien se trata de formar un todo armónico constituido por elementos diversos que se eslabonan entre sí para ofrecer base segura y clara a la decisión”.

Asimismo, señala que la “comparación” de las pruebas es indispensable tanto para asegurar la correcta ponderación de todos los elementos favorables o adversos a la definitiva, como para conformar la unidad procesal partiendo de la diversidad de elementos procesados en autos ⁹.

Ya entrada en vigencia la nueva legislación sobre drogas, el 26 de julio de 1984, la Corte casa otra sentencia por idéntica infracción. En este caso, el sentenciador da por comprobada la culpabilidad del encausado en el delito de tenencia ilícita de estupefacientes, con base en unas declaraciones de testigos parcialmente transcritas, las cuales, afirma la recurrida sin más: **aparecen robustecidas con las experticias química y botánica de los estupefacientes**. La Sala, al destacar los errores cometidos, argumenta que se ha debido discriminar de las declaraciones, la parte directamente dirigida a comprobar la culpabilidad y adminicularlas con el resto de los elementos de autos, con las experticias química y botánica, comparando luego todas entre sí ¹⁰.

Lo asentado en otros años, al compararlo con lo resuelto en la actualidad, nos permite concluir que la apertura en la apreciación probatoria, no debemos entenderla como la supresión del debido razonamiento en el cuerpo del fallo y que en consecuencia, jamás debe conducir al menoscabo de la motivación que debe informar las decisiones de nuestros jueces. Sin embargo, a pesar de lo

⁹ Consejo de la Judicatura y Universidad Central de Venezuela. Casación Penal (Jurisprudencia - Comentarios) 1984, pp. 315-316.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 378-379.

afirmado, en 1985 abundan los casos de **inmotivación**. Frente a esta situación la Corte pretende resolver el asunto mediante la **revisión de forma** prevista en el artículo 165 de la Losep, debido a la supresión del correspondiente recurso de forma consagrado en el ordinal 2º del artículo 330 CEC.

Así, en sentencia del 28 de febrero de 1985, referente a un proceso por el delito de **tenencia de drogas ilegales** (iniciado bajo la vigencia del artículo 367 derogado) se detecta este defecto al establecerse la culpabilidad con fundamento en la indicación de diversos elementos probatorios, tales como testimoniales y la declaración indagatoria, sin haberse hecho el análisis y comparación previos. El sentenciador simplemente los mencionó y pasó a asignarles directamente valor específico según las reglas de la tarifa legal, con lo que da lugar a la mencionada infracción por **inmotivación** ¹¹.

Con igual sentido, otra sentencia absolutoria del 7 de mayo de 1985 en la cual se ordena al Juzgado Superior efectuar la corrección con vista del resumen de las pruebas de autos "... haciendo el debido análisis, comparación y balances (en este caso del acta policial y las declaraciones en ellas contenidas y de la declaración en rueda de detenidos), atendiendo a la concatenación de dichos elementos para establecer los hechos"¹². Otro fallo, con igual contenido, fue dictado el día 16 de julio del mismo año ¹³.

En sentencia del 27 de septiembre de 1985, la Corte ordenó subsanar defectos, al considerar: 1) Que no se estimaron, analizaron, ni valoraron algunas de las probanzas; en este caso el sentenciador censurado se limita a afirmar simplemente, que las testimoniales de autos "...constituyen en su conjunto un indicio singular, inapto de suyo para ser erguido como plena prueba". Además, añade la Sala que el juzgador debió citar las disposiciones legales aplicadas para apreciar de tal modo dichas declaraciones. Con la cual, pareciera exigirle al juzgador, el uso de reglas valorativas expresas ¹⁴. Obviamente, esta ausencia de claridad en los primeros pronunciamientos de la Corte contribuyó a la confusión reinante en instancia.

¹¹ Consejo de la Judicatura y Universidad Central de Venezuela. Casación Penal (Jurisprudencia - Comentarios) 1985. Caracas, 1986, pp. 140-141.

¹² *Ibidem*, p. 158.

¹³ *Ibidem*, p. 177.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 189-190.

En otra sentencia, del 11 de octubre de 1985, la Sala Penal reprocha la valoración parcial de los medios, por cuanto el juzgador censurado apreció sólo algunos elementos de autos en ausencia total del examen de otros, en virtud de lo cual la Corte detecta la comisión de idéntico defecto ¹⁵.

Con igual sentido, una decisión del 29 de octubre de 1985 constata la falta de apreciación de pruebas de la siguiente manera: "... a pesar que el sentenciador señale la existencia de algunas de las pruebas cursantes en autos, no la aprecia en ninguna forma con expresión del valor que tal prueba le merezca". También la sentencia comentada constituye uno de los errores comunes en instancia cuando el sentenciador se limita a mencionar el medio de prueba existente en autos pero no lo valora, ni mucho menos realiza el análisis y comparación exigidos ¹⁶.

La otra alternativa que toca la cuestión probatoria, viene dada por la interposición de la **revisión en sumario** (artículos 144-145 Losep) procedente a solicitud del fiscal, cuando el **a quo** decreta la libertad o el superior revoca la detención. En este sentido, puede verse la sentencia del 13 de agosto de 1985, donde la Sala insiste en la omisión de cita de disposición legal para apreciar las probanzas y la falta de examen y resumen de algunas de ellas (testimonios) ¹⁷.

Con respecto al año 1986, remitimos a Carlos Simón Bello Rengifo, quien en estudio crítico de la jurisprudencia de Casación evidencia la inexacta sustitución del recurso de forma por la revisión, en tanto que en la práctica, esta última sólo abarca algunos de los supuestos del primero. Para corroborar lo dicho reproduce los hechos que han servido de fundamento a la revisión. Así, dentro del género "omisiones o defectos formales" sostiene que la Corte, en primer término, parece prestar atención al **análisis parcial de pruebas**, bien sea por falta o insuficiencia de resumen. Entre las sentencias citadas, quizá la más importante sea una del 18 de diciembre, en la cual la Corte asienta que el **a quo** debe comparar, confrontar y determinar las probanzas sin limitarse a copiar y valorar los elementos probatorios"... debe concatenarlos y fundamentar las

¹⁵ *Ibidem*, pp. 191-194.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 195-196.

¹⁷ *Ibidem*, p. 180.

razones por las cuales los desecha o los acoge, sólo así las partes en el proceso y Casación en su oportunidad puede conocer lo analizado y lo omitido, lo apreciado y lo desechado”¹⁸. Con ello, la Sala quiere preservar el derecho a la defensa y el control de la potestad jurisdiccional que aporta el conocimiento de las razones del fallo.

Esta versión de la revisión, pareciera conectarse con los requerimientos de la “sana crítica”. Así, podríamos entenderla como la respuesta de la Sala a la confusión detectada en instancia por la errónea aplicación del nuevo sistema que acentúa el pronunciamiento de decisiones inmotivadas y sin exposición de razonamiento en el ámbito de la valoración probatoria. Además, la falta de análisis, concatenación y resumen de los diversos elementos probatorios, toca lo referente a la ponderación de los mismos, en tanto que dichos pasos proceden cualquier apreciación y permiten sentar las bases de una correcta valoración, independientemente de cual sea la forma de valoración empleada (tarifa o sana crítica).

Prueba de lo afirmado es que precisamente, las sentencias revisadas por acusar estos defectos formales, ponen de manifiesto la ignorancia respecto del sistema de valoración de “la sana crítica”. Muchas de ellas, no sólo abandonan el uso de “la tarifa legal”, sino que se limitan a mencionar los elementos probatorios que se acogen para sus conclusiones, sin explicar el razonamiento que los condujo a éste.

Lo cierto es que durante ese año todavía reinaba, en la esfera judicial, la confusión entre quienes creían correcto continuar aplicando las reglas valorativas del CEC y aquellos que consideraban que no debían ceñirse a ninguna regla expresa sobre el mérito de la prueba. Como hemos observado, la Corte, no obstante su función unificadora, avala dicha incongruencia al pronunciarse equívocamente respecto a la necesidad de citar o no regla valorativa expresa. Dicha afirmación la hace Carlos Simón Bello, quien para sostenerla, cita una

¹⁸ BELLO RENGIFO, Carlos Simón. “La Doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Materia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas a la Luz de la Nueva Legislación”. Casación Penal (Jurisprudencia - Comentarios) 1986. Caracas: Consejo de la Judicatura y Universidad Central de Venezuela, 1987, pp. 438-439.

sentencia del 18 de diciembre, de la cual reproducimos lo siguiente: “La Corte indica que no fueron resumidas las pruebas ni apreciadas en su valor legal”¹⁹. Por otra parte, este autor avala su afirmación indicando el criterio expresado por la Sala en fallo del 15 de octubre del mismo año, donde se considera que una **experticia química** constituye un “grave indicio” y debe valorarse conforme a los términos del artículo 276 CEC, en cuanto a las características personales, técnicas y científicas de los peritos que la realizaron²⁰.

En comentarios hechos a la sentencia del 27 de junio, Bello Rengifo dice: “La Corte no recrimina la **a quo** por haber valorado según la regla del 279 del Código de Enjuiciamiento Criminal, por lo que debe inferirse que la estimación según lo expresa no le pareció censurable, pero tampoco nada dice si la revisada no citó regla legal”²¹. En sentido contrario, se refiere que en sentencia del 18 de diciembre se ratifica el cambio de sistema al apuntar:

...por consiguiente ya la prueba no puede hacerse en este proceso especial en forma tarifada, ya que la certeza judicial deberá fundamentarse en los elementos probatorios que consten en autos según la libre, razonada y motivada apreciación que de los mismos haga el Juez y el cual parte del principio que lo importante en la apreciación de la prueba es la certeza personal del juzgador, la verdad íntima que a éste se le forme de las pruebas cuya búsqueda y recepción se hará según las formalidades legales, pero el sentenciador no puede limitarse a decir que “aprecia y valora” determinada prueba, sin razonar y motivar esa apreciación de la prueba como fundamento de la certeza judicial. En este sistema probatorio de las pruebas llevadas a los autos forman o no una certeza del Juez y éste en forma razonada y motivada la apreciará o desestimaré, estableciendo los fundamentos de hecho y de derecho para condenar o absolver citando las disposiciones legales sustantivas y procedimentales, pero sin tarifar las pruebas ²².

¹⁹ *Ibidem*, p. 442.

²⁰ *Ibidem*, p. 441.

²¹ *Ibidem*, p. 441.

²² *Ibidem*, p. 442. Con idéntico sentido nos encontramos con dos sentencias, del 7 de agosto de 1986 y del 26 de marzo de 1987, publicadas en la Gaceta Forense N° 132.

Las incongruencias apuntadas son las que avalan la interrogante del autor a quien hemos seguido, cuando concluye preguntándose: ¿No tarifar las pruebas significa no citar regla valorativa de la prueba? Como observa Bello Rengifo, durante ese año la Corte no resuelve la cuestión planteada. Sin disentir de esta opinión, percibimos que a partir de este momento la Sala se aboca con mayor dedicación al cumplimiento de su función pedagógica y uniformadora de la jurisprudencia de instancia, al intentar sentar criterios más cónsonos y precisos con el nuevo modelo de valoración.

Veamos qué sucede en los años siguientes.

El viraje sugerido lo observamos en la sentencia sobre revisión de forma fechada 26 de marzo de 1987²³. Utilizaremos esta decisión como modelo para constatar las fallas más generalizadas detectadas por la Corte, así como para ilustrarnos con el criterio de la misma.

El sentenciador **a quo** para dar por comprobado el cuerpo del delito se refiere a:

1. El acta policial de visita domiciliaria (precisa datos de identificación del procedimiento), valora la diligencia conforme al ordinal 7° (inspección ocular) del artículo 132 de la Losep.
2. Experticia toxicológica **apreciada conforme a lo dispuesto en el ordinal 6° del mismo artículo.**
3. Otra experiencia médico-psicológica (donde se circunscribe a transcribir conclusiones del informe) **valorada de acuerdo al ordinal 6°, arriba citado, en relación con el artículo 101 ejusdem, cuyo texto, por su parte, únicamente se limita a ordenar la realización de dichos exámenes.**
4. Testimoniales, las cuales simplemente menciona o, en el mejor de los casos, expone en forma genérica el contenido del cual extrae sus conclusiones, para terminar **valorándolas de acuerdo a la regla del ordinal 4°(testigos) del artículo tantas veces citado. Siendo que este artículo, en ninguna de sus partes, trae la regulación de reglas valorativas.**

²³ Ponencia del Magistrado Roberto Yépes Boscán, quien personalmente nos ha manifestado su interés por difundir el método de “la sana crítica”; mediante sentencias que expliquen en qué consiste este sistema.

De este modo, continúa su enumeración hasta agotar los medios estimados, incurriendo constantemente en la mención del artículo 132 de la Losep como norma útil para valorar el mérito de la prueba.

Luego en el capítulo de la culpabilidad el sentenciador se apoya en:

1. Declaraciones de la procesada, para lo cual se limita a transcribir párrafos de donde concluye que ésta no reconoce culpabilidad.
2. Testimoniales de funcionarios policiales y simples testigos. De las cuales, aun cuando algunas fueron analizadas parcialmente, sin embargo concluye que “nada arroja ni en favor ni en contra del reo”. Otra deposición fue desestimada “por no estar corroborada en las actas”, sin haber establecido previa comparación con estas últimas. Igualmente desestima otros dichos por considerarlos sospechosos de falsedad. Pero es el caso que esta última conclusión la extrae de la relación que establece con otros testimonios que no copia, analiza, ni compara, de modo que pueda sostener la razón de sus conclusiones.

De seguidas, pasa la Sala a constatar los errores formales relativos al aspecto probatorio e indica básicamente, tres grupos de fallas que podemos sintetizar así:

1. Falta de análisis, apreciación y valoración de pruebas.

Son los supuestos en los cuales el sentenciador se limita a transcribir las pruebas sin analizar sus contenidos; ni mucho menos valorarlas. Incluye el supuesto más burdo en el cual ni siquiera se hace mención de la prueba (la Corte ordena hacerlo especificando en cada caso).

2. Valoración establecida sin previo análisis o con análisis parcial del medio probatorio.

Se subsumen aquí los casos en los cuales el juzgador estima o desestima determinada prueba o le asigna un valor concreto, sin previamente exponerla, al no citar, analizar, ni comparar su contenido con las restantes cursantes en autos. De modo tal que imposibilita o dificulta la comprensión del origen de sus conclusiones (casos de las testimoniales arriba referidos).

3. Atribuciones de mérito probatorio con cita de la disposición en el artículo 132 de la Losep.

El sentenciador se limita a indicar que aprecia cada elemento probatorio, de conformidad con el ordinal respectivo del artículo nombrado, **sin precisar, ni razonar los motivos por los cuales admite estos medios.**

Este es el tenor de las observaciones de la Sala, y es precisamente aquí donde debemos detenernos para exponer dos asuntos:

1. El abordaje sistemático del método que propone la Corte: La asunción del sistema probatorio de “la sana crítica”, según se desprende de la doctrina contenida en la sentencia estudiada, requiere de lo siguiente:

a) Finalidad: establecer la **certeza judicial** mediante los elementos probatorios, entendiendo a ésta como certeza personal o verdad íntima del juzgador.

b) Fundamentación: razonamiento libre y motivada apreciación de los elementos probatorios.

c) Reglas del método:

- Búsqueda y recepción de las pruebas según las formalidades legales. Lo cual toca el tema de la licitud de la prueba, así como el aspecto relativo al elenco de prueba admisibles; en otras palabras, ¿cuáles son los medios probatorios que pueden traerse a juicio y bajo el cumplimiento de cuáles formalidades legales?

Debemos advertir que esta regla es inherente a la recepción de las pruebas en el Derecho Procesal contemporáneo, sea cual sea el sistema de valoración que se aplique posteriormente a ellas para apreciarlas.

- Establecimiento y exposición de los fundamentos de hecho y derecho, así como de la motivación para estimar o desestimar, con cita de las disposiciones sustantivas y procedimentales, pero sin tarifar.

Esta regla toca la confusión planteada en instancia y no resuelta en forma definitiva por la Corte a la que aludimos en páginas anteriores.

- La exposición de los motivos y razones de sus conclusiones, deben ser presentados de modo tal que se valgan por sí mismos y puedan convencer a los demás de sus dichos.

- Análisis de cada elemento probatorio en forma particular y en relación con el conjunto de probanzas, entrelazando unos con otros de manera de no desarticular las pruebas.

Este análisis de cada elemento probatorio en forma particular y en relación con el conjunto de probanzas, implica la exposición y concatenación de los diversos elementos probatorios y su relación con el resto. De esta manera, el juez no puede apreciar aisladamente una prueba y olvidar otra, tomando sólo lo favorable del reo y desestimando lo desfavorable o viceversa.

2. La crítica a la posición de la Corte frente a los errores detectados:

Cuando la Sala censura el fallo revisado por citar a cada ordinal respectivo del artículo 132 de la Losep, para darle valor a cada elemento probatorio “sin precisar, ni razonar, los motivos por los cuales los admite”, olvida el error esencial que gravita en este mecanismo. Porque como es bien sabido, la **admisión** de los medios toca la otra cara de la esfera probatoria, en tanto que se refiere al abanico de probanzas con capacidad potencial para ser admitidas en proceso, que es a lo que en definitiva se refiere el artículo 132. Pero en ningún caso versa sobre el establecimiento de reglas de valoración probatoria. De manera que la Corte no ha debido desestimar la oportunidad de clarificar criterio al respecto y no esperar hasta el año siguiente para desechar los recursos de fondo interpuestos con fundamento en el ordinal 10° del artículo 331 CEC, por infracción de la regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba por supuesta violación del contenido del artículo 132 enunciado.

LA JURISPRUDENCIA DE 1988: EL ESTADO ACTUAL

Ocho sentencias de la Corte nos sirven de muestra para expresar la tarea cumplida por el máximo tribunal en esta materia. La confusión y los errores cometidos por los sentenciadores en años anteriores, se reproducen por ausencia o deficiencia en la apreciación de los medios probatorios. En muchos

casos, los juzgadores no han entendido que la asunción del sistema de libre apreciación denominado de “la sana crítica” en ningún modo los releva del necesario análisis y concatenación de todos y cada uno de los elementos probatorios en un todo armónico, que los explique y los aprecie, uno a uno, indicando, previamente, las razones por las cuales se acoge o desestima cada una de las pruebas.

Todavía, después de cuatro años de vigencia legal y práctica, la Corte continúa ordenando en las revisiones **subsana los defectos formales de los cuales adolecen los fallos por ausencia o deficiencia en la apreciación probatoria**, bien sea porque no emiten pronunciamiento para estimar o desestimar algún medio, o porque no aducen razones suficientes para valorarlas, o no evalúan armónicamente el elenco probatorio en conjunto, de manera tal que pueda comprenderse, al leer la sentencia, el por qué se arriba a determinada conclusión. Prueba de lo dicho demuestran las sentencias revisadas del 8 de marzo, 30 de junio, 12, 13 y dos fallos del 20 de julio de 1988 ²⁴.

En relación con la corrección ordenada por ausencia del examen de los elementos probatorios, en sentencia del 8 de marzo se fundamenta la censura en el consecuente menoscabo del derecho a la defensa, al decir: “si la sentencia carece de fundamentación se hace nugatorio el derecho que asiste a la parte impugnante de formalizar las denuncias que considere oportunas por infracción de ley”.

Lo dicho se hace extensible a la valoración probatoria, en virtud del artículo 162 de la Losep que entre los requerimientos constitutivos de la sentencia enuncia: “La indicación de los medios probatorios y la valoración de los mismos”. Concretamente, el fallo revisado desestima una experticia cursante en autos al concluir que: “no puede atribuirse la fuerza probatoria contenida en el artículo 276 del Código de Enjuiciamiento Criminal”. Por argumento en contrario, entendemos que de haber sido suficiente dicha prueba se habría asignado el valor acordado en la citada regla valorativa, como es lo propio dentro del sistema de la tarifa legal. De más está indicar que la Corte no se pronuncia al respecto ²⁵.

²⁴ Así mismo, en cuanto a los fines y modalidades de la revisión pueden verse las sentencias de la Sala de Casación Penal del 8-3-87 y del 20-7-88.

²⁵ Sentencia de 8 de marzo de 1988. Revisión del fallo dictado el 21 de mayo de 1987 por el Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia (Ponencia de Gonzalo Rodríguez Corro).

En sentencia del 30 de junio la Corte revisa el pronunciamiento de alzada según el cual se absuelve a los procesados de los cargos por **tráfico de estupefacientes**, al considerar que no está plenamente demostrada la culpabilidad de los mismos²⁶. La recurrida para arribar a esta conclusión se limita a indicar las partes participantes en el juicio y el contenido de sus alegatos. Para ello, atribuye al fiscal la afirmación según la cual los elementos cursantes en autos son suficientes para condenar; mientras que reproduce el dicho exculpante de la defensa que sostiene la incongruencia del hecho, al decir: "... los exámenes toxicológicos practicados a dichos procesados no presentan residuos de cocaína... aun cuando el Cuerpo Técnico de Policía Judicial mantiene en sus actas que en el momento en que se realiza el allanamiento se estaban preparando bolsitas contentivas de un polvo de color marrón que se presume sea bazuco, por lo que los defensores no se explican cómo si estaban en contacto con el polvo, los informes toxicológicos sean negativos".

La corrección de este fallo, ordenada por la Sala, se fundamenta en la falta de **análisis y comparación de los elementos de juicio**. Al efecto, observa que la recurrida se limitó a establecer los alegatos y las partes en el proceso y agrega: "En la apreciación de las pruebas el Juez deberá hacerla tomando en cuenta los principios del sistema de 'la sana crítica'; es decir, debe apreciar en conjunto las pruebas existentes en autos, analizando y entrelazando los distintos elementos probatorios que consten en ellos, sin desarticular las pruebas; sin que sólo acoja la favorable para el reo y silencie lo que lo perjudique, o viceversa, admitiendo sólo lo que lo perjudique y silencie lo que lo favorece, no omitiendo pruebas, porque el fin es llegar a un conocimiento uniforme que será la base y estructura de la sentencia".

En sentencias revisadas del 12, 13 y 20 de julio de 1988, se ordena subsanar defectos formales por falta de apreciación de elementos probatorios; basándose, para la primera de ellas, en lo siguiente: el sentenciador al examinar la culpabilidad, recrimina al juez "**a quo**" indicando que este último deja reposar la responsabilidad del encausado en las declaraciones hechas por los funcionarios

²⁶ Sentencia del 30 de junio de 1988. Revisión del fallo dictado el 10 de septiembre de 1987 dictado por el Juzgado Superior Tercero de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua (Ponencia de Roberto Yépes Boscán).

aprehensores sobre los hechos de la captura, argumenta que como viene sentando el Juzgador de Alzada en situaciones similares: “Los instructores no son testigos en el **sentido propio y restringido de este término pues (tal condición)** les quita la necesaria objetividad que se precisa en la deposición de un testigo; por el contrario, las otras declaraciones rendidas en el plenario niegan los términos inculpatorios del decomiso, por lo que esta superioridad encuentra un solo indicio incriminatorio (las declaraciones de los funcionarios) **valorables en su conjunto conforme al ordinal 1° del artículo 279 CEC (De los indicios y presunciones) en relación al ordinal 3° del artículo 132 de la Losep;** en virtud de lo cual decreta la absolución”. Observa la Sala que el Sentenciador para arribar a la definitiva, no analiza, ni compara las deposiciones de los testigos indicados; así como tampoco se pronuncia para examinar un reconocimiento hecho en rueda de individuos, bien para acogerlo o desecharlo. De seguidas, paradójicamente, la Sala aprovecha la ocasión para reproducir lo dicho en sentencias anteriores al tratar “la sana crítica”: “... en la apreciación de la prueba el Juez deberá hacerla tomando en cuenta los principios del sistema de la sana crítica o sistema racional, esto es, debe apreciar en conjunto la prueba existente en autos, analizando y entrelazando los distintos elementos probatorios que consten en ellos, asignándole a cada uno, razonadamente un valor probatorio, sin desarticular las pruebas, es decir, sin que sólo acoja lo favorable para los reos y silencie lo que les perjudique o viceversa, admitiendo sólo lo que les perjudique y silencie lo que les favorece, puesto que el fin es llegar a un convencimiento uniforme que será la base y estructura de la sentencia²⁷.”

Mientras tanto, la Corte Suprema de Justicia desperdicia la oportunidad de sentar doctrina en lo referente al asunto de la necesidad de citar o no disposiciones legales sobre reglas valorativas.

Diferente es la situación planteada en sentencia del 13 de julio a través de la cual la Superioridad hace uso correcto de “la sana crítica” para estimar las probanzas. Así, para analizar la culpabilidad menciona, analiza y compara todos y cada uno de los hechos que se desprenden de las actas policiales de

²⁷ Sentencia revisora del fallo pronunciado el 28 de noviembre de 1986, por el Juzgado Superior Primero en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida (Ponencia de Roberto Yépes Boscán).

visita domiciliaria, de las declaraciones de los funcionarios policiales, de los testigos instrumentales y de otras personas, para luego establecer en cada caso con detalle si hay o no **contesticidad, contradicción o simple omisión**, en relación con **cada uno de los hechos que se pretenda dar por demostrado, entrelazando los testimonios de unos con los otros**. Cumplida la etapa de análisis, pasa la Alzada a establecer sus conclusiones sobre lo estudiado, **estimando o desestimando los medios probatorios, según sea el supuesto, para concluir otorgándoles determinado valor según se requiera, sin necesidad de recurrir a las reglas valorativas previamente establecidas en el estatuto procesal, sino que por el contrario, les reconoce el peso específico que estima conveniente**. Con estas conclusiones arriba el sentenciador a la absolutoria.

No obstante, Casación encuentra dentro de esa acuciosa exposición de probanzas (cuya extensión impide ser reproducida aquí), errores de forma por falta de apreciación de los siguientes elementos: experticia toxicológica para descartar el consumo y peritajes psiquiátrico y psicológico. Sin embargo, para nosotros la carencia de mención de los elementos anotados se debió, probablemente, a su impertinencia para demostrar o no la culpabilidad del encausado en el delito de tenencia investigado, pues por mandato del artículo 101 de la Losep, los exámenes médico, psicológico, psiquiátrico y toxicológico se practican para descartar el consumo de estupefacientes y proceder en su caso a la aplicación de las medidas previstas, por lo que en el cuerpo del fallo el juzgador centra su evaluación en la comprobación del injusto referido. Por demás, el juez, de hecho, no escatima esfuerzos y al dictar el pronunciamiento revisado ordena practicar dichos exámenes, con lo cual aborda de paso la cuestión del eventual consumo de drogas, pero en un momento distinto e independiente de la averiguación criminal ²⁸.

Dos sentencias del mismo 20 de julio, con sendas ponencias de Roberto Yépes Boscán y Otto Marín Gómez, entrecruzan los fines de la revisión con el sistema de la persuasión personal.

Así, el 24 de mayo de 1987, el Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas condena a dos de los ocho procesados por tráfico

²⁸ Sentencia revisora del fallo pronunciado el 5 de enero de 1988 por el Juzgado Superior Sexto en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (Ponencia de Roberto Yépes Boscán).

de estupefacientes. Es de hacer notar que en la presente actuación, la Sala circunscribe su revisión a las absolutorias, porque las condenatorias no exceden en ninguno de los dos casos el límite de ocho años necesario para la procedencia del recurso por infracción de fondo (artículo 178 de la Losep). Si esto es así, la revisión únicamente supliría al **recurso de forma por defecto en la valoración probatoria** cuando se trata de absoluciones o condenas superiores a ocho años. Lo cual, a nuestro modo de ver, mutila la función de la revisión que ha venido orientando la jurisprudencia de la Corte.

Lo más grave de esta situación es que nos coloca ante la discriminación de las condenas menores de ocho años, que en principio son reflejo de una menor reprochabilidad, favoreciendo por el contrario a los casos más graves. Además, el límite de penalidad inferior a ocho años corresponde a figuras como por ejemplo, la **tenencia de los enervantes ilegales** (seis a diez años), que como sabemos, en la práctica se encuentra con el tenue lindero del consumo no punible, pero que tiene enormes posibilidades de propiciar la estadía carcelaria de los encausados mientras la confusión entre consumo permitido y porte prohibido no se haya resuelto. (Artículo 33 de la Losep en concordancia con el artículo 97 y el primer aparte del artículo 136 *ejusdem*)²⁹.

Según lo que hemos observado, con la eliminación del recurso de fondo, el trato manifiestamente injusto dado a las condenas menores se hace extensible a la fórmula mediante la cual **la revisión suple el recurso de forma**, particularmente importante en materia de aplicación de la Losep, debido a que esto ha permitido a la Corte ir corrigiendo y estableciendo pautas para la adecuada implementación de “la sana crítica”, cuyo manejo, es obvio reconocer, requiere el **dominio de una racionalidad suficiente, al analizar, concatenar y valorar las pruebas, para no incurrir en violaciones de los principios del debido proceso.** Más aún, si entendemos que **de facto** la materia probatoria es la que va deslindar el terreno entre la cárcel y la libertad.

²⁹ Otros delitos con penas inferiores a ocho años son: tipo básico de peligro por consumo: 2 a 5 años (artículo 37); tipo básico de incitación al consumo: 3 a 6 años (artículo 38); tipo básico de incitación al consumo: 3 a 6 años (artículo 38); tipo básico de destinación de locales para el consumo: 3 a 6 años (artículo 36); inducción al consumo de deportista: 4 a 6 años (artículo 41); suministrado a animales: 4 a 6 años (artículo 42); consumo de centinela militar: 1 a 3 años (artículo 45, ordinal 3); consumo de oficial: 1 a 3 años (artículo 47). Asimismo resultarían perjudicados los PARTICIPES en el delito principal debido a que por su condición accesoria se les aplica menos pena. Inclusive los casos por delitos más graves, presentan la dificultad anotada, verbigracia, las condenas de 7 años y 6 meses impuestas a uno de los procesados y de 5 años al otro, por tráfico de estupefacientes, señaladas en la sentencia comentada.

De ningún modo podríamos comprender que la equivocada aplicación del sistema de “la sana crítica” condujera, por ignorancia o error, a la aberración de condenar, sin exposición de razones suficientes, con serio menoscabo del derecho a la defensa y que frente a esto, el máximo tribunal, por apresurada interpretación simultánea de los artículos 165 y 166 de la Losep, convalidara el absurdo de la ley.

Contestes como estamos en la función pedagógica y orientadora que para preservar la correcta aplicación de “la sana crítica” ha ejercido la Sala mediante el recurso de revisión, ¿tendría sentido no hacerlo también cuando por similares defectos la instancia condena a penas menores? Además, ante la evidente existencia de “los defectos formales” sobre apreciación probatoria detectados por las sentencias: ¿cómo podría la Corte ejercer el control que le facilite la revisión de forma del artículo 165 de la Losep?

El 22 de diciembre de 1987, el Juzgado Superior en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y del Territorio Federal Amazonas, para dictar la sentencia absolutoria por **detención de marihuana**, primero se circunscribe a realizar la elaboración doctrinaria del concepto de **tenencia**, para luego concluir en la ausencia de su comprobación, basado en las siguientes consideraciones hechas sobre las pruebas: 1) Testimonio del procesado donde niega los cargos imputados, así como sugiere que la droga le fue colocada por el ciudadano que practicó la detención. 2) Dudas acerca de la honestidad del captor (quien supuestamente encuentra la droga), pues fungía como confidente de la policía. 3) Además, según se desprende de los testimonios de los funcionarios policiales, estos últimos actuaron con posterioridad al supuesto decomiso. 4) Según la deposición del único testigo presencial del procedimiento, el ciudadano a quien se le señala como aprehensor, fue quien después de requisar al procesado “se agachó y recogió un papel y se lo metió (al procesado) en el bolsillo”.

Como es obvio, esta exposición dista mucho del tipo de estudio que exige la correcta aplicación del método de “la sana crítica”, para lo cual, el sentenciador tenía que haber transcrito parte de las deposiciones de cada uno de los testigos, así como cualquier otra prueba cursante en autos (como, por ejemplo, debió ocurrir con la experticia toxicológica de la droga incautada). Sólo para referir algunas de las múltiples fallas encontradas, destacaremos que el juzgador

debió concatenar las diversas declaraciones y establecer o descartar las contestididades o correspondencias que hubieren; verbigracia, entre la deposición del indicado y la del testigo presencial único. Así mismo, debió narrar el contenido de la deposición del sujeto que realizó la captura para luego estimarla o desestimarla. Faltó también las declaraciones de los funcionarios policiales, su calificación como testigos referenciales, así como cualquier relación que pudiese emerger de sus dichos, para finalmente atribuirles determinado valor. No podríamos formar nuevo criterio con la escueta narración que el juzgador hace y es por todo ello que la Sala, en sentencia del 20 de julio, afirma:

El juzgador se limitó a conceptualizar lo que se debe entenderse por detención para concluir que no existe en autos suficientes elementos de convicción que conlleven a la certeza judicial... sin haber hecho un análisis y comparación de los elementos cursantes en autos, acogiéndoles o desestimándoles, a los fines de determinar como lo hizo que no está probada en autos la perpetración del delito...

La Corte continúa su intervención con la explicación de los fines de la **revisión de forma** que le da sentido a la corrección ordenada: "... tiene la doble finalidad a saber, salvaguardar el orden público y el interés de las partes y en fallos como el de autos se hace imposible la formalización de fondo, por cuanto no se establecen con precisión los elementos de juicio que se acogen o desechan para absolver el encausado..., es decir no hay expresión cabal del resultado del proceso". Con ello demuestra, claramente, la finalidad de **control** que hemos destacado a lo largo de este trabajo.

Hemos escogido dos sentencias para ilustrar el tratamiento de la valoración probatoria en la resolución de **recursos de fondo**. En efecto, contra el fallo dictado el 29 de enero de 1987, el fiscal formalizó el recurso de fondo por **violación de la regla legal expresa sobre el mérito de la prueba**, fundamentándose en la infracción del ordinal 10º del artículo 331 CEC. Considera el formalizante que la recurrida desestimó la declaración de un funcionario policial con fundamento en la discordancia observada entre ésta y el acta policial de detención, en cuanto a la fecha, la hora y la identificación del procesado. Para reforzar su censura agrega que si bien es cierto que los artículos 265 y 268 de la ley procesal le otorgan al juez amplias facultades, para desestimar la prueba de testigos por error o falsedad en la declaración, ello no

impide su control por Casación. Por su parte, la Corte para decidir el recurso observa que el recurrente basó su denuncia en el ordinal 10º del artículo 331 **ejusdem**, pero es el caso que dicho ordinal procede cuando **hay violación de regla expresa para valorar el mérito de la prueba**, ya sea que esto ocurra por errónea interpretación, indebida o falta de aplicación. En consecuencia, es indispensable que las infracciones de normas que se acusen con fundamento en este ordinal, deben contener “regla de valoración expresa”. Pero como el sistema de “la sana crítica” no exige valorar las pruebas conforme a regla legal expresa, es obvio que no procede esta infracción. En conclusión, la violación imputada a la recurrida no se debe censurar en Casación con fundamento en esa disposición, por lo que el recurso intentado es desechado.

Distinto es el caso de la infracción de fondo por **falso supuesto**, también expresada en el ordinal 10º del artículo 331, el cual sí puede ser invocado en materia de drogas, siguiendo la teoría procesal general aplicable a estas situaciones.

Muy ilustrativa la sentencia que motivó el recurso intentado contra la decisión del Juzgado Superior Segundo en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda con fecha 18 de febrero de 1986, en la cual se condena a los procesados por el delito de **tráfico de estupefacientes**. Hecha la revisión de forma, el 27 de enero de 1987, la defensa presentó escrito de formalización donde se denuncia **violación de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba con base en el ordinal 10 del estatuto procesal, por indebida aplicación de los ordinales 3º, 4º, 5º, y 6º del artículo 132 de la Losep**, en relación con los testimoniales, el acta policial y la experticia química, las cuales, según afirma la defensa, el sentenciador **valoró como indicios según la regla del artículo 132 ejusdem**. Pero es el caso que esa norma no contiene ninguna regla de valoración, sino que se limita a enumerar los medios probatorios admisibles en este procedimiento especial. Además, salvo el error de técnica legislativa consignado en el ordinal 2º del artículo 75, la Losep, no contiene reglas sobre el mérito de las pruebas. Recordemos que en la presentación de este trabajo hicimos mención a esta disposición que específicamente le impone al juzgador apreciar la declaración del co-reo rendida durante el sumario con un indicio grave contra el co-indiciado.

Dignas de reflexión son algunas de las denuncias presentadas por la formalizante. Por ejemplo, se destaca la duplicidad de estimación valorativa de un acta de allanamiento y de la declaración del funcionario actuante que, como indica la defensa con razón, ha de entenderse como formando parte del acta anterior. Además, censura el recurrente que se otorgue al informe policial valor de plena prueba por el solo hecho de considerarla documento público. Cuando es sabido que la ausencia del forjamiento del acta (caso de falsedad material) en nada obsta a la verdad de su contenido (falsedad ideológica). Así como es impropia la consideración de la diligencia policial *per se* como medio de prueba, cuando es clara su naturaleza de trámite policial, a los fines de la vigilancia administrativa de las actuaciones de los funcionarios y del organismo. Por otro lado, en ninguna parte del estatuto procesal se les otorga la función de medio de prueba, por lo que mucho menos sensato resulta clasificarlas de “documentos públicos” para aumentar el peso que se le pretenda otorgar a su contenido. A lo más, el juez podrá recoger la testimonial en ella contenida y procesarla como tal.

La cuestión procesal radica en que el denunciante fundamenta sus dichos en las disposiciones de los ordinales 5° y 10°, siendo que ya con anterioridad dijimos que no pueden ser invocados en juicios por delitos relativos a las drogas. En consecuencia, como Casación reduce a estas fallas su rechazo, perdimos la oportunidad de escuchar la opinión de la Sala en tópicos como los aludidos arriba.

En la fundamentación del otro recurso de fondo, la defensa se apoya en la infracción del ordinal 11° del mismo artículo 331, originada en la **violación de precepto legal expreso por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación del artículo 170 de la Losep**, que contempla el sistema de valoración probatoria que venimos estudiando. La Sala para desechar esta denuncia argumenta que: “el recurso de fondo se refiere a vicios que afectan la parte sustancial o sustantiva del proceso”, lo cual no se compadece con la naturaleza de la citada disposición que se circunscribe a consagrar un determinado tipo de sistema de valoración probatoria.

La otra infracción denunciada se basa, igualmente, en el ordinal 10° del artículo 331 citado, pero en este caso se indica expresamente que se trata del supuesto de **errónea interpretación** del artículo 170 arriba nombrado, por insuficiencia de motivos o razones para condenar, es decir, no se expresan con claridad las pruebas y los razonamientos que preceden al establecimiento de la

responsabilidad criminal. Aquí, nuevamente, la Corte rechaza la petición por las mismas razones explicadas anteriormente.

Sobre la esencia misma de la denuncia pareciera que el Alto Tribunal le bastara la revisión que precede al recurso de fondo, la cual según se desprende de su actitud, debería permitir subsanar cualquier vicio que afectara la apreciación del mérito probatorio por ausente o deficiente expresión del mismo.

Finalmente, el formalizante para poder sostener la infracción del ordinal 11° del artículo 331, basada en la **errónea interpretación** del artículo 12 del CPC, argumenta que el juzgador tergiversó el contenido literal de las pruebas de autos y que como el sistema de “la certeza judicial” no contiene regla tasada de valoración, resulta aplicable el dispositivo del artículo 12 del CPC cuya violación se denuncia (el contenido de este artículo versa sobre la sujeción del Juez a lo alegado y probado en autos). La Corte desecha la denuncia tangencialmente por considerar que en reiterada jurisprudencia, ya se ha establecido que no procede la supletoriedad de esta norma civil en el procedimiento penal porque lo penal contiene sus propios dispositivos de uso preferente. Por último, concluye el formalizante acusando violación de los ordinales 3°, 4° y 8° del artículo 132 de la Losep basado en al **falso supuesto** y remite al contenido de autos. En esta ocasión, perdimos la oportunidad de oír el pronunciamiento de la Sala en estos asuntos donde urge el establecimiento de doctrina; porque ésta, concluye rechazando el recurso debido a la equivocación del recurrente al no concatenar cada uno de los hechos de autos con los supuestos dados por probados en los cuales gravita la infracción denunciada, así como cierra su decisión afirmando la incapacidad de la Corte para suplir la falta de formalizante. De esta manera, la Sala de Casación Penal resuelve el recurso interpuesto el 10 de agosto del presente año ³⁰.

1992: EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL “INESPERADO”

A la postre, durante los últimos cuatro años y, específicamente hasta finales de 1992, la jurisprudencia ha seguido sin mayores variaciones la línea trazada en años anteriores. No obstante, el 9 de diciembre de 1992 se produce el cambio

³⁰ Ponencia de Roberto Yépes Boscán.

“inesperado”, pues la Sala de Casación Penal, con ponencia del magistrado Juvenal Salcedo Cárdenas, da un giro en cuanto al recurso de fondo vinculado a la valoración probatoria.

En efecto, la sentencia citada de la Corte, sostiene que el formalizante basa su denuncia en que la recurrida **aplicó indebidamente el artículo 279, ordinal 1° del CEC - referido a la prueba de indicios- dándole un valor probatorio tarifado a un acta policial y a un testimonio cuando lo que debió aplicar fue la sana crítica.**

Ahora bien, el **quid** del asunto radica en que la infracción de fondo que se denuncia se basa en el **ordinal 10° del artículo 331 del CEC, el cual contempla: “Cuando haya habido violación de regla legal expresa sobre el mérito de la prueba por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación; o el fallo se funde en un falso supuesto”.**

Vale decir que el formalizante denuncia la infracción del segundo supuesto del ordinal 10°, cual es: la indebida aplicación de regla legal expresa sobre el mérito de la prueba contenida en el artículo 279, ordinal 1°.

Sin embargo, recordemos que hasta la fecha la Corte venía reiterando que cuando se tratara de la ley antidrogas no podía invocarse la infracción del ordinal 10° en lo que se refiere a la violación de regla legal expresa, pues esta ley contempla el sistema de sana crítica que no se sujeta a reglas de valoración tasadas por el legislador.

Es claro, entonces, que el viraje jurisprudencial permite ahora lo que con anterioridad había sido negado en forma rotunda: invocar el ordinal 10° del artículo 331 del CEC para fundamentar infracciones de fondo. Por ello, esta sentencia sale con dos votos salvados plenos de razón, el de Yépes Boscán y el de Romero.

En conclusión, el hecho de que sea indiscutible que el sistema de sana crítica no admite invocar infracciones de fondo por violación de regla de mérito para valorar las pruebas, no quiere decir que la Corte no deba abrir caminos para el control de la actividad juzgadora en aras del derecho a la defensa; pero esto, debe hacerlo sin violentar el orden jurídico ni perderse en disquisiciones que

poco contribuyen al mejoramiento de la administración de justicia. Quizá, podrá reflexionarse sobre la posibilidad de admitir la violación del precepto legal, según los términos del ordinal 11° del artículo 331, habida cuenta de lo frágil que han sido las excusas para no admitir denuncias basadas en esta causal.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

ALCALA ZAMORA y CASTILLO, Niceto y LEVENE Ricardo. **Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.

ANGULO ARIZA, F.S. **Apuntes de Clases**. Caracas: Distribuidora Pensamiento Vivo, tesis 3 V, Universidad Central de Venezuela, 1945.

BELLO RENGIFO, Carlos Simón. "La Doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Materia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas a la Luz de la Nueva Legislación". **Casación Penal (Jurisprudencia - Comentarios)** 1986. Caracas: Consejo de la Judicatura y Universidad Central de Venezuela, 1987.

BORREGO PEREZ, Carmelo E. "Algunas Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y los Derechos Humanos". V **Jornadas Venezolanas de Criminología**. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos. Colegio de Abogados del Estado Lara, 1989.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. **Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre**. Tomo I, Caracas: Editorial Jurídica Alva, 1989.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría General de la Prueba Judicial**. Tomo I. 5ª edición. Buenos Aires: Víctor P. de Zavala, 1981.

FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. Volumen II, 2ª edición. México: Editorial Labor S.A., 1952.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal**. 2ª edición. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1931.

MALDONADO, Pedro Osmán. **Pruebas Penales y Problemas Probatorios**. 2ª edición. Caracas: Impresora Avilarte S.A., 1984.

Publicaciones Periódicas

Casación Penal (Jurisprudencia-Comentarios). Caracas: Consejo de la Judicatura y Universidad Central de Venezuela, 1983, 1984, 1985, 1986.

Gaceta Forense N° 132. Caracas: Corte Suprema de Justicia.

Leyes

Constitución de la República. Gaceta Oficial 3.251 Extraordinaria del 12-4-83.

Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial N° 3.411 Extraordinaria del 17-07-84.

Código de Enjuiciamiento Criminal. Copia de la Gaceta Oficial N° 788 Extraordinaria del 3-2-62.

Documentos

Sentencias de la Sala de Casación Penal
26-03-87 Ponente: Roberto Yépes Boscán
08-03-88 Ponente: Gonzalo Rodríguez Corro
12-07-88 Ponente: Roberto Yépes Boscán
13-07-88 Ponente: Roberto Yépes Boscán
20-07-88 Ponente: Otto Marín Gómez
20-07-88 Ponente: Roberto Yépes Boscán
27-07-88 Ponente: Roberto Yépes Boscán
10-08-88 Ponente: Otto Marín Gómez

Máximas de Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal. Gaceta Forense N° 133 vol. IV. Caracas, 7-8-86.

Sentencia del 9 de diciembre de 1992, Sala de Casación Penal, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Dr. Oscar Pierre Tapia, N° 12, 1992, pp. 366 y ss.

**LA REPUBLICA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE:**

El Tribunal Arbitral integrado por los doctores ENRIQUE LAGRANGE, NEY HIMIOB M. y GONZALO PEREZ LUCIANI, designados conforme a documento de Compromiso Arbitral suscrito por la COMPAÑIA ANONIMA DE ADMINISTRACION Y FOMENTO ELECTRICO (CADAFE) y el CONSORCIO IMPREGILO-SURAMERICANA DE OBRAS PUBLICAS, C.A., y juramentados por ante el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 31 de octubre de 1989, llegada la oportunidad de rendir su laudo, lo hacen en los siguientes términos:

El presente procedimiento se inició mediante la consignación, por ambas partes, ante el mencionado Juzgado, el 30 de octubre de 1989, del Compromiso Arbitral firmado entre ellas, el día 25 de ese mismo mes, por ante la Notaría Pública Décima de Caracas, donde quedó anotado bajo el N° 1, Tomo 47 de los Libros de Autenticaciones. Dicho Juzgado recibió el Compromiso Arbitral y abrió el expediente N° 897999, en el cual están igualmente consignados los instrumentos donde constan la identificación y la representación de las partes en este procedimiento, así: la COMPAÑIA ANONIMA DE ADMINISTRACION Y FOMENTO ELECTRICO (CADAFE), domiciliada en Caracas e inscrita en el Registro Mercantil de la entonces Primera Circunscripción Judicial, el día 27 de octubre de 1958, bajo el N° 20, Tomo 33-A, en lo sucesivo denominada "CADAFE", representada por el abogado doctor José Vicente Melo López, titular de la Cédula de Identidad N° 4.349.358, en su carácter de Representante Judicial de "CADAFE" y debidamente facultado para suscribir el Compromiso Arbitral por la Cláusula Cuadragésima Quinta del documento constitutivo y de

estatutos de dicha Compañía, y el CONSORCIO IMPREGILO-SURAMERICANA DE OBRAS PUBLICAS, C.A., denominado en lo sucesivo “EL CONSORCIO”, constituido por las firmas Impresit Girola Lodigiani (Impregilo) S.P.A., sociedad mercantil constituida conforme a las leyes de la República italiana, con sede en Milán, vía Santa Sofía, N° 37, domiciliada inicialmente en Caracas, según documento inscrito ante el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el día 10 de mayo de 1979, bajo el N° 12, Tomo 53-A Segundo, y luego cambiado a la localidad de “La Honda” en el Distrito Urbante del Estado Táchira, el 23 de febrero de 1983, bajo el N° 9, tomo 4-A, y Suramericana de Obras Públicas, C.A., inicialmente denominada “Smeraldi y Faveretto, C.A.”, inscrita originalmente ante el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el día 26 de septiembre de 1960, bajo el N° 3, Tomo 30-A, cuya denominación actual quedó inscrita ante la Oficina de Registro citada, el 1° de febrero de 1983, bajo el N° 50, Tomo 20 Segundo, representadas la primera de ellas por Pilade Marcelloni, mayor de edad, domiciliado en Caracas, titular de la Cédula de Identidad N° E-81.643.977 y la segunda por César Naranjo Ruiz, mayor de edad, domiciliado en Caracas y titular de la Cédula de Identidad N° 2.944.958, firmas las nombradas que fueron conocidas como “CONSORCIO IMPREGILO-SMERALDI” y hoy como “CONSORCIO IMPREGILO-SURAMERICANA DE OBRAS PUBLICAS, C.A.”, a los efectos de los contratos Nos. 548/78, 299/79 y 647/81 celebrados con “CADAFE”; y firmados el 7 de mayo de 1979, el 1° de noviembre de 1979 y el 16 de marzo de 1982, respectivamente, asistido por el doctor Gustavo Planchart Manrique, abogado, mayor de edad, domiciliado en Caracas, con Cédula de Identidad N° 78.893 e inscrito en el Inpreabogado bajo el N° 945.

El 31 de octubre de 1989 los árbitros aceptaron su encargo ante el mencionado Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Mercantil, y prestaron el juramento de ley, del cual quedó constancia, además, en el Libro de Juramentos llevado por dicho Tribunal. Constituido en esa forma el Tribunal Arbitral, se señaló como sede del mismo la oficina del árbitro Dr. Gonzalo Pérez Luciani, ubicada en la Torre “D”, Oficina D203, Nivel D-2, “Estudio Jurídico”, Centro Ciudad Comercial Tamanaco, Chuao, Caracas, tal como se previó en el párrafo “g” de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral.

El día 2 de noviembre de 1989, estando dentro del lapso de cinco (5) días establecido en el párrafo “c” de la citada Cláusula Quinta, el “CONSORCIO”,

actuando mediante su representante, señor Pilade Marcelloni, asistido por el doctor Gustavo Planchart Manrique, consignó ocho (8) tomos contentivos de la Reclamación de Costos y Gastos Financieros presentada a “CADAFE” por el “CONSORCIO” y la actualización de la misma para el 30 de junio de 1989, así como una carpeta adicional contentiva del índice de los ocho (8) tomos mencionados, igualmente consignó ante el Tribunal, en la misma oportunidad, un escrito constante de cuarenta (40) folios y contentivo de alegatos complementarios de la Reclamación y expresivos de las pretensiones de “EL CONSORCIO”. En tal oportunidad, el árbitro doctor Pérez Luciani, dispuso agregar a los autos los referidos tomos y el escrito de alegatos del “CONSORCIO”, al cual expidió constancia de la entrega.

El 6 de noviembre de 1989, estando todavía dentro del expresado lapso de cinco (5) días, el representante de “CADAFE”, doctor José Vigente Melo López, consignó, en nombre de su representada, un escrito de alegatos constante de veintiséis (26) folios; el mismo día consignó igualmente otro escrito complementario del anterior y constante de cuatro (4) folios. Al recibir tales escritos, el árbitro Gonzalo Pérez Luciani dispuso que fueran agregados a los autos y expidió a “CADAFE” la respectiva constancia de entrega.

Posteriormente, el 7 de noviembre de 1989, el Tribunal Arbitral solicitó a “CADAFE” fotocopias de los contratos Nos. 548/78 y 647/81, suscritos el 7 de mayo de 1979 y el 16 de marzo de 1982, respectivamente, por “CADAFE” y “EL CONSORCIO”; esas fotocopias fueron consignadas al árbitro doctor Pérez Luciani, el 8 de noviembre de 1989, mediante comunicación escrita por el representante de “CADAFE”.

En cuanto concierne a la determinación de los temas de la controversia, de conformidad con lo expuesto en el texto del Compromiso Arbitral, las circunstancias que dieron lugar a la suscripción de dicho Compromiso son las referidas en los considerandos que a continuación se transcriben: “CONSIDERANDO PRIMERO: Que “CADAFE” y “EL CONSORCIO” han celebrado, entre otros, los contratos siguientes: a) El Contrato N° 548/78 suscrito el siete de mayo de 1979 para la construcción de la Presa La Honda, El Aliviadero y La Descarga de Fondo, del Desarrollo Uribante-Doradas del Aprovechamiento Hidroeléctrico Uribante-Caparo. b) El contrato N° 647/81, suscrito en fecha dieciséis de marzo de 1982, para la construcción de una pantalla de concreto,

para la impermeabilización del estribo izquierdo de la Presa La Honda; CONSIDERANDO SEGUNDO: Que las obras relativas a los Contratos antes referidos fueron terminadas por “EL CONSORCIO” y sus empresas contratistas y recibidas a satisfacción por “CADAFE”; CONSIDERANDO TERCERO: Que con motivo de distintas interpretaciones sostenidas por las partes sobre las deudas en moneda extranjera contraídas por “EL CONSORCIO” y el pago de las mismas en el curso del año de 1983, se celebró entre ellas un convenio de fecha 31 de enero de 1984, mediante el cual “EL CONSORCIO”, para garantizar a “CADAFE” las resultas de la decisión del Ministerio de Hacienda que se menciona en el Considerando Cuarto del presente documento, otorgó en calidad de garantía los derechos de créditos que poseía contra dicha empresa con motivo de obras ejecutadas o por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los Contratos de obras citados, pasando los créditos relacionados después de treinta y uno de enero de 1984 a incrementar las garantías dadas por “EL CONSORCIO” a “CADAFE”; CONSIDERANDO CUARTO: Que dicho convenio estableció su vigencia hasta tanto el Ministerio de Hacienda comprobase que la transferencia de ciento veinte millones de dólares efectuada por el Gotthard Bank a la empresa Global Transactions Ltd., con motivo del préstamo otorgado a “CADAFE” el tres de agosto de 1983, fue íntegramente destinado a pagar deuda externa privada del Consorcio incurrida antes del dieciocho de febrero de 1983, con motivo de las obras del Uribante-Caparo, lo cual fue comunicado a dicho Despacho de Hacienda, junto con el envío de los respectivos recaudos en fecha catorce de marzo de 1984, como lo establecía dicho Convenio. El Ministerio de Hacienda, en fecha treinta de abril de 1984, respondió a CADAFE que no había tenido intervención alguna en las operaciones referidas, por lo que consideraba que sólo las partes que suscribieron el convenio debían establecer el alcance y el cumplimiento de las obligaciones asumidas; CONSIDERANDO QUINTO: Que el veintitrés de enero de 1987 las partes sometieron a arbitraje las cuestiones debatidas y el Tribunal Arbitral depositó el laudo el ocho de abril de 1987, que ordenó a “CADAFE” pagar a “EL CONSORCIO” el monto de todo lo que pudiera adeudarle, por considerar que “EL CONSORCIO” había cumplido con las obligaciones que le imponía el convenio de fecha treinta y uno de enero de 1984, al demostrar lo que se le exigía en dicho convenio; CONSIDERANDO SEXTO: Que “EL CONSORCIO” en fecha treinta de noviembre de 1987, presentó reclamaciones por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los incumplimientos atribuidos a “CADAFE”, cuyo monto fue actualizado para el treinta de junio de 1989 en la cantidad de Bs. 1.945.544.697,00.

Según lo expresado en la Cláusula Segunda del Compromiso Arbitral, “CADAFE” solamente discute el fundamento legal de las reclamaciones que forman parte del objeto del compromiso, y en consecuencia, se opone a su procedencia.

En la Cláusula Tercera del Compromiso se expresa que “aun siendo el arbitraje de derecho, en cuanto al fondo del asunto, se ha atribuido a los árbitros las más amplias facultades para interpretar las leyes, decretos y otras normas jurídicas, pudiendo recurrir para ello, de ser necesario, a la sana crítica y a criterios de equidad”.

De conformidad con lo expuesto en la Cláusula Cuarta, las partes han declarado haber aceptado de buena fe los siguientes hechos: “a) Que ‘EL CONSORCIO’ en cada ocasión de retardo por parte de ‘CADAFE’ presentó oportunamente las reclamaciones correspondientes”, y “b) Que los retardos por parte de ‘CADAFE’ alegados e indicados por ‘EL CONSORCIO’ en su reclamación del 30 de noviembre de 1987 y de la actualización efectuada el 30 de junio de 1988, son ciertos y verdaderos, a cuyo efecto ‘EL CONSORCIO’ entregará al Tribunal Arbitral, la totalidad de la documentación que respalda su reclamación”.

Además, de acuerdo con lo previsto en el párrafo “e” de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral “las únicas pruebas que serán presentadas por las partes estarán constituidas por los alegatos y recaudos indicados en el literal c) de este ordinal y por toda la documentación relativa a las reclamaciones que será consignada por ‘EL CONSORCIO’. Sin embargo, los árbitros podrán hacer comparecer ante ellos a LAS PARTES para interrogarlas sobre cualesquiera hechos que consideraren pertinentes, así como exigirles la presentación de cualquier otro documento que juzguen necesario y de cuya existencia haya algún dato en el proceso. Para cumplir su misión, los árbitros podrán asesorarse con expertos o técnicos contables”. En el párrafo “f” de la misma Cláusula Quinta, se expresa que “En la apreciación de las pruebas los árbitros tendrán plena facultad para apreciar todos los documentos que se les presenten, siempre que guarden relación con la documentación consignada, ya sea que estos documentos hayan emanado de alguna de las partes o de terceros y, en este sentido, los árbitros podrán aplicar criterios de libre apelación de las pruebas sometidas a su consideración”.

En virtud de lo establecido en el citado párrafo “e” de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral, los árbitros citaron a los representantes de las partes para una reunión que se efectuó en la sede del Tribunal Arbitral el día 8 de diciembre de 1989, en la cual los miembros del Tribunal formularon diversas preguntas sobre hechos relativos a la controversia y las cuales los representantes de una y otra parte tuvieron ocasión de responder en forma amplia y mediante la confrontación de sus respectivos puntos de vista, especialmente en lo que concierne a hechos relativos a los Puntos “f” y “j” de la Reclamación del “CONSORCIO” contra “CADAPE”.

En otra reunión, celebrada entre los representantes de las partes y los miembros del Tribunal el 29 de noviembre de 1989, quedó resuelto que para la definición de los montos a que se hace referencia en el Punto “r” de la Reclamación, y con el objeto de que cada parte pudiese participar con el debido conocimiento de causa en la realización de los correspondientes cálculos, se formaría una comisión integrada por tres expertos: uno designado por cada una de las partes y un tercero por el Tribunal Arbitral, expertos estos que se encargarían de efectuar la aludida fijación de montos conforme a las instrucciones del Tribunal Arbitral. Esa comisión quedó integrada por el señor Pilade Marcelloni, experto designado por el “CONSORCIO”, el economista señor Jorge Castillo, experto designado por “CADAPE”, y el economista Rodrigo Pérez Luciani, experto designado por el Tribunal. En la misma señalada reunión de 8 de diciembre de 1989 en la cual quedó integrada la Comisión, el Tribunal Arbitral solicitó de ésta una serie de cálculos que le servirían para cumplir el cometido que se le asignó conforme a lo expresado en el Punto “r” de la Reclamación. Estos cálculos fueron consignados al Tribunal Arbitral por la Comisión de Expertos Contables el día 18 de diciembre de 1989.

Mediante lo dispuesto en el párrafo “a” de la Cláusula Quinta del Convenio Arbitral, se dio a los árbitros, para decidir el fondo de la controversia, un plazo de cuarenta y cinco (45) días continuos contados a partir de la constitución del Tribunal Arbitral, incluidos sábados, domingos, días de fiesta nacional y cualquier otro día feriado, se previó, no obstante, que si los árbitros por unanimidad así lo decidieren, podrían prorrogar dicho plazo por quince (15) días continuos más, así lo hicieron los árbitros por decisión que tomaron el día 12 de diciembre de 1989, decisión esta que notificaron a las partes conforme al párrafo “h” de la misma Cláusula Quinta.

Llegada la oportunidad para dictar su laudo, de cuya hora y lugar de consignación fueron notificadas oportunamente las partes con arreglo a la previsión del párrafo “h” de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral, pasan los árbitros a resolver sobre los puntos que les han sido sometidos por las partes para que sean decididos, conforme a lo expresado en la Cláusula Primera del Compromiso Arbitral.

I

Punto “a” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, en primer lugar, que resuelvan:

“a) Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’, por razón del retraso de ‘CADAFE’ en cumplir sus obligaciones de pago de cada valuación, de obras ejecutadas y de anticipos contractuales, intereses de mora a la tasa del 12% anual, desde la fecha que determina el contrato hasta el treinta y uno de enero de 1984, tal como se detalla en los apartes A.1.1. y A.2 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los capítulos A.1. y A.2. del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”.

2. Sobre la base del hecho aceptado de buena fe por “CADAFE”, de que en cada ocasión de retardo en que ésta incurrió, el “CONSORCIO” le reclamó oportunamente el pago de los créditos correspondientes a anticipos y valuaciones de obra ejecutada, el “CONSORCIO” reclama a “CADAFE” los correspondientes intereses, a la tasa del 12% anual, conforme al artículo 108 del Código de Comercio; estos intereses habrían comenzado a correr en lo que respecta, tanto a los anticipos como a las valuaciones de obra, desde el momento en que cada pago debió ser realizado de conformidad con las previsiones pertinentes de los contratos Nos. 548/78 y 647/81. El “CONSORCIO” rechaza la aplicabilidad a dichos contratos de los Decretos Presidenciales N° 2189, de fecha 7 de junio de 1977, y N° 1802, de 20 de noviembre de 1983 “que establecen Normas de Contratación para la Hacienda Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada, incluyendo en éstas a las llamadas empresas del Estado”, por considerar que, de acuerdo con su naturaleza jurídica, las normas contenidas en dichos decretos no forman parte de las Condiciones Generales de Contratación de las Empresas del Estado, sino en la medida en que cada una de éstas “a través de sus órganos las acoja y las imponga a los co-contratantes como parte de los contratos que

celebren con ella”. “Pero en ningún caso su asunción o recepción es tácita o automática, ni obliga al contratante con la empresa del Estado, salvo por expresa voluntad de ambas partes”, lo cual no se produjo en el caso de la controversia. El “CONSORCIO” se refiere además a la cesión de créditos hecha por él a favor de Global Transactions Ltd., para señalar que la misma no incluyó los intereses que pudieran haber devengado los créditos cedidos y que sólo comprendió el capital, por lo cual afirma que el “CONSORCIO” sigue siendo titular de sus acciones por daños y perjuicios ocasionados por el retardo en los pagos de “CADAFE”, acciones estas que, según sostiene, no se derivan “sino del contrato, puesto que la valuación en sí no es sino un reclamo causal derivado de un crédito y al cederse las valuaciones no se están cediendo los otros derechos de cobro que se derivan del contrato y no de la valuación misma”.

3. Por su parte, “CADAFE” argumenta sobre la base de las previsiones del numeral 2 de la citada Cláusula 10-B de las Normas Particulares, de acuerdo con la cual “Si transcurridos los sesenta (60) días establecidos para el pago de una valuación ‘CADAFE’ no hubiere efectuado dicho pago, en todo o en parte, salvo caso fortuito, fuerza mayor u otra causa no imputable a ‘CADAFE’, el monto pendiente de pago devengará automáticamente intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual por el número de días de retraso en el pago, contados a partir de la fecha en que el contratista presente formalmente y por escrito, al Representante de ‘CADAFE’, en el Sitio de la Obra, la solicitud de pago de dichos intereses”. En presencia de esta estipulación contractual, sostiene “CADAFE” que el interés aplicable por razón del retardo en el pago de las valuaciones y por todo el tiempo que durare la mora, habría de ser del seis por ciento (6%) anual, y no el previsto en el artículo 108 del Código de Comercio: ello es así, según “CADAFE”, “por cuanto los contratantes convinieron en negar la procedencia y tasa de interés por el retraso en el pago de las valuaciones conforme a la citada Norma 10.2. Este pacto, por caer en la esfera de la autonomía de la voluntad, debe ser respetado por las partes”.

“CADAFE” sostiene, además, que en virtud de la cesión de créditos hecha por el “CONSORCIO” a Global Transactions Ltd., aquél “carece de cualidad para reclamar intereses moratorios originados de las valuaciones cedidas por haber dejado de ser titular de esos créditos”. “Por otra parte -añade ‘CADAFE’-, opongo la prescripción trienal a que se contrae el artículo 1980 del Código Civil, para todos aquellos intereses que para el día 31-01-84 tenían tres (3) o

más años de haber sido devengados”, por lo cual “hay que considerar prescritas las cantidades que corresponderían por intereses que al 31-01-84 tenían más de tres años de ser exigibles”. Alega que “Por último, la procedencia de intereses estaba condicionada a la previa interpelación que de ellos hiciera ‘EL CONSORCIO’, tal como lo estipula la Cláusula 10.2. de las Normas Particulares del Contrato. Como consecuencia de ello, dichos intereses se devengarán a partir del momento en que el Consorcio, formulará por escrito la reclamación de pago de los mismos”.

4. Planteadas así las pretensiones de las partes, el Tribunal para decidir observa:

a. En el texto de la Cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los citados contratos 548/78 y 647/81 se previó que de acuerdo con las valuaciones mensuales presentadas por el contratista durante los diez (10) primeros días de cada mes, en los formatos que para este fin le suministrare “CADAFFE”, si ésta no encontrare objeción que hacer a la respectiva valuación, en el sitio de la obra, donde sería presentada por el contratista y revisada y firmada por los representantes de ambas partes, sería enviada a CADAFFE-Caracas dentro de los quince (15) días inmediatos a su presentación, y si CADAFFE-Caracas tampoco encontrare objeción dentro de los siete (7) días a partir de su recibo, “procedería a ordenar el pago, el cual debería efectuarse dentro de los sesenta (60) días siguientes a su ordenación. Si se hubiere producido una objeción, una vez hechas las correcciones procedentes de acuerdo con lo previsto en la misma cláusula, “el plazo de sesenta (60) días establecido para el pago de la valuación comenzará a correr a partir de la fecha de aprobación de la valuación corregida”.

Resulta claro, a juicio de este Tribunal, que de acuerdo con las previsiones contractuales así redactadas se previó un primer plazo de sesenta (60) días, contado a partir de la ordenación del pago de las valuaciones no objetadas, o a partir de la fecha de aprobación de las valuaciones objetadas y corregidas, para que “CADAFFE” procediere a pagarlas, sin que durante el expresado plazo de sesenta (60) días “CADAFFE” pudiera considerarse en mora de satisfacer los correspondientes créditos. Dicho en otros términos, esos sesenta (60) días representaban, en el caso de cada valuación, un plazo de gracia otorgado a “CADAFFE”, durante el cual ésta podría abstenerse de pagar las obligaciones respectivas, hasta el agotamiento de dicho plazo, sin que por ello pudiere fundadamente atribuírsele culpa alguna.

A continuación la misma Cláusula 10.2 de las Normas Particulares establecía lo siguiente:

“Si transcurridos los sesenta (60) días establecidos para el pago de una valuación, ‘CADAFE’ no ha efectuado dicho pago en todo o en parte, salvo caso fortuito, fuerza mayor u otra causa no imputable a CADAFE, el monto pendiente de pago devengará automáticamente intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual, por el número de días de atraso en el pago, contados a partir de la fecha en que El Contratista presente formalmente y por escrito al Representante de ‘CADAFE’ en el Sitio de la Obra, la solicitud intereses”. “Si transcurridos sesenta (60) días después de la fecha en que hayan comenzado a correr los intereses, ‘CADAFE’ no ha efectuado todavía el pago pendiente, El Contratista podrá proceder en la forma que crea más conveniente a sus intereses. Si El Contratista decidiese suspender los trabajos, deberá notificarlo a ‘CADAFE’ por escrito, con treinta (30) días de anticipación a la fecha en que se propone suspenderlos”.

Para este Tribunal es igualmente claro que el inicio de este segundo plazo de sesenta (60) días, consecutivo al de igual extensión de los correspondientes al plazo de gracia, señalaría el tiempo a partir del cual “CADAFE” incurriría en mora de pagar las correspondientes valuaciones, si bien la producción de los respectivos intereses no procedería antes de que el contratista formulare por escrito, en los términos previstos en dicha cláusula, la solicitud de pago de dichos intereses. Considera este Tribunal que no sería conforme a la que en su criterio debe haber sido la verdadera intención de las partes, ni al sentido de la justicia, el interpretar que la tasa del seis por ciento (6%) anual a la cual las partes limitaron el importe de los intereses de mora correspondientes al señalado tiempo de retardo, tuviere el carácter de una estipulación que debiera extenderse indefinidamente a todo el tiempo de duración de la mora. Diversamente, cree este Tribunal que dicha estipulación debe entenderse limitada al lapso de sesenta (60) días que transcurriere después de la fecha en que hubieren comenzado a correr tales intereses y vencido el cual, sin que “CADAFE” hubiere efectuado todavía los pagos pendientes, “EL CONSORCIO” podría proceder en la forma que juzgare más conveniente para sí. El haber pactado un interés del seis por ciento (6%) anual -notoriamente más bajo que los corrientes en el mercado- debe verse como una estipulación de favor establecida en beneficio de “CADAFE”, y, precisamente en razón de esta

circunstancia, como limitada a un cierto lapso: el correspondiente a los indicados primeros sesenta (60) días de mora productiva de intereses, a partir del vencimiento de este lapso, el retardo culposo de "CADAPE" en pagar los créditos pendientes de pago y existentes a su cargo produciría una correspondiente obligación de resarcimiento, pero cuya cuantía habría de determinarse de acuerdo con las previsiones legales que rigen las consecuencias de la mora en el pago de obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil. Sostener la contraria pretensión de "CADAPE" equivaldría, a juicio de este Tribunal Arbitral, a desnaturalizar la previsión contractual de acuerdo con la cual una vez transcurridos los expresados sesenta (60) días de mora productiva de intereses al seis por ciento (6%) anual, sin que "CADAPE" hubiere pagado el crédito correspondiente, el contratista podría proceder en la forma que creyere "más conveniente a sus intereses": indudablemente que la forma de proceder más conveniente para el contratista, una vez vencido el referido plazo, sería, en lo que concierne a los intereses sobre los créditos existentes a su favor, y sin perjuicio de otras posibilidades legales (tales como la de solicitar judicialmente la ejecución de las obligaciones incumplidas o la resolución del contrato, conforme al artículo 1167 del Código Civil), la de reclamar -como lo está haciendo- a su deudora la indemnización de los daños derivados de la mora con posterioridad al vencimiento de los primeros sesenta (60) días productivos de intereses de ésta, en toda la magnitud en la cual pudiera hacerlo según la ley.

Por consiguiente, este Tribunal estima infundado el alegato de "CADAPE" de acuerdo con el cual la mora en el pago de las valuaciones derivadas de la ejecución de los contratos citados debiera dar lugar a un resarcimiento conmensurado a un interés de sólo seis por ciento (6%) anual, independientemente del tiempo que durare tal mora. Considera este Tribunal que una vez vencido el señalado término contractual de sesenta (60) días de mora productiva de intereses, cabía y cabe aplicar, para el sucesivo tiempo de retardo injustificado, el artículo 108 del Código de Comercio, según el cual las deudas mercantiles de sumas de dinero líquida y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento (12%) anual. Como tendrá ocasión de exponerse más adelante, esta norma legal no está precisamente dirigida a regular cuál sea la tasa del interés de mora de las obligaciones pecuniarias en materia mercantil, puesto que no contempla exclusivamente la hipótesis del retardo culposo en el pago de tales obligaciones, sino que se refiere, en general, a obligaciones mercantiles

líquidas y exigibles, morosas o no morosas. Tal norma no está basada en la idea de señalar la magnitud del resarcimiento debido en razón de la mora en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, sino que se inspira en la noción utilitaria de que en materia mercantil toda suma de dinero líquida y exigible debe considerarse como fructífera, como automáticamente generadora de intereses, y que éstos corresponden, en consecuencia, al acreedor, a partir de la exigibilidad de la correspondiente obligación líquida. Estima por lo tanto este Tribunal Arbitral que sí cabe aplicar en el caso de la controversia entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO”, el artículo 108 del Código de Comercio, en virtud del cual el retardo en el pago de las valuaciones derivadas de la ejecución de los contratos, sí devengó intereses a la expresada tasa del doce por ciento (12%) anual, una vez vencido, respecto de cada valuación en particular, el varias veces señalado plazo de sesenta (60) días de mora productiva de intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual. Así se declara.

Respecto de los créditos correspondientes a los anticipos contractuales decide este Tribunal que conforme a la misma norma del artículo 108 del Código de Comercio, devengaron intereses a la tasa del 12% anual desde la fecha en que debieron ser pagados por “CADAFE” al “CONSORCIO” según las previsiones de la Cláusula Quinta de los contratos de obra celebrados entre las partes y el 31 de enero de 1984. No hay razón para aplicar en cuanto concierne a dichos anticipos contractuales las previsiones de la Cláusula 10-B de las Normas Particulares de los referidos contratos y relativas a las valuaciones de obra ejecutada. Así se declara.

b. En cuanto al alegato de “CADAFE” sobre que la procedencia de los intereses estaría condicionada a la previa interpelación que hiciera “EL CONSORCIO” conforme a la Cláusula 10-B de las Normas Particulares de los contratos 548/78 y 647/81, lo cual no habría sido hecho, este Tribunal Arbitral no lo considera procedente, puesto que entre los hechos aceptados por las partes de buena fe, de acuerdo con lo expresado en la Cláusula Cuarta del Compromiso Arbitral, se encuentra el que “EL CONSORCIO”, en cada ocasión de retardo por parte de “CADAFE”, presentó oportunamente las **reclamaciones correspondientes**, sin distinguir entre las relativas a créditos de capital y las relativas a créditos por intereses, lo cual significa, en lo que concierne a las reclamaciones de intereses, que éstas deben considerarse como habiendo sido efectuadas por “EL CONSORCIO” en cada oportunidad en la cual “CADAFE” incurrió en mora en el pago de los créditos derivados de los contratos de referencias. Así se declara.

c. En lo que respecta a las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, dictadas primeramente mediante Decreto N° 2189, de 7 de junio de 1977 (publicado en la G. O. N° 2089, extraordinario, de 28-09-1977) y modificadas posteriormente mediante Decreto N° 1802, de 20 de enero de 1983), contentivas de un artículo 71 en la cual se establecen previsiones reguladoras del pago de valuaciones y se determina que el retraso en el pago de éstas devengará intereses a la tasa promedio de los bonos de la deuda pública interna colocados durante los seis (6) meses anteriores a la fecha del pago de los intereses correspondientes, este Tribunal Arbitral, dada la naturaleza jurídica de dichas Condiciones Generales, no las considera aplicables en las relaciones entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO”, en razón de lo que se expone seguidamente.

Desde el punto de vista jurídico sólo hay dos posibilidades de calificación de los referidos decretos: la de atribuirles la naturaleza jurídica de actos normativos, y la de considerarlos como simples instructivos presidenciales pertenecientes a la categoría de las instrucciones de servicio.

La primera de tales posibilidades parece descartable sin duda alguna. No se trata de reglamentos ejecutivos, puesto que no han tenido por objeto establecer las normas necesarias para la ejecución de ninguna ley preexistente que les sirva de base; asimismo parece haberlo dado a entender el Ejecutivo, cuando en el encabezamiento de cada decreto citó, como norma fundamentadora de los mismos, el ordinal 12 del artículo 190 de la Constitución, que se refiere la genérica atribución del Presidente de la República de administrar la Hacienda Pública Nacional, en vez de citar el ordinal 10 del mismo artículo, relativo a la potestad, del propio Presidente, de reglamentar las leyes. Tampoco se trata de decretos-leyes dirigidos a establecer disposiciones de carácter general basadas en una delegación que el Poder Legislativo hubiera hecho al Ejecutivo para dictarlas, por cuanto tal especie de delegación sólo es posible, en el otorgamiento jurídico venezolano, en el caso previsto en el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución, de cuya aplicación no se ha tratado tampoco; evidentemente, y que es el relativo a aquellas medidas extraordinarias en materia económica o financiera que fueren requeridas por razones de interés público y que el Presidente de la República fuere autorizado para dictar mediante ley especial. Debe descartarse, finalmente, que se trate de un reglamento de los que la doctrina denomina autónomos o independientes,

destinados a reglamentar materias acerca de las cuales no existan previsiones legales, porque este tipo de reglamento no es apto para regular las materias comprendidas en la reserva legal, como es el caso de las materias civil y mercantil, sobre las cuales, conforme a la previsión del numeral 24 del artículo 136 de la Constitución, sólo el Congreso Nacional puede legislar, según el artículo 139 de la propia Constitución, resulta evidente que estaría viciado de nulidad un reglamento ejecutivo que pretendiera llenar los vacíos de la legislación civil o mercantil en materia de contratos de obra, como habría que concluir que habría tratado de hacerse mediante los referidos decretos, si es que se quisiera imponerles la calificación de instrumentos reglamentarios; ahora bien, es sabido que cuando entre dos modos de interpretar un cierto acto jurídico uno de ellos conduce a que el mismo deba tenerse como nulo, lo correcto es desechar éste y acoger el otro, el que implique la estabilidad jurídica del acto desde el ‘punto de vista de los fines que el mismo persigue (principio de la conservación del acto). Con arreglo a esta idea, y dada la imposibilidad de atribuir a los referidos Decretos las calificaciones descartadas, no cabe otra posibilidad que la de atribuirles la calificación de instrumentos contentivos de uno de esos “instructivos” presidenciales, tan en boga en nuestro medio desde hace algunos años.

Al tratar sobre la naturaleza de tales instructivos, a juicio de este Tribunal arbitral debe negarse a éstos, como se hace según la opinión mayoritaria, la categoría de instrumentos contentivos de reglas de derecho, aunque en la forma, tal como en el caso de las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, tengan la apariencia de normas jurídicas reguladoras de los contratos de obra que celebren los entes estatales a los cuales los nombrados Decretos se refieren, lo cierto es que, como lo ha indicado una autorizada opinión, si bien es verdad que toda autoridad investida de poder puede disciplinar éste con ciertas reglas, ello no quiere decir que haciéndolo cree siempre normas de Derecho Objetivo: dichas reglas pueden contener prescripciones de la autoridad dirigidas a sí misma y a los órganos dependientes de ella, pero no normas obligatorias para todos. Por esto, las instrucciones de servicio obligan sólo a los órganos públicos a quienes están destinada y sólo pueden desplegar una eficacia limitada al ámbito interno de la Administración.

Si se aplican las anteriores observaciones a los Decretos de referencia, se llega a la conclusión de que las “Condiciones Generales de Contratación” que los

mismos contienen, no pueden en Derecho recibir el calificativo de normas jurídicas, equiparadas en su alcance y eficacia a normas legales que pudieran ser dictadas para regular la materia de la contratación de obras que hayan de ser ejecutadas para los entes estatales que los propios Decretos mencionan. Las previsiones de estos últimos deben entenderse -a lo sumo y aun así con ciertas exclusiones sobre las cuales no cabe detenerse aquí- como de obligatoria observancia sólo para los funcionarios titulares de cargos u órganos a quienes compete la contratación de la ejecución de obras en representación de los respectivos entes estatales. A ellos les corresponde poner la diligencia de incluir, bajo la forma de estipulaciones de los respectivos contratos, las mencionadas previsiones, o bien hacer que, caso por caso, se incluya en cada uno de dichos contratos una estipulación expresiva de un reenvío genérico, por efecto de la cual las mismas vengan a incorporarse al contenido de tales negocios y adquieran así rango adecuado para regular las relaciones jurídicas, que en cada situación esos contratos hagan surgir entre el ente contratante y el particular que se obligue para con él a la ejecución de una cierta obra. El desconocimiento del contenido de las instrucciones presidenciales no podría, en cambio, determinar que el contrato fuese considerado como viciado, porque ello equivaldría a atribuir a meras instrucciones de servicio una categoría de normas legales que no tienen. Mucho menos podría considerarse, en ausencia de remisión expresa, que tales instrucciones formen parte del contenido del contrato que las ha ignorado.

En cuanto concierne a las relaciones entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO”, ni en el contrato 548/78 ni en el contrato 647/81 se incluyó previsión alguna mediante la cual las Condiciones Generales de Contratación de Obras establecidas en los referidos decretos pudieran considerarse incorporadas a dichos contratos de obra, para regular las relaciones entre las partes de los mismos, por lo cual no puede darse entrada a previsión alguna establecida en dichas condiciones generales para extraer de ellas consecuencias jurídicas en cuanto respecta a tales relaciones. Así se declara.

d. En cuanto toca a la cesión de créditos celebrada entre “EL CONSORCIO” y Global Transactions Ltd., el Tribunal Arbitral observa que dicha cesión de créditos consta de documento autenticado en la Notaría Pública Segunda de Caracas, el 14 de julio de 1983, bajo el N° 133, Tomo 33 de los Libros de Autenticaciones respectivos. En este documento se dejó constancia de que “EL

CONSORCIO” dio en venta a la cesionaria las valuaciones que allí se especificaron, por un total general de Bs. 519.016.934,41, y que la cesionaria se obligó a pagar un precio en bolívares de monto equivalente.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 1552 del Código Civil, la venta o cesión de un crédito comprende los accesorios de ese crédito, tales como las cauciones, privilegios e hipotecas. No cree el Tribunal Arbitral que sea dudoso que los intereses de un crédito, cualquiera que sea su naturaleza, tengan, en su génesis, una condición subordinada o de accesoriedad respecto del crédito de capital que constituya el derecho principal del cual deriven, pero en cuanto concierne a si debe o no considerarse comprendidos de pleno derecho en la cesión que tenga por objeto el crédito de principal, se impone, en razón, una distinción entre intereses devengados e intereses por devengarse.

Los intereses devengados constituyen el objeto de un crédito autónomo, el cual no puede ni jurídica ni prácticamente confundirse con el crédito del cual se derivan. Esta autonomía es posible deducirla, sin necesidad de arduo esfuerzo interpretativo, de disposiciones tales como la del último aparte del artículo 552 del Código Civil en cuanto respecta a los intereses que son frutos civiles, la del artículo 1277 del mismo Código, en cuanto a los intereses moratorios, que se deben en concepto de reparación de daños, y más especialmente la del subsiguiente artículo 1980, que establece una prescripción extintiva de tres (3) años, aplicable a intereses, distinta de la prescripción ordinaria que tanto en materia civil como en materia mercantil es de diez (10) años, y que denota con gran claridad la distinción que hace la ley entre el crédito correspondiente al capital debido y el correspondiente a los intereses que dicho capital devengue, sujetando uno y otro a prescripciones distintas; esta autonomía del crédito correspondiente a los intereses devengados descarta, en lo que les concierne, la cualidad específica definida por el concepto de accesoriedad; por esto considera este Tribunal Arbitral -acogiéndose a doctrina autorizada que preconiza la señalada distinción- que salvo pacto inequívoco, no debe entenderse automáticamente traspasado en virtud de la cesión de un crédito de capital el crédito relativo a los intereses devengados por este último. Distintamente, en lo que respecta a los intereses no devengados aún, los futuros, éstos han de corresponder, a partir de la cesión, al nuevo titular del crédito de capital, en proporción al tiempo que dure en cabeza de éste la titularidad de este crédito, conforme a la ya citada norma del artículo 552 del Código Civil en cuanto

presente Punto “n” de la Reclamación “CADAPE” debe pagar al “CONSORCIO”, por principal SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN BOLIVARES (Bs. 7.464.041,00), y por intereses DIEZ MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 10.086.946,00) (Total: DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE BOLIVARES (Bs. 17.550.987,00).

XV

Punto “ñ” de la Reclamación

1. La cuestión sometida a la decisión de los árbitros, de acuerdo a los términos del compromiso, es la siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el costo soportado por éste derivado del atraso de ‘CADAPE’ en la devolución de las fianzas laborales del 5% sobre el monto de los contratos, tal como se detalla en el aparte B.7 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo B.7 del Tomo V de LA RECLAMACION.

2. Respecto de la cuestión anterior, “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a) Que la manera análoga a lo previsto para la liberación de la Retención (Punto “h”), los contratos preveían que las fianzas sustitutivas tenían que ser liberadas a la fecha de Recepción Provisional. En realidad las liberaciones correspondientes se hicieron con un retraso de 201 días para el CONTRATO 548/78 y de 681 días para el contrato 647/81.

b) Que “EL CONSORCIO” reclama de “CADAPE” que reconozca y pague el costo en que debió incurrir para mantener vigentes las fianzas durante el período de atraso.

c) Que esta exigencia fue reconocida por el Dictamen de la Consultoría Jurídica ya mencionada.

3) Por su parte “CADAPE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a) Que la presentación de las fianzas fue convenida entre las partes para rebajar en un cincuenta por ciento (50%) el monto de las retenciones que contractualmente debía hacer “CADAPE” de todo pago a favor de “EL CONSORCIO” para garantizar la debida ejecución de la obra. Luego del 31 de enero de 1984 fecha de la suscripción del Convenio, la presentación de este tipo de fianza careció de objeto, pues los pagos de “EL CONSORCIO” quedaron suspendidos a tenor del texto del citado acuerdo. Sin embargo, las fianzas sustitutivas debieron permanecer vigentes hasta que se cumpliera lo exigido contractualmente para que tuviera lugar la suscripción de las Actas de Recepción Provisional de los Contratos.

b) Que, en consecuencia, luego de suscritas las indicadas Actas de Recepción Provisional debieron ser devueltas las referidas garantías, ya que los costos de cualquier extensión de la vigencia de las mismas correrían por cuenta de “CADAPE”.

c) Que en ese sentido siempre que “EL CONSORCIO” hubiera solicitado formalmente a “CADAPE” la liberación de las garantías señaladas, procedería el reconocimiento de la reclamación formulada por los conceptos indicados.

4. En el Memorándum fechado el 23 de junio de 1988, la Dirección de Consultoría Jurídica de “CADAPE” dirigido a las “Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300”, que ha sido citado en apoyo de sus pretensiones por “EL CONSORCIO”, se expresa.

a) Que la presentación de las referidas fianzas fue convenida entre las partes para rebajar en un cincuenta por ciento (50%) el monto de las retenciones que contractualmente debía hacer “CADAPE” de todo pago a favor de “EL CONSORCIO” para garantizar la debida ejecución de la obra.

b) Que luego del 31 de enero de 1984, fecha de la suscripción del Convenio, la presentación de este tipo de fianza careció de objeto, pues los pagos de “EL CONSORCIO” quedaron suspendidos a tenor del texto del citado acuerdo.

c) Que, sin embargo, las fianzas sustantivas debieron permanecer vigentes hasta que se cumpliera lo exigido contractualmente para que tuviera lugar la suscripción de las Actas de Recepción Provisional de los Contratos.

d) Que hasta tales oportunidades debieron subsistir las garantías del 5% de retención, siempre y cuando se hubiera verificado que no existían deudas de “EL CONSORCIO” con terceros y previa presentación de las Fianzas de Buena Calidad.

e) Que, en consecuencia, luego de suscritas las indicadas Actas de Recepción Provisional debieron ser devueltas las referidas garantías, ya que los costos de cualquier extensión de la vigencia de las mismas correrían por cuenta de CADAFE. En este sentido, siempre que LA CONTRATISTA hubiere solicitado formalmente a “CADAFE” la liberación de las garantías señaladas, procedería al reconocimiento de la reclamación formulada por los conceptos indicados.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir observa:

a) Que la reclamación de “EL CONSORCIO” señala que la liberación de las fianzas sustitutivas de la retención tenía que producirse en la fecha de la Recepción Provisional y que, en realidad, las liberaciones se hicieron con un retardo de 201 y 681 de retardo respectivamente para los contratos 548/78 y 647/81.

b) “CADAFE” reconoce en su escrito de alegatos que “siempre que “LA CONTRATISTA” **hubiera solicitado** formalmente a “CADAFE” la liberación de las garantías señaladas, procedería el reconocimiento de la reclamación.

c) La Consultoría Jurídica de “CADAFE”, según lo citado expresa que luego de suscritas las Actas de Recepción Provisional debieron ser devueltas (canceladas o extinguidas) las referidas garantías (fianzas), ya que los costos de cualquier extensión de la vigencia de las mismas correría por cuenta de CADAFE. Pero al igual que en el escrito de alegatos, la Consultoría Jurídica hace referencia a que “EL CONSORCIO” hubiere solicitado formalmente a “CADAFE” la liberación de las garantías señaladas, para que procediera el reconocimiento de la reclamación.

d) El Tribunal advierte que entre la documentación aportada por “EL CONSORCIO”, la estipulación contenida en las Normas Particulares y distinguida con el número 10.3 “Fondo de Garantía”, dice:

“CADAFE’ retendrá el diez por ciento (10%) del monto definitivo del contrato como Fondo de Garantía, para garantizar el cumplimiento de las

obligaciones que asume 'EL CONTRATISTA'. Esta retención la efectuará 'CADAFE' en cada valuación presentada por 'EL CONTRATISTA'... descontando el diez por ciento (10%) del monto de la misma a los fines de la constitución de dicho fondo.

El Fondo de Garantía será pagado a EL CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de Aceptación Provisional de la Obra, luego de comprobado que no existen daños o deudas a terceros y previa presentación por parte de 'EL CONTRATISTA' de la Fianza de Buena Calidad”.

e) Ciertamente, el Tribunal Arbitral ignora por qué se produjo el hecho, al cual las partes no parecen darle mayor relevancia, de haber sido modificada la Norma Particular 10.3 arriba copiada. Lo cierto es que las partes convinieron, por lo que puede deducirse de lo expuesto, que en vez del diez por ciento (10%) de retención para formar el Fondo de Garantía, esta retención quedara reducida a la mitad, esto es, al cinco por ciento (5%) del monto del contrato y el otro cinco por ciento (5%) de dicho monto fuere cubierto por una garantía personal o fianza. Así se tiene:

1) Que para el contrato 548/78 se otorgó una fianza por Bs. 97.949.942,66, que la fecha de Recepción Provisional fue el 28 de febrero de 1986, que la fecha de devolución o cancelación de la garantía fue el 17 de septiembre de 1986, que la fecha de devolución o cancelación de la garantía fue el 17 de septiembre de 1986, y que el atraso, en consecuencia, fue de 201 días. Esto trajo como consecuencia un sobrecosto de Bs. 1.483.337,83.

2) Que para el contrato 647/81 se otorgó una fianza por Bs. 15.774.984,84 que la fecha de Recepción Provisional fue del 5 de noviembre de 1984; que la fecha de devolución, o cancelación de la garantía fue el 17 de septiembre de 1986, y que el atraso, en consecuencia, fue de 681 días. Esto trajo como consecuencia un sobrecosto de Bs. 809.386,38.

f) Este Tribunal Arbitral tiene que aceptar los hechos narrados en las letras anteriores por no haber sido contradichos por “CADAFE” y, además, por haber aceptado ambas partes los hechos en la estipulación contenida en el ordinal Segundo del Compromiso.

g) Respecto de la cuestión que aparece como debatida, los alegatos de “CADAPE” y el informe de la Consultoría Jurídica hacen referencia a que esta reclamación estaba supeditada a que “EL CONSORCIO” **hubiera solicitado formalmente** a “CADAPE” la liberación de las garantías. Advierte este Tribunal Arbitral que tal condición no aparece expresa en ninguno de los documentos o elementos probatorios que ha tenido a la vista el Tribunal y que, por el contrario, lo que aparece como indubitable de acuerdo con la estipulación 10.3 de las Normas Particulares, es que el plazo para la liberación del Fondo de Garantía (y, consecuentemente, de la fianza que lo sustituía parcialmente) era un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la Aceptación Provisional. Así, pues, este Tribunal Arbitral desecha el alegato de que la devolución o cancelación de la fianza sustitutiva del Fondo de Garantía estuviere supeditada a la condición del requerimiento de “EL CONSORCIO”. Así se declara.

h) La reclamación de “EL CONSORCIO” comprende el monto de la pérdida experimentada para el momento de la liberación o cancelación de las garantías (fianzas) con relación a la fecha en que debieron ser liberadas, lo que constituiría la cantidad inicial de la reclamación, a la que se añade la pérdida experimentada por los intereses que conlleva la pérdida de aquella cantidad inicial. Los reclamos de “EL CONSORCIO” pueden resumirse así:

l) Respecto del Contrato número 548/78:

1.a) La cantidad inicial fue estimada y precisada en Bs. 1.483.337,83.

1.b) Los intereses de esa cantidad inicial, a la tasa del 12% anual durante el segundo período, que va hasta la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 con un total de 202 días de retardo, que es de Bs. 98.509,88. Esos mismos intereses, por el mismo plazo, pero a las tasas efectivas vigentes para la fecha de 16,61%, dan un total de Bs. 136.354,10.

1.c) Para el tercer período que va desde el 8 de abril de 1987 hasta el 30 de junio de 1989 (atraso de 84 días), la reclamación se descompone así: Intereses de la cantidad inicial, a la tasa del 26,69%, que suman la cantidad de Bs. 882.917,62. Intereses sobre los intereses del segundo período a la tasa del 12% que sumaban Bs. 98.509,88, a la nueva tasa del 26,69%, son Bs. 58.635,40.

Intereses sobre los intereses del segundo período a la tasa del 16,61%, que sumaban Bs. 136.354,10, son Bs. 81.161,17.

1.d) En forma esquemática la reclamación según lo expuesto puede representarse en dos hipótesis, como lo hace "EL CONSORCIO", así:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	1.483.337,83
Intereses 2º período (12%)	Bs.	98.509,88
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	882.917,62
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	58.635,40
TOTAL	Bs.	2.523.500,73

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	1.483.337,83
Intereses 2º período (16,61%)	Bs.	136.354,10
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	882.917,42
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	81.161,17
TOTAL	Bs.	2.583.770,72

2) Respecto del Contrato número 647/81

2.a) La cantidad inicial fue estimada y precisada en Bs. 809.386,38.

2.b) Los intereses de esa cantidad inicial, a la tasa del 12% anual durante el segundo período que va hasta la fecha del laudo de 8 de abril de 1987, son en total de 202 días de atraso, que es de Bs. 53.752,12. Esos mismos intereses, por el mismo plazo pero a las tasas efectivas vigentes para la fecha de 16,61% dan un total de Bs. 74.401,90.

2.c) Para el tercer período que va desde el 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (atraso de 814 días), la reclamación se descompone así:

- Intereses de la cantidad inicial a la tasa del 26,69%, que suman la cantidad de Bs. 481.765,84.

- Intereses sobre los intereses del segundo período a la tasa del 12% que sumaban Bs. 53.752,12 a la nueva tasa del 26,69% son Bs. 31.994,52.

- Intereses sobre los intereses del segundo período, a la tasa del 16,61% que sumaban Bs. 74.401,90 son Bs. 44.285,76.

2.d) En forma esquemática la reclamación, según lo expuesto, puede representarse en dos hipótesis, como lo hace “EL CONSORCIO”, así:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	809.386,38
Intereses 2º período (12%)	Bs.	53.752,12
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	481.765,84
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	31.994,52
TOTAL	Bs.	1.376.898,86

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	809.386,38
Intereses 2º período (16,61%)	Bs.	74.401,90
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	481.765,84
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	44.285,76
TOTAL	Bs.	1.409.839,88

i) De acuerdo con lo decidido en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral y se considera que las tasas aplicadas por el Contratista en las Segundas Hipótesis, del 16,61% y de 26,69% representan un resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudado por “CADAFFE” al momento de citarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este concepto de Bs. 2.583.770,72 por lo que se refiere al Contrato número 548/78 y de Bs. 1.409.859,88 por lo que se refiere al Contrato número 647/81 son las que corresponden a “EL CONSORCIO” y deben quedar a cargo de “CADAFFE”.

j) En resumen "CADAPE" adeuda a "EL CONSORCIO", por sobre costos derivados del atraso en la devolución o cancelación de la fianza sustitutiva del 5% del Fondo de Garantía, de las siguientes cantidades:

1) Por la fianza que corresponde al Contrato N° 548/78	Bs.	2.583.770,72
2) Por la fianza que corresponde al Contrato N° 647/81	Bs.	1.409.839,88
TOTAL	Bs.	3.993.610,60

Es de advertir que la cantidad de Bs. 3.993.610,60 se debe hasta el día 30 de junio de 1989, a lo que hay que agregar los intereses sobre las cantidades iniciales, más los intereses sobre el monto de los intereses del segundo período hasta el día 15 de diciembre de 1989, todos estos conceptos montan a la cantidad de CINCOMILLONESTRESCIENTOSCINCUENTA OCHO MIL QUINIENTOS DIEZ BOLIVARES (Bs. 5.358.510,00).

XVI

Punto "o" de la Reclamación

1. La cuestión sometida a los árbitros de acuerdo a los términos del Compromiso, es como sigue:

"Si 'CADAPE' debe a 'EL CONSORCIO' los intereses sobre el atraso en el pago de la 'Reclamación por prórrogas', objeto de la factura N° 01688 cuya documentación se encuentra en el Capítulo C del Tomo V de LA RECLAMACION".

2. Respecto de esta cuestión, "EL CONSORCIO" alega:

a) Que los hechos que originaron esta reclamación ocurrieron entre los años 1983 y 1984 y los montos reclamados fueron presentados a "CADAPE" en febrero de 1986, de acuerdo a las normas contractuales.

b) Que después de varios meses de discusiones, el 14 de diciembre de 1984 se llegó a un acuerdo entre "EL CONSORCIO" y la Comisión Especial Negociadora sobre el monto a ser reconocido por "CADAPE" y que fue de 155.392.680,43,

acuerdo que significaba ya para “EL CONSORCIO” un notable sacrificio económico, en el entendido de que sería pagado de inmediato y sólo lo fue tiempo después, por lo cual “CADAPE” debe a “EL CONSORCIO” los daños totales causados por su retardo.

3. Por su parte, “CADAPE”, respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a) Que “EL CONSORCIO” aspira al reconocimiento de los intereses derivados de la factura número 01688, por un monto de Bs. 153.729.767,63 devengados a partir del 15 de diciembre de 1987.

b) Que la obligación en referencia fue satisfecha por “CADAPE” en tres (3) porciones de Bs. 50.000.000,00 las dos primeras y, la restante, por Bs. 53.729.767,63 en fechas 22 de agosto de 1988, 31 de agosto de 1988 y 5 de septiembre de 1988.

c) Que “CADAPE” rechaza esta pretensión tanto por lo que respecta a la fecha a partir de la cual deben devengarse los intereses como por lo que se refiere a la tasa aplicable, por las siguientes razones: “que tratándose de un crédito derivado de la ejecución de los contratos de obra celebrados, estimamos que “CADAPE” goza del plazo de sesenta (60) días, luego de aceptada la facturación, para proceder a su pago, tal como fue convenido contractualmente para el pago de las valuaciones, y que, en cuanto a la tasa de interés aplicable, el dispositivo del artículo 108 del Código de Comercio que establece un máximo de doce por ciento (12%) anual para la producción de intereses que tengan su origen en deudas mercantiles líquidas y exigibles sería el aplicable”. Que por el contrario, “EL CONSORCIO” aspira a tasas del 28,80% y de 37,35% anuales que no fueron convenidas por las partes y carecen de fundamento legal.

4. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a) Entre la argumentación acompañada por “EL CONSORCIO”, existe una correspondencia de fecha 2 de mayo de 1988, distinguida con el número DIV/172/CCS/88 dirigida al Presidente de “CADAPE”, donde se expresa:

“Los hechos que originaron esta reclamación ocurrieron en los años 83 y 84 y los montos reclamados fueron presentados a ‘CADAPE’ en febrero

de 1986 de acuerdo a las normas contractuales. Después de varios meses de discusiones, el 14-12-87 se llegó a un acuerdo entre nuestro Consorcio y la Comisión Especial negociadora sobre el monto a ser reconocido por CADAFE y que fue de aproximadamente de Bs. CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES (155.000.000) acuerdo este que conllevaba al consorcio un notable sacrificio económico. Este sacrificio fue aceptado en función de poner fin a la larga diatriba y en poder disponer a la brevedad de los fondos correspondientes”.

a.1) Existe asimismo una factura de fecha 15-06-88 emanada de “EL CONSORCIO” y dirigida a “CADAFE” y que se identifica así: N/REF-01688, y RFF-29160-0049/88 que se titula “RECLAMACION POR EVALUACION DEL COSTO DE LAS PRORROGAS” y cuya especificación es como sigue:

1. Por costos indirectos y gastos generales no recuperables, inherentes al período de agosto de 1983 a agosto de 1984.	Bs. 89.824.035,12
2. Por costos indirectos y gastos generales no recuperados correspondientes a costos fijos, en el período de agosto de 1985 (sic) a agosto de 1984.	Bs. 40.355.824,56
3. Por inutilización de la maquinaria (Contrato N° 548/78).	Bs. 25.212.820,75
TOTAL	Bs. 155.392.680,43

a.2) En otra correspondencia dirigida por “EL CONSORCIO” a “CADAFE” con fecha 6 de septiembre de 1988 distinguida así: N/REF-DIV/328/CCS/88 V/REF.-FR/ja/PM, declara “EL CONSORCIO” haber recibido en pagos parciales el monto de Bs. 153.729.767,63, y a la vez, se reclama el pago de los intereses, señalando que el pago del capital mencionado...“**había sido determinado con fecha cierta establecida en el 14.12.87 y que a partir de la misma y hasta la cancelación total, debían de reconocerse los intereses de mora correspondientes**”. A continuación hay un cálculo del monto de los intereses por atrasos en los pagos parciales de 250, 259 y 264 días respectivamente, para un total por este concepto de Bs. 22.263.148,70.

b. De acuerdo con la documentación que se encuentra en el Capítulo C del Tomo V de “LA RECLAMACION”, la cantidad de Bs. 153.729.767,63, fue pagada en tres porciones y con un retardo contado a partir del 14-12-87, así:

Pagos efectuados:

Bs. 50.000.000,00 el día 22-08-88. Días de atraso: 251

Bs. 50.000.000,00 el día 31-08-88. Días de atraso: 260

Bs. 53.729.767,62 el día 05-09-88. Días de atraso: 265

b.1) A continuación se hace el cálculo de los intereses de mora causados entre la fecha 14 de diciembre de 1987, que se alega ser la fecha de pago y el día en que el pago efectivamente ocurrió, así:

CALCULO DE INTERESES

Bs. 50.000.000,00 x 251 días x 22.80% - Bs. 7.948.333,33

Bs. 50.000.000,00 x 260 días x 22.80% - Bs. 8.233.333,33

Bs. 53.729.767,62 x 265 días x 22.80% - Bs. 9.017.646,00

TOTAL Bs. 25.199.312,00

b.2) A continuación "EL CONSORCIO" hace el cálculo de los intereses sobre intereses hasta el 30 de junio de 1989, lo que da un total de Bs. 7.949.157,45.

c) "CADAFE" por su parte ha alegado que rechaza esta pretensión por las siguientes razones:

c.1) Que tratándose de un crédito derivado de la ejecución de los contratos de obra celebrados, "CADAFE" debe gozar del plazo de sesenta (60) días luego de aceptada la facturación, para proceder a su pago, tal como fue convenido contractualmente para el pago de las valuaciones.

c.2) Que la tasa de interés aplicable de acuerdo con el artículo 108 del Código de Comercio es del 12% anual y no las tasas a que aspira "EL CONSORCIO" de 28,80% y de 37,35%.

d) Por lo demás "CADAFE" reconoce los pagos parciales en sus montos y las fechas en que se efectuaron dichos pagos.

e) Este Tribunal Arbitral considera que el concepto de "VALUACION" está definido en la estipulación distinguida con el número 10.2 de las Normas

Particulares y que corresponden al trabajo ejecutado por “EL CONSORCIO”. Esa estipulación que define la “VALUACION” no es posible extenderla a otros casos o hipótesis en que “CADAFE” tuviere que hacer pagos a “EL CONSORCIO”, como es el caso de la presente reclamación que está referida a “**costos indirectos y gastos generales no recuperables o recuperados**” y a “**inutilización de maquinaria**”. Así se declara.

Ahora bien, respecto de la interpretación del artículo 108 del Código de Comercio, ya este Tribunal ha considerado y resuelto que el daño sufrido por el acreedor de una obligación mercantil debe ser satisfecho o indemnizado de manera integral conforme a lo que se deja establecido.

f) Siendo que este Tribunal Arbitral debe decidir en derecho y, en el presente caso, no tratándose de hechos, que están ya aceptados y convenidos por las partes, se hacen las siguientes consideraciones.

f.1) El monto de la deuda de Bs. 153.729.767,63 para el día del primer pago de Bs. 50.000,000,00 había generado intereses por 251 días de atraso al 22,80% de VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NUEVE BOLIVARES (Bs. 24.437.909,00).

f.2) De acuerdo con lo que dispone el Código Civil en el artículo 1303, el pago hecho a cuenta de capital e intereses, si no fuere íntegro, se imputará primero a intereses, de modo que al pagar “CADAFE” a “EL CONSORCIO” los primeros Bs. 50.000.000 el día 22 de agosto de 1988, ha debido imputarse a esa cantidad al pago de intereses, la cantidad de VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NUEVE BOLIVARES (Bs. 24.437.909,00) y el saldo a rebajar el capital adeudado. Con los siguientes pagos ha debido procederse de la misma manera, imputando la cantidad recibida a los intereses devengados por el saldo de capital y el resto a amortización del mismo capital. Para la fecha del tercer pago de Bs. 53.729.767,63, ha debido establecerse el saldo del capital adeudado que de acuerdo a lo calculado por este Tribunal es la cantidad de VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS NUEVE BOLIVARES (Bs. 25.418.309,00).

f.3) Esta cantidad que es el saldo del capital adeudado devengará intereses desde el día 5 de septiembre de 1988 hasta el 15 de diciembre de 1989, a la tasa

corriente en el mercado que se establece en el 22,08% anual. Esta cantidad de SIETE MILLONES QUINIENTOS UN MIL SETECIENTOS NOVENTA BOLIVARES (Bs. 7.501.790,00) se agrega al principal de VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL TRESCIENTOS NUEVE BOLIVARES (Bs. 25.418.309,00) da un total de TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL NOVENTA Y NUEVE BOLIVARES (Bs. 32.920.099,00). Desde el día 15 de diciembre de 1989, se añadirá al saldo de capital el monto de los intereses acumulados para la fecha y la suma resultante seguirá produciendo intereses sobre el capital y los intereses capitalizados hasta el definitivo pago por “CADAPE”. Así se declara.

XVII

Punto “p” de la Reclamación

1. La cuestión sometida a los árbitros de acuerdo a los términos del Compromiso es como sigue:

“Los Arbitros decidirán si ‘CADAPE’ debe adicionalmente a ‘EL CONSORCIO’ los intereses del 12% por año o el real costo financiero sufrido por ‘EL CONSORCIO’ sobre las cantidades debidas por los conceptos indicados en los literales k), l), m), n), ñ) y o) anteriores, desde el momento en que ‘EL CONSORCIO’ incurrió en los gastos hasta la fecha en que ‘CADAPE’ haga efectivo el pago de los mismos”.

2. Respecto de esta cuestión, “EL CONSORCIO” alega:

a) Que “EL CONSORCIO” aspira en base a los razonamientos consignados en el Punto “b”, que se dan por reproducidos aquí, que “CADAPE” sea condenada a pagar los costos financieros reales que le suponga el atraso en el pago de los conceptos tratados bajo los puntos k), l), m), n), ñ) y o) anteriores, desde el momento en que “EL CONSORCIO” incurrió en los gastos correspondientes hasta que “CADAPE” haga efectivo el pago de los mismos.

b) Que, en opinión de “EL CONSORCIO”, esos mayores costos son a cargo de “CADAPE” por tratarse de obligaciones mercantiles y ser las cantidades reclamadas los costos reales financieros incurridos.

3. “CADAFE”, a su vez, alega lo siguiente:

a) Que, en primer término, es preciso deslindar las reclamaciones que han sido desestimadas por “CADAFE” y aquellas otras consideradas como procedentes.

b) Que en cuanto a las primeras, constituidas por la indicada bajo el Punto “k”, es obvio que “CADAFE” rechaza tal pretensión, ya que tratándose de accesorios, el nacimiento de los mismos depende de la existencia de una obligación previa, lo cual ha sido negado por “CADAFE”.

c) Que respecto de las reclamaciones consideradas como procedentes o condicionadas, que dependen de la decisión del Tribunal Arbitral, que son las señaladas en los Puntos “l”, “m”, “n”, “ñ”, y “o” se alega que sólo dan lugar al pago de intereses a que se contrae el artículo 108 del Código de Comercio.

4. El Tribunal Arbitral para decidir, observa:

a) Que respecto de estas cuestiones ya el Tribunal Arbitral se pronunció en el sentido de que en materia mercantil, el acreedor perjudicado por la mora del deudor, tiene derecho a una indemnización integral que necesariamente comprende los mayores daños, en adición a la tasa del 12% anual que señala el artículo 108 del Código de Comercio. Esos mayores daños comprenden la diferencia entre las tasas efectivas o reales y el 12% anual, las comisiones y gastos en general incurridos por el acreedor, tal como se ha dejado establecido al resolver cada una de las reclamaciones.

b) Considera este Tribunal Arbitral necesario aclarar que las cantidades mencionadas se deben y general intereses y daños hasta el pago final que extinga la totalidad de las obligaciones. Así se declara.

XVIII

Punto “q” de la Reclamación

1. La cuestión sometida a los árbitros de acuerdo a los términos del Compromiso es la siguiente:

“Si ‘CADAFE’ DEBE a ‘EL CONSORCIO’ la retención fiscal del uno por ciento (1%) efectuada sobre las valuaciones presentadas hasta el 31 de diciembre

de 1985, por no haber abonado 'CADAPE', oportunamente, el monto de dichas valuaciones a la cuenta de 'EL CONSORCIO' tal como se detalla en el aparte B.3 de la Memoria Descriptiva contenida en el tomo I de LA RECLAMACION".

2. Con relación a este punto el Tribunal Arbitral señala que por correspondencia emanada del Consorcio Impregilo-Suramericana de Obras Públicas, C.A. distinguida con el número DIV/344/CCS/89 de fecha 14 de diciembre de 1989, dirigida a este Tribunal se desistió del pedimento contenido en el punto "q" de la Reclamación, el cual queda, en consecuencia, excluido del arbitraje.

3. Por lo expuesto este Tribunal Arbitral declara que respecto de este Punto "q" de la Reclamación no tiene materia sobre qué decidir. Así se declara.

XIX Dispositivo del Laudo

Este Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley en ejecución del punto "r" de la Reclamación, decreta que la empresa COMPAÑIA ANONIMA ADMINISTRACION Y FOMENTO ELECTRICO ("CADAPE") adeuda al CONSORCIO IMPREGILO-SURAMERICANA DE OBRAS PUBLICAS, las cantidades que se han determinado al resolver los diversos puntos del Compromiso Arbitral y cuyo resumen es como sigue:

Puntos de la Reclamación	Monto a cargo de "CADAPE" y a favor de "EL CONSORCIO"
a)	Bs. 51.126.140,00
b)	Bs. 19.960.986,00
c)	Bs. 148.088.466,00
d)	- 0 -
e)	Bs. 85.784.929,00
f)	- 0 -
g)	Bs. 313.091.397,00
h)	Bs. 22.792.483,00
i)	Bs. 20.411.942,00
j)	Bs. 12.437.800,00
k)	- 0 -
l)	Bs. 141.538.708,00
m)	Bs. 6.982.673,00

n)	Bs. 17.550.987,00
ñ)	Bs. 5.358.510,00
o)	Bs. 32.920.099,00
p)	- 0 -
q)	- 0 -
TOTAL	Bs. 878.045.120,00

Esta cantidad la adeuda "CADAFE" desde el día 15 de diciembre de 1989, fecha tomada por el Tribunal Arbitral como referencial para el corte de cuentas, la que dispondrá del lapso previsto en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil para dar cumplimiento voluntario a lo dispuesto en este laudo.

Los intereses futuros contados a partir del día 26 de diciembre de 1989, inclusive, se calcularán sobre la expresada cantidad de OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTE BOLIVARES (Bs. 878.045.120,00) a una tasa que resulte del promedio aritmético de las tasas activas de la banca comercial que cobren los cinco mejores bancos a sus mejores clientes (**prime rate**) en la ciudad de Caracas. Estos cinco bancos son el Banco Provincial, el Banco de Venezuela, el Banco Mercantil, el Banco Unión y el Banco Latino.

Igualmente deberá "CADAFE" pagar a "EL CONSORCIO" por los US\$ 12.000.000 a que se refiere el Punto "j" de la Reclamación y que falta por pagar al acreedor, el monto de la diferencia, en moneda nacional, resultante de aplicar la tasa de conversión que se tuvo en cuenta para convertir en bolívares la expresada cantidad de moneda extranjera con motivo de su importación al país y la tasa de cambio de mercado libre que exista para el momento en que "CADAFE" pague a "EL CONSORCIO" la expresada cantidad de US\$ 12.000.000.

Conforme a lo previsto en el párrafo "m" de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral, no hay condenatoria en costas.

Caracas, veinte (20) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve. Año 178° de la Independencia y 129° de la Federación.

ENRIQUE LAGRANGE
NEY HIMIOB M.
GONZALO PEREZ LUCIANI

Colaboraciones estudiantiles

**La protección internacional
de los derechos humanos
en el Derecho Internacional
contemporáneo***

Astrid Mattar Torbay

Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993

LAS LEYES

“Entonces un legislador dijo, pero ¿qué nos dices de nuestras leyes Maestro? y él contestó: os regocijáis dictando leyes, pero os regocijáis más destruyéndolas; sois como niños que en las orillas del mar construyen con asiduidad torres de arena para destruirlas luego entre risas. Mas en tanto estáis construyendo torres de arena, el océano está trayendo más arena a la playa y cuando las destruis, el océano ríe con vosotros, la verdad es que el océano ríe siempre con el inocente...”

(Khalil Gibrán. Poeta Libanés) 1883-1931

SUMARIO

INTRODUCCION

CAPITULO I. La protección internacional de los derechos humanos. 1) Antecedentes. 2) La diversidad de los derechos humanos; a) Los derechos colectivos; b) Los derechos individuales.

CAPITULO II. De las declaraciones a los tratados. 1) El valor sobrevenido de las declaraciones; a) El carácter vinculante de las declaraciones. 2) Los tratados internacionales; 2.1) Como fuente de protección de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

* Este trabajo obtuvo el tercer premio en el Concurso de Investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, en el año académico 1989-1990; y el segundo premio en el Concurso de Estudiantes de Derecho de la XXX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados celebrada en Santiago de Chile en junio del presente año.

INTRODUCCION

El tema de la protección internacional de los derechos humanos dentro del marco del Derecho Internacional contemporáneo, merece la posibilidad de insistir sobre la problemática que ofrece la protección de los derechos humanos desde la perspectiva técnico-jurídica. El tema no es nuevo ni mucho menos original, pero su reiteración en la actualidad no está de más por diferentes razones a considerar, entre las cuales es posible afirmar que el Derecho Internacional se caracteriza por su constante evolución como consecuencia de la práctica de los Estados, y es un hecho evidente, que esta evolución ha experimentado un incremento muy importante en los últimos años, no sólo en cuanto a las materias reguladas, sino también en cuanto a las técnicas jurídicas de reglamentación utilizadas. Por otra parte, han sido muchos los estudios e investigaciones realizadas sobre la protección internacional de los derechos humanos, pero en vista de esa progresividad y evolución de la que hemos hablado, consideramos de suma importancia su constante y reiterado estudio.

Estos derechos inherentes a la persona humana, están necesariamente sometidos a un proceso de protección por parte de la comunidad internacional. A partir de la Segunda Guerra Mundial, ha venido instaurándose progresivamente el régimen de protección internacional de los derechos humanos ¹. A raíz del exterminio masivo de seres humanos, se han ido desarrollando instituciones internacionales creadas con el fin de proteger la dignidad de la persona humana frente al Estado, en aquellos casos en los que él ejerza el poder en forma arbitraria e injusta y en los que los recursos de jurisdicción interna sean a menudo inidóneos o insuficientes para salvaguardar los derechos de la persona agraviada ².

Se podría afirmar que es a partir de la fundación de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y del Consejo de Europa, que se instaura un verdadero sistema internacional cuyo objeto principal es la protección de los derechos humanos sustentado sobre numerosos tratados, y que se expresa en órganos de la más diversa naturaleza, destinados a cumplir con los fines de las

¹ NIKKEN, Pedro. *En defensa de la persona humana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988, p. 31.

² Entendiéndose personas naturales.

diferentes convenciones. Estos órganos podrían dividirse en instituciones de promoción e instituciones de protección. Las primeras orientadas hacia la proposición de correctivos necesarios para superar las diferencias existentes en materia de derechos humanos y las segundas, dotadas de funciones de investigación, de conciliación y de arreglo judicial³. Venimos hablando de promoción y protección de los derechos. La gama de técnicas hasta hoy usadas en las jurisdicciones supraestatales existentes, es diversa⁴. Mientras la Corte Internacional de Justicia que integra la estructura de las naciones, interviene en cuestiones referentes a los Estados, encontramos en América, la Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre cuyas competencias figura la resolución de casos de violencia presunta a los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). También es necesario hacer referencia a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y a la Corte Europea de Derechos Humanos. El sistema de esta Convención fue juzgada por TRUYOL como “el mayor avance realizado desde la aparición del Estado moderno para la tutela de los derechos humanos en el plano internacional”⁵. Hoy debe equipararse el sistema del Pacto de San José de Costa Rica en el ámbito regional americano. En la Liga de los Estados Arabes, funciona una Comisión Regional Permanente Árabe para la Protección de los Derechos Humanos⁶.

Los señalamientos anteriores, son sólo un breve panorama de algunas de las instituciones de promoción y protección que evidencian un proceso de internacionalización en la protección de los derechos humanos, con el propósito de vigilar, defender y restaurar los derechos consagrados en los tratados o pactos celebrados entre los Estados.

Sin embargo, la realidad internacional no sólo evidencia un proceso de internacionalización de los derechos, sino un fenómeno de progresividad en el

³ NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 32.

⁴ Se entiende como jurisdicción supra estatal, aquella que surge sobre los Estados como una instancia en la que uno o más organismos tienen competencia en cuestión de tutela y promoción de los derechos.

⁵ TRUYOL, Antonio. *Los derechos humanos*. Madrid, 1968, p. 54.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 440 y ss.

que el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuo e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que se refiere a la eficacia y vigor de los procedimientos en virtud de los cuales, órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia frente a los Estados.

Bunivov Parra, acertadamente considera que cuando en un futuro remoto se analice la historia del Derecho Internacional Público, con seguridad se dirá que este siglo XX, ha sido el de una muy importante transformación de ese Derecho y de la realidad internacional que trata de normar y que elementos fundamentales de ese cambio han sido, junto con la ilegalización de la guerra, la protección internacional de los derechos humanos y la de los derechos de los pueblos⁷. A pesar de la optimista posición de muchos internacionalistas en cuanto a la materialización y efectividad de estos cambios, la realidad es que es difícil que esta progresividad de los sistemas de protección, se traduzcan de forma inmediata en sistemas definitivos y aceptados universalmente. Sin embargo, las normas e instituciones convencionales del Derecho Internacional tradicional, han ido evolucionando junto al progreso de los valores definidos y junto a la voluntad política de los Estados.

Las manifestaciones de esa evolución, se observan en los más diversos ámbitos. Los primeros instrumentos fueron puramente declaraciones de contenido eminentemente político pero cuyo carácter vinculante inicial no fue reconocido por los signatarios y en ocasiones, fue expresamente excluido. Hoy en día, son numerosos los tratados multilaterales, regionales o universales cuyo objeto principal es la protección de los derechos humanos y que disponen precisas obligaciones internacionales en tal materia. Los propios tratados contienen la posibilidad de ampliar la medida en que las partes se obligan por ello, y en ocasiones reconocen ciertos derechos cuyo contenido está llamado a definirse progresivamente. También los órganos creados para la promoción y protección de los derechos humanos, han ido aumentando el ámbito de sus funciones, la intensidad con la que las ejercen, e incluso la naturaleza de las mismas⁸.

⁷ BUNINOV PARRA, Boris. "La protección internacional de los derechos humanos y de los pueblos", en *Las Primeras Jornadas de Derecho Internacional de la UCAB*, Caracas, 1979, op. cit., p. 245.

⁸ NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 33.

Por ello podemos afirmar que el régimen de protección internacional, más que como sistema establecido, se ha manifestado como un proceso que ha modificado, incluso sustancialmente, el tratamiento jurídico de materias que permanecían estables durante la evolución previa del Derecho Internacional. Sin embargo, esta evolución señalada, se ha desarrollado dentro de una comunidad donde los órganos internacionales han actuado según los intereses o contra los intereses o puntos de vista de ciertos Estados⁹.

A pesar de la conflictiva realidad internacional que rodea la protección de los derechos humanos, en la que la xenofobia y el racismo, entre otros males, vuelven a la palestra del mundo, surgen las figuras de las declaraciones y tratados como manifestaciones formales de los Estados ante la necesaria y urgente materialización de medios suficientes e idóneos para su protección frente al inminente agotamiento de los recursos internos de los Estados.

Estos aspectos y otros, serán algunos de los puntos a tratar durante el presente estudio, que de forma simple y clara se referirá al tema en cuestión en vista del extenso y complejo campo en el que humildemente pretendo introducirme.

CAPITULO I. LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1) Antecedentes

Las obras de los teólogos españoles del siglo XVI, consideradas como las fundadoras del Derecho referente a la protección internacional, fueron contemporáneas a la conquista de Indias que fue uno de los episodios más sangrientos de la historia de la humanidad.

El concepto de “derechos del hombre”, no fue conocido sino hasta el siglo XVIII gracias a los trabajos de la escuela de “Derecho Natural y de Gentes” de la cual

⁹ Caso característico es el de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que después de haber rechazado por más de 20 años la posibilidad de examinar denuncias o quejas contra los gobiernos, adoptó en 1970 la Resolución 1.503 (XLVIII) para tramitar dichas denuncias como en el caso del envío al gobierno de Chile en 1974 de un telegrama expresando preocupación por la violación de derechos humanos.

se inspiró Jean Jacques Rousseau y la cual fue una de las fuentes intelectuales de la Revolución Francesa ¹⁰.

Es posible afirmar que en 1789 se produjo la juridificación de los derechos humanos con ocasión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y que en 1945 se produjo la aparición del Sistema de Protección Internacional de los mencionados derechos, con la aprobación de la Carta de San Francisco¹¹.

Observamos la existencia de otros antecedentes remotos a San Francisco, bastando con mencionar, antes de la Era Cristiana al celeberrimo Código de las Diez Libertades Humanas Esenciales atribuidos a Manú y Buda; pero es sólo con el mencionado documento que tiene lugar la universalización o totalización del compromiso del mundo con el hombre¹².

Buninov Parra realizó un estudio sobre los precedentes del Derecho Internacional de la persona humana, entre los cuales cita al Tratado de Oliva de 1660, suscrito por los reyes de Suecia y Polonia y el elector de Brademburgo, garantizando la libertad de religión. Menciona además, las previsiones del Congreso de Viena de 1815, que ordenan al reino de los Países Bajos reconocer a sus provincias meridionales, belgas y católicas, igualdad de derechos con las norteñas, holandesas y protestantes; el Tratado Institutivo de la Corte Centroamericana de Justicia de 1907 con competencia para conocer de cualquier acto estatal que implicase una violación de los derechos del hombre; y en 1919, la creación con el Pacto de la Sociedad de las Naciones de un régimen de protección de las minorías y, con la parte XIII del Tratado de Versalles, la creación de la OIT como organización intergubernamental encargada de proteger los derechos del hombre trabajador.

No incluye Buninov la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos que en 1938, previéndose las fatales consecuencias de la conflagración mundial en puertas, formularon los países americanos en la VIII Conferencia Internacional

¹⁰ HUBERY, T.; COMBACAU, J.; VALLEE, C. *Droit International Public*, Editions Mont Chestien. Paris, 1985, p. 480.

¹¹ BUNINOV PARRA, Boris. *Op. cit.*, pp. 247 y ss.

¹² AGUIAR, Asdrúbal. *La protección internacional de los derechos del hombre*. Caracas, 1987, p. 50.

Americana tenida en la ciudad de Lima, Perú; y tampoco la Resolución XL sobre “Protección Internacional de los Derechos del Hombre” adoptada en 1945 por la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en México, cuando todavía no finalizaba la segunda guerra mundial ¹³.

Sería interesante hacer un señalamiento sobre el ingreso de los derechos humanos en el Derecho Constitucional de los países. A raíz de las ideas de la Revolución Norteamericana y por sus formas de expresión concreta, Lafayette propuso ante la Asamblea Nacional Francesa, el 11 de julio de 1789, que se agregara a la Constitución una declaración de derechos, la cual es adoptada el 26 de agosto como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

De esta forma el tema de los derechos humanos, y más específicamente el de los derechos individuales, ingresó al Derecho Constitucional desde el momento en que se reconoce y garantiza en la Constitución que hay derechos del ser humano inherentes a su misma condición y, en consecuencia, anteriores y superiores al poder del Estado, se está limitando el ejercicio de éste, al cual está vedado afectar el goce pleno de aquellos derechos.

Con estos antecedentes, el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas reafirmó “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. El artículo 56 de la misma Carta dispone que “Todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”, entre los cuales está “el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos”.

En 1946 fue creada la Comisión de Derechos Humanos a la que se encomendó, entre otras cosas, la preparación de un Proyecto de Declaración Internacional. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹³ AGUIAR, Asdrúbal. *Ob. cit.*, p. 51.

Meses antes, en la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá, la naciente Organización de Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ya en 1945, la Conferencia de Chapultepec había proclamado la adhesión de las Repúblicas americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre, y se había pronunciado en favor de un sistema de protección internacional de los mismos. A tal efecto, encomendó al Comité Jurídico Interamericano, la preparación de un anteproyecto de declaración ¹⁴.

2) *La diversidad de los derechos humanos*

Desde un punto de vista teórico, se afirma generalmente la indivisibilidad de los derechos humanos (Proclamación de Teherán, adoptada por unanimidad por la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos. Naciones Unidas) en 1968. Desde un punto de vista práctico, se constata la interdependencia de los derechos que se establece en el Proyecto del Pacto de las Naciones Unidas de 1966.

La experiencia concreta de la aplicación, pero más todavía, de la violación de los derechos humanos, tiende a la búsqueda y conservación de la clara distinción de estos derechos. Para el reconocido internacionalista Charles Rousseau¹⁵, la clasificación más útil parece ser aquella que distingue los derechos individuales y los derechos colectivos.

a) Los derechos colectivos

Estos derechos a diferencia de los individuales, no parten de una percepción inicial del individuo, pero sí de diferentes grupos a los que pertenecen. Anteriormente, con la aparición de la rama específica de los derechos humanos en el Derecho Internacional, se sabía que algunos de esos derechos ya reconocidos desde hace muchos años, establecían beneficios en pro de las minorías étnicas o culturales. Otros fueron afirmados sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas desde los primeros años del segundo conflicto mundial

¹⁴ NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, pp. 39 y ss.

¹⁵ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Editions Dalluz. Paris, 1984, pp. 411 y ss.

(Convención para la Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio, 1948). El contenido de estos derechos puede estar dirigido tanto a una familia como a todo un pueblo identificado en función de sus características étnicas, políticas y culturales. Una categoría particular ha venido a tomar en el seno de las Naciones Unidas, un lugar considerable como es la persistencia del régimen del Apartheid en Africa del Sur (Declaración de Discriminación Racial, 1963 y 1965); (Convención Internacional sobre la Eliminación y la Represión del Crimen del Apartheid, 1973).

La tendencia más reciente insiste sobre la dimensión comunitaria y sobre las incidencias individuales de ciertos derechos. Estos últimos, muy a menudo mal formulados, son llamados de vez en cuando, por referencia a los derechos civiles y políticos (1ra. generación), luego económicos y sociales (2da. generación) y derechos de la tercera generación. Se han establecido también los derechos de solidaridad, donde su aplicación supone la acción conjugada de todos los actores del ámbito internacional sobre los planes internos como internacionales, como por ejemplo: “el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos, el derecho a la paz, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y sobre todo, el derecho al desarrollo”. En reciente resolución adoptada por una gran mayoría, la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha reafirmado que “el derecho al desarrollo es un derecho inalienable del hombre”.

Los derechos de la tercera generación y el derecho al desarrollo, presentan una posición radicalmente diferente a la concepción de los derechos del hombre. Se les debe concebir como una invitación a la reflexión de aquellos derechos ya afirmados, en una nueva perspectiva.

b) Los derechos individuales

Los derechos individuales, son aquellos que están directamente dirigidos o destinados a la persona humana. Históricamente, ellos fueron afirmados por primera vez en la Declaración de los Derechos Americanos y Franceses (1789). La influencia de estas primeras proclamaciones, de inspiración individualista, fue determinante para la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948 y se extiende a los dos Pactos de las Naciones Unidas de 1966. En estos diferentes textos, los derechos individuales reposan sobre la afirmación de la

libertad, la legalidad y la fraternidad (Artículo primero de la Declaración Universal).

Se encuentran en principio dentro de esta categoría, los derechos de orden personal y derechos civiles (derecho a la vida, libertad, seguridad, dignidad de la persona, igualdad ante la ley, el derecho a recurrir a los tribunales internos). Se podría agregar, los derechos sociales (el derecho al matrimonio y el derecho a la nacionalidad) al igual que las libertades públicas y políticas (libertad de creencia, de expresión, de reunión, de asociación, de elección). En fin, algunos derechos económicos y culturales (derecho al trabajo, a la libertad sindical, derecho a la educación).

Habiendo hecho referencia a la diversidad de los derechos del hombre en base a clasificaciones recientemente elaboradas, pasemos ahora a analizar los instrumentos jurídicos que contienen estos derechos y su evolución en el Derecho Internacional contemporáneo.

CAPITULO II. DE LAS DECLARACIONES A LOS TRATADOS

La formación del Derecho Internacional de los derechos humanos, ha cargado a sus espaldas la contradicción de dos posiciones opuestas que la comunidad internacional todavía no ha podido resolver. La primera de ellas reconoce que el respeto y cumplimiento de tales derechos es esencial para la conservación de la paz y seguridad internacional de lo cual se deduce, que la comunidad internacional contemporánea reconoce que los derechos humanos son valores superiores a toda ley o soberanía.

La segunda, considera que el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados soberanos, por lo cual no se acepta la noción de subordinación; además de que el Derecho Internacional implica el abandono por parte de los Estados, de esferas que tradicionalmente dependían de forma exclusiva de su dominio reservado.

Los derechos humanos debutan en el ámbito internacional a través de las declaraciones a las cuales no se les dotó de carácter vinculante, incluso durante la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada en

1948. Más tarde, a partir de la década de los 60, se tiende a regular la protección de los derechos humanos a través de numerosas convenciones de las que se hará referencia posteriormente.

De las anteriores consideraciones, es posible evidenciar que la evolución de los instrumentos jurídicos protectores de los derechos humanos, se refleja en una tendencia progresiva de los mecanismos menos vigorosos hacia los que ofrecen mayor grado de garantía y de fuerza vinculante.

1) El valor sobrevenido de las declaraciones

Los antecedentes de estos instrumentos normativos es posible ubicarlos en la limitación del poder absoluto por el reconocimiento de derechos preeminentes del pueblo que debían ser respetados por los Estados.

Posteriormente, a raíz de la independencia de los Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa, el Derecho Constitucional reconoció y garantizó los derechos inherentes al ser humano. Desde la creación de las Naciones Unidas, esta garantía constitucional de Derecho interno, considerada en numerosos casos como insuficiente, ha venido siendo complementada por dispositivos creados por el Derecho Internacional.

Las primeras manifestaciones normativas tuvieron la forma de declaraciones las cuales fueron las precursoras tanto de tratados de carácter universal como regional.

Cabría preguntarse, si las declaraciones en materia de derechos humanos por sí mismas carecen de fuerza obligatoria, de manera que su contenido no sería exigible sin un tratado ulterior que lo desarrolle en términos vinculantes.

a) El carácter vinculante de las declaraciones

Las declaraciones son “actos solemnes por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor que se juzgan perdurables”¹⁶.

¹⁶ NIKKEN, Pedro. *Ob. cit.*, p. 43.

Ahora el problema se presenta con respecto a lo que se considera como “principio de gran valor que se juzgan perdurables”, ya que las concepciones de lo que ello significa, pueden ser muy diferentes e incluso antagónicas entre las diferentes posiciones de la Doctrina Internacional.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia consagrada como fuente del Derecho Internacional Público “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” por lo tanto, es posible definirlos como “aquellos principios aceptados por igual en todos los sistemas jurídicos de Derecho interno estatal de los Estados que forman parte de la sociedad internacional”¹⁷. Tales principios, como reglas aceptadas universalmente, no son otras que el *Ius Cogens*.

Es necesario resaltar que muchos de los principios hoy día imperantes en materia de derechos humanos han sido formulados y desarrollados por tribunales internacionales y en ocasiones por la propia Corte Internacional de Justicia, entre cuyas decisiones cabe destacar la recaída de la Barcelona Traction (decisión del 5 de febrero de 1970) y la relativa al Africa Sud Occidental (decisión del 21 de diciembre de 1962). Entre las decisiones de tratados internacionales, los de la Corte Europea de Derechos Humanos resultan aún más pertinentes aunque no emane de la Corte, sino de la Comisión Europea de Derechos Humanos y luego pasado al Comité de Ministros, sea la Declaración de Admisibilidad del Caso Griego, del 24 de agosto de 1968, una de las decisiones de mayor relevancia en el campo de los derechos humanos.

El carácter vinculante de las declaraciones y sus efectos dependen, entre otras cosas, de las circunstancias en que la declaración se ha emitido y de la aceptación y el valor que se le haya reconocido al instrumento. Sin embargo, es posible afirmar que tanto la Declaración Universal como la Americana han gozado de gran autoridad.

En el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada como “recomendación” en la Novena Conferencia Internacional

¹⁷ TORO JIMENEZ, Fermín. *Manual de Derecho Internacional Público*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1982, p. 270.

Americana en 1948, Bogotá, Colombia, se ha sostenido que tanto por su aplicación como por haber sido incorporada indirectamente a la Carta de la Organización de Estados Americanos por el Protocolo de Buenos Aires, tienen efecto vinculante.

Sin embargo, son muchos los internacionalistas que mantienen la posición de que la fuerza de las declaraciones concebidas en forma general, no es igual a la de los tratados como fuentes de los derechos humanos.

Se plantea por lo tanto, el problema del valor jurídico de las declaraciones y de todos los actos emanados de las organizaciones en materia de protección de los derechos del hombre. Un día antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el representante de Francia René Cassin manifestaba ante la Asamblea General de las Naciones Unidas que: "La declaración tiene un gran alcance moral. Además, si bien no es tan efectiva y obligatoria como una convención, no tiene por ello menos valor jurídico, pues está formulada por una resolución de la Asamblea con valor jurídico de recomendación; constituye el desarrollo de la Carta que incorpora los derechos del hombre al Derecho Internacional Positivo"¹⁸.

De esta forma, se plantea la polémica del valor jurídico de los actos emanados de una organización internacional. Para abordarlo, es preciso distinguir entre organizaciones internacionales cuyos fines son de mera coordinación y aquellos que son expresión de un sistema de carácter constitucional. En el primero de estos casos, dichos actos podrían sufrir el proceso de incorporación al ordenamiento interno de cada Estado; por su parte las organizaciones internacionales que siguen un sistema de integración, como la Comunidad Económica Europea, se caracterizan porque sus actos reglamentarios resultan directamente aplicables y obligatorios en el Derecho interno de los Estados miembros¹⁹.

En el caso de las Naciones Unidas, la idea de cooperación es fundamental en su sistema, y ello se refleja con claridad en materia de protección de los

¹⁸ A. CH. Kiss. *Repertoire*. T. II, p. 651 cit. por FERNANDEZ ROZAS, J.C. *Políticas y derechos humanos*. España, 1976, p. 113.

¹⁹ SANCHEZ, R. *Curso de Derecho Internacional*. Oviedo, 1975, pp. 233-235.

derechos del hombre, pues dado que el sistema descansa en una base voluntaria, el Estado sólo se obliga hasta allí donde ha consentido obligarse.

En consecuencia, la soberanía del Estado decide en última instancia. Sin embargo, en esta era de las organizaciones internacionales, en la cual aparece una internacionalización de ciertas materias objeto hasta ahora de la exclusiva actividad estatal, la enumeración de las fuentes del Derecho Internacional que ofrece el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, del que ya hemos hecho referencia, resulta insuficiente para mostrar la realidad de este ordenamiento en la actualidad especialmente en lo relacionado con la protección de los derechos del hombre ²⁰.

2) *Los tratados internacionales*

2.1) Como fuentes de protección de los derechos humanos

Uno de los temas más arduos, a veces ambiguos, y hasta polémicos, es el de las fuentes del Derecho Internacional. Se habla de fuentes formales y fuentes materiales, se habla también de fuentes históricas y fuentes normativas. Sin embargo, podríamos afirmar que uno de los factores que permiten establecer una vinculación entre el Derecho Internacional y los derechos humanos, son las fuentes del Derecho de carácter internacional, aunque sus normas requieran del apoyo del Derecho interno de los Estados para su materialización y su puesta en vigor efectivo.

Es precisamente su carácter internacional ²¹, lo que permite entre otras cosas, denominarlos derechos humanos, cuyo titular es el ser humano como tal, independientemente de su nacionalidad, raza, color, ideología u otros factores semejantes ²².

Se entiende por fuentes del Derecho Internacional Público, los medios admitidos por el mencionado Derecho, como ordenamiento jurídico positivo, para crear válidamente normas jurídicas que rijan las conductas, sea por vía general y abstracta o por vía particular o concreta ²³.

²⁰ Ibidem, p. 98.

²¹ Aun cuando ello no corresponde a una absoluta unanimidad en el plano internacional.

²² BIDART CAMPOS, Germán. *Ob. cit.*, pp. 365 y ss.

²³ TORO JIMENEZ, Fermín. *Ob. cit.*, p. 134.

Según la clasificación de Bidart Campos, las principales fuentes de los derechos humanos son: la Constitución de los Estados, los tratados internacionales, la legislación interna, el Derecho no escrito y el Derecho Judicial.

A los fines de nuestra investigación, se profundizará sobre los tratados internacionales y su naturaleza como fuentes de los derechos humanos, en vista de la importancia que revisten como tal.

En los albores del constitucionalismo moderno, esta fuente no era conocida ni utilizada, pero actualmente y a raíz de las prácticas internacionales, ha cobrado gran importancia, y nos referimos a prácticas internacionales como aquellas destinadas a la búsqueda del consenso universal por la paz, la libertad, los derechos, el desarrollo, el bien común, la democracia, etc.

No es uniforme la doctrina respecto al criterio en torno a esta fuente. Existen básicamente dos posiciones, la dualista y la monista. La primera establece una rígida separación entre el orden jurídico interno (propio de cada Estado) y un orden jurídico internacional, cada uno con su sistema de fuentes propio. En consecuencia, los tratados internacionales no entran a formar parte del Derecho interno, hasta que una fuente interna le dé recepción y, al dársela, los transforma en Derecho interno mediante novación jurídica de su naturaleza internacional ²⁴.

La segunda posición unifica los dos órdenes jurídicos y propone una unidad de fuentes, de forma que el Derecho Internacional ingresa automáticamente, directamente y por sí mismo, al Derecho interno a partir de la ratificación del tratado por el Estado que se hace parte en él. No es necesario después de la ratificación internacional (que difiere mucho de la aprobación que un órgano interno, por ejemplo, el Congreso o Parlamento o una de sus cámaras, debe dar al tratado conforme al Derecho interno para habilitar su posterior ratificación internacional), que una fuente interna (ley) preste su filtro para que a través de él, el tratado entre a formar parte del Derecho interno ²⁵.

²⁴ Criterio que está sujeto a discusión en diferentes sistemas jurídicos con respecto a los tratados ejecutivos en virtud de su introducción en el Derecho interno sin necesidad de ley aprobatoria.

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán. *Ob. cit.*, p. 368. Como complemento, puede observarse LA PERGOLA, Antonio. *Constitución de los Estados y... México*. UNAM.

En el Derecho de cada Estado, se pueden plantear los siguientes problemas que cada uno resolverá a su modo en los casos de que el tratado adoptado por el Derecho interno prevalezca sobre todo el conjunto de éste, inclusive sobre la propia Constitución, o que el tratado se sitúe en un plano inferior al de la Constitución, pero superior al de las leyes internas, o que el tratado se sitúe en un plano inferior al de la Constitución y no superior al de las leyes, pero sí igual al de éstas, o que el tratado goce del mismo rango de la Constitución, y con ella prevalezca sobre el resto del Derecho interno.

En cuanto a los tratados como fuentes del Derecho Internacional, no está de más referirnos en especial a los primeros tratados multilaterales de carácter general, que establecieron un sistema jurídico de protección internacional de los derechos humanos.

La evolución de las declaraciones a los tratados, pone de manifiesto algunas cuestiones a las que ya se ha hecho referencia pero que es necesario resaltar.

Entre el surgimiento de las declaraciones como manifestaciones de la decisión de establecer un sistema de protección internacional de los derechos humanos y su materialización en los tratados que les adicionaban el carácter vinculante, transcurrió un período bastante largo de negociaciones, conversaciones internacionales, etc., tal es el caso de los pactos internacionales concebidos dentro del seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en el ámbito de la OEA.

Es posible afirmar, que el primer tratado multilateral de carácter general que estableció un sistema jurídico de protección internacional de los derechos humanos, fue el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953. Posteriormente se han agregado a dicha convención ocho protocolos adicionales.

Dentro del ámbito regional, la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA (Santiago de Chile en 1959) encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la elaboración de un Proyecto de Convención Americana de Derechos Humanos que fue sometida a examen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Todo este proceso finalizó con la realización de una Conferencia especializada que se reunió en San José de Costa Rica, en la cual se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, el cual entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Con respecto a las Naciones Unidas, en su quinto período de sesiones, la Asamblea General declaró formalmente que “el goce de las libertades civiles y políticas así como el de los derechos económicos, sociales y culturales, son interdependientes”²⁶. Sin embargo, por iniciativa del Consejo Económico y Social, la propia Asamblea General revisó esta decisión y resolvió en 1952 que habría dos pactos, uno relativo a los derechos civiles y políticos y el otro relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión de Derechos Humanos, terminó la redacción de ambos proyectos en 1954, pero no fue hasta 1966 cuando la Asamblea General los aprobó y los abrió a la firma, junto con un protocolo facultativo en materia de derechos civiles y políticos. El Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entró en vigencia el 3 de enero de 1976, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto o Protocolo Facultativo entró en vigencia el 23 de marzo del mismo año.

A su vez, existen también como fuentes de Derecho Internacional una serie de declaraciones de principios sobre los derechos del hombre, al igual que una serie de convenciones internacionales de derechos humanos tanto de alcance universal como regional.

En fin, son muchos los instrumentos internacionales elaborados con el único fin de legalizar la protección internacional de los derechos humanos, sin embargo, el paso más difícil y complejo es el de hacerlos respetar a través de sistemas realmente efectivos que no se limiten a simples sanciones que terminan desvaneciéndose bajo la indiferencia de la soberanía estatal.

²⁶ Doc. A-2929 (v), cap. I-21.

CONCLUSIONES

El objeto fundamental del presente estudio, ha sido el de presentar un breve panorama sobre la complejidad que ofrece la realidad internacional en materia de protección de los derechos humanos. Este campo de estudio, se caracteriza por su constante evolución como consecuencia de la práctica de los Estados, evolución que ha producido como consecuencia, profundos cambios que merecen y deben ser constantemente estudiados, pues pareciera ser, que con el paso del tiempo, estos cambios se aceleran cada vez más.

La realidad internacional, evidencia un proceso de internacionalización de los derechos en el que los regímenes de protección internacional de los derechos humanos tienden a expandir su ámbito de modo continuo e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que se refiere a la eficacia y vigor de los procedimientos a través de los cuales se puede afirmar y salvaguardar su vigencia frente a los Estados. El régimen de protección internacional, más que un sistema de carácter estable, se considera un proceso de constante evolución como consecuencia de la práctica de los Estados. Sin embargo, estos regímenes se encuentran virtualmente reducidos a Tratados y Declaraciones que requieren de necesarias medidas del Derecho interno que garanticen a nivel nacional la tutela de los derechos humanos. De esta forma, volvemos a someter el Derecho Internacional al Derecho interno.

Los tratados internacionales que han instaurado regímenes generales de protección, son considerados como una garantía mínima que no agota el ámbito de los derechos humanos. Ellos protegen derechos que los Estados han estado dispuestos a someter a la tutela internacional; pero ¿qué sucede con los derechos que están desprotegidos de esa tutela internacional? Pareciera que la respuesta de esta pregunta se encuentra en la voluntad estatal y soberana.

La interpretación y aplicación del Derecho por órganos internacionales independientes de los gobiernos, ha dado lugar a la ampliación de competencia de los mismos por el sentido que ellos han dado a la interpretación de sus atribuciones y por la creación de nuevos reglamentos que avanzan hacia mecanismos más perfectos de protección.

Es posible pensar que en el Derecho Internacional del presente y del futuro, se producirán grandes cambios basados en la conciencia jurídica de la humanidad e impuestos por la opinión pública internacional la cual actúa en base a su percepción de lo que consiste en valores de general aceptación, y que está cumpliendo actualmente, un papel fundamental en el ámbito internacional. Sin embargo, sería utópico concebir actualmente a la comunidad internacional como un centro de cooperación eficaz de los Estados en el que se presupone su buena voluntad de colaborar en la realización de fines comunes y en el que su fin último sería el “bonum commune humanitatis”. A pesar del cuadro anteriormente descrito, las expectativas no son pocas y las esperanzas mantienen en pie los proyectos para la elaboración de regímenes de protección internacional de los derechos humanos aun más perfectos frente al agotamiento de los recursos internos de cada Estado.

Cabe entonces preguntarse, ¿cuándo la protección internacional de los derechos humanos llegará a su máxima evolución? Quizás la respuesta nos será dada el día en que los Estados, bajo criterios de madurez y evolución jurídica, acepten y respeten la existencia de ordenamientos jurídicos superiores a la profunda y enraizada concepción de soberanía estatal.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Asdrúbal. **La protección internacional de los derechos del hombre.** Caracas, 1987.

BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría general de los derechos humanos.** Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

BUNINOV PARRA, Boris. “La protección internacional de los derechos humanos y de los pueblos”, en las **Primeras Jornadas de Derecho Internacional de la UCAB.** Caracas, 1979.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. **Políticas y derechos humanos.** España, 1976.

HUBERY, T.; COMBACAU, J.; VALLEE, C. **Droit International Public.** Editions Mont Chestian, Paris, 1985, p. 480.

NIKKEN, Pedro. **En defensa de la persona humana**. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 31.

ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public**. Edition Dalluz. Paris, 1984.

SANCHEZ, R. **Curso de Derecho Internacional**. Oviedo, 1975.

TORO JIMENEZ, Fermín. **Manual de Derecho Internacional Público**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1982.

TRUYOL, Antonio. **Los derechos humanos**. Madrid.

UCAB. Varios

**Revista de la Facultad de Derecho, N° 47
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 1993**

ACTO DEL 24 DE OCTUBRE DE 1953

INAUGURACION DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES
BELLO

DISCURSO DEL EXCELENTISIMO Y REVERENDISIMO SEÑOR
NUNCIO APOSTOLICO, MONSEÑOR ARMANDO LOMBARDI

Excelentísimos señores Arzobispos, señor Ministro de Educación, Señoras y Señores:

DEUS SCIENTIARUM DOMINUS:

Dios, el Señor de las ciencias, en este día, vigilia de la fiesta de Cristo Rey, Rey de las inteligencias y de los corazones, nos concede la gracia y la dicha de inaugurar la Universidad Católica de Caracas, realizándose así el anhelo de los señores Obispos de Venezuela, quienes en una memorable sesión de la Conferencia plenaria celebrada en la ciudad de Mérida en octubre de 1951, puestos de pies con honda emoción votaron por aclamación el acuerdo relativo a la fundación de este máximo instituto de estudios superiores, que hoy, por la gracia de Dios, es una consoladora realidad.

Agradezco al Rector de la Universidad el haber dispuesto que en primer término tomara la palabra en este acto el Representante de la Santa Sede en Venezuela, pues nadie puede ignorar que las Universidades son hijas de la Iglesia y propiamente de la Santa Sede, que en los claustros de sus abadías y las escuelas de sus Catedrales les facilitó la cuna y con sus Breves y Bulas les

dio partida oficial de nacimiento, les asignó finalidad y organización, les otorgó prerrogativas y derechos.

Pasaron algunos siglos y, rota la espléndida unidad y armonía del pensamiento científico por la revolución del humanismo, la Universidad se alejó de la Iglesia que le había dado vida y dignidad, y -verdadera hija pródiga- **abiit in regionem longinquam**, se apartó siempre más, hasta renegar de su madre y causar la anarquía en el pensamiento y la subversión de los valores humanos y trascendentes.

Mas la Iglesia no olvidó a la Universidad, ya marcada en su nacimiento por el signo de la Cruz, siguió sus vicisitudes y se interesó por su verdadero progreso. En los últimos setenta años, mientras por un lado se iban notando en las Universidades modernas ciertas nostalgias -como se dijo- por las Catedrales y las Sumas teológicas y se daban algunos vacilantes pasos hacia el retorno, la Iglesia, fiel a su misión y tradición, daba vida a otras Universidades, para que procurasen reconstruir en un mundo en que todo, hasta el átomo, se disgrega, la jerarquía unitaria de los valores científicos, sociales y morales.

El Anuario Pontificio de 1953 enumera, además de las grandes Universidades pontificias romanas, 39 Universidades y Ateneos de estudios superiores que gozan del título de pontificios, y muchos otros existen en todo el mundo que, sin tener todavía el reconocimiento oficial de la Santa Sede, se inspiran en la doctrina de la Iglesia y directrices de la Santa Sede.

El número de estas Universidades se acrece hoy por el nacimiento de la Universidad Católica de Caracas. Todavía en pañales, ésta ya sabe cuál es su misión: en primer lugar, instruir a la juventud venezolana en las múltiples ciencias y artes, pero sobre la base humanística indispensable, para que los graduados en las distintas facultades sean hombres de verdadera cultura y no sólo unos técnicos de su profesión.

En un mundo en que el pensamiento aberrante ha construido un verdadero laberinto, del cual no logra salir, la Universidad Católica debe instruir con el fin de orientar a la juventud y restablecer, en una visión unitaria del mundo y del hombre, aquella admirable jerarquía de principios y valores, que sólo puede dar significado, sentido y belleza a la vida humana.

En segundo término, la Universidad Católica debe educar, pues el joven tiene mente y corazón y no basta llenar su mente de principios y de fórmulas, es necesario llenar su corazón de nobles ideales. Cuán fácil es para los mismos hombres de cultura superior caer en lo que lamentaba el poeta pagano: **Video bona proboque; deteriora sequor.**

En la Universidad Católica el joven encontrará los auxilios naturales y especialmente sobrenaturales necesarios para que sea hombre digno de su fe y de su patria. Quiero agregar que la Universidad Católica dará también a su obra de instrucción y educación un contenido eminentemente social. Se ha dicho, por lo demás, que el mismo Cristianismo es un servicio social en el plan divino y en el plan humano. Y, por otra parte, cabe aquí repetir la angustiada interrogación del sabio moderno: “¿a qué sirve toda la ciencia del mundo, si no me enseña a enjugar una lágrima?”, y lágrimas hay tantas en el mundo, a pesar de todos los progresos científicos; antes bien, me atrevería a decir que más aplicaciones científicas se realizan en el mundo y más lágrimas se derraman en el mundo.

Esta misión, que apenas hemos esbozado a grandes rasgos, la Universidad Católica se propone realizarla con la prudencia y la sencillez que recomienda el Evangelio, sin ruido y sin envidias, sin rivalidades absurdas y sin estériles polémicas: quiere ser sólo un instrumento apto y útil para la propagación del reino de Cristo, que, como cantaremos mañana con la liturgia del día, es “reino de santidad y de gracia, de justicia, de amor y de paz”.

La Iglesia, en el ejercicio de su misión de magisterio que recibió de su divino Fundador, experimenta hoy la satisfacción de dar vida a este instituto universitario para ponerlo al servicio de las familias venezolanas, en colaboración generosa con el Estado.

Dadas las gracias al Señor, fuente de toda sabiduría, y a la Virgen, SEDES SAPIENTIAE, expreso la gratitud de la Santa Sede y de la Jerarquía eclesiástica de Venezuela a la Compañía de Jesús que con labor tesonera y graves sacrificios ha realizado la obra que le fuera encomendada por el Episcopado, en espera de que los católicos del país, conscientes de su responsabilidad en el campo de la cultura superior y de la formación de las clases dirigentes, demuestren tangiblemente su interés y generosidad.

Cúmpleme además expresar mi gratitud al Gobierno de la República de Venezuela, aquí tan dignamente representado en este momento por el señor Ministro de Educación, doctor José Loreto Arismendi. Como Embajador del Romano Pontífice ante el Gobierno de la República, pláceme considerar la naciente Universidad Católica, que el Gobierno ha autorizado, aprobado y apoyado, como un eslabón más, y un eslabón de oro, de aquella cadena “más sólida y brillante de los astros”, que, según la feliz afirmación del Libertador, ¡firmemente liga esta República a la Iglesia de Roma!

Excelentísimos Señores Arzobispos.

Señor Ministro de Educación.

Señor Rector, Vice Rector, Decanos y Profesores de la Universidad Católica:

Si no me equivoco, en la fundación de nuestras antiguas Universidades correspondía al más alto representante de la Curia Romana lanzar por los claustros el grito augural de vida y prosperidad.

Representante del Sumo Pontífice en Venezuela, me es sumamente grato, al inaugurar en este momento la Universidad Católica de Caracas, repetir con el corazón henchido de emoción y de esperanza, la fórmula clásica:

¡VIVAT, CRESCAT, FLOREAT!

DISCURSO DEL CIUDADANO MINISTRO DE EDUCACION
DOCTOR JOSE L. ARISMENDI

Señores:

Es para mí sumamente honroso, y a la vez placentero haberseme invitado a presidir este acto solemne inaugural de la Universidad Católica de Venezuela, creada bajo la dirección y administración de los Reverendos Padres de la Compañía de Jesús, cuya fama bien conquistada, es conocida de todos.

No extrañéis que se deje oír la voz del Ministro de Educación, empeñado como está el Ejecutivo Nacional en abrir las puertas a todas las iniciativas capaces y bien intencionadas que quieran colaborar dignamente en la difusión de la cultura que corresponde a la educación superior.

Hay que tener gran confianza en el éxito de esta nueva Institución, que va a ser regida por manos expertas y atendida por un selecto cuerpo de profesores. No ha de estorbarlo, sino al contrario su condición de católica, ni la inspiración de los venerables PP. Jesuitas, como pudieron pensarlo espíritus apasionados. Nadie siquiera medianamente enterado de la historia de la civilización podrá negar cuánto debe ésta al catolicismo, ni desconocer la influencia beneficiosa de la Iglesia Católica en el desarrollo de los estudios universitarios: bajo su influencia protectora florecieron y se desarrollaron las Universidades medioevales y se contaron abates, monjes y Doctores de la Iglesia entre sus principales maestros. Y especialmente cuánto debe el mundo en ciencias, artes y letras a la eficientísima función pedagógica de las denonadas huestes de Ignacio de Loyola, si alguna vez perseguidos en siglos pasados, siempre triunfante, y en la actualidad, como en todo lo que va de siglo, sus grandes centros de enseñanza gozan de unánime prestigio en todas las naciones cultas. Tampoco podrá negar nadie el valioso aporte a la cultura nacional que se debe a los colegios dirigidos por religiosos en nuestro país, de donde salen anualmente brillantes alumnos a engrosar las filas universitarias. Cuántos venezolanos ilustres deben a esos colegios su formación espiritual y su amor por las ciencias.

Nuestro insigne Bello, en su magistral e imperecedero discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile, expresó los siguientes conceptos:

“Calumnian, no sé si diga a la religión o a las letras, los que imaginan que pueda haber una antipatía secreta entre aquella y ésta. Yo creo, por lo contrario, que existe, que no puede menos que existir, una alianza estrecha entre la revelación positiva y esa otra relación universal que habla a todos los hombres en el libro de la naturaleza”. Y más adelante agrega el sabio compatriota: “Si importa el cultivo de las ciencias eclesiásticas para el desempeño del ministerio sacerdotal, también importa generalizar entre la juventud que participa en la educación literaria y científica, conocimientos adecuados del dogma y de los anales de la fe cristiana. No creo necesario probar que ésta debiera ser una gran parte integrante de la educación general, indispensable para toda profesión, y aun para todo hombre que quiera ocupar en la sociedad un lugar superior al ínfimo”. Así pensaba ese gran humanista.

Pero no debéis olvidar que en la Universidad Católica, como centro de estudios superiores, si las Doctrinas de la Iglesia tienen que constituir su base y orientación, no puede ni debe hacerse de la religión lo fundamental de su enseñanza. Lo que ha de ser preponderante (en las Universidades privadas), es la especial atención y encarecimiento que debe prestarse al pensum de cada Facultad, uniformado con las Universidades del Estado. No olvidarán los dirigentes de la Universidad Católica que la enseñanza debe ser amplia y liberal, dando a conocer al estudiante los diferentes sistemas, escuelas y doctrinas, aun los contrarios y opuestos a la Iglesia, pues el encauzar la enseñanza por estrechos márgenes estaría reñido con la función cultural que de esta Universidad se espera; cada idea, cada tesis, por absurda que parezca, es un punto de vista sobre el Universo del cual somos parte y una visión cabal del mismo sólo podrá lograrse contemplándola desde diferentes ángulos. Por otra parte, el estudio detenido de tales sistemas, escuelas y doctrinas y el meditado conocimiento de sus errores y fallas, constituye la mejor forma de inculcar la defensa de sus principios y de su religión: lo contrario sería empujar a la batalla un ejército que desconoce las armas del enemigo.

Entrando en otro orden de ideas es conveniente recalcar, que toda Universidad debe dedicarse a las funciones que le son propias: las docentes, culturales y de investigación, pues lo contrario, compromete su destino o arriesga su existencia. Profesores y alumnos deben mantenerse dentro de sus actividades específicas que son siempre más altas y más nobles que toda actitud capaz de perturbarlas y hacerlas fracasar. Ser profesor universitario, no significa servir a un Gobierno,

sino a la Patria, y en aras de este deber, es preciso sacrificar todo sentimiento partidista y toda aversión personal, extraña a los fines esenciales de un cuerpo docente. Si así lo predica el Gobierno, así también lo practica, pues al elegir a los profesores de las Universidades Nacionales y al aceptar los de las Privadas, no ha entrado en discriminaciones. En ese profesorado están representadas todas las tendencias políticas y todas las ideologías, tan sólo se ha tomado en cuenta la aptitud y la competencia de cada profesor para el desempeño de su cátedra.

Es éste un día feliz para la Universidad Católica, porque hoy se enrumba por los senderos de un hermoso ideal; para el Gobierno porque ve cómo empiezan a cumplirse sus deseos de que, saliendo a la palestra universidades privadas a competir entre sí y con las del Estado, se crea una noble y saludable emulación entre todas por alcanzar renombre y gloria. Y finalmente es también feliz este día para el Ministro que os habla, por católico y porque ha tenido la suerte de que le correspondiera asociar su nombre a esta memorable conjunción del anhelo de nuestro Presidente con la iniciativa particular para establecer en Venezuela el funcionamiento de Universidades privadas.

Con grande emoción y con un fervoroso voto porque Dios le depare un brillante destino, declaro solemnemente instalada la Universidad Católica de Venezuela.

DISCURSO DEL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA
R. P. DOCTOR CARLOS G. PLAZA, S. J.

La inauguración de una Universidad Católica en Venezuela señala una nueva era en los anales de la Educación: significa que a la iniciativa privada -esa fecunda fuente del progreso nacional- se le abre un nuevo cauce por donde corra y se despliegue; significa que a la Iglesia Católica se le reconoce su derecho a enseñar, no sólo en las primeras etapas de la educación, sino también en aquellas donde culmina la formación del ser humano; significa que Venezuela aprecia y estimula la educación católica, ya que ha sido unánime la expectativa, franca y entusiasta la actitud de los venezolanos, al difundirse la buena nueva de la fundación de la Universidad Católica de Venezuela.

Señores: permitidme hacer algo de historia. El 20 de octubre de 1951 -hace cabalmente dos años- los Obispos todos de Venezuela, congregados en solemne sesión de la Conferencia Episcopal, celebrada en Mérida, dieron el paso de trascendental importancia de decretar la fundación de la Universidad Católica. Bien puede considerarse ese día como la fecha de nacimiento de la Universidad Católica.

Al confiar a la Compañía de Jesús el honroso y difícil cometido de realizar este propósito, interpretaron el viejo anhelo de los jesuitas de desplegar su actividad, aquí en Venezuela como en otras partes del mundo, en el amplio campo de la educación superior.

Quedaban por realizar las gestiones con el Gobierno Nacional, tendientes a obtener el reconocimiento legal de la Institución. Es un hecho notorio que en Venezuela no existía precedente de Universidad Privada, propiamente tal, si bien es cierto que las Universidades de Caracas y Mérida deben su origen a la iniciativa de la Iglesia Católica.

He de confesar que en todo momento encontré la más benévola acogida y el apoyo más franco en las autoridades educacionales a favor de este proyecto. A través de múltiples conversaciones, quedaron establecidos los puntos fundamentales de la Universidad. Había ésta de poseer, en todo caso, la autonomía en el régimen de exámenes y la facultad de expedir títulos, requisitos indispensables para salvar el concepto de Universidad. Tengo que

celebrar que esas, y otras aspiraciones que entonces formulamos, a través de prolongadas entrevistas con las autoridades educacionales, hayan cristalizado en un Estatuto de las Universidades Privadas, a cuya sombra pueden nacer y prosperar otras Universidades Privadas, para bien de la Patria venezolana. Gracias a este Estatuto, el actual Ministro de Educación, doctor José Loreto Arismendi, ha abierto un amplio cauce a la educación en Venezuela, asegurando a las Universidades Privadas un *mínimum* indispensable de garantías.

Señores: la Universidad Católica, esa amplia comunidad de profesores y alumnos, donde se profesa el sentido cristiano de la vida y donde se aspira a la más amplia colaboración con los auténticos valores de Venezuela y del extranjero, posee un credo, tiene un programa y abriga una aspiración.

UN CREDO

Las Universidades Católicas no son instituciones huera, sin contenido ideológico, sin fe y sin pasión.

Las ideas bien definidas -como estrellas resplandecientes- son las que orientan a los pueblos y determinan su rumbo en la historia.

Ideas cálidas, sentidas, envueltas en ráfagas de sana pasión.

La Universidad Católica tiene un credo.

Cree, ante todo, en los valores supremos del espíritu. En un Ser soberano que preside el destino de los hombres y los pueblos. En ese Ser que ha venido consagrando con su nombre la 1ª página de la Constitución de Venezuela; en ese Dios a quien invoca la inmensa mayoría del pueblo venezolano y en cuyas manos depositó su alma, con líricos acentos, el más grande de nuestros hombres, el Libertador, en su glorioso testamento.

La Universidad cree en esa Religión y esa Fe que engendró la más formidable de las culturas: la cultura occidental cristiana, la cual ha impreso su fisonomía a Europa y América.

Al impregnar la educación del sentido cristiano de la vida, la Universidad se convierte en resonante concha acústica que recoge una de las vibraciones más hondas y más finas del pueblo venezolano. Se hace ella puro eco medular.

La Universidad Católica cree igualmente en Venezuela: la de ayer, la de hoy y la de mañana.

Cree en su brillante tradición histórica y etnológica, donde corren fundidas la flor del alma india con la quinta esencia del noble espíritu español. Cree en su gesta emancipadora y en la gloria de sus hijos más preclaros.

Cree en la Venezuela del presente: en esta Venezuela-milagro, atravesada de punta a punta de férrea voluntad de transformación. Cree en la riqueza de su tierra, en la bondad de sus moradores, en el alma de su pueblo.

Cree en la Venezuela del mañana. En el brillante porvenir, que como aurora triunfal, aguarda a Venezuela: cuando los bosques, hoy vírgenes, se transformen en opulentas ciudades y en bulliciosas poblaciones; cuando se estremezca el llano, oprimido bajo el peso fulminante de la veloz locomotora; cuando su población, adensada, necesite escalar la montaña. invadir la costa y llegar hasta los lejanos confines de la Patria.

La Universidad cree en la vocación de Venezuela a ser una gran nación, como le está pregonando la situación misma de su suelo: enclavado, con gesto señorial, a la cabeza de América del Sur.

Venezuela una, fuerte y grande: así la sentimos nosotros.

La Universidad cree en la juventud: la mayor riqueza que posee una nación. En esa juventud, en quien se hermanan las más brillantes cualidades raciales con el ímpetu creador y con la generosa tensión hacia el futuro.

Reclama Venezuela una juventud sana de cuerpo, recia de voluntad, impregnada de un sentido de honda responsabilidad, presa de una fecunda inquietud social. Quedó atrás la época del individualismo egoísta, de la áurea mediocridad como ideal supremo de la vida.

En la hora febril que vive la Humanidad, a la juventud toca decir su palabra incisiva, ocupar su puesto, y dar ejemplo de varonil consagración a la noble tarea de construir patria.

UN PROGRAMA

La Universidad Católica posee un programa de acción.

Un programa que responde a su triple credo religioso, patriótico y juvenil. Está condensado en los cinco puntos que señalan los fines de la Universidad.

1. La Universidad se propone: “formar integralmente a la juventud, según la concepción cristiana de la vida”.

Formación integral: no mera capacitación científica. Integral, es decir, aquella que abarca todos los aspectos de la persona humana, sin descuidar ninguno, pero jerarquizándolos según el valor y mérito relativo. Aquella que no descuida la educación física, pero que sabe que lo físico es pedestal e instrumento del espíritu; aquella que cultiva los valores intelectuales y estéticos, pero los engasta y envuelve en el marco de la personalidad total, esencialmente moral y religiosa.

Concepción cristiana de la vida: enfoque inspirado en los principios del Evangelio y en el magisterio de la Iglesia.

La crisis más dolorosa que padece la humanidad es la quiebra en la concepción filosófica del hombre y de la vida. El hombre ha perdido su excelsa dignidad y va quedando relegado a la vil categoría de hombre-máquina, hombre-número, hombre-masa. Frente a esa crisis de valores, donde la máquina oprime al hombre, proclamamos el soberano valor de la persona humana, portadora de sentido espiritual y trascendente, proclamamos su formación plena, armónica y total, como la más alta expresión de toda cultura.

No negamos el valor de la ciencia positiva, reconocemos gustosos cuanto haya contribuido al progreso material de la humanidad. Pero subrayamos que la ciencia sola no basta. Ciencia sin filosofía, ciencia sin humanismo, representa una estéril mutilación de la persona humana. ¡Triste contraste el que se registra a veces! El científico que llega a adueñarse de la energía nuclear, pero que en cambio permanece sordo ante la música callada de los seres; el especialista que posee el hábito de escudriñar a través del pozo infinitesimal del microscopio, pero que en cambio, padece una miopía incurable ante la rutilante armonía de los astros y la estupenda visión del universo.

Creemos que todo profesional debe poseer, más allá del limitado campo de su ciencia, una amplia y profunda visión del cosmos, una noble jerarquía de valores y un auténtico humanismo. Es decir: debe poseer no sólo ciencia, sino también sabiduría, en toda la plenitud de la expresión.

Esta actitud filosófica y humanista constituyen una alta cumbre en la formación integral. Es ella fuente de consuelo en la vida. Da ella dimensión de profundidad al espíritu humano. Es el más eficaz antídoto contra la gris mediocracia. A ella se refería aquel gran venezolano que supo hermanar en sí ciencia y sabiduría, José Gregorio Hernández, al estampar estas palabras:

“Ningún hombre puede vivir sin tener una filosofía. La filosofía es indispensable para el hombre, bien se trate de la vida sensitiva de la vida moral y, en particular, de la vida intelectual.”

Filosofía que debe ser personal, íntima, forjada en el troquel de las propias vivencias:

“El hombre de espíritu cultivado, en el principio de sus estudios clásicos, aprende la filosofía que pudiéramos llamar obligatoria. Los conocimientos que él adquiere entonces, le sirven como de sustancia de reserva para irse formando su filosofía personal, la suya propia, la que ha de ser durante toda su vida la norma de su inteligencia, aquella de la cual ha de servirse para poder existir como ser pensador. En él, como en el hombre inculto, la elaboración de su filosofía ha de hacerse lentamente, casi siempre laboriosamente, dolorosamente la mayor parte de las veces. La filosofía elaborada de esta manera viene a ser el más apreciado de todos los bienes que el hombre alcanza a poseer” (Elementos de Filosofía, I edic., pp. 5-6, Caracas).

Esta amplia visión filosófica y ese sentido humanista de la vida es nuestro propósito cultivarlos en los alumnos de la Universidad. Para ello, al margen de las materias y actividades de carácter profesional, daremos cabida a otras directamente encaminadas a la formación integral y humanista.

Aspiramos a que el profesional posea esa íntima filosofía; a que sepa pensar con vigor, orden y claridad; a que logre el dominio de los medios de expresión:

brillo, justeza y elegancia en un lenguaje que sea castizo; a que posea la fina sensibilidad ante el mundo de lo bello; a que su espíritu se afine y equilibre gracias a una amplia cultura humanista. Y con ello, que en él florezca lo más hondo y medular del ser humano: la rectitud moral y la bondad de corazón.

2. La Universidad se propone: “capacitar a sus alumnos para el ejercicio de las diversas profesiones, en un sentido técnico, social y patriótico”.

Capacitarlos, sí, para que dentro de la sociedad, ocupen el puesto que les corresponde, de acuerdo con su auténtica vocación profesional.

Concebimos la profesión como algo noble y levantado; como una misión que se debe cumplir en el seno de la colectividad. De ahí que, en la formación de los profesionales procuraremos despertar en ellos la conciencia de su dignidad, acentuando el sentido de responsabilidad. Sin ética profesional, sentida y vivida, imposible ejercer cabalmente una carrera.

Las profesiones se enfocarán con un sentido de realidad nacional, teniendo en cuenta lo que Venezuela necesita, espera o reclama.

Para ello, daremos especial importancia a instituciones que, como el Centro Etnológico de la Universidad Católica, pongan en directo contacto al alumno con Venezuela. A través de ese Centro, los estudiantes podrán auscultar el alma recóndita de Venezuela, conocer sus costumbres, familiarizarse con la expresión popular de su cultura. Al toque de la realidad, nacerá la sana inquietud de querer contribuir a la superación nacional.

3. Aspira la Universidad a: “fomentar la investigación científica en todos los ramos del saber humano”. Nuestra era se caracteriza por el ritmo febril de la investigación científica. Uno de los cometidos fundamentales de la Universidad es contribuir al desarrollo de la ciencia. A la sombra de las Universidades han surgido muchas de las técnicas, inventos y recursos que han elevado el nivel de la civilización. Compete a la Universidad fomentar en sus alumnos la inquietud científica propia del investigador, iniciarlos en los procedimientos, suministrarles los medios.

La Universidad deberá dispensar un mecenazgo especial sobre aquellos en quienes prenda la fecunda llama de la pasión investigadora. Aspiración suya

será poder constituir un cuerpo de investigadores que, en el seno de la Universidad, se consagren al cultivo de la ciencia pura o aplicada.

En cuanto al campo de la investigación, encontrarán acogida todos los sectores del saber humano. Sin embargo, teniendo presente la realidad venezolana, creo mi deber llamar la atención sobre un fecundo campo de investigación: la realidad social. Cuando se habla de investigación, de ordinario se alude al dominio de las ciencias exactas, de las ciencias naturales, etc. Bien está -y soy el primero en reconocer su valor- que se depuren las técnicas, que se conozcan en forma cada vez más científica la fauna o flora del suelo patrio o sus riquezas minerales: todo ello contribuye al progreso nacional. Pero existe un campo más fecundo: es la misma Venezuela, su pueblo, su historia, su vida. Es ese gran laboratorio humano, esa recóndita mina que reclama con urgencia ser excavada en todas direcciones.

Aunque parezca paradoja, a Venezuela es menester descubrirla, investigarla y sondearla con el solícito cuidado con que se desgajan filones de áureo metal. ¿Por qué el estado primitivo de la vivienda, la carencia de hábitos higiénicos, la lívida presencia de la desnutrición infantil? ¿Por qué ese medio millón de niños sin escuela? ¿Por qué el alto índice de analfabetismo y de ausentismo escolar progresivo? ¿Por qué nuestras técnicas pedagógicas resultan de tan escaso rendimiento? Estas y otras realidades son objetos palpitantes, dignos de ser investigados. De su recta comprensión dependerá el inmediato desenvolvimiento de Venezuela. La Universidad brindará especiales facilidades a todos aquellos que quieran adentrarse en el amplio campo de la realidad social, económica, histórica, etnológica y psicológica de nuestro pueblo.

4. Incumbe a la Universidad: “conservar, difundir y enriquecer el patrimonio cultural de la humanidad”.

Conservar ese patrimonio, como conservan las familias sus tradiciones familiares, difundirlo a los cuatro vientos con gesto generoso, tarea es de la Universidad. Y como cada Universidad representa un jalón en la ruta de la cultura, a ellas toca también enriquecer el legado cultural.

Dentro del patrimonio común de la humanidad, querría referirme a dos sectores más reducidos: el patrimonio de la cultura venezolana y el legado de los pueblos latinoamericanos.

Venezuela posee una fisonomía y se ha fraguado una cultura. La fisonomía de una nación puede desdibujarse hasta quedar convertida en máscara grotesca; el alma de una nación corre el riesgo de diluirse, hasta llegar a ser sutil humareda. A la Universidad corresponde defender el rostro venerable de la cultura nacional: salvar su pasado histórico de torcidas interpretaciones y preservar el presente, acentuando lo que es típicamente nuestro.

Forma parte Venezuela de un gran bloque de naciones que están fraternalmente vinculadas por los lazos de una misma fe, una lengua, una tradición, una raza: los pueblos hispanoamericanos. Representan ellos la afirmación del espíritu sobre la materia, del sentido fraternal y cristiano de la vida frente a la concepción chata y materialista; de la libertad sobre la esclavitud; del amor sobre el odio. Afianzar los rasgos de esta cultura es definir nuestra propia alma.

5. Se propone, finalmente, la Universidad: “contribuir a la mutua comprensión y acercamiento de los pueblos, máxime de las naciones americanas”.

Una aspiración suprema sacude a todos los pueblos: la comprensión, el acercamiento, la unión. Y como fruto codiciado: la paz.

El problema de la paz es fundamental problema de humanismo. La guerra y la paz se gestan en el corazón del hombre. Existe una diferencia radical entre la educación altruista, que orienta hacia la paz, y la educación egoísta que desencadena la guerra.

Crear una actitud de amplia comprensión hacia todos los pueblos y todas las culturas, enseñar el arte sutil de valorar lo positivo, lo noble, que germina en todas las latitudes y bajo todos los soles, deber es de la Universidad Católica. Las preferencias corresponderán al continente americano, donde está enclavada Venezuela: ese nuevo mundo donde se ha hecho tradicional el hábito de la mutua comprensión, del fácil intercambio y del coloquio prolongado.

La Universidad se esforzará por enseñar a sus alumnos a ser ciudadanos de Venezuela, de América y del mundo.

UNA ASPIRACION

De suprema podemos calificar la aspiración de la Universidad de prestar su decidida colaboración a todas las fuerzas que se emplean en la formación de la

juventud. A las autoridades educacionales, a quienes incumbe lo más extenso de la tarea; a los educadores todos, que consagran su vida a la noble labor de forjar hombres. Queremos sumarnos, en forma fraternal, a ese gran todo de las Universidades de Venezuela, cuyos ideales y programas estarán siempre dictados por un noble anhelo educador.

Nacemos en forma modesta, casi mínima: apenas con dos Facultades. Aspiramos, sin embargo, a dar a nuestra Universidad un rápido desarrollo. Aspiramos, igualmente, a facilitar al máximo el acceso a sus aulas, estableciendo un régimen económico que a nadie resulte gravoso. Aspiramos a que el nombre que ostenta la Universidad sea un reclamo a la colaboración de todos aquellos que sientan la pasión pedagógica, amen a Venezuela y a su juventud.

Expreso mi más cumplida gratitud al Ejecutivo Nacional por la benévola acogida que en todo momento ha dispensado a la Universidad; al doctor José Loreto Arismendi por el franco apoyo que le ha prestado; al Excelentísimo Señor Nuncio de su Santidad, por el eficaz interés que en todo momento ha mostrado por la Universidad Católica; al Episcopado Nacional, el cual se dignó confiar a la Compañía de Jesús tan honroso cometido; a los profesores que se han brindado tan generosamente a prestar su colaboración; a los padres de familia que nos han entregado el mayor de sus tesoros: sus propios hijos; a aquellos colegios que han orientado a sus alumnos hacia la Universidad Católica. Sea mi última palabra para Uds.: ¡estudiantes! ¡Bienvenidos a esta Universidad: en esta casa encontrará un hogar y en cada uno de los profesores un amigo, un ductor, un padre que no retrocederá ante el sacrificio!

Como venezolano, no puedo menos de regocijarme íntimamente al comprobar el nuevo paso de avance que da la educación en Venezuela al inaugurarse la era de las universidades privadas. Ellas preconizan grandeza para la Patria, porque la prosperidad de la educación es la prosperidad de la Patria. En forma luminosa condensó Bolívar esta verdad “las Naciones marchan hacia el término de su grandeza, con el mismo paso con que camina la educación. Ellas vuelan, si ésta vuela; retrogradan, si retrograda, se precipitan y hunden en la oscuridad, si se corrompe o absolutamente se abandona. Estos principios dictados por la experiencia, e inculcados por los filósofos y políticos antiguos y modernos, hacen hoy un dogma tan conocido que no se hallará tal vez individuo alguno que no se sienta penetrado de su verdad”.

Dios, Patria, Juventud: ahí va condensada el alma de nuestra Universidad. En esas tres palabras vibra nuestro programa de acción. Sin escuela, no hay Patria; sin Dios, no hay escuela; sin Dios y sin escuela, no hay juventud. Nosotros ciframos nuestro orgullo en reconocer a un Dios, servir a una Patria, consagrarnos a una juventud. La solemnidad de estos claustros quedará ungida por la soberana presencia de Dios, por la cálida cercanía de la Patria y por el ímpetu generoso de la juventud venezolana.

He dicho.

ACTO DEL 18 DE MARZO DE 1993

HOMENAJE AL DOCTOR J. L. ARISMENDI

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL R. P. UGALDE S.J.

“Es para mí sumamente honroso y a la vez placentero haberseme invitado a presidir este acto solemne inaugural de la Universidad Católica de Venezuela, creada bajo la dirección y administración de los Reverendos Padres de la Compañía de Jesús, cuya fama bien conquistada, es conocida de todos”. Así empezaba sus palabras en octubre de 1953 el Ministro de Educación doctor José Loreto Arismendi, en el acto fundacional de esta universidad. Con esas mismas palabras quiero expresar la honra y la dicha que siento porque me corresponde presidir este merecido homenaje, familiar y solemne a la vez, a quien desde su cargo público de máxima responsabilidad educativa contribuyó en forma tan decisiva al nacimiento de esta universidad.

Uno tiene la impresión que quienes recibieron la delicada misión de hacer realidad en el país la Universidad Católica se dedicaron de lleno a hacerla, de tal manera que el afán por los hechos hizo que escasearan los cronistas, los pintores y los cantores de hazañas. Así se explica que las paredes de esta Universidad sean particularmente desnudas: ni una imagen, ni un nombre, ni un reconocimiento a los fundadores, como si todo el esfuerzo se hubiera concentrado en responder con obras a la confianza depositada en ellos. Creo que no les falta razón, aunque tal vez extremaron su modestia y sobriedad. Cuarenta años son suficientes para hacer un alto en el camino, mirar lo recorrido y cotejar los resultados con la intención y la esperanza de los primeros: hace justamente un mes inauguramos la Sala de Profesores con el nombre del Rector fundador P. Plaza. Hoy con este merecido acto pondremos en el centro de la memoria de esta Universidad la figura del Ministro fundador que apoyó sin reservas un paso tan trascendental para la vida del país y para la Iglesia venezolana.

La fundación de la Universidad se hizo a fuego lento. Desde el decreto de la Conferencia Episcopal reunida en Mérida en octubre de 1951 hasta la apertura de la Universidad pasaron dos años. Había que abrir los cauces legales para que pudieran crearse las universidades privadas, cosa que se logró con el Estatuto

de las Universidades Privadas. El P. Plaza en su discurso inaugural recuerda las múltiples conversaciones en el Ministerio de Educación para irlo preparando todo. “He de confesar -dice- que en todo momento encontré la más benévola acogida y el apoyo más franco en las autoridades educacionales a favor de este proyecto”.

Tanto el Ministro como el Rector fundador estaban conscientes de la novedad histórica que se producía al abrir las puertas a las universidades privadas o no estatales. El P. Plaza dice entusiasmado que se inaugura en Venezuela “la era de las universidades privadas”. El doctor Arismendi, con un pensamiento muy actual, señala la importancia de que se dé cauce a una sana competencia y creatividad: “Es este un día feliz para la Universidad Católica, porque hoy se enrumba por los senderos de un hermoso ideal; para el Gobierno porque ve cómo empiezan a cumplirse sus deseos de que, saliendo a la palestra universidades privadas a competir entre sí y con las del Estado, se cree una noble y saludable emulación entre todas por alcanzar renombre y gloria.”

Personalmente me gusta definir esta Universidad como una institución pública, de iniciativa social y de administración privada. Pues bien, el Reglamento Orgánico de las Universidades Privadas dado por decreto presidencial en agosto de 1953, dice en su artículo 1º “Las Universidades privadas, al igual que las Universidades Nacionales, son instituciones de carácter público, destinadas a preparar básicamente profesionales civiles y a fomentar la ciencia en sus aspectos de investigación y aplicación, y la cultura en general.

Las Universidades privadas cumplirán asimismo sus fines en función de los requerimientos de la Nación. En consecuencia, serán regidas por el presente Reglamento, y los casos no previstos en éste los resolverá el Ejecutivo Nacional dentro del espíritu y las normas de la Ley de Universidades Nacionales”.

El Ministro sabía, seguramente mejor que nadie, que para no pocos en la Venezuela de entonces, la identidad católica de la naciente universidad y su dirección en manos de los jesuitas, eran novedades difíciles de aceptar. Por eso, en su discurso hizo una oportuna alabanza del papel civilizador de la Iglesia católica y de los frutos logrados por los hijos de San Ignacio en su larga experiencia educativa.

Quiero resaltar de manera especial una recomendación que hace el doctor Arismendi a la naciente universidad, en el sentido de que su condición de católica no sea mal entendida e impida el pleno desarrollo de su condición de universidad. Quiero citar este párrafo, pues de la plena convicción de que el reto para los católicos era hacer una verdadera universidad de altura y que ésta por sí misma dejaría en alto su identidad católica, fue y es una idea clave en los éxitos logrados:

“Pero no debéis olvidar que en la Universidad Católica, como centro de estudios superiores, si las Doctrinas de la Iglesia tienen que constituir su base y orientación, no puede ni debe hacerse de la religión lo fundamental de su enseñanza. Lo que ha de ser preponderante (en las Universidades privadas), es la especial atención y encarecimiento que debe prestarse al pensum de cada Facultad, uniformado con las Universidades del Estado. No olvidarán los dirigentes de la Universidad Católica que la enseñanza debe ser amplia y liberal, dando a conocer al estudiante los diferentes sistemas, escuelas y doctrinas, aun los contrarios y opuestos a la Iglesia, pues al encauzar la enseñanza por estrechos márgenes estaría reñido con la función cultural que de esta Universidad se espera; cada idea, cada tesis, por absurda que parezca, es un punto de vista sobre el Universo del cual somos parte y una visión cabal del mismo sólo podrá lograrse contemplándola desde diferentes ángulos. Por otra parte, el estudio detenido de tales sistemas, escuelas y doctrinas y el meditado conocimiento de sus errores y fallas, constituye la mejor forma de inculcar la defensa de sus principios y de su religión: lo contrario sería empujar a la batalla un ejército que desconoce las armas del enemigo”.

El apellido Arismendi en la historia de Venezuela se vincula con heroicos hechos llenos de dificultades inmediatas, pero generadores de frutos duraderos. Esta estirpe, haciendo honor a su nombre vasco Aritz-mendi, montaña de robles, no se ha dejado llevar por el brillo efímero de las plantas de rápido crecimiento para las que el tiempo es una amenaza: hoy lucen y mañana están marchitas. Por el contrario, para el roble el tiempo es su mejor aliado y le da carácter de madera noble y duradera. La larga vigencia de la Ley de Educación elaborada bajo la dirección del doctor Arismendi y la fundación de las primeras universidades privadas y la primera católica, son hechos que revelan visión trascendente y sentido de futuro en quien impulsó su autorización. El Ministro Arismendi era consciente de que el árbol frágil que plantaban en octubre de 1953, en la esquina de Jesuitas, estaba animado por savia de eternidad y que no tardaría

en dar frutos de calidad reconocidos por todos. Pero él, basado en la experiencia histórica, sólo podía pedir confianza para algo que todavía era simple promesa:

“Hay que tener gran confianza en el éxito de esta nueva Institución, que va a ser regida por manos expertas y atendida por un selecto cuerpo de profesores. No ha de estorbarlo, sino al contrario, su condición de católica, ni la inspiración de los venerables PP. Jesuitas, como pudieron pensarlo espíritus apasionados. Nadie siquiera medianamente enterado de la historia de la civilización podrá negar cuánto debe ésta al catolicismo, ni desconocer la influencia beneficiosa de la Iglesia Católica en el desarrollo de los estudios universitarios: bajo su influencia protectora florecieron y se desarrollaron las Universidades medioevales y se contaron abates, monjes y doctores de la Iglesia entre sus principales maestros. Y especialmente cuánto debe el mundo en ciencias, artes y letras a la eficientísima función pedagógica de las denominadas huestes de Ignacio de Loyola, si alguna vez perseguidos en siglos pasados, siempre triunfante, y en la actualidad, como en todo lo que va de siglo, sus grandes centros de enseñanza gozan de unánime prestigio en todas las naciones cultas. Tampoco podrá negar nadie el valioso aporte a la cultura nacional que se debe a los colegios dirigidos por religiosos en nuestro país, de donde salen anualmente brillantes alumnos a engrosar las filas universitarias. Cuántos venezolanos ilustres deben a esos colegios su formación espiritual y su amor por las ciencias”.

Hoy, a la luz de los hechos, a la vista de los 23.000 egresados y de más de 1.500 jóvenes que cada año se gradúan en estudios de licenciatura y de postgrado, podemos decir que el doctor Arismendi no estaba equivocado, que la historia le ha dado razón y que a la Universidad Católica Andrés Bello se aplica con propiedad la última frase que acabo de citar: “Cuántos venezolanos ilustres deben a esta Universidad su formación espiritual y su amor por las ciencias”.

Concluía el doctor Arismendi sus palabras: “Con grande emoción y con un fervoroso voto porque Dios le depare un brillante destino, declaro solemnemente instalada la Universidad Católica de Venezuela”.

Al rendirle hoy este merecido homenaje en unión con sus hijos, familiares y amigos, pedimos que desde la eternidad siga José Loreto Arismendi intercediendo por la obra en la que puso su decisivo aporte y su esperanza cristiana y venezolana.

DISCURSO PRONUNCIADO POR LA SEÑORA
ANA TERESA ARISMENDI
EL 18 DE MARZO DE 1993 EN EL ACTO DE RECONOCIMIENTO
AL DOCTOR JOSE LORETO ARISMENDI

Fue hace 40 años. Se iniciaba el de 1953 cuando, una mañana, recibí papá una llamada de Miraflores: el Presidente Pérez Jiménez quería verlo. Papá no lo conocía personalmente. Mamá y todos sus hijos, intrigados, esperábamos reunidos el resultado de la entrevista con una mezcla de curiosidad y de inquietud. Sonó ¡al fin! el teléfono y, a la pregunta ansiosa de mamá: -¿Para qué te llamaron?- Papá le respondió: "Para lo peor que puedes imaginar". Le habían ofrecido el Ministerio de Educación.

La Universidad, a la sazón, estaba cerrada. Infructuoso había resultado el denodado esfuerzo del Consejo de Reforma, creado para lograr su apertura y normalización. Papá no era político ni ambicionaba serlo. Era un abogado dedicado al ejercicio de su profesión en el bufete fundado por su padre, a sus actividades de catedrático en la Universidad Central y a su familia. Se planteó, entonces, y surgió -inevitable- un conflicto de opiniones entre quienes compartían el parecer de Gran Mamá, que se ufana de no tener entre los suyos "ni un portero de Ministerio", y quienes -no obstante la perturbación que ello introducía en nuestras vidas- considerábamos obligante atender al llamado que se le hacía y colaborar con el país, cuando éste así lo requería. Y mi padre llevaba dentro de sí un legado ancestral de obligación ciudadana y de deber cumplido para con la patria del que nunca hizo alarde, pero que siempre se esforzó en continuar, actualizarlo y ser digno de él.

El doctor José Loreto Arismendi aceptó ser Ministro de Educación. Antes, sin embargo, exigí le fuera enviada la Ley de Universidades, cuyo Proyecto cursaba en el Congreso sin que él lo conociera ni se le hubiera consultado.

Ya octogenario, un año antes de morir, papá nos dejó escrito, en estilo sencillo y tono coloquial, un recuento de episodios y anécdotas de su vida que deseaba que sus hijos conociéramos y recordáramos. Entre ellos nos relata -y repito textualmente sus palabras- lo que entonces, sucedió.

"Tan pronto recibí el proyecto de ley que se discutía en el Congreso, me encontré con que ya había sido aprobado en Diputados y en dos discusiones de

la Cámara del Senado donde, ese mismo día, tendría lugar la tercera y última discusión. Para mi sorpresa, constaté -además- que, de acuerdo a ese proyecto de ley, la creación de las universidades privadas -de cuya conveniencia para el país estaba plenamente convencido- no podía hacerse efectiva.

Con toda urgencia, solicité una audiencia al Presidente de la República que me recibió de inmediato dada mi premura. Le expuse el caso y le dije: “Tengo entendido, Presidente, que a Ud. también le gusta la idea de las universidades privadas pues la ha ofrecido a los jesuitas.” -Me contestó que era cierto. “Pues bien, le manifesté, no podrá Ud. cumplir lo prometido porque, con ese proyecto de ley, no pueden crearse las universidades privadas. Me preguntó qué creía yo podía hacerse, a lo cual le respondí que, como no había tiempo para elaborar un nuevo proyecto, me conformaría con poner en el primer Artículo como una especie de clavo que nos sirviera para, después, dictar un Decreto reglamentario sobre la creación de las universidades privadas y de los requisitos e instrucciones que procedieran. Inmediatamente, corrí al Ministerio y procedí a modificar el Artículo 1 de la Ley de Universidades Nacionales, referente a la Declaración Preliminar, agregándole una parte final que decía: “El Ejecutivo Nacional queda facultado para autorizar y reglamentar cuando lo crea conveniente, mediante Decreto en cada caso, el funcionamiento de Universidades fundadas por personas o entidades privadas.”

Telefoneé, entonces, al Ministro Laureano Vallenilla y le pedí que reuniera a la fracción parlamentaria mayoritaria de que disponía el Gobierno para lograr la modificación de ese Artículo, en el sentido indicado por mí. A las 2 de la tarde, me comunicó el doctor Vallenilla que la fracción parlamentaria se había reunido y consideraba que no era necesaria la modificación, toda vez que con el Estatuto Provisional de Educación vigente para ese entonces, podían crearse las universidades privadas. Le respondí que no era así pues dicho Estatuto decía que, “por lo que respecta a las Universidades, éstas se regirían por su Ley respectiva” y, si la Ley nada decía de las universidades privadas, éstas no podrían crearse ni funcionar. Dada la urgencia del asunto, le comuniqué al doctor Vallenilla que eran instrucciones del propio Presidente de la República. En la tarde de ese día, el doctor Carlos Travieso hizo la proposición respectiva, la cual resultó aprobada y pasó a la Cámara de Diputados donde fue ratificada.

Aprobada ya la Ley, se procedió a fundar, mediante Decreto, con la reglamentación correspondiente, la Universidad Católica y la Universidad Santa María.

Para la apertura y autorización de la Universidad Católica, hubo una tremenda lucha en el seno del Gobierno pues la mayoría se inclinaba por no autorizar a los jesuitas a tener una Universidad que sería confesional. Pero, ante la insistencia del Presidente de la República y la mía, se logró autorizar la creación de dicha Universidad. Me tocó inaugurarla.”

--0--0--0--

40 años van a cumplirse de ese día. Cuatro largas décadas de silencio durante las cuales prefirieron callarse los orígenes de esta Institución y no se mencionó -para nada- a quienes la habían hecho posible. Sin embargo, luego de casi medio siglo, de entonces a esta fecha se ha alargado suficientemente la distancia y han circulado el tiempo y la luz indispensables de modo de lograr la perspectiva adecuada para evaluar, comparar y enjuiciar -ecuánime y objetivamente- las realizaciones y los logros del gobierno del General Marcos Pérez Jiménez y estos últimos 35 años de malogros y deterioro integral.

Síntoma de que es hora de ponderaciones, lo constituye este acto de hoy que cristaliza la noble iniciativa de quienes -en gesto que los honra y que papá, estoy segura, calificaría de gallardo- han querido rectificar una omisión al dar a esta Sala el nombre de José Loreto Arismendi.

Se sentiría papá honrado y contento como cualquier estudiante -y nunca dejó de serlo- por haber conseguido cupo en esta Universidad. Estaría satisfecho con el creciente y merecido éxito de esta casa de estudios, que está cumpliendo a cabalidad con la tarea universitaria central de formar e ilustrar hombres y de descubrirles, con claridad y precisión, el mundo presente donde tienen que encajar su vida para que sea auténtica y útil a la sociedad. Y la de, metida en medio de la vida, de sus urgencias, de sus pasiones, imponerse como valor espiritual. Se hallaría mi padre a gusto, sobre todo, en un ambiente de aulas acorde con sus principios religiosos, pues creyó siempre -y lo proclamaba y quedó escrito- que “del Verbo de Dios hecho carne, hemos recibido el ministerio de enseñar” y que “la enseñanza católica no resta; suma y añade. Añade a la ciencia humana, de la que no desprecia más que la vanidad de algunos de sus cultores, la esperanza de un saber de salvación. Y este saber ayuda, no limita.”

Señores Representantes de la UCAB:

Familia, en lengua castellana, es gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella. La familia Arismendi Melchert les da las gracias más emocionadas y sentidas por este homenaje al señor que es orgullo de la casa nuestra.

Hoy, cuando ya no está más, nos es especialmente gratificante este reconocimiento, que hace posible la presencia en la ausencia y la permanencia en esta casa del doctor José Loreto Arismendi, el señor que -hace 40 años- en su carácter de Ministro de Educación, “con grande emoción y con un fervoroso voto porque Dios le depare un brillante destino”, declaró “solemnemente instalada la Universidad Católica de Venezuela.”

Gracias.

ACTO DEL 23 DE JUNIO DE 1993

RECONOCIMIENTO A LOS FUNDADORES DE LA
UNIVERSIDAD CATOLICA

DISCURSO PRONUNCIADO POR
GONZALO PARRA-ARANGUREN

Señoras y Señores:

En la época inmediata anterior a 1948 el ambiente político venezolano se asfixiaba en un clima de irritante hostilidad hacia el catolicismo y estuvo en grave peligro hasta la propia existencia de la Compañía de Jesús. Sin embargo, desde finales de ese año la educación religiosa pudo florecer con rapidez, gracias al apoyo moral del nuevo Gobierno; y, algún tiempo más tarde, constituyó feliz circunstancia el nombramiento de un católico practicante como Ministro de Educación, el doctor José Loreto Arismendi, porque a partir de esa fecha sus esfuerzos se orientaron con gran energía a lograr el funcionamiento de esta Universidad, en las condiciones legales más propicias.

El dificultoso peregrinaje de la gestación concluyó exitosamente, y hace cuatro décadas, en el local ocupado por el Colegio San Ignacio en la esquina de Jesuitas, correspondió al propio doctor José Loreto Arismendi manifestar, en forma pública, su satisfacción por la encomienda hecha a los Reverendos Padres de la Compañía de Jesús, cuya indiscutible competencia en el ramo de la educación es unánimemente reconocida, aun por los sectores más anticlericales. Asimismo insistió en la necesidad de enseñar los diferentes sistemas y doctrinas en las distintas materias -los manifiestamente opuestos a las creencias de la Iglesia inclusive-, para preparar mejor a los estudiantes a la defensa adecuada de los principios fundamentales de la religión católica; de lo contrario, en expresiva frase, se estaría enviando a los campos de batalla un ejército que desconoce las armas del enemigo.

En esa misma oportunidad, el Presbítero doctor Carlos Guillermo Plaza, con el carácter de primer Rector, esbozó el programa de acción de la recién creada Universidad Católica Andrés Bello, resumido en cinco puntos fundamentales: 1) la formación integral de la juventud, de acuerdo con la concepción cristiana

de la vida que enseñan los principios del Evangelio y el Magisterio de la Iglesia; 2) la capacitación de los alumnos para el ejercicio de las diversas profesiones, en un sentido técnico, social y patriótico, con particular énfasis en la importancia de vivir, en toda su intensidad, la ética profesional; 3) el fomento de la investigación científica en los distintos ramos del saber humano, especialmente de la realidad venezolana, desde la perspectiva social, económica, histórica, etnológica y psicológica; 4) la conservación, difusión y enriquecimiento del patrimonio cultural de la humanidad, con particular atención de Venezuela y del legado de los países latino-americanos; y 5) la contribución al entendimiento mutuo y al acercamiento de los pueblos, máxime de las naciones americanas, para obtener el codiciado fruto de la paz a través de una educación altruista, y combatir la educación egoísta, que desencadena la guerra.

El Excelentísimo y Reverendísimo Nuncio Apostólico intervino en esta memorable ocasión para hacer énfasis en el vínculo de filiación originario, existente durante varios siglos, entre las Universidades y la Santa Sede; aun cuando no pudo menos de referirse también a los perniciosos efectos de la revolución humanista, que trajo consigo su distanciamiento de la Iglesia, con la inevitable anarquía en el pensamiento y la subversión de los valores humanos y trascendentes.

El señalamiento hecho por Monseñor Armando Lombardi constituye significativo recordatorio de la concepción de una época en la cual la ciencia humana representaba un aspecto de la religión, porque se la consideraba eficaz instrumento para descubrir los más íntimos designios del Supremo Creador; y no obstante su carácter secular, el propio Estado era explicado como una unidad política organizada para traducir los mandatos de la Divinidad, garantizar ciertos derechos concedidos por Dios a la persona humana o hacer cumplir algunas normas, anteriores a su existencia, de naturaleza religiosa.

Sin embargo, la prepotencia científica de la era de la Ilustración produjo la ruptura del cordón umbilical y el aparente éxito de novedosos descubrimientos exteriores trajo consigo una atormentante especialización en todos los ramos del saber, incrementada día a día en progresión geométrica. Cada una de las nuevas ciencias pretendió imponer su propia jerarquía de valores, con independencia de la religión, como fue hecho en la estruendosa proclama del arte por el arte a fines del siglo diecinueve; y como ocurre en la actualidad con

la acérrima defensa de los derechos de la persona humana, practicada en forma caprichosa y antojadiza para satisfacer conveniencias particulares, porque su protección carece de sentido si se estructuran al margen de los dictados del Dios Supremo del Universo. Así lo demuestran los graves enfrentamientos ideológicos de estos días, en la ciudad de Viena, durante las sesiones de la Conferencia convocada por las Naciones Unidas con el vano propósito de lograr su determinación.

Las nuevas ramas del conocimiento perturbaron también las nociones de tiempo, espacio, causalidad y personalidad humana, que hasta hace muy poco constituyeron los pilares esenciales del mundo de occidente. La teoría de la relatividad es un eslabón más en el proceso degenerativo de los conceptos de tiempo y espacio, que han perdido toda su solidez para convertirse en fluidos e inciertos. Las ideas de premio y castigo, fundamento de las concepciones morales tradicionales, se vieron afectadas por el resquebrajamiento del principio de causalidad, porque pudo demostrarse que la conducta humana desafía las ecuaciones lógicas de causa y efecto. El concepto mismo de la personalidad humana se ha enfrentado a una inestabilidad trágica, por cuanto ya no representa un todo unitario sino la superposición de numerosos reflejos, condicionados casi exclusivamente por las leyes de la herencia y del ambiente; y la propia identidad de la persona quedó resquebrajada con el descubrimiento de la subconciencia y la admisión de su posibilidad de expresarse al mundo exterior en formas impredecibles, llegándose a aceptar que la locura no es una enfermedad sino una fuente de energía, inherente a toda persona humana.

Las consecuencias de semejantes progresos han sido verdaderamente desoladoras para la persona común y corriente, porque se ha comprendido que la profundización en el conocimiento de nosotros mismos nos ha transformado en un misterio casi indescifrable. El adelanto de la ciencia, que parecía conducir a la eliminación progresiva de todos los males, se ha revelado un frágil espejismo; las experiencias de las dos grandes guerras en este siglo comprueban el indiscutible éxito de los sabios en la creación de instrumentos destructivos cada vez más poderosos, y en la época presente el mundo se encuentra al borde del abismo, estremecido por una tremenda crisis espiritual que amenaza convertirse en frenesí colectivo, ante la posibilidad de un holocausto nuclear, los peligros del irrefrenable crecimiento de la población y el continuo deterioro del medio ambiente, por causa de la superindustrialización y de la polución.

La ineptitud de la ciencia positiva para establecer, por sí sola, una noble jerarquía de valores y un auténtico humanismo, a pesar de su contribución al progreso material de los pueblos, fue destacada por el Rector Carlos Guillermo Plaza en su discurso de inauguración de la Universidad; y sus palabras resonaron entonces, con singular energía, cuando insistió en la importancia de utilizar todas nuestras reservas morales para corregir una situación intolerable, porque no es posible ver a la persona humana convertida en una simple máquina, en un número más, en un miembro no identificable de una masificada sociedad de consumo.

Muy estimado auditorio:

El escudo de la Universidad Católica Andrés Bello lleva inserta a su alrededor una hermosa frase de San Pablo en carta a los Efesos: **Ub innotestat multiformis sapientia Dei**. Es muy cierta y expresiva, porque la multiforme sabiduría de Dios constituye la única fuente segura para obtener el necesario equilibrio en la escala de valores; y únicamente si la persona humana logra la plena reconciliación consigo misma se encontrará en situación de experimentar, en toda su plenitud, la inmensa verdad de las sencillas palabras del Evangelio, cuando nuestro Señor Jesucristo predicó a sus discípulos que no sólo de pan vive el hombre.

Caracas: veintitrés de junio de 1993.

PALABRAS DEL RECTOR LUIS UGALDE, S.J.

Distinguidos miembros del Presidium, apreciados homenajeados, profesores, familiares y amigos todos de esta amplia comunidad ucabista.

Hemos querido que la celebración de los 40 años de la Universidad Católica Andrés Bello a lo largo de 1993, tenga dos componentes centrales: el AGRADECIMIENTO Y EL COMPROMISO.

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento a quienes con fe y fortaleza pusieron los cimientos sólidos de este edificio espiritual. Toda siembra se hace con esperanza y desprendimiento. Quien suelta la semilla para que germine en la tierra se desprende de algo valioso y ve como se pierde sin tener la certeza de que va a renacer. El Evangelio nos dice que si la semilla no muere, no da fruto; pero si con generosidad es entregada a la tierra, de la descomposición de la semilla nace la espiga multiplicada que se cosecha con alegría.

Nuestro agradecimiento a los primeros sembradores tiene tres piezas fundamentales:

- El día 18 de marzo tuvimos un acto de agradecimiento al doctor José Loreto Arismendi quien en 1953 desde el Ministerio de Educación, con penetrante visión de futuro abrió la puerta para que en Venezuela fuera posible la misión pública de las Universidades Privadas. Como dice el Reglamento Orgánico de las Universidades Privadas del 21 de agosto de 1953 en su artículo 1º, éstas nacieron como instituciones de carácter público:

“ Artículo 1º: Las Universidades privadas, al igual que las Universidades Nacionales, son instituciones de carácter público, destinadas a preparar básicamente profesionales civiles y a fomentar la ciencia en sus aspectos de investigación y aplicación, y la cultura en general.

Las Universidades privadas cumplirán asimismo sus fines en función de los requerimientos de la Nación. En consecuencia, serán regidas por el presente Reglamento y los casos no previstos en éste los resolverá el

Ejecutivo Nacional dentro del espíritu y las normas de la Ley de Universidades Nacionales”.

En la persona de José Loreto Arismendi, agradecemos a las autoridades nacionales que entonces pusieron la piedra fundamental para que fuera posible en Venezuela esa ancha avenida de universidades privadas con sentido público que tanto puede aportar junto con las universidades de iniciativa oficial.

-El día 10 de julio tendremos el acto central de reconocimiento y agradecimiento a las autoridades eclesiásticas, al Episcopado venezolano que en su decreto de 1951 cristalizó la voluntad de la Iglesia de llevar hasta el nivel universitario su misión educadora y de inspiración espiritual.

- Hoy nos reunimos en familia para agradecer a ustedes, fundadores que pusieron en ejecución ese deseo y trazaron en la práctica universitaria, un camino de servicio a la Iglesia, a Venezuela y a la juventud, un “triple credo religioso, patriótico y juvenil” como diría el primer Rector, P. Carlos Guillermo Plaza, en su programático discurso inaugural. No era fácil reunirlos a todos, ni evitar omisiones involuntarias. Pero hubiera sido más lamentable que por temor o por la dificultad de reunirlos a todos, omitiéramos este hermoso encuentro de justicia y de gratitud. Ustedes nos podrán ayudar a subsanar si ha habido ausencias por falta de información.

El tiempo ha demostrado que la semilla sembrada por ustedes era fecunda. La tímida planta de la Universidad de entonces, es hoy un árbol frondoso con sus cerca de 25.000 egresados y con la actual comunidad universitaria que trata de estar a la altura de los nuevos requerimientos del país en la formación de 11.000 estudiantes de pre y postgrado.

Las profundas convicciones de ustedes los llevaron a comprometerse generosamente con la Universidad Católica, cuando ésta apenas era una idea. También un pequeño pero muy significativo número de familias y de alumnos apostó a favor de esta audacia histórica como era una universidad privada y católica, y por añadidura bajo la responsabilidad de la Compañía de Jesús, cuya permanencia en Venezuela había sido objeto de debate apenas seis o siete años antes y muy poco había faltado para una nueva expulsión.

Lo que en 1953 no había en recursos materiales existía en voluntades, generosidad y fe. Ustedes se identificaron en este proyecto y hoy la cosecha es de ustedes, aunque sabemos que no se la apropian, pues consideraron que su trabajo era siembra privada para cosecha pública.

COMPROMISO

Del enjundioso y programático discurso inaugural del P. Plaza quiero resaltar brevemente dos puntos que nos recuerdan con vigor exigente las líneas de nuestro actual **compromiso** en una Patria que vive momentos de dolorosa, profunda y esperanzada renovación pública.

La Universidad se propone -decía el P. Plaza- “**formar integralmente a la juventud**, según la concepción cristiana de la vida”. “Formación integral: no mera capacitación científica. Integral, es decir, aquella que abarca todos los aspectos de la persona humana, sin descuidar ninguno, pero jerarquizándolos según el valor y mérito relativo”. “Concepción cristiana de la vida: enfoque inspirado en los principios del Evangelio y en el magisterio de la Iglesia”.

“Creemos que todo profesional debe poseer, más allá del limitado campo de su ciencia, una amplia y profunda visión del cosmos, una noble jerarquía de valores y **un auténtico humanismo**. Es decir: debe poseer no sólo ciencia, sino también sabiduría, en toda la plenitud de la expresión”.

La condición humanista del científico no se demuestra por su capacidad de incursionar en los saberes de otras disciplinas, sino por lo que hace con esa ciencia y esa profesión en favor de la vida digna de sus semejantes. Por eso el P. Plaza en su segunda afirmación programática decía: “La Universidad se propone: **capacitar a sus alumnos para el ejercicio de las diversas profesiones, en un sentido técnico, social y patriótico**”.

“Concebimos la profesión como algo noble y levantado; como una misión que se debe cumplir en el seno de la colectividad. De ahí que, en la formación de los profesionales procuraremos despertar en ellos la conciencia de su dignidad, acentuando el sentido de responsabilidad. **Sin ética profesional, sentida y vivida, imposible ejercer cabalmente una carrera**. Las profesiones se enfocarán con un sentido de realidad nacional, teniendo en cuenta lo que

Venezuela necesita, espera o reclama” [...] “Al toque de la realidad, nacerá la sana inquietud de querer contribuir a la superación nacional”.

“La Universidad deberá dispensar -continúa diciendo- un **mecenazgo especial** sobre aquellos en quienes prenda la **fecunda llama de la pasión investigadora**. Aspiración suya será poder constituir un cuerpo de investigadores que, en el seno de la Universidad, se consagren al cultivo de la ciencia pura o aplicada”.

“En cuanto al campo de la investigación, encontrarán acogida todos los sectores del saber humano. Sin embargo, teniendo presente la realidad venezolana, creo mi deber llamar la atención sobre un fecundo campo de investigación: **la realidad social**. Cuando se habla de investigación, de ordinario se alude al dominio de las ciencias exactas, de las ciencias naturales, etc. Bien está -y soy el primero en reconocer su valor- que se depuren las técnicas, que se conozcan en forma cada vez más científica la fauna o flora del suelo patrio o sus riquezas minerales: todo ello contribuye al progreso nacional. Pero existe **un campo más fecundo: es la misma Venezuela, su pueblo, su historia, su vida. Es ese gran laboratorio humano, esa recóndita mina que reclama con urgencia ser excavada en todas direcciones**”.

“Aunque parezca paradoja, a Venezuela es menester descubrirla, investigarla y sondearla con el solícito cuidado con que se desgajan filos de áureo metal. ¿Por qué el estado primitivo de la vivienda, la carencia de hábitos higiénicos, la lívida presencia de la desnutrición infantil? ¿Por qué ese medio millón de niños sin escuela? ¿Por qué nuestras técnicas pedagógicas resultan de tan escaso rendimiento? Estas y otras realidades son objetos palpitantes, dignos de ser investigados. De su recta comprensión dependerá el inmediato desenvolvimiento de Venezuela. La Universidad brindará especiales facilidades a todos aquellos que quieran adentrarse en el amplio campo de la realidad social, económica, histórica, etnológica y psicológica de nuestro pueblo”.

Hoy, a la vuelta de 40 años de grandes transformaciones nacionales y de cientos de miles de millones de dólares gastados sin el fruto deseado, esas palabras tienen particular urgencia. Ese compromiso de la universidad tiene más actualidad cuando dolorosamente el país contempla las oportunidades perdidas, las ruinas producidas por la irresponsabilidad y hace ajustes para entrar con dignidad en una realidad mundial globalizada. Las verdaderas ciencias duras,

en contra de lo que siempre hemos pensado, son las sociales, por el hecho de que la naturaleza es más dócil a la observación objetivadora y a su transformación, que la libertad humana y su actuación en sociedad. Esta, sin apertura a la llamada divina del amor, expresada en conducta responsable cotidiana, produce sociedades carentes de armonía y que trabajan ciegamente por su autodestrucción. Aquí en esta confluencia de ciencias naturales y sociales se produce el humanismo que Venezuela necesita: el humanismo que verdaderamente humaniza la condición de vida de las mayorías.

Hoy formamos parte con nuestra específica identidad, capacidades y necesidades en este mundo empequeñecido donde hasta los más remotos habitantes del mundo se hacen vecinos. La lucha por la dignidad y la justicia social pasa también por la competencia y la capacidad propias para producir con calidad, los bienes y servicios que necesitamos. Una formación abierta y universal, al mismo tiempo que bien enraizada en nuestra realidad específica, contribuirá a encontrar los caminos eficaces para recuperar el rumbo del país. Pero nada se hará sin una refundación moral de la República que exige un renacer de cada ciudadano y sus valores. Quizá nunca antes a la UCAB se le pidió una prueba tan apremiante de su autenticidad católica, como ahora.

Este sencillo y sentido acto de merecido reconocimiento que hoy les hacemos como fundadores, nos obliga a renovar nuestro compromiso de lealtad a los principios fundacionales y al espíritu con que ustedes realizaron las primeras siembras y colocaron los fundamentos. A la luz de la experiencia de 40 años y de los abundantes frutos obtenidos, vemos que no solamente han sido buenos, sino que esos principios y actitudes espirituales son la mejor garantía de que también hoy -si somos fieles a ellos- la Universidad Católica Andrés Bello no defraudará a Venezuela que -para decirlo en palabras del P. Plaza- en este preciso momento “necesita, espera o reclama” de esta comunidad. Dios no ha abandonado ni nos abandona a quienes en su nombre y con la confianza puesta en El nos comprometemos en una misión espiritual universitaria que supera nuestros talentos y nuestras fuerzas. Con la confianza en El y su bendición, y con la ayuda de todos ustedes, seguiremos sembrando. Muchas gracias.

ACTO DEL 10 DE JULIO DE 1993

CONFERIMIENTO DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA
AL CARDENAL LEBRUN

PALABRAS DEL RECTOR LUIS UGALDE, s. j.

Tiene una particular significación y alegría para nosotros este encuentro de la Universidad con la Conferencia Episcopal y con los familiares y amigos de S.E. Cardenal José Alí Lebrún, para el conferimiento del Doctorado Honoris Causa en Educación, dentro del marco de la celebración de los cuarenta años de la Universidad Católica. Se trata de un merecido reconocimiento a la persona del Canciller-Arzbispo que durante 21 años ha presidido la vida de la Universidad. Al mismo tiempo es para nosotros un sentido acto de reconocimiento a la Jerarquía católica de Venezuela que, reunida en Conferencia Episcopal en Mérida en 1951, tomó la trascendental decisión de crear una Universidad Católica. Esta misión fue confiada a la Compañía de Jesús y a quienes constituirían el claustro universitario durante estos 40 años y a los que vendrán después.

Entonces la decisión episcopal fue difícil y llena de fe. Era un acto de confianza en los talentos de los católicos de Venezuela y en la ayuda de Dios. Un papel muy importante tuvo el respaldo de la Santa Sede por medio de su Nuncio Apostólico, Monseñor Armando Lombardi. A aquella Iglesia venezolana, débil y carente de recursos, no le faltó fe para emprender en nombre de Dios, iniciativas que parecían muy superiores a sus fuerzas. Y porque creyó en lo que la superaba, fue creciendo a la medida de su fe y de su iniciativa.

Quiero evocar la decisión fundacional con el comienzo del discurso del Nuncio Monseñor Armando Lombardi en el acto inaugural de la Universidad:

“Dios, el Señor de las ciencias, en este día, vigilia de la fiesta de Cristo Rey, Rey de la inteligencias y de los corazones, nos concede la gracia y la dicha de inaugurar la Universidad Católica de Caracas, realizándose así el anhelo de los Señores Obispos de Venezuela, quienes en una memorable sesión de la Conferencia plenaria celebrada en la ciudad de Mérida en octubre de 1951, puestos de pies con honda emoción votaron por

aclamación el acuerdo relativo a la fundación de este máximo instituto de estudios superiores, que hoy, por la gracia de Dios, es una consoladora realidad”.

Hoy, no solamente podemos dar gracias a Dios por los 25.000 egresados de esta Universidad y por tanta semilla buena sembrada aquí en las décadas pasadas por cientos y cientos de profesores ejemplares. Aquella diminuta planta de hace cuarenta años es ahora árbol frondoso cuya sombra y frutos son buscados por los caminantes. Pero además, la Iglesia venezolana cuenta con dos universidades más, de iniciativa diocesana fuera de Caracas y con dos institutos universitarios; hay en gestación varios proyectos más para crear dos universidades de inspiración católica, una por iniciativa de la Fundación La Salle y otra impulsada por el Opus Dei y un proyecto de instituto universitario elaborado por los salesianos. Además hay diócesis que también están midiendo sus capacidades para promover iniciativas universitarias, necesarias y deseadas en las respectivas regiones. Quizá lo más positivo de este aporte universitario de la Iglesia es que la sociedad venezolana aprecia y anhela ese servicio educativo de calidad.

Por otra parte, en el mundo actual cada día es más difícil hacer una Universidad de efectiva inspiración cristiana y católica. Evangelizar la cultura a ese nivel es una tarea ardua en todos los países en esta etapa histórica de secularismo y de prescindencia de Dios en las culturas dominantes. La reciente Constitución Apostólica de Juan Pablo II, sobre las universidades católicas con el significativo título de “*Ex Corde Ecclesiae*”, “Nacido del corazón de la Iglesia”, nos señala los nuevos retos que marcan nuestro quehacer universitario. Permítanme citar solamente dos párrafos centrales:

“Guiados por las aportaciones específicas de la filosofía y de la teología, los estudios universitarios se esforzarán constantemente en determinar el lugar correspondiente y el sentido de cada una de las diversas disciplinas en el marco de una visión de la persona humana y del mundo iluminada por el Evangelio y, consiguientemente, por la fe en Cristo-Logos, como centro de la creación y de la historia”. (N. 16)

“Es esencial que nos convenzamos de la prioridad de lo ético sobre lo técnico, de la primacía de la persona humana sobre las cosas, de la

superioridad del espíritu sobre la materia. Solamente servirá a la causa del hombre si el saber está unido a la conciencia". (N. 18)

Desafíos urgentes y difíciles que nos obligan a quienes tenemos responsabilidad universitaria a una nueva creatividad y a una mayor coherencia entre el estudio y la vida.

En el caminar de estos 40 años siempre hemos contado con la orientación, consejo y apoyo de la Jerarquía de muchas maneras. Varios obispos aquí presentes fueron profesores de nuestra Universidad, como Monseñor Ovidio Pérez Morales, Monseñor Miguel Delgado y Monseñor Pío Bello, que fue profesor y Rector. Hoy incluso nos sentimos orgullosos de que dos egresados de esta Universidad, monseñores Mario Moronta y Ubaldo Santana, formen parte del Episcopado. Justamente ellos son los dos representantes electos por la Conferencia como integrantes del Consejo Fundacional de nuestra Universidad, organismo estatutario creado para asistir al Provincial de la Compañía de Jesús en "la alta conducción de la Universidad".

Fueron varias las cartas episcopales en 1953 que recalcaron a los fieles la trascendental importancia de la Universidad que se creaba. Quiero citar brevemente la del arzobispo de Caracas, Lucas Guillermo Castillo:

"A la vez hemos de encareceros el deber de favorecer a la Universidad Católica. Ante todo, con vuestras oraciones, rogando al Espíritu Divino acreciente la vida, lozanía y vigor del nuevo instituto docente. Se requiere asimismo vuestro respaldo moral, vuestra solidaridad con la nueva obra, que es también vuestra".

"Necesitamos también vuestro apoyo material, dados los cuantiosos gastos que supone la instalación de laboratorios, bibliotecas, centros de investigación y demás medios modernos de enseñanza".

(.....)

"Deseando, pues, dar el conveniente relieve espiritual al magno acontecimiento de la fundación de la Universidad Católica, ordenamos sean fielmente observadas en nuestra Arquidiócesis las siguientes disposiciones:

PRIMERA: Celébrese la SEMANA DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA en toda la Arquidiócesis, en la semana que antecede al Primer Domingo de Diciembre, en forma que ese Domingo sea el último día de la expresada Semana. Oportunamente se darán normas especiales para la celebración de esa Semana en el presente año.

SEGUNDO: Exhortamos a las personas pudientes a contribuir a la formación de un PATRIMONIO DE EDUCACION, mediante mandas, donaciones y otros medios, a fin de acrecentar la gran obra cultural del Catolicismo en Venezuela, que representa la UNIVERSIDAD CATOLICA”.

Basta mirar el actual campus de la Universidad y su actual patrimonio moral y material para comprender que ha habido mucha gente que de diversa manera ha respondido con generosidad a aquella llamada de colaboración que hiciera el Arzobispo de Caracas.

Desde la fundación misma el cargo de Canciller de la Universidad le corresponde al Arzobispo de Caracas. El Cardenal Lebrún, durante la mitad de la existencia de la Universidad es nuestro Canciller y con su bondad humana, cercanía, consejo y apoyo, particularmente a las iniciativas teológicas y pastorales, ha contribuido al crecimiento cualitativo de la UCAB. No me corresponde a mí enumerar en detalle todas esas iniciativas que hoy son realidad, pero sí quería decirles a ustedes señores obispos al comienzo de este acto que en su acción y acompañamiento paternal siempre hemos sentido la continuación de la misión que sus predecesores en el Episcopado confiaron a la Universidad. Por eso este acto de reconocimiento y de homenaje al hermano mayor del Episcopado Venezolano es un encuentro de agradecimiento a todos ustedes y a sus predecesores.

Como sacerdote de la Compañía de Jesús, quiero expresarle nuestra particular alegría por este conferimiento del Doctorado: Usted, Monseñor Lebrún, que siempre nos recuerda su condición de discípulo, en la Universidad Gregoriana y en la Universidad Javeriana, recibe hoy el título de Doctor en la Universidad Católica Andrés Bello, no ya a causa de sus dotes de buen alumno y discípulo, sino en justo reconocimiento a los que usted nos ha enseñado como maestro, sobre todo con su ejemplo y con su sabiduría de pastor bueno.

PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL INGENIERO
GUIDO ARNAL ARROYO, EX-RECTOR DE LA
UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

En el mensaje que el R. P. Peter Hans Kolvenbach, Prepósito General de la Compañía de Jesús, envió a “Las Personas Relacionadas con la Compañía” en ocasión de los 450 años de su aprobación pontificia, destacaba que la gratitud es una característica distintiva de la orden. Cito: “La gratitud es una virtud que los Jesuitas hemos aprendido de nuestro primer superior general, San Ignacio de Loyola... Ignacio fue consciente de lo mucho que debía a la bondad de los hombres y mujeres que le ayudaron a lo largo del camino y jamás dejó de agradecerse. En las Constituciones que gobiernan la orden que fundó, Ignacio subrayó en más de una docena de pasajes la obligación que tienen sus miembros de rezar por sus colaboradores y bienhechores. La parte que trata de la obra educativa de la Compañía se abre precisamente con un capítulo dedicado expresamente a la memoria de los fundadores y bienhechores de los colegios”.

Fiel a esa tradición, el R. P. Luis Ugalde, s.j. Rector de esta Universidad, ha querido que los actos conmemorativos de los 40 años de su fundación estén signados por la gratitud a quienes idearon, impulsaron e hicieron realidad su creación y puesta en marcha. Dentro de ese propósito se ha celebrado recientemente el acto en memoria del doctor José Loreto Arismendi, a quien como Ministro de Educación le correspondió dictar el Reglamento Orgánico de las Universidades Privadas y autorizar el funcionamiento de la Universidad Santa María y la Universidad Católica, venciendo la resistencia de los sectores gubernamentales y de opinión que se aferraban a la tesis del Estado docente. El doctor Arismendi no se limitó a llenar una formalidad burocrática sino que cumplió un deber de conciencia; era un convencido de la importancia de las Universidades Católicas como lo ponen de manifiesto sus palabras en el acto de instalación de esta Universidad. Cito: “Hay que tener gran confianza en el éxito de esta Institución, que va a ser regida por manos expertas y atendida por un selecto cuerpo de profesores. No ha de estorbarlo, sino al contrario su condición de católica, ni la inspiración de los venerables P.P. Jesuitas, como pudieron pensarlo espíritus apasionados. Nadie siquiera medianamente enterado de la historia de la civilización podrá negar cuánto debe ésta al catolicismo, ni desconocer la influencia benéfica de la Iglesia Católica en el desarrollo de los estudios universitarios; bajo su influencia protectora florecieron y se

desenvolvieron las Universidades medievales y se contaron abates, monjes y doctores de la Iglesia entre sus principales maestros. Y especialmente cuánto debe el mundo en ciencias, artes y letras a la eficientísima función pedagógica de las denodadas huestes de Ignacio de Loyola”.

El mismo sentimiento de gratitud estuvo presente en el sentido homenaje tributado a las primeras Autoridades, Profesores y Empleados de la Universidad, quienes tocados por el carisma fundacional se identificaron profundamente con sus fines, establecieron sabias pautas para su desarrollo y marcaron el estilo de sana convivencia de la comunidad universitaria que aún perdura.

Hoy se testimonia el merecido reconocimiento al Episcopado Venezolano y a uno de sus más distinguidos integrantes, el Eminentísimo Cardenal José Alí Lebrún, Arzobispo de Caracas y Canciller de esta Universidad, a quien se confiere el Doctorado Honoris Causa en Educación.

La Universidad Católica nació por la iniciativa de los Señores Obispos, quienes en la Conferencia Episcopal realizada en Mérida en Octubre de 1951 votaron por aclamación el acuerdo sobre la fundación de esta institución de educación superior, la colocaron bajo su patronazgo y encomendaron su organización y dirección a la Compañía de Jesús.

Los Señores Obispos celebraron entusiastas en 1953 la instalación de la Universidad como se pone de manifiesto en las emotivas Cartas Pastorales que dirigieron al Clero y Fieles de sus Diócesis. Así mismo, decretaron la celebración de la Semana de la Universidad Católica, para divulgar la trascendencia de su misión y para recabar fondos para su sostenimiento.

Monseñor Gregorio Adam, Obispo de Valencia, anotaba: “Os anunciamos, penetrados de inmenso júbilo que la Universidad Católica es ya una realidad. Sus puertas se abrirán para dar amparo en sus risueñas aulas, al porvenir de la Patria que es su juventud universitaria y laboriosa”.... y añadía: “su instalación constituye el medio adecuado para conservar la fe católica, robustecer los conocimientos y consolidar la unidad del pensamiento de los venezolanos”.

Y Monseñor Lucas Guillermo Castillo, Arzobispo de Caracas escribía: “...el sábado pasado, 24 del corriente mes de octubre, víspera de la fiesta de

Jesucristo Rey, se inauguró solemnemente en esta ciudad la Universidad Católica desde largo tiempo esperada en nuestra Patria. Tan fausto acontecimiento colma de gozo a la Iglesia venezolana, pues significa la feliz realización de una importantísima obra educacional en la que tanto el Santo Padre como todos los Obispos de la República tenemos cifradas las mejores y más altas esperanzas. La Universidad Católica representa la presencia de la Iglesia en el campo de la cultura, de la investigación y del verdadero progreso intelectual”.

El Excelentísimo Monseñor Armando Lombardi, Nuncio Apostólico, quien prestó decidido respaldo al nacimiento de la institución al expresar la dicha por su instalación, destacaba que “Las Universidades son hijas de la Iglesia y propiamente de la Santa Sede, que en los claustros de sus abadías y las escuelas de sus catedrales les facilitó la cuna y con sus Breves Bulas les dio partida oficial de nacimiento, les asignó finalidad y organización, les otorgó prerrogativas y derechos”.

Y señalaba derroteros cuando afirmaba, que la Universidad ya sabe cuál es su misión: “En primer lugar instruir a la juventud venezolana en las múltiples ciencias y artes, pero sobre la base humanística indispensable para que los graduados en las distintas facultades sean hombres de verdadera cultura y no sólo unos técnicos de su profesión”. ... “En segundo término la Universidad Católica debe educar, pues el joven tiene mente y corazón y no basta llenar su mente de principios y de fórmulas, es necesario llenar su corazón de nobles ideales”...; luego decía: “Quiero agregar que la Universidad Católica dará también a su obra de instrucción y educación un contenido eminentemente social. Se ha dicho por lo demás que el mismo Cristianismo es un servicio social en el plan divino y en el plan humano”.

Nació la Universidad con 25 Profesores y 156 Estudiantes en los locales del antiguo Colegio San Ignacio, pobre de instalaciones y recursos económicos, pero rica en orientaciones y principios rectores, fruto de la sabiduría de la Santa Madre Iglesia, acumulado de centurias en la fundación y conducción de las más prestigiosas Universidades del viejo y el nuevo mundo.

La Universidad tenía la herencia de un credo y un programa de acción. Como lo expresara su primer Rector y gran planificador, el R.P. Carlos Guillermo Plaza S.J., la Universidad cree en el Dios Soberano que preside el destino de

los hombres y los pueblos; cree en los valores supremos del espíritu, cree en esa Religión y esa Fe que generó la cultura occidental cristiana, cree en la vocación de Venezuela a ser una gran nación y cree en la juventud, la mayor riqueza que posee una nación.

Las grandes líneas del programa de acción se dirigen a:

Formar integralmente a la juventud, según la concepción cristiana de la vida.

Capacitar a los alumnos para el ejercicio de las profesiones, en un sentido técnico, social y patriótico.

Fomentar la investigación científica en todos los ramos del saber.

Conservar, difundir y enriquecer el patrimonio cultural de la humanidad.

Contribuir a la mutua comprensión y acercamiento de los pueblos.

Este credo y este programa han sido plasmados en el Estatuto Orgánico de la Universidad, que recibió la aprobación del Estado venezolano y de la Sagrada Congregación para la Educación.

El Estatuto consagra el vínculo entre la Universidad y la Iglesia al investir como su Canciller al Arzobispo de Caracas y al incluir a dos representantes de la Conferencia Episcopal entre los integrantes de su Consejo Fundacional, el organismo de mayor jerarquía en la estructura de la Institución, garante de su vigencia como Universidad Católica.

El Eminentísimo Cardenal José Alí Lebrún, Arzobispo de Caracas, nuestro Canciller, ha tenido siempre una especial identificación con la Universidad, es notorio su interés en participar en sus actividades, en estar al corriente de su logros e innovaciones; en fabricar tiempo para llegar con antelación a los eventos para poder dialogar sin protocolo con profesores y estudiantes: la Universidad afirma hoy este sentido de pertenencia al incorporarlo solemnemente a su Claustro Académico al conferirle el Título de Doctor Honoris Causa.

Monseñor Lebrún ha sido un Pastor que ha tenido que conducir a su grey con firmeza y discreción en el período de transición de la Iglesia post-conciliar y

en días difíciles para la patria, que busca caminos para su desarrollo, en libertad y justicia social, en medio de la crisis de la deuda y la crisis más grave aún de los valores morales y espirituales, crisis que ha propiciado una presencia más activa y comprometida de la Iglesia en favor de los más necesitados.

El mandato de su modestia me prohíbe hacer su apología; permítaseme, al menos presentar su ficha biográfica para incorporarla al archivo de los doctores de la UCAB.

Monseñor Lebrún nació en Puerto Cabello, donde cursó estudios en el Colegio La Salle. Ingresó en 1933 en el Seminario Menor de Caracas, enviado por la Diócesis de Valencia; continuó sus estudios en el Colegio Pío Latinoamericano de Roma, donde obtuvo la Licenciatura en Filosofía. Siguió más tarde estudios doctorales en la Pontificia Universidad Gregoriana en Roma y los culminó en la Universidad Javeriana de Bogotá.

Fue ordenado Sacerdote el 19 de diciembre de 1943 por Monseñor Gregorio Adam, Obispo de Valencia, quien lo nombró su Secretario.

En la festividad de San José de 1955 fue nombrado Camarero Secreto de su Santidad Pío XII.

El 2 de septiembre de 1956 fue consagrado por el Nuncio de su Santidad como Obispo Auxiliar de Maracaibo.

El 21 de junio de 1958 es designado Obispo de la nueva Diócesis de Maracay.

A la muerte de Monseñor Gregorio Adam, en 1962, es nombrado Obispo de Valencia, Diócesis que regenta hasta 1972. Durante su obispado asistió al Concilio Vaticano II y gracias a su gestión se crearon las nuevas Diócesis de San Felipe y de San Carlos, en 1966, con parte del territorio de la Diócesis de Valencia.

Es elevado a la dignidad de Arzobispo Titular de Voncarria y Arzobispo Coadjutor y Administrador Apostólico Sede Plena de la Arquidiócesis de Caracas, posesionándose del cargo el 23 de octubre de 1972. A la muerte del Eminentísimo Cardenal José Humberto Quintero, pasa a ser en propiedad Arzobispo de Caracas.

El 2 de febrero de 1983 su Santidad Juan Pablo II lo eleva a la dignidad de miembro del Colegio de Cardenales.

El Cardenal Lebrún ha recibido el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Carabobo. Signos distintivos de su dilatada labor episcopal son su interés por estimular y cultivar las vocaciones sacerdotales y su dedicación a la difusión del culto mariano, expresión de su gran devoción a la Santísima Virgen María.

Hoy toda la comunidad ucabista, incluidos sus más de 20.000 egresados, felicitan al Eminentísimo Cardenal Lebrún y le dan una calurosa bienvenida al claustro de sus doctores; con especial deferencia estoy seguro que lo saludan e invitan a un diálogo magistral sobre la educación, Monseñor A. Fernández Fco, José María Vélaz, Genaro Aguirre, Fernando Arrellano, el Hermano Ginés, Santiago Vera Izquierdo, quienes lo precedieron en recibir la misma distinción y a quienes la Universidad presenta como ejemplo para los educadores por la claridad de su pensamiento, la rectitud de sus ejecutorias y la fecundidad de su obra educativa.

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO DEL
CARDENAL JOSE ALI LEBRUN,
ARZOBISPO DE CARACAS

Hoy es un día grande para expansionarse con el corazón en un canto de gratitud. Nosotros Obispos de Venezuela, en nombre de todas nuestras Diócesis, abrimos nuestros labios para cantar, guiados por el Espíritu Santo, el himno de la acción de gracias. Lo expresamos con palabras del salmo 114: **“Amo al Señor porque escucha mi voz suplicante, porque inclina su oído hacia mí el día que lo invoco. Caminaré en presencia del Señor en el país de la vida.”**

Como composición de lugar para este encuentro lleno de gratitud y afecto para con Dios permitidme revivir aquel 21 de octubre de 1951, coincidente lo mismo que ésta con una Conferencia Episcopal. Era en Mérida, ciudad universitaria por excelencia en la Historia de nuestra cultura. Aquel día se hizo realidad un anhelo, que el impulso apostólico y patriótico de la Jerarquía Venezolana desde hacía tiempo alentaba y la circunstancial dilación, había hecho más vehemente: LA CREACION DE UNA UNIVERSIDAD CATOLICA EN LA REPUBLICA.

Recuerdo conmovido por la veneración y el afecto la mirada anciana y vislumbradora de eternidad, que contemplaba en su rostro de Su Excelencia Monseñor Marco Sergio Godoy, Obispo de Maracaibo, del que me honro haber sido Obispo Auxiliar, cuando me narraba el momento de la creación de la Universidad Católica. Subyugado por la solemnidad del acto él mismo propuso que los Prelados dieran su voto de pie. Al punto todos los Miembros del Episcopado Patrio, nuestro padre en la fe, movidos por una fuerza interior, que no era otra que el amor a la Iglesia y a la Patria, se levantaron de sus asientos y en actitud de firmes dieron testimonio de la satisfacción y alegría que les embargaba. En seguida prorrumpieron en un unánime e inusitado aplauso. Ningún acto más elocuente y expresivo del reconocimiento a Dios por insigne regalo que hacía a Venezuela con la Universidad Católica.

Los otros pasos pertenecen a la fausta Historia de nuestra Iglesia. En manos de la Compañía de Jesús pusieron los Obispos venezolanos la realización del decreto y la dirección de tan alto Instituto. Tenían plena confianza en el éxito, porque sabían lo que significaba una Universidad confiada a los Hijos de

Ignacio de Loyola, que breve y parco en su estilo de alabar, al fundar el Colegio Romano, la futura célebre Universidad Gregoriana, no tuvo reparo en afirmar: “Es la obra de mayor gloria de Dios en las manos de la Compañía”. Bien sabían nuestros Obispos la brillante competencia de la Compañía de Jesús en su apostolado Universitario que en el momento actual pasan con mucho un centenar de Universidades que rigen en nombre de la Iglesia.

El 24 de octubre de 1953, distinguida con el nombre venerable de ANDRES BELLO abría sus puertas a la juventud estudiosa esta Universidad Católica. Una alegre y clara primavera de progreso científico apoyado en el diálogo con el Evangelio iluminó el porvenir de la Patria. Fue una reafirmación en Venezuela del dicho tan querido para San Agustín: “**Gaudium-veritatis**”. El gozo de la verdad. Esto es la alegría de buscar la verdad, de describirla y comunicarla en los campos del conocimiento. Nunca como hoy resalta la importancia de una Universidad Católica. Lo ha afirmado Su Santidad Juan Pablo II al decir que “el diálogo de la Iglesia con la cultura de nuestro tiempo es el sector vital en el que se juega el destino de la Iglesia y del mundo en este final del siglo XX ya que en efecto no hay más que una cultura: la humana, la del hombre y para el hombre. Nuestra época tiene necesidad urgente de esta forma de servicio desinteresado que es el de proclamar el sentido de la verdad, valor fundamental, sin el cual desaparecen la libertad, la justicia y la dignidad del hombre.

En solemne documento (Constitución Apostólica de SS Juan Pablo II sobre las Universidades Católicas, 15-8-1990) hace pocos años afirmó la Iglesia: “La Universidad Católica es sin duda alguna uno de los mejores instrumentos de que la Iglesia ofrece a nuestra época que está en busca de certeza y sabiduría. Teniendo la misión de llevar la Buena Nueva a todos los hombres, la Iglesia nunca debe dejar de interesarse por esta institución”.

Mi cargo de Arzobispo de Caracas, al que va anexo la dignidad de Canciller de la Universidad Católica, me ha vinculado de manera especial a este centro de estudio superior de la Iglesia. Hace ya veintiún años que sus gozos y alegrías han sido las mías y sus preocupaciones y trabajos han dejado huella en mi alma. Pero debo manifestar con honda satisfacción que me siento profundamente satisfecho por pertenecer a esta familia Universitaria, que ha llenado mi corazón de recuerdos y propósitos gratos y estimulantes que me impulsan al bien.

Hoy se acrecienta el júbilo al verme distinguido con el preciado título de Doctor Honoris Causa. El cual me honra sobremanera y aumenta mi cariño y gratitud con el R. P. Rector Luis Ugalde S.J. con las Autoridades y el Claustro Universitario. Estoy convencido que éste es un reconocimiento no a los pobres y exiguos méritos que puedo presentar, sino un testimonio de cariño y un homenaje a mi carácter episcopal, sucesor de los Apóstoles, extensivo a todos mis hermanos en el episcopado que son los legítimos herederos de los padres y fundadores de esta Universidad. Teniendo presente aquel principio que proclama Santo Tomás: “el honor está en el que honra”, acepto gustoso esta distinción.

Desde lo hondo de mi alma vaya mi gratitud al doctor Guido Arnal, Ex-Rector de esta Universidad y a quien dos veces tuve el honor y la satisfacción de proclamarlo Rector. El con la generosidad y competencia que adornan su espíritu en su cariñoso y elocuente discurso me ha propuesto un sublime ideal, del que me veo todavía muy lejano, pero con entusiasmo digno de un apóstol me ha presentado la meta hacia donde debo tender apoyado en la gracia de Dios. Sus palabras me han sido particularmente gratas, porque he advertido en ellas la voz afectuosa, ya lejana de mi padre y el aire de familia con que siempre vivió y alentó en nuestro hogar su relación de parentesco con la familia de tan insigne y meritorio Rector.

Gracias a todos por la alegría de este encuentro. Vaya mi pensamiento y adhesión filial al Santo Padre Juan Pablo II en la queridísima persona de su Nuncio en nuestra Patria, S.E. Monseñor Oriano Quilici, a mis hermanos en el episcopado y en el sacerdocio que con un solo corazón y una sola alma me han rodeado con lo exquisito de su cariño y amistad, al R.P. Rector, a las Autoridades, al Claustro Universitario, a los ex alumnos y alumnos de esta Universidad Católica, a mis muy queridos familiares y amigos que con su presencia me han hecho más grata esta demostración de estima y afecto.

Permítanme finalizar mis palabras a los pies de la Virgen Santísima “Sedes sapientiae” Trono de la sabiduría. Reina y Patrona de esta Universidad. El día en que se inauguró esta casa de estudio el Nuncio Apostólico de entonces Su Excelencia Monseñor Armando Lombardi, de permanente memoria en Venezuela, invocó la protección de María Sedes sapientiar sobre esta Universidad. Sin que yo supiera este detalle al escoger un título para su bello

templo parroquial elegí este dulcísimo de Trono de la sabiduría, lleno de significado para una Universidad que rige la Compañía de Jesús.

Supliquemos hoy a la Sabiduría de Dios, que tiene su asiento en el seno purísimo de la que él mismo se escogió como madre, que ilumine, fortalezca y guíe la marcha de nuestra Universidad Católica en esta nueva etapa de su vida. Que esta Universidad inmersa en la sociedad humana con la que diariamente se encontrará infunda el Evangelio de Jesucristo en la cultura de manera que ° Jesucristo, el Señor, penetre y regenere las mentalidades y valores dominantes, que inspiran las culturas, así como las opciones y actividades que de ellas derivan. Que todo sea **Admaiozem dei Gloriam.**

respecta a los intereses-frutos, y en cuanto respecta a los intereses moratorios, es obvio igualmente, para este Tribunal Arbitral, que el daño derivado de la mora ha de entenderse sufrido por el titular del crédito que tiene derecho al oportuno pago de éste.

Este Tribunal Arbitral ha constatado que la cesión de créditos hecha por “EL CONSORCIO” a Global Transactions Ltd. mencionó precisamente como objetos de la transferencia las valuaciones Nos. 41 (en parte), 42 (en parte), 42-A, 43, 43-A, 44, 44-A, 45, 45-A, 46, 46-A, 47 y 47-A del contrato 548/78 y las valuaciones 2, 3, 3A, 4, 4A, 5, 5A, 6 y 6A del contrato 647/81, sin referencia alguna a intereses derivados de los créditos correspondientes a dichas valuaciones hasta el día de la cesión. En consecuencia, a juicio de este Tribunal Arbitral, los créditos por intereses derivados del capital de las valuaciones y devengados hasta ese día deben considerarse como que permanecieron bajo la titularidad del “CONSORCIO” cedente. En cambio, por las razones antes anotadas, el Tribunal considera que “EL CONSORCIO” no tiene derecho a reclamar a “CADAFE” intereses derivados de los créditos cedidos a Global Transactions Ltd. y devengados después de la fecha de la mencionada cesión. Así se declara.

e. En cuanto al alegato de prescripción de “CADAFE”, referido a todos aquellos intereses que para el 31 de enero de 1984 tenían tres o más años de haber sido devengados y exigibles, el Tribunal Arbitral observa que el artículo 1980 del Código Civil establece una prescripción extintiva de tres años de los créditos correspondientes a “la obligación de pagar los atrasos del precio de los arrendamientos, de los intereses de las cantidades que los devenguen, y en general, de todo cuanto deba pagarse por años o por plazos periódicos más cortos”, disposición esta que de acuerdo con la opinión generalmente aceptada es aplicable respecto de los intereses, cualquiera que sea la naturaleza de los mismos. En el caso del presente procedimiento, dicha prescripción habría afectado, y en consecuencia extinguido, a todos los créditos por concepto de intereses devengados por el capital de las valuaciones derivadas de los contratos entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” y producidos hasta el día 31 de enero de 1981.

Sin embargo, este Tribunal Arbitral encuentra que es lógica y jurídicamente incompatible con tal pretensión de “CADAFE” el reconocimiento formulado por ella en la cláusula Cuarta del Compromiso Arbitral, del hecho de que “EL

CONSORCIO”, “en cada ocasión de retardo por parte de ‘CADAFFE’, presentó oportunamente las reclamaciones correspondientes”, sin distinguir -como se ha declarado- entre reclamaciones relativas a créditos de capital y reclamaciones relativas a créditos por intereses. Ahora bien, el reconocimiento de una diligencia como esa es jurídicamente inconciliable con la imputación de negligencia, de omisión del comportamiento dirigido a hacer valer oportunamente los propios derechos, que es requisito esencial de aplicación de la prescripción. Por tanto, este Tribunal Arbitral desecha, por infundado, el analizado alegato de prescripción por “CADAFFE” al “CONSORCIO”. Así se declara.

f. En consecuencia de todo lo anterior y visto el informe presentado a su requerimiento por la Comisión de Expertos Contables, el Tribunal Arbitral fija en la cantidad de CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL CIENTO CUARENTA BOLIVARES (Bs. 51.726.140,00) el monto que debe ser pagado por “CADAFFE” al “CONSORCIO” conforme a lo decidido respecto del Punto “a” de la Reclamación.

II

Punto “b” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “b”, que resuelvan:

“b) Si adicionalmente, hasta la misma fecha treinta y uno de enero de 1984, por el mismo período, ‘EL CONSORCIO’ tiene derecho al reembolso de los perjuicios financieros efectivamente incurridos, tal como se detalla en los apartes A.1.1. y A.2. de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los capítulos A.1. y A.2. del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”

2. En relación a este punto “EL CONSORCIO” reclama a “CADAFFE” el reembolso de los perjuicios financieros efectivamente incurridos, a los cuales se alude en el planteamiento del transcrito Punto “b”, por considerar que “cualquiera que sean las dudas que puedan surgir en la interpretación del artículo 1277 del Código Civil en cuanto a la reparación del mayor daño por incumplimiento culposo del deudor de obligaciones pecuniarias, en materia mercantil no se

presentan tales dudas, pues la lógica e inexorable consecuencia del artículo 108 del Código de Comercio es que el retardo en el pago de obligaciones pecuniarias mercantiles implica la plena reparación del daño causado”.

3. Por su parte, “CADAPE” niega que tal reclamación sea procedente, para lo cual invoca la disposición del artículo 1.277 del Código Civil, el cual, según una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en fecha 28 de julio de 1983, contiene una norma limitativa de la contenida en el artículo 1.167 del mismo Código que “consagra el principio general de la reclamabilidad de todos los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato bilateral”, y para el caso de la mora en el pago de obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero conduce “a declarar procedente sólo el pago de los intereses”, como “la única forma de resarcir los perjuicios provenientes del retraso en el pago de la suma de dinero reclamada”, por lo cual -agregó la Corte- al declarar la recurrida con lugar el pedimento adicional infringió por errónea aplicación los artículos 1.167 y 1.277 del Código Civil...” (G.F. 3ª etapa, Año 1983, vol. I, N° 121, p. 751).

4. En relación a tales alegatos de las partes el Tribunal Arbitral observa:

a. El decidir sobre la señalada pretensión del “CONSORCIO”, negada por “CADAPE”, plantea la necesidad de pronunciarse sobre el conocido y controvertido tema de si en presencia de la disposición del artículo 1.277 del Código Civil y tratándose de la mora en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, es o no admisible que el acreedor solicite y obtenga el resarcimiento de los mayores daños derivados del retardo culposo de su deudor, es decir, de los daños adicionales o suplementarios que se produzcan por sobre los que la ley entiende reparar mediante la atribución del derecho al interés legal.

La opinión tradicionalmente aceptada en nuestro país lo ha negado, siguiendo antecedentes europeos (franceses e italianos) que en relación a disposiciones similares del antiguo artículo 1.153 del Código Civil francés y del artículo 1.231 del derogado Código Civil italiano de 1865, se pronunciaron sobre el tema. La opinión tradicional estima que la regla de la liquidación del daño moratorio sobre la base del porcentaje fijo del interés legal que establece el artículo 1.277 del Código Civil, significa una fijación rígida del resarcimiento debido, que representa a la vez el mínimo y el máximo de la indemnización a

que puede aspirar el acreedor, a quien la ley exime de la carga de probar daño concreto alguno.

El Tribunal Arbitral considera que existen razones poderosas para apartarse de la opinión mayoritaria y acoger la que sostiene que una interpretación diversa del citado artículo 1.277 conduce a una solución más justa, que permite el resarcimiento de los llamados mayores daños derivados del retardo en cumplir obligaciones dinerarias. La norma del mencionado artículo está orientada por una sola idea: la de servir de reparación del solo perjuicio causado por la privación del goce del dinero que el acreedor no ha recibido a tiempo. Y aun este objetivo no se alcanza a lograr: en la práctica es tan inverosímil que el daño efectivamente sufrido por el acreedor sea inferior a la tasa del interés legal, como que, en los hechos, éste sea suficiente para resarcirlo del mismo daño. Por esto no parece en absoluto repugnante a la lógica, ni al derecho, que aquella liquidación, que según la ya aludida opinión tradicional constituye a la par un mínimo y un máximo de la indemnización posible, sea considerada sólo como un mínimo de la reparación a que puede tener derecho el acreedor, a quien en vista de la obtención de ese mínimo valor debido la ley lo releva de la carga de probar que ha sufrido efectivamente algún daño. Y es que como con gran tino y oportunidad ha sido observado, “si se admite que el interés legal de mora es el precio del uso del dinero, se debería lógicamente admitir que el acreedor probara que existen otros daños, además de los comprendidos en el interés legal”, y que, en coherencia con el señalado punto de partida, la tasa del interés legal no representa un máximo insuperable.

Analizado, pues, con amplio criterio lo relativo al daño que posiblemente se derive de la falta de pago oportuno de una obligación pecuniaria, se podrán distinguir allí dos distintos aspectos: el acreedor sufre, por una parte, el que ha sido justamente calificado como un perjuicio abstracto y constante, ya que no ha podido volver a colocar los fondos a interés inmediatamente: este perjuicio es reparado, de una vez por todas, por los intereses legales; pero puede, además, sufrir un perjuicio concreto y variable, por no haber podido aplicar los fondos, en el momento deseado, para un uso determinado. La indemnización pautada en el artículo 1.277 del Código Civil cubrirá entonces el aludido o perjuicio abstracto y constante el cual los antiguos prácticos designaban con la expresión “daños comunes”, cuya ocurrencia presume la ley y en relación a los cuales releva el acreedor de la carga de producir prueba alguna; el “perjuicio concreto

y variable” (“daños propios”, en la terminología antigua) no habrá de ser resarcido sino a condición de que el acreedor lo pruebe, tanto en su existencia como en su cuantía, como daño cierto, directo y previsible, según las reglas generales de la responsabilidad civil contractual.

En el orden de ideas propuesto, el adverbio “siempre” que utiliza el artículo 1.277 del Código Civil habrá de ser entendido, no como significativo de la exclusión de una reparación ulterior, como lo hacen los partidarios de la tesis tradicional negadora de la resarcibilidad de los mayores daños, sino como expresivo de que en todo caso la mora del deudor en pagar su obligación pecuniaria acarrea para él un deber de reparar conforme al mínimo legal pautado, sin descartar que la reparación debida pueda llegar a ser mayor, como típica obligación de valor no sujeta al principio nominalista, si el acreedor prueba haber sufrido un daño concreto y resarcible, mayor que el legalmente presunto.

Ahora bien, si la idea de admitir la posibilidad del resarcimiento de los mayores daños derivados del retardo en pagar obligaciones de dinero es objeto de rechazo por la mayoría, o es de dudosa admisibilidad según otros, tratándose de relaciones de carácter civil, no debe en cambio dar lugar a vacilaciones la idea de que la regla de la liquidación legal única y excluyente que de acuerdo con la opinión tradicional estaría consagrada en el artículo 1.277 del Código Civil, resulta inaceptable al referirla a relaciones jurídicas de carácter mercantil.

En efecto, el artículo 1.277 del Código Civil, inmediatamente después de establecer la señalada regla, deja a salvo disposiciones especiales, y entre éstas se encuentran las del Código de Comercio, en virtud de la especialidad que éstas representan respecto de la legislación civil.

Entre tales disposiciones especiales se halla la varias veces citada norma del artículo 108 del Código de Comercio, conforme a la cual, “Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquida y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual”. Sería erróneo interpretar que esta norma establece, simplemente, cuál es el interés legal moratorio en materia mercantil, por contraste con el interés legal moratorio, del tres por ciento (3%) anual, que rige en materia civil por la aplicación concatenada de los artículos 1.277, 1er. párr., y 1.746, 2º aparte, del Código Civil.

Los intereses que contempla el artículo 108 del Código de Comercio no han de deberse necesariamente como devengados por obligaciones pecuniarias mercantiles, a título de reparación del daño derivado del retardo culposo en pagarlas. Ni la letra ni el espíritu de tal artículo permiten referir la norma que él contiene a la sola hipótesis de la mora, ni en consecuencia puede tampoco entenderse que el mismo artículo representa una mera aplicación del principio “**dies interpellat pro homine**” consagrado en materia de mora por el artículo 1.269 del Código Civil, puesto que, como observa la doctrina, un crédito mercantil líquido y exigible puede no estar vencido aún (como, por ejemplo, el correspondiente a un mutuo o a un depósito restituible a simple requerimiento del acreedor) ni por ende estar en mora de pagarlo su deudor, y sin embargo ese crédito devenga intereses conforme a la norma del artículo 108 del Código de Comercio.

La idea básica en la cual se inspira este artículo es otra: la de la normal productividad del dinero, con independencia de la mora, idea esta que Bolaffio, al referirse a la norma similar a la de nuestro artículo 108 del Código de Comercio, contenida en el artículo 41 del Código de Comercio italiano derogado, y señalar la diferencia entre los intereses moratorios y los contemplados en este último artículo (“intereses correspectivos” o “proporcionales”), expuso así: “El interés moratorio es la liquidación del daño que -normalmente y sin necesidad de justificación- se considera sufrido por el acreedor como consecuencia del retardo culpable del deudor... El **interés proporcional**... corre, en cambio, sobre toda deuda comercial líquida y exigible: esto es, determinada e incontrovertida, exigible, esto es, tal que el acreedor podría pedir legalmente su pago. Y lo calificamos **interés proporcional** porque, considerándose que el deudor por operación comercial se aproveche del dinero debido, atendida la fecundidad económica potencial del capital monetario, se reconoce legítimo el que corra el interés legal sobre el mismo como compensación, como lo correspondiente proporcionalmente, al uso de aquella fecundidad que, en los negocios comerciales, se considera efectiva, con presunción absoluta, o como dice algún otro, como ficción legal o presupuesto absoluto de ley. Si el deudor quiere liberarse de la carga de este interés, debe destruir la presunción legal o ficción de que él continúe disponiendo del capital monetario que debe, y esto lo hace depositando la suma en juicio... Así, pues, ... los comercialistas fundan la legitimidad del interés proporcional sobre la fecundidad económica del dinero que, atendida su potencia de

adquisición de cada bien, se presume de un modo absoluto fructífero estando en poder de quien tiene una deuda comercial y prorroga su satisfacción con la tolerancia del acreedor...” (Bolaffio, L., “de las obligaciones comerciales en general”, en **Derecho Comercial** por Bolaffio, Rocco y Vivante, tomo III, volumen III, Buenos Aires, 1947, pp. 187, 188 y 189). A esta exposición acotaba Ascarelli que el fundamento de la señalada norma no podía hacerse reposar solamente en la natural fructuosidad del dinero, sino también en la imposibilidad del deudor de gozar de él gratuitamente y, por tanto, en una presunción de onerosidad de las obligaciones mercantiles de dinero. “Ahora, esta presunción, dada la importancia central de las obligaciones de dinero y la confirmación que ella recibe en otras disposiciones, puede justamente ponerse como fundamento de un principio general del Derecho Comercial, principio conforme con el espíritu capitalista del cual el Derecho Mercantil es la más característica expresión jurídica” (Ascarelli T., “Limiti di applicabilita dell’ art. 1.231 Cod. civ.” en **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, volumen XXVIII, primera parte, Milán, 1930, p. 390).

Por tanto, sí se admite -y no hay autor que no lo haga- que la norma del artículo 108 del Código de Comercio no está exclusivamente dirigida a establecer cuáles son los intereses de mora en materia mercantil, sino que lo que establece es el interés que en esa materia devenga toda obligación pecuniaria líquida y exigible -independientemente de que el deudor esté o no en mora de pagarla- la consecuencia inmediata es ésta: la de que si se sostiene -en contra de la opinión que este Tribunal Arbitral estima la correcta- la irresarcibilidad del daño ulterior derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias, habrá sin embargo que convenir en que el artículo 1.277 1er. párrafo del Código Civil, y el artículo 108 del Código de Comercio, son incompatibles entre sí.

En efecto, lo contrario conduciría al absurdo de someter al mismo trato al deudor moroso y al deudor no moroso de obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil, uno y otro se encontrarían obligados a pagar intereses a la tasa corriente en el mercado, sin exceder del doce por ciento anual, y al tratar de sostener que la norma comentada contiene una liquidación que representa el máximo de la indemnización que debería pagar el deudor en mora, se llegaría a la ilógica conclusión de que ésta no acarrearía para el que hubiere incurrido en ella ninguna consecuencia distinta de la obligación de pagar aquellos intereses, consecuencia esta derivada, no de su retardo culposo en pagar, sino

de la sola circunstancia, constitutiva del supuesto de hecho del artículo 108 del Código de Comercio, de ser deudor de una suma de dinero líquida y exigible. La mora en pagar obligaciones pecuniarias mercantiles vendría a quedar así exenta de sanción y los daños derivados de la misma se harían irresarcibles, lo cual estaría en contraste con todo el sistema del derecho de las obligaciones, en el cual la mora del deudor tiene una importancia fundamental.

La fuerza contundente del anterior argumento ha de conducir -en rigor de lógica- a que, como ha quedado dicho, aun los partidarios de la interpretación de que el artículo 1.277 del Código Civil niega la posibilidad legal de la reparación del llamado daño mayor o daño ulterior, convengan en que el artículo 108 del Código de Comercio no expresa sanción alguna para el deudor moroso, ni prejuzga sobre la reparación de los daños derivados del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias. El artículo 108 del Código de Comercio descarta, sí, cualquier posibilidad de aplicar en materia de obligaciones mercantiles la idea de la liquidación legal de la indemnización debida por el deudor moroso, fijándola, como un máximo de lo debido a título de resarcimiento, en el interés legal, y conduce a la inevitable y lógica consecuencia de que la sanción del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias mercantiles haya que extraerla de las normas generales sobre la responsabilidad contractual, establecidas en disposiciones del Código Civil plenamente aplicables en materia mercantil por no ser incompatibles con ésta las normas del Código Civil sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil).

El principio fundamental establecido en estas normas es el de la integridad del resarcimiento, en el sentido de que la suma pecuniaria que debe el deudor al acreedor para restablecer el patrimonio alterado por el acto dañoso debe ser exactamente proporcionada a la medida del correspondiente daño. En lo que concierne a la responsabilidad contractual (la derivada del incumplimiento de una obligación en sentido propio) el artículo 1.264 del Código Civil dispone categóricamente que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, y de seguida se refiere a la responsabilidad civil consiguiente al incumplimiento dañoso, al declarar que el deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención, lo cual reafirma el artículo 1.271 del mismo Código al preceptuar que “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en

la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”. En virtud del principio de la integridad del resarcimiento, la responsabilidad del deudor ha de extenderse tanto al daño patrimonial como al extrapatrimonial, tanto al daño actual como al futuro, siempre que sean ciertos, tanto a la pérdida sufrida (daño emergente) como a la ganancia frustrada (lucro cesante) (artículo 1.273 del Código Civil), a condición de que los daños hayan sido previstos o fueren previsibles, cuando el incumplimiento no haya sido doloso (artículo 1.274 del Código Civil), y ellos sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1.275 del Código Civil).

Pues bien, el artículo 1.277 consagra una regla de responsabilidad civil referida exclusivamente, no a las “deudas de valor” (entendiendo por tales las que tienen por objeto un valor distinto del dinero de curso legal en un determinado Estado), sino a las “deudas de valuta”, a las que tienen por objeto una “cantidad de dinero”, según la expresión de la ley, al que por tal se tiene conforme a las disposiciones monetarias del Estado venezolano y que constituye el objeto de las obligaciones precisamente llamadas pecuniarias. El mismo artículo contiene una regla de liquidación de un daño moratorio, determinado con relación a un cierto porcentaje de la cantidad debida: el del interés legal, se trata así de una liquidación fija, inspirada en el principio nominalista de acuerdo con el cual ha de pagarse la cantidad originalmente debida, con independencia de que el poder adquisitivo correspondiente a esa cantidad de dinero sea el mismo o sea inferior o superior al que tenía para el momento del nacimiento de la deuda. Esa regla de liquidación fija es la que resulta de toda evidencia inaceptable al pretender referirla a obligaciones mercantiles, de acuerdo con la idea en la cual se inspira el artículo 108 del Código de Comercio.

En congruencia con lo que se viene exponiendo y con la circunstancia de que las relaciones derivadas de los contratos de obra celebrados entre “CADAFFE” y “EL CONSORCIO” bajo los Nos. 548/78 y 647/81, cuya ejecución ha dado lugar a la controversia que a este Tribunal Arbitral le toca decidir, son relaciones jurídicas de carácter mercantil, en lo que a éstas concierne la regla de reparación de los daños derivados de la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias de “CADAFFE” para con “EL CONSORCIO” ha de ser, por aplicación del artículo 108 del Código de Comercio y de los artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil, la del resarcimiento integral de los daños moratorios. En efecto

“CADAFE” es una sociedad constituida según documento inscrito en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito federal y Estado Miranda, el 27 de octubre de 1958, bajo el N° 20, tomo 33-A. Como sociedad anónima no dedicada -como se constatará dentro de poco- a la explotación agrícola o pecuaria, tiene carácter mercantil, según lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 200 del Código de Comercio, y la condición de comerciante según lo dispuesto en el artículo 10 del mismo Código. Su objeto, como reza la cláusula segunda de su documento constitutivo-estatutario, es “la generación, transmisión, distribución y venta de energía eléctrica, a los fines de cumplir con las exigencias del proceso de desarrollo eléctrico en el país. En consecuencia, la Compañía podrá desarrollar cualquier otra actividad originada, dependiente o conexas con el objeto mencionado”. Ahora bien, según el artículo 2°, ord. 6°, del Código de Comercio, son actos objetivos de comercio “Las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como las de producción y utilización de fuerza eléctrica”. Por esto, tanto por su forma de sociedad anónima, como por la naturaleza objetiva de los actos a que está dedicada, “CADAFE” es comerciante y sus actos son mercantiles, por lo cual una y otros se encuentran regidos por el Código de Comercio (v. artículos 1° y 200, 3er. párrafo, de este Código).

Por su parte, “EL CONSORCIO” está constituido igualmente por sociedades anónimas que como tales tienen, conforme al segundo párrafo del artículo 200 del Código de Comercio, la naturaleza de compañías de carácter mercantil, y además la realización de las obras de construcción que ha constituido el objeto de los contratos de obra citados y la cual, según el original 5° del artículo 2° del Código de Comercio, constituye un acto objetivo de comercio, autoriza para afirmar que los contratos celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” se encuentran regidos por el Código de Comercio y las relaciones entre las partes están sometidas a la jurisdicción mercantil (argumento extraído de los artículos 1°, 2°, ord. 5°, 200, 1082 y 1090 del Código de Comercio). Así se declara.

b. Pasa, en consecuencia, el Tribunal Arbitral a referirse a cómo debe hacerse la determinación de los costos financieros en los cuales incurrió efectivamente “EL CONSORCIO” y que “CADAFE” debe reembolsarle de acuerdo con la reclamación a que refiere el Punto “b”.

A este respecto el Tribunal Arbitral constata, en primer término, que no es un hecho controvertido entre las partes el de que las obras contempladas en los

contratos Nos. 548/78 y 647/81, antes referidos, fueron terminadas por “EL CONSORCIO” y sus empresas contratistas y recibidas a su satisfacción por “CADAFE”, así se expresa con toda claridad en el segundo de los Considerandos del Compromiso Arbitral, transcrito anteriormente. Tampoco discute “CADAFE”, sino que por el contrario ha aceptado expresamente, que los retardos en que ella incurrió de acuerdo con lo indicado y argumentado por “EL CONSORCIO” en su reclamación del 30 de noviembre de 1987 y en la actualización efectuada al 30 de junio de 1989, son ciertos y verdaderos: así se dice en la parte “b” de la Cláusula Cuarta del Compromiso Arbitral.

A ello agrega el Tribunal que considera como un hecho obvio que, en realidad, y dado el retardo de “CADAFE” en el pago de las valuaciones, el financiamiento de las obras necesarias para dar ejecución a los contratos de obra celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” estuvo a cargo de este último, y que ese financiamiento implicó la inversión de ingentes cantidades de dinero cuya utilización comportó la necesidad de endeudarse y en consecuencia de pagar el costo financiero de este endeudamiento, contraído a favor (y por culpa) de otra persona, “CADAFE”, y es justo que ésta reembolse al “CONSORCIO” tales costos, a título de resarcimiento de los mayores daños que “CADAFE” le causó como consecuencia de sus injustificados retardos en pagar las valuaciones derivadas a su cargo de los contratos de obra. Entre las pruebas aportadas por “EL CONSORCIO”, y que de acuerdo con lo estipulado en los párrafos “d”, “e” y “f” de la Cláusula Quinta del Compromiso Arbitral deben ser apreciadas como tales y “CADAFE” no ha controvertido, figuran fotocopias de una serie de pagarés bancarios y otras operaciones de financiamiento, así como comunicaciones entre “EL CONSORCIO” y sus entidades financieras acreedoras, todas las cuales constituyen indicios graves, precisos y concordantes de que efectivamente “EL CONSORCIO” hubo de endeudarse en la medida en que “CADAFE” no dio cumplimiento oportuno a las obligaciones que se derivaron en cada caso a cargo suyo de la ejecución de los referidos contratos de obra, y que tal endeudamiento se hizo con la finalidad de proveer a la continuación de la ejecución de los mismos contratos, ejecución que, a pesar de la mora de “CADAFE”, reconocida por ésta, no se interrumpió. El Tribunal Arbitral tiene, pues, por probada la realidad del endeudamiento en que hubo de incurrir “EL CONSORCIO” con el propósito expresado, mediante la utilización del crédito que pudo obtener en el mercado financiero institucional, por lo cual el Tribunal Arbitral considera justo, y así lo declara, que “EL CONSORCIO” reciba a título

de resarcimiento del daño representado por los costos financieros en que incurrió con motivo de la mora de "CADAFE", en una medida igual al costo del endeudamiento bancario a corto plazo que se vio precisado a contratar. Es un hecho que el Tribunal Arbitral considera como notorio que, de acuerdo con la experiencia prevaleciente, el costo de ese endeudamiento a corto plazo comporta, además del pago de intereses, el de las comisiones y recargos correspondientes, todos los cuales suelen ser objeto de cobro por adelantado por parte del ente financiero, y cuya ponderación conforma lo que en la práctica de la actividad financiera se denomina la "tasa efectiva", la cual se integra con todos los gastos y costos en que incurre el tomador del crédito. En congruencia con esto, los costos financieros en que efectivamente incurrió "EL CONSORCIO" por razón de la mora de "CADAFE" deben serle reembolsados por ésta a título de resarcimiento del mayor daño derivado de tal mora. Así se declara.

c. En cuanto concierne a la cuantificación de los gastos reales incurridos por "EL CONSORCIO" como consecuencia del retardo en el pago de valuaciones hasta la fecha a la cual se refiere el Punto "b" de la Reclamación (31 de enero de 1984), "EL CONSORCIO" ha seguido el método de establecer una cuenta corriente, la cual, según indica en la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I de la Reclamación, ha consistido en haber: "a) cargado a Cadafe a favor del Contratista los créditos contra Cadafe, resultantes de la aplicación de los contratos arriba nombrados, haciendo cada débito a Cadafe en la fecha en que, conforme a los contratos, debían haber sido pagados por Cadafe, b) abonado a favor de 'CADAFE' los pagos efectuados por ella en fecha en que fueron recibidos. c) aplicado mensualmente las tasas de interés del mercado bancario para la fecha correspondiente; y d) adicionado los gastos que por garantías y contragarantías el contratista hubo de soportar a los efectos de este financiamiento". En su escrito de alegatos el representante de "EL CONSORCIO" señala a ese respecto que "Debemos aclarar a los señores árbitros, para evitar confusiones sobre el monto de nuestro pedimento, que el mismo es que se pague a mi representado la suma que, se establece en el Considerando Sexto del Compromiso Arbitral, en reclamación presentada a 'CADAFE' en fecha 30 de noviembre de 1987, y actualizado su monto al 30 de junio de 1989, según carta DIV/182/CCS/89 de fecha 11 de julio de 1989, en el cual se ha seguido el sistema de cuentas corrientes en la forma que aparece en el Tomo II, denominada "Cuenta Corriente de la reclamación por gastos y costos financieros" adicionada

por la actualización nombrada...”, a lo cual añade que “El sistema de cuenta corriente, usado para determinar el monto, se justifica por ser el único que efectivamente sirve para computar el daño mayor realmente sufrido por EL CONSORCIO y es el único que contablemente permite a las partes llevar sus cuentas al día una para con otra. Este método resulta por tanto el único y equitativo, pues todo otro método dejaría daños sin resarcir”.

El representante de “EL CONSORCIO” señala además que “Debemos igualmente aclararle a los señores árbitros que en el mencionado Resumen que se encuentra después de la página 21 del Tomo 1 nombrado, bajo los rubros de “Hipótesis 1” e “Hipótesis 2”, se encuentra hecho el cálculo de la deuda de CADAFE para con EL CONSORCIO sin aplicar el sistema de cuenta corriente y utilizando sólo el de cargos simples, indicando el monto que se adeudaba al “CONSORCIO” para el día en que “EL CONSORCIO” hizo reclamación a “CADAFE” al 30 de noviembre de 1987, en la Hipótesis 1 con intereses al 12% y en la Hipótesis 2 con los costos financieros nominales; igualmente en la actualización hecha el 30 de junio de 1989 se actualizaron también los montos de estas dos Hipótesis (Tomo v)”.

Por su parte, “CADAFE” en su escrito de alegatos ha rechazado, a los efectos de la determinación del reembolso reclamado de ella por “EL CONSORCIO” por concepto de costos financieros en que éste incurrió, el método de cálculo propio del contrato de cuenta corriente mercantil. “Mediante este procedimiento -señala ‘CADAFE’ - ‘EL CONSORCIO’ acredita en su favor a partir de la Valuación N° 1 (Anticipo) y sucesivamente para todas y cada una de las valuaciones, el monto de las mismas, con particularidad de que al final de cada mes, transcurrido como hubiere sido el plazo contractual para que ‘CADAFE’ cancelara dichas obligaciones sin haberlo efectuado procede al cálculo de intereses sobre el período debido y capitalización de los mismos. En la medida en que ‘CADAFE’ pagara en todo o en parte una valuación en particular, ‘EL CONSORCIO’ debita dicho monto al saldo por él calculado. De esta manera, artificioamente, la reclamante pretende darle un tratamiento de Cuenta Corriente a la forma de pago establecida en los contratos Nos. 548/78 y 647/81”. “CADAFE” niega, rechaza y contradice tal pretensión por inadmisibles, improcedentes y contrarios a derecho”, por considerar que “para la aplicación de la metodología formulada por el Consorcio es condición **sine qua non** que

entre las partes exista un contrato de cuenta corriente” definido de acuerdo con lo expresado por el artículo 503 del Código de Comercio. A continuación, en su escrito de alegatos “CADAPE” entra a analizar los elementos del contrato de cuenta corriente, para concluir que la metodología propia de éste resulta inaplicable en las relaciones entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO”: “En efecto, -dice- la presentación de las valuaciones por parte del Consorcio y el vencimiento del plazo para que “CADAPE” proceda a su cancelación, no constituye una transferencia en propiedad de sumas de dinero o valor algunos, ni entraña una obligación para “CADAPE” de acreditar su importe al “CONSORCIO”. Mucho menos está presente la intención de las partes de suspender la exigibilidad de las acreencias representadas en las mismas, muy por el contrario, el vencimiento del plazo estipulado en los contratos, faculta al Consorcio para reclamar su pago y efectuado como sea tal requerimiento hace generar intereses moratorios”. Y continúa: “Las valuaciones representan pagos a efectuar por “CADAPE” a los en rigor, cabe atribuirles el valor de anticipaciones del precio de la obra. Asimismo, las valuaciones adquieren relativa autonomía, pues se le reconoce al contratista su derecho a reclamar el pago separado de cada una en particular lo que les atribuye individualidad. Este aspecto es de especial relevancia pues uno de los efectos fundamentales de la cuenta corriente y del que son a modo de consecuencia los demás, es su individualidad, en el sentido que todos los créditos objeto de la cuenta se transforman en una masa indivisible que se contrapone al conjunto, también indivisible, de las deudas. Consecuencia de esta indivisibilidad es entre otras, que los créditos objeto de la cuenta corriente devienen inexigibles e indisponibles aisladamente en razón de que en este contrato las remesas son partes integrantes de un todo unitario e inescindible”, “Aplicando los conceptos emitidos en el caso de autos -prosigue “CADAPE”- resulta contradictoria la posición del “CONSORCIO” al pretender establecer una metodología de cuenta corriente para determinar el saldo deudor de “CADAPE”, cuando igualmente aspira al reconocimiento de los intereses moratorios producto del atraso en el pago de valuaciones de “CADAPE”, valuaciones estas que, además, fueron objeto de requerimientos de pago conforme a las disposiciones contractuales”. “En razón de todo lo expuesto rechazamos, por no tener fundamento legal, la pretensión del “CONSORCIO” de aplicar una metodología propia del contrato de Cuenta Corriente para el cálculo del saldo deudor a cargo de “CADAPE”, como consecuencia de la ejecución de los Contratos Nos. 548/78 y 647/81, y así solicitamos sea decidido por ese Tribunal”.

En vista de todo lo anterior, El Tribunal Arbitral para decidir observa:

No cree este Tribunal que exista entre las partes controversia en cuanto a que haya existido o no entre ambas un contrato de cuenta corriente. No lo ha pretendido “EL CONSORCIO”, ni ese contrato de cuenta corriente ha existido, por las razones aducidas por “CADAPE” para negar la existencia de tal contrato en las relaciones entre ella y “EL CONSORCIO”, razones que este Tribunal Arbitral considera correctas. Lo que está en juego es la determinación de si a pesar de la no existencia de dicho contrato de cuenta corriente es o no admisible aplicar la metodología de cargos y abonos que implica la ejecución de la cuenta corriente, en las relaciones entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO” y a los fines de la justa determinación de los costos financieros en los cuales incurrió efectivamente “EL CONSORCIO” con motivo y como consecuencia de la mora de “CADAPE” en el pago de las correspondientes valuaciones. El Tribunal Arbitral encuentra que es perfectamente compatible con la circunstancia de que entre las partes no haya existido el contrato de cuenta corriente regulado en los artículos 503 a 520 del Código de Comercio, la aplicación del método o procedimiento contable de la cuenta corriente, mediante la sucesiva y sistemática anotación de cargos a favor o en contra de una u otra parte, con añadidura del cómputo de los correspondientes intereses, como medio apto para conocer en cada momento el estado de cuenta de las relaciones entre las mismas partes. Sin embargo, este Tribunal ha podido constatar, al examinar los cálculos presentados por “EL CONSORCIO”, que éste ha procedido sistemáticamente a hacer los cálculos de sus costos mediante una capitalización de intereses no autorizada en sus contratos con “CADAPE”, por períodos incluso hasta más cortos que un mes, lo cual tampoco autoriza la ley, ni siquiera cuando en la realidad media entre las partes un contrato de cuenta corriente, pues en tal caso se permite la capitalización de intereses, pero sólo mediante pacto expreso y por períodos “que no bajen de seis meses”, según dispone el artículo 518 del Código de Comercio. Por tales razones, este Tribunal Arbitral desecha la capitalización de intereses aplicada por “EL CONSORCIO” para calcular los costos financieros de referencia, y se atiene, en cuanto a la determinación de tales costos, a los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables designada para efectuar la cuantificación de los costos financieros de acuerdo con las indicaciones hechas por este Tribunal Arbitral, y de acuerdo con lo cual “CADAPE” debe pagar al “CONSORCIO” conforme a lo decidido al resolver sobre el Punto “b” de la Reclamación la cantidad de DIECINUEVE MILLONES

NOVECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 19.960.986,00). Así se declara.

III

Punto “c” de la Reclamación

1. Mediante el Punto “c” de la Reclamación las partes han solicitado a los árbitros que resuelvan sobre:

“c) Si “CADAFE” debe a “EL CONSORCIO”, sobre el monto total de los créditos liquidados y exigibles al treinta y uno de enero de 1984, los correspondientes intereses a la tasa del 12% anual desde la citada fecha hasta la fecha de cancelación, tal como se detalla en el aparte A.1.2.1. de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 A.2. del Tomo V de “LA RECLAMACION”.

2. “EL CONSORCIO” pretende que se le deben tales intereses en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio, para lo cual pide que se tenga por reproducida la parte pertinente de la argumentación expuesta a propósito los Puntos “a” y “b” de la Reclamación. Esto significa que la pretensión de “EL CONSORCIO” es la de que se le deben los señalados intereses desde la fecha en que las valuaciones por obra ejecutada y por los anticipos convenidos debieron serle pagadas en cada caso.

3. “CADAFE”, por su parte, contradice esa pretensión por considerar que en los términos del convenio de fecha 31 de enero de 1984, suscrito entre ella y “EL CONSORCIO”, éste “renunció expresamente en favor de “CADAFE” a todos los derechos de crédito que poseía contra la empresa con motivo de las obras ejecutadas y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los contratos Nos. 548/78 y 647/81”, que “la renuncia a cobrar tales créditos se mantendría hasta que aconteciera el hecho convenido por las partes, esto es, el pronunciamiento del Ministro de Hacienda, y que, en consecuencia, “estando sometida la obligación a cargo de “CADAFE” a esta condición, obviamente los créditos existentes o que eventualmente pudieran surgir, no eran exigibles como imperativamente lo requiere el artículo 108 del Código de Comercio”. Añade “CADAFE” que a todo evento alega “que los intereses a que tenía derecho el reclamante deben ser calculados sobre el monto de cada valuación en

particular y la tasa aplicable sería la establecida en la Cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los Contratos Nos. 548/78 y 647/81, es decir, del 6% anual”.

4. La decisión sobre las opuestas pretensiones de las partes así planteadas impone la necesidad de que este Tribunal Arbitral fije posición respecto del sentido y el alcance de las estipulaciones pertinentes del citado contrato de 31 de enero de 1984, celebrado entre ambas partes, conforme a documento autenticado en aquella fecha en la Notaría Pública Tercera del Distrito Sucre del Estado Miranda, y anotado bajo el N° 434, Tomo 16 de los Libros de Autenticaciones respectivos.

Mediante tal contrato “EL CONSORCIO” declaró garantizar a “CADAFE” y a la República de Venezuela que la cantidad de US\$ 120.000.000,00 transferida por el Gotthard Bank a Global Transactions Ltd. y correspondiente a una operación de préstamo celebrada entre “CADAFE” y el Gotthard Bank fue íntegramente destinada a pagar deudas contraídas por “EL CONSORCIO” antes del 18 de febrero de 1983, con motivo de la ejecución de las obras del Desarrollo Uribante-Caparo. “En consecuencia, -se declaró en la cláusula primera del contrato- “EL CONSORCIO” se obliga a responder ante “CADAFE” por cualquier cantidad de dicha transferencia, respecto de la cual no pueda justificar que hubiese sido exclusivamente destinada al pago de la mencionada deuda externa de “EL CONSORCIO”. Las partes convinieron que la comprobación de esta circunstancia fuere hecha por el Ministerio de Hacienda, al cual “EL CONSORCIO” consignaría la documentación respectiva dentro de un lapso perentorio de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha del contrato.

Lo cierto es que el Ministerio de Hacienda rehusó el cumplimiento del encargo que “CADAFE” y “EL CONSORCIO” habían convenido en hacerle, por lo que las partes resolvieron en definitiva confiar dicho encargo a un Tribunal Arbitral que ellas mismas designaron y el cual, mediante Laudo de fecha 3 de abril de 1987, publicado el día 8 de ese mismo mes, declaró que efectivamente los fondos transferidos por el Gotthard Bank a la empresa Global Transactions Ltd., según lo expresado, fueron utilizados para pagar la deuda privada externa de “EL CONSORCIO” originada antes del 18 de febrero de 1983, con motivo de la ejecución de las obras del Desarrollo Uribante-Caparo.

Las divergencias entre “CADAPE” y “EL CONSORCIO” que han dado lugar a la controversia relativa al Punto “c” sobre el cual le toca pronunciarse a este Tribunal Arbitral, se derivan de las interpretaciones divergentes que una y otra hacen del contenido de la Cláusula Tercera del citado contrato de 31 de enero de 1984, la cual tenía el siguiente texto:

“TERCERO: Si el Consorcio, en el plazo antes expresado no justifica totalmente a satisfacción de los organismos competentes de la República, la adecuada utilización del pago realizado a la empresa GLOBAL TRANSACTIONS LTD con el préstamo contratado por “CADAPE”, “EL CONSORCIO” se obliga a restituir en US\$ dólares, en el primer día hábil siguiente al requerimiento que en tal sentido le sea efectuado por CADAPE por cualquier medio, la porción no justificada de dichas transferencias, con los correspondiente intereses devengados desde la fecha del desembolso. Igualmente, “EL CONSORCIO” renuncia expresamente a favor de “CADAPE”, a todos los derechos de crédito que posee contra esa empresa con motivo de obras ejecutadas y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los Contratos de obras citados, y autoriza a “CADAPE” para que aplique contra el monto de los referidos créditos, la compensación por la mencionada porción no justificada, para el caso de que “EL CONSORCIO” no efectúe la restitución a la cual se obliga dentro del lapso previsto para ello”.

A juicio de este Tribunal Arbitral, la recta interpretación de la transcrita cláusula es la que resulta de lo expuesto a continuación:

1º Mediante lo declarado en dicha Cláusula Tercera, “EL CONSORCIO” se obligó a pagar a la República de Venezuela o a “CADAPE”, dentro del plazo señalado en la misma, las sumas de dinero que en definitiva se comprobare no hubieren sido transferidas debidamente al Gotthard Bank ni destinadas, en consecuencia, a la correcta utilización que debía dárselas. Pero esta obligación de “EL CONSORCIO”, así como el crédito correlativo a la misma, no tenía el carácter de una obligación cierta, puesto que dependía del hecho eventual y por tanto incierto de que en definitiva se hiciera la comprobación a la cual quedó supeditada.

Pero el carácter incierto de esta llamada obligación “de garantía” que pudiera llegar a existir a cargo de “EL CONSORCIO” y a favor de “CADAPE” y la República de Venezuela no podía en cambio predicarse, sobre la base de la

transcrita cláusula, como transmitido a los créditos líquidos y exigibles derivados a cargo de “CADAPE” y a favor de “EL CONSORCIO” de la ejecución de los contratos de obra celebrados entre ambos. Por esto considera este Tribunal Arbitral que cuando “CADAPE” afirma que las obligaciones de ella para con “EL CONSORCIO” estaban supeditadas a una condición que las hacía inexigibles atribuye infundadamente el carácter incierto de la aludida obligación “de garantía” a los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAPE”, lo cual no se justifica a la luz del contrato de 31 de enero de 1984.

2º Sólo en el sentido impropio puede afirmarse que los créditos líquidos y exigibles de “EL CONSORCIO” contra “CADAPE”, existentes para el 31 de enero de 1984, fueron dados en garantía por “EL CONSORCIO” a favor de “CADAPE”.

Esta afirmación (común a ambas partes) sugiere la idea de que mediante el contrato hubiera sido constituida una garantía real que por recaer sobre bienes muebles, como lo eran los créditos existentes de “EL CONSORCIO” contra “CADAPE”, tendría la naturaleza de una garantía prendaria (y más precisamente, de una prenda de créditos). Para descartarlo basta pensar que ninguna garantía en sentido propio representa para un acreedor (en el caso “CADAPE”) el que su deudor (“EL CONSORCIO”) declare asegurarle el cumplimiento de una cierta obligación mediante la constitución de un gravamen que se diga recayente sobre un crédito existente a favor del dador y a cargo del tomador de la pretendida garantía; en tal caso la ejecución de la sedicente garantía sería ilusoria para el acreedor, porque al recaer ésta sobre un crédito que no podría ser hecho valer por él sino contra sí mismo, la ejecución resultaría absurda: nadie puede trabar ejecución contra sí mismo.

Por esto la garantía constituida en virtud de las estipulaciones expresadas en la Cláusula Tercera del contrato de 31 de enero de 1984, no podría ser otra que la garantía impropia correspondiente a la figura de la compensación. En efecto, a juicio de este Tribunal Arbitral fue a esta figura la compensación y no a otra figura la garantía o renuncia propiamente dichas a la que entendieron referirse las partes cuando mediante un redacción no apropiada desde el punto de vista jurídico (ni aun desde el punto de vista del tiempo verbal utilizado), hablaron de una “renuncia” de “EL CONSORCIO” a favor de “CADAPE”, a todos los derechos de crédito del primero contra la segunda nacidos con motivo de obras “ejecutadas y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los

contratos de obra citados”. Esa renuncia no era tal: lo que se entendió decir fue que si llegaba a realizarse la hipótesis a la cual se referían las palabras iniciales de la misma cláusula (“si EL CONSORCIO, en el plazo antes expresado no justifica totalmente..., etc., etc.), y solamente en esa hipótesis de realización incierta, “EL CONSORCIO” perdería el derecho a hacer efectivos sus derechos de crédito contra “CADAFE”, pero no por efecto de una renuncia, o de la ejecución de una garantía, sino por efecto de una compensación, también eventual, y en la cual “EL CONSORCIO” convino al declarar en la misma cláusula que en ese evento “CADAFE” quedaría autorizada “para que aplique contra el monto de los referidos créditos (los de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”), la compensación por la mencionada porción no justificada (la correspondiente a la eventual obligación “de garantía”), para el caso de que “EL CONSORCIO” no efectúe la restitución a la cual se obliga dentro del plazo previsto para ello”.

Queda así claro que, mediante esto, lo que las partes hicieron fue regular una posible compensación convencional entre ellas, compensación meramente eventual, puesto que siendo ciertos los créditos de una de las partes contra la otra (los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”), era incierto el eventual crédito de ésta contra aquélla. También en este sentido se explica que en virtud de la misma “renuncia” “CADAFE” hubiera de retener el pago de sus obligaciones líquidas y exigibles a favor de “EL CONSORCIO”, puesto que, como es obvio, si hubiera procedido inmediatamente al pago de estas obligaciones, la eventual compensación se habría hecho práctica y jurídicamente imposible: la compensación tiene sentido y constituye una **garantía impropia** de pago en tanto y en cuanto el deudor de una cierta obligación se abstenga de pagarla frente a su acreedor que resulte ser al mismo tiempo su deudor, de modo que lo que el primero deje de percibir como acreedor resulte neutralizado por lo que deje de pagar como deudor de su contraparte, por eso es que en doctrina se afirma que la compensación constituye una **garantía (impropia)** de pago, porque el acreedor que compensa su crédito con su deuda hace cierto y seguro que recibe “un pago”, aunque también en sentido impropio, puesto que “la naturaleza de la compensación” no es la de un doble pago: así, en caso de insolvencia de su deudor evita el tener que concurrir con otros acreedores de este último.

3° Queda en consecuencia por dilucidar cuál habrá sido el efecto que haya tenido la estipulación del referido contrato de 31 de enero de 1984, y

particularmente el contenido de la Cláusula Tercera del mismo, respecto de la situación de mora de “CADAFE” y de los intereses de los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE” con arreglo al artículo 108 del Código de Comercio.

Respecto del primer punto, a juicio de este Tribunal Arbitral, la estipulación de la referida cláusula tercera constituyó una situación de purga de la mora de “CADAFE” durante el tiempo transcurrido desde el 31 de enero de 1984 hasta el tiempo en que en virtud del pronunciamiento contenido en el laudo publicado el 8 de abril de 1987, fue disipada la incertidumbre sobre la correcta o incorrecta utilización de los fondos del préstamo de US\$ 120.000.000,00 al cual se refirió el propio contrato, y en consecuencia, se hizo cierto que la hasta ese momento eventual obligación “de garantía” de “EL CONSORCIO” a favor de “CADAFE” y de la República de Venezuela no nacería nunca. La purga de la mora de la cual hablamos se derivó inequívocamente de la voluntad, expresada por “EL CONSORCIO”, de que durante el tiempo que (de acuerdo con lo convenido entre las partes) fuere necesario para llegar a disipar la aludida incertidumbre “CADAFE” se abstuviera legítimamente de pagar los créditos ciertos, líquidos y exigibles de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”: en esta situación resultaría contradictorio decir que el consentimiento del acreedor, de que su deudor no le pagara estos créditos, pudiera interpretarse como compatible con la afirmación de que subsistía la mora del deudor, puesto que ésta sólo puede existir como el retardo culposo del deudor en pagar sus propias obligaciones contra la voluntad del acreedor.

En cambio, otra debe ser la consecuencia que el aludido contrato produjo respecto de la aplicabilidad del artículo 108 del Código de Comercio durante el tiempo de exclusión de la mora de “CADAFE”. En efecto, como dejó antes expresado este Tribunal Arbitral, los previstos en dicho artículo 108 no son intereses moratorios, sino, como ha dado en llamarlos la doctrina, intereses “correspectivos” o “proporcionales”, inspirados en la idea de la ingénica productividad o fructuosidad del dinero en materia mercantil. Se ha dicho que la estipulación del contrato de 31 de enero de 1984 no pudo tener por efecto el transformar los créditos de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, de créditos ciertos en créditos condicionales, y por la misma razón de que tal contrato no ha podido influir sobre la naturaleza de dichos créditos, descarta este Tribunal Arbitral que por efecto de tal contrato esos créditos hayan dejado de tener las

características de liquidez y de exigibilidad (a la luz del artículo 108 del Código de Comercio) que tenían para la fecha de celebración del negocio. La facultad que contractualmente se atribuyó a “CADAFE”, de retener los pagos que hubiera normalmente debido hacer a “EL CONSORCIO” para satisfacer esos créditos, no se explica, según ha quedado razonado, sino a título de presupuesto lógico y jurídico necesario para que la eventual compensación de créditos de cada una de las partes frente a la otra, contemplada en la Cláusula Tercera del Contrato, fuera posible, llegado el caso. Dicho en otros términos, la estipulación del contrato de 31 de enero de 1984 no pudo tener por efecto el eliminar la productividad de intereses característica de los créditos mercantiles líquidos y exigibles, de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE”, existentes para el 31 de enero de 1984, productividad que con presunción absoluta establece la citada disposición del mencionado Código. Sostener lo contrario implicaría el sostener que “EL CONSORCIO” convino en inferirse así mismo el daño patrimonial derivado de la natural productividad de intereses inherente a sus créditos contra “CADAFE” cuando lo cierto, es que la razón por la cual “EL CONSORCIO” autorizó a “CADAFE” para retener el pago de esos créditos no fue ciertamente la de convertirlos de exigibles en inexigibles, sino la de hacer posible una eventual compensación convencional entre ambas partes, estipulada ciertamente en interés de uno y otra, como lo es característico de toda compensación, que funciona a la vez en favor y en contra de cada una de las partes entre las cuales opera.

Por las razones expuestas considera este Tribunal que la estipulación del contrato de 31 de enero de 1984 no pudo tener por efecto el privar a “EL CONSORCIO” de su derecho a los intereses legales sobre los créditos existentes a su favor, conforme al artículo 108 del Código de Comercio. Estos intereses continuaron corriendo a favor de “EL CONSORCIO” sobre dichos créditos desde la fecha en que de acuerdo con lo decidido al resolver sobre el Punto “a” de la Reclamación, se estableció que esos intereses comenzaron a correr, es decir, al vencimiento del segundo plazo de 60 días contemplado en la Cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los contratos de obra celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO” en lo que respecta a las valuaciones de obra ejecutada, y a partir de la fecha en que se hicieron exigibles según los mismos contratos de obra en cuanto respecta a las valuaciones correspondientes a anticipos. Así se declara.

5. En consecuencia de todo lo anterior y visto el informe presentado a su requerimiento por la Comisión de Expertos Contables, el Tribunal Arbitral fija en la cantidad de CIENTO CUARENTA OCHO MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 148.088.466,00) el monto que debe ser pagado por “CADAFE” al “CONSORCIO” conforme a lo decidido respecto del Punto “c” de la Reclamación.

IV

Punto “d” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “d”, que resuelvan:

“d) Si los créditos líquidos y exigibles a que se refiere el literal c) anterior deben incluir los intereses devengados y no pagados hasta esa fecha, tal como se detalla en el aparte A.1.2.1 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 y A.2 del Tomo V de “LA RECLAMACION”.

2. La pretensión de “EL CONSORCIO” a este respecto implicaría, como el texto que acaba de transcribirse lo da a entender con claridad, la capitalización de los intereses devengados por los créditos de capital contra “CADAFE”, derivados de los contratos de obra celebrados entre ambas partes. “CADAFE” rechaza dicha pretensión y señala en su escrito de alegatos que “el anatocismo, es decir, el cobro de intereses sobre intereses vencidos, o sea, la capitalización de intereses como lo formula “EL CONSORCIO” en sus cálculos, sólo es procedente mediante acuerdo entre las partes, que en el presente caso no lo ha sido. No se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital”.

3. El Tribunal Arbitral observa que de acuerdo con la que considera la recta interpretación del citado convenio de 31 de enero de 1984, anteriormente expuesta para resolver sobre el Punto “c” de la Reclamación, dicho convenio no tuvo por efecto el cambiar la naturaleza ni las características jurídicas fundamentales de los créditos de los cuales era “EL CONSORCIO” titular frente a “CADAFE” para aquella fecha. Tampoco se encuentra en dicho contrato ninguna estipulación expresa o implícita de las partes de la cual pueda deducirse que estuvo en la voluntad de éstas el convenir una capitalización de

los intereses devengados hasta la fecha del contrato. En consecuencia, este Tribunal no encuentra razones de orden jurídico para concluir, sino que por el contrario rechaza, que entre los créditos líquidos y exigibles a que se refiere el Punto “c” de la Reclamación deban incluirse los intereses devengados y no pagados sobre los créditos de capital de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE” existentes para el 31 de enero de 1984. Así se declara.

V

Punto “e” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “e” que resuelvan:

“e) Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’, lo correspondiente a intereses calculados a la tasa del 12% anual, sobre el monto de cada una de las valuaciones relacionadas desde el treinta y uno de enero de 1984 hasta la fecha de su respectiva cancelación, tal como se detalla en el aparte A.1.2.2. de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 y A.2 del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”.

2. A este respecto “EL CONSORCIO” sostiene que “después de la firma del convenio de 31 de enero de 1984 continuó ejecutando los contratos de obra suscritos con “CADAFE” y generando las correspondientes VALUACIONES de obra”, las cuales “nunca fueron canceladas por CADAFE, a pesar de haber sido reclamadas oportunamente”, por lo cual afirma que “el monto de esas valuaciones constituyen créditos líquidos y exigibles a cargo de CADAFE, y por lo tanto generan intereses al doce por ciento (12%) anual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio...”. “CADAFE”, por su parte, lo niega, al alegar que “Mientras no se produjere el pronunciamiento acerca de los hechos que las partes sometieron a consideración del Ministerio de Hacienda, los derechos de crédito de “EL CONSORCIO” derivados de la ejecución de los contratos eran inexigibles y por lo tanto, no productivos de intereses. En todo caso, de ser estos procedentes la tasa a aplicar sería del 6% anual”.

3. El Tribunal Arbitral para decidir observa:

a. Al resolver sobre el Punto “c” de la Reclamación este Tribunal ha dejado expuesto su concepto de que por efecto de lo estipulado en el citado contrato

de 31 de enero de 1984 quedó excluida la mora de “CADAFE” durante el tiempo comprendido entre dicha fecha y el 8 de abril de 1987, pero también este Tribunal ha afirmado que dicho convenio no pudo tener por efecto el determinar que los créditos de capital de los cuales era titular “EL CONSORCIO” para el mismo día 31 de enero de 1984, como créditos líquidos y exigibles, dejaran de producir intereses legales correspondientes en lo porvenir. Así lo reitera ahora este Tribunal, y declara, en consecuencia, que tales intereses correspondientes, calculados a la tasa del 12% anual sobre el monto de cada una de las valuaciones representativas de créditos de capital líquidos y exigibles para el 31 de enero de 1984, continuaron devengándose sobre tales montos de capital a partir del vencimiento del segundo lapso de sesenta (60) días contemplado en la cláusula 10.2 de las Normas Particulares de los contratos 548/78 y 647/81 celebrados entre “CADAFE” y “EL CONSORCIO”.

b. Anteriormente este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de no considerar procedente la interpretación sostenida por “CADAFE” sobre que los intereses moratorios que devengaren los créditos de capital de “EL CONSORCIO” contra “CADAFE” hubieran de ser calculados a la tasa del 6% anual. Así lo reitera este Tribunal Arbitral.

c. En consecuencia de todo lo anterior y visto el informe presentado a su requerimiento por la Comisión de Expertos Contables, el Tribunal Arbitral fija en la cantidad de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE BOLIVARES (Bs. 85.784.929,00) el monto que debe ser pagado por “CADAFE” al “CONSORCIO” conforme a lo decidido respecto del Punto “c” de la Reclamación.

IV

Punto “f” de la Reclamación

1. Las partes han solicitado a los árbitros, mediante el Punto “f”, que resuelvan:

“f) Si como resultado del convenio del treinta y uno de enero de 1984, y como suplemento de la suma resultante de los literales c), d) y e) anteriores ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ la diferencia entre la citada tasa del 12% anual y el costo financiero soportado por ‘EL CONSORCIO’ por su endeudamiento a fin de continuar los trabajos contractuales, todo a título

de indemnización por los mayores daños causados por la excesiva prolongación de la vigencia del convenio, la cual verosímilmente, las partes, en el momento de la suscripción, no pudieron considerar tan larga, es decir, que a la luz de los términos del convenio solamente podían razonablemente encontrar legítima causa para ser soportados por “EL CONSORCIO” hasta finales del mes de abril de 1984, tal como se detalla en el aparte A.1.2.3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los capítulos A.1 y A.2 del tomo V de “LA RECLAMACION”.

2. Para justificar su pretensión de que “CADAFE” le pague la señalada diferencia a título de indemnización por mayores daños “EL CONSORCIO” alega: Que la negativa del Ministerio de Hacienda de rendir el dictamen contemplado en el mencionado convenio de 31 de enero de 1984 fue participada a “CADAFE” mediante oficio N° HCP-961, de 30 de abril de 1984 y que a pesar de las continuas conversaciones y acercamientos entre ella y “EL CONSORCIO” “CADAFE” no hizo del conocimiento de ésta la negativa del Ministerio de Hacienda sino hasta mucho más tarde, y a juicio de “EL CONSORCIO”, de parte de “CADAFE” constituye grave negligencia, “por no hablar de dolo, haber guardado dicho conocimiento para sí, sin participarlo a la otra parte y de esa manera mantener en suspenso los efectos normales de la ejecución de los contratos, en abierta violación de los derechos de “EL CONTRATISTA”, que durante el largo período de la incertidumbre, “CADAFE” convino en celebrar algunos acuerdos tendientes a mitigar los daños que ciertamente se derivaban para aquél como consecuencia de la indefinida situación, que durante el largo período transcurrido “EL CONSORCIO” continuó ejecutando los contratos para su conclusión definitiva y satisfactoria y se vio obligado por la falta de pago por parte de “CADAFE”, de las valuaciones de obra presentadas, a incurrir en grandes costos financieros que aspira ahora a ver resarcidos, que “esos mayores costos financieros corresponden a EL CONTRATISTA desde el momento mismo en que se otorgó el Convenio del 31 de enero de 1984, pues el objeto de este Convenio era dar una garantía a “CADAFE” por los resultados del dictamen en forma arbitral que se pedía al Ministerio de Hacienda, y es evidente que tal convenio aunque permitía a “CADAFE” no pagar el capital mientras se producía el dictamen, no la eximía de pagar intereses compensatorios. Efectivamente no se producen intereses moratorios, pero sí los compensatorios, esto es aquellos intereses que representan el daño que se ocasionaba a EL CONTRATISTA, de lo

contrario “CADAFE” tendría un enriquecimiento injusto a costa de EL CONTRATISTA, que sólo si “EL CONSORCIO” no hubiese cumplido con la compensación que se le exigía y que en definitiva había venido a resultar del Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987, “CADAFE” podría pretender “el no resarcimiento de los intereses compensatorios por el período que duró la solución planteada en dicho Convenio de 31 de enero de 1984”, que en todo caso esos mayores costos financieros “deben ser soportados por “CADAFE” a partir de la fecha en que las partes verosíblemente se plantearon en el Convenio del 31 de enero de 1984, para obtener la respuesta del Ministerio de Hacienda”, y que “en opinión de EL CONTRATISTA, ese plazo no debería ser superior a los noventa (90) días contados a partir de la fecha del Convenio, es decir, hasta finales del mes de abril de 1984”.

3. “CADAFE”, por su parte, alega que la prolongación de la vigencia de dicho Convenio de 31 de enero de 1984 “no se originó por ningún hecho atribuible a “CADAFE”, antes por el contrario, con el objeto de aliviar la carga financiera que imponía dicho convenio al “CONSORCIO”, “CADAFE” accedió a sustituir por fianza no solamente el monto de las valuaciones sino también las garantías reales sobre bienes muebles del “CONSORCIO”, que “el Contratista pretende exigir el pago de unos presuntos daños suplementarios o mayores que a su juicio tendrían su origen en una conducta o actitud cuando menos culposa de “CADAFE” que en nuestro criterio no halla asidero jurídico en el momento de las actuaciones de la Empresa según lo provisto en el citado convenio y en la normativa legal relativa a la responsabilidad civil”. y que “en el presente caso el daño que se dice sufrido por el Consorcio a partir del 31-01-84, es producto de la demora o falta de pronunciamiento del Ministerio de Hacienda de los hechos que las partes convinieron en someter a su consideración conforme a ello, si los perjuicios que afirma el Consorcio existieron, no obedecieron a un incumplimiento culposo de “CADAFE”, y por ende, no hay vínculo entre el supuesto hecho generador del daño y el daño mismo”, por lo cual “ante la eficacia plena de los elementos esenciales que dan lugar a la responsabilidad civil, es lógico concluir que “CADAFE” está exonerada de indemnizar al “CONSORCIO” por los conceptos reclamados”.

4. El Tribunal Arbitral para decidir observa:

1º. De los medios de prueba producidos por las partes y sometidos a la consideración de este Tribunal no consta que tal como lo dice “EL CONSORCIO”,

“CADAFE” haya en efecto incurrido en la grave negligencia (“por no hablar de dolo”) que le atribuye “EL CONSORCIO” al comportamiento que le imputa de haber guardado para sí el conocimiento de la respuesta del Ministro de Hacienda a la cual antes se ha hecho referencia.

Es oportuno observar a este respecto que por oficio N° HCP-961, de fecha 30 de abril de 1984, el Ministro de Hacienda manifestó al Presidente de “CADAFE” que “corresponde a las partes que suscribieron ese Convenio, establecer el alcance y el cumplimiento de las obligaciones asumidas y cualquier controversia que se suscite entre ellas deberá ser sometida a la autoridad judicial”. Esta afirmación, tomada aisladamente, pudo haber sido considerada como expresiva de la no disposición del funcionario de proceder, como titular de un organismo público al cual el mencionado Convenio de 31 de enero de 1984 no vinculaba, a examinar y rendir un dictamen sobre la documentación relativa a la deuda pública externa del “CONSORCIO” anterior al 18 de febrero de 1983, en los términos previstos en la Cláusula Segunda de dicho contrato. Sin embargo, a continuación de lo anterior, el propio Ministro de Hacienda expresó que “Como quiera que las copias presentadas (por “EL CONSORCIO”, añade este Tribunal Arbitral) se refieren al pago de obligaciones en moneda extranjera le sugiero que una vez analizadas, se dirija a la Oficina de Régimen de Cambios Diferenciales (RECADI), la cual podrá informarle acerca del registro de dichas obligaciones y su regularidad”, con lo cual el Ministro pareció no descartar que tal Oficina -que era una dependencia de su Ministerio- pudiera emitir sobre la referida documentación el dictamen que las partes del Contrato esperaban del Despacho de Hacienda. Dada esta ambigüedad, y como en el Convenio de 31 de enero de 1984 no se fijó término alguno dentro del cual, para los efectos del cumplimiento de la condición en él deducida, hubiera de producirse el dictamen del Ministerio de Hacienda, a la luz de lo expuesto en el mencionado oficio se hizo incierto si el citado Ministerio, por órgano de la Oficina de Régimen de Cambios Diferenciales (RECADI), llegaría o no a pronunciarse en el sentido deseado por las partes; estos hechos generaron una situación de incertidumbre que no vino a quedar disipada sino en virtud del Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987.

La misma incertidumbre suscitada por la ambigua respuesta del Ministerio de Hacienda determinó que, como se constató en el Laudo Arbitral últimamente citado, “En acatamiento a esta última recomendación (la de consultar a

RECADI) “CADAFE” mediante Oficio N° 20.000-08 de 19-06-84 se dirigió a RECADI, aunque de manera infructuosa, pues dicha Oficina rehusó pronunciarse al respecto, no obstante otros reclamos de “CADAFE” según oficios N° 23000-027 del 08-07-85 para que este último intercediera ante “RECADI”. Ciertamente que estas circunstancias no permiten afirmar que “CADAFE” haya incurrido en la grave negligencia que le atribuye “EL CONSORCIO”, y a este respecto el Tribunal Arbitral constata ahora la existencia, en otro lugar del Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987, de las afirmaciones que a continuación se transcriben: “La prolongación por más de tres (3) años de esta situación de incertidumbre, ciertamente no deseada por las partes que celebraron el Convenio de 31-01-84, como lo demuestra el término preclusivo de apenas treinta (30) días hábiles que en la cláusula Segunda se fijó al CONSORCIO para consignar ante el Ministerio de Hacienda, los recaudos con los cuales se postulaba que éste debía emitir su dictamen, condujo a que CADAFE y EL CONSORCIO celebraran algunos acuerdos tendientes a mitigar los daños que ciertamente se derivan para “EL CONSORCIO” y que de manera eventual debían llegar a producirse también para “CADAFE” como consecuencia de esta indefinición, ya que la negativa del Ministro de Hacienda a absolver el encargo recibido podía conducir, como se explicará más adelante, a que se considerase nulo, o al menos caducado, el referido Convenio de 31-01-84 e injustificadas en consecuencia las retenciones de valuaciones efectuadas por “CADAFE”.

Los mismos medios de prueba producidos por las partes no han permitido tampoco a este Tribunal obtener una conclusión segura sobre si dadas las relaciones entre las partes y la necesaria vinculación que hubo en la práctica entre “EL CONSORCIO” y el Ministerio de Hacienda por la circunstancia de que de acuerdo con el Convenio de 31 de enero de 1984 fue “EL CONSORCIO” quien se obligó a producir, y en efecto produjo ante este Ministerio, oportunamente, las pruebas que habrían debido servir al Despacho para emitir el dictamen que se le pedía, hubiera hecho factible o probable que “EL CONSORCIO” llegara a tener un conocimiento temprano de la renuencia del Ministro de Hacienda a emitir su dictamen, a pesar de que esta actitud del funcionario no hubiera sido comunicada por escrito sino a “CADAFE”. Las observaciones que pudiera hacer al respecto este Tribunal no pasarían de ser sino meras suposiciones o conjeturas que no podrían servir de base para emitir un pronunciamiento serio y seguro.

De todos modos, el Tribunal Arbitral considera que no podría afirmarse la existencia de una relación causal adecuada entre el comportamiento culposo imputado por “EL CONSORCIO” a “CADAFE” y la extensísima prolongación de la situación de incertidumbre a la cual el Convenio de 31 de enero de 1984 estaba dirigido a poner fin, puesto que, entre otras consideraciones que podrían ser formuladas, no parece razonable afirmar que la única fuente de información que tuviere disponible “EL CONSORCIO” para llegar a enterarse de la posición del Ministerio de Hacienda en referencia al dictamen que se le había pedido haya sido la misma “CADAFE”. Por esto considera este Tribunal que para resolver en términos jurídicos sobre las opuestas pretensiones de las partes referidas al transcrito punto “P” del Compromiso Arbitral, ha de atenerse necesariamente a los datos-objetivos de los cuales tiene un conocimiento cierto y preciso. Esto es lo que a continuación pasa a hacer.

2º Como estimaron los árbitros autores del referido Laudo Arbitral publicado el 8 de abril de 1987, la no aceptación del Ministerio de Hacienda de rendir el dictamen que “CADAFE” y “EL CONSORCIO” quisieron encomendarle planteó la duda de si de ello debería deducirse como una consecuencia necesaria la caducidad o extinción automática y radical de todos los otros compromisos que en el Convenio de 31 de enero de 1984 se habían vinculado al esperado comportamiento del Ministerio de Hacienda, o si se trataría tan sólo de subrogar a otra persona en el desempeño del cometido que tal convenio pretendió asignar a ese Ministerio. De todos modos, la señalada incertidumbre influyó, entre otros considerandos, como motivo que indujo a las partes a celebrar el compromiso arbitral de fecha 22 de diciembre de 1986, por el cual las partes confiaron a los árbitros que en tal compromiso designaron la función que quisieron otorgar al Ministerio de Hacienda mediante el señalado Convenio de 31 de enero de 1984.

Y es lo cierto que en los términos de ese compromiso arbitral las partes del Convenio de 31 de enero de 1984 no dejaron a éste sin efecto, como se evidencia del hecho de que según lo expresado en el párrafo “a” de la Cláusula Primera de dicho Compromiso, relativa al objeto de éste, las partes pidieron a los árbitros determinar si el convenio celebrado entre ellas el 31 de enero de 1984 “es un contrato válido y eficaz”, y, en el supuesto de que así lo declararan, los árbitros habrían de determinar si los fondos transferidos por el Gotthard Bank de Lugano a la empresa Global Transactions Ltd. fueron efectivamente

utilizados para pagar la deuda privada externa de “EL CONSORCIO” contraída antes del 18 de febrero de 1983 con motivo de la ejecución de las obras del Desarrollo Uribante-Caparo; y tal fue lo que hicieron los árbitros, quienes se pronunciaron porque el Convenio de 31 de enero de 1984 era un contrato válido y eficaz, y rindieron la verificación que se les encomendó. Esto permite afirmar que el Convenio de 31 de enero de 1984, como tal contrato válido y eficaz, produjo sus efectos obligatorios entre las partes, a pesar de la extraordinaria dilación que introdujo en esa ejecución el hecho de la renuencia del Ministerio de Hacienda a dar el dictamen que las partes quisieron encomendarle.

Ahora bien, entre los efectos que el Convenio de 31 de enero de 1984 produjo, figuraba señaladamente la atribución a “CADAFE” de la facultad de retener el pago de todos los derechos de crédito del “CONSORCIO” contra “CADAFE” con motivo de obras “ejecutada y por ejecutar, relacionadas o por relacionar, derivadas de los Contratos de obras citados” y que, tal como ha quedado antes decidido, ello constituyó una verdadera purga de la mora en la cual “CADAFE” había incurrido en sus relaciones con “EL CONSORCIO”, exclusión esa de la mora que se prolongó hasta que mediante el laudo arbitral publicado el 8 de abril de 1987, los árbitros ordenaron a “CADAFE” pagar sus obligaciones pendientes a favor del “CONSORCIO”. En efecto, uno de los modos de purgar la mora del deudor consiste en que el acreedor, en interés propio, conceda al deudor una prórroga para el pago, caso en el cual el retardo en el cumplimiento viene a ser consentido por el acreedor y queda excluida la mora del obligado.

3° No considera fundada este Tribunal la calificación hecha en el escrito de alegatos del “CONSORCIO”, de intereses “compensatorios” a los representantes de los mayores costos financieros cuyo reembolso pretende de acuerdo con lo enunciado en el punto “f” de la Reclamación. La diferencia cuyo pago reclama “EL CONSORCIO” en razón de tales mayores costos financieros no representaría otra cosa que una suma significativa del llamado daño ulterior o mayor daño que “EL CONSORCIO” tendría derecho a reclamar en razón de la mora de su deudor. Pero, como lo reconoce el propio “CONSORCIO”, el Convenio de 31 de enero de 1984, en razón de la purga temporal de la mora que comportó de acuerdo con las previsiones de su Cláusula Tercera, eximió a “CADAFE” de pagar intereses moratorios mientras durara la incertidumbre que mediante el citado convenio se trataba de disipar, y que en definitiva vino a disiparse mediante el compromiso arbitral que dio lugar al laudo publicado el 8 de abril

de 1987. A los mayores costos financieros no podría atribuírseles otra naturaleza que la de mayores daños moratorios, es decir, derivados del retardo culposo de "CADAFE" en pagar, retardo que, en razón del Convenio de 31 de enero de 1984, hay que descartar para el período comprendido entre esta última fecha y el 8 de abril de 1987, en virtud de la señalada purga de la mora de "CADAFE" que este contrato comportó.

Ciertamente que durante todo el tiempo que tomare obtener el dictamen relativo a la verificación del empleo de fondos contemplado en el convenio de 31 de enero de 1984, y tratándose de relaciones mercantiles, "CADAFE" no resultaría eximida de pagar los intereses correspectivos que devengaren los créditos dinerarios pendientes de pago a favor de "EL CONSORCIO" y que aquélla debía en virtud de la fecundidad potencial de este capital: estos intereses continuaron devengándose a favor del "CONSORCIO", como solución de equidad legalmente consagrada para impedir el enriquecimiento indebido del deudor en perjuicio del acreedor que tenía derecho al pago de sus créditos: pero estos intereses correspectivos son precisamente los que el artículo 108 del Código de Comercio manda a pagar en la medida del interés corriente en el mercado, aunque sin exceder del 12% anual. Unos intereses mayores no puede pretenderlos "EL CONSORCIO" sino a título de una indemnización suplementaria que sólo podría encontrar justificación a título de daños y perjuicios derivados de una mora que sin embargo quedó excluida en virtud de la Cláusula tercera del tantas veces citado Convenio de 31 de enero de 1984, por esto cuando "EL CONSORCIO" se refiere a que efectivamente durante el lapso de la incertidumbre que vino a disipar el citado laudo arbitral de 8 de abril de 1987 no se produjeron intereses moratorios, mientras que afirma que "sí los compensatorios, esto es, aquellos intereses que representan el daño que se ocasionaba al "CONTRATISTA", sus propias palabras descalifican a tales intereses "compensatorios" como tales y hacen ver que el calificativo que les correspondería sería el de moratorios, cuya producción, repite el Tribunal Arbitral, el citado Convenio excluyó durante el período indicado.

4° Añádase que la circunstancia de que la incertidumbre objetiva disipada mediante el laudo publicado el 8 de abril de 1987 se haya resuelto a favor del "CONSORCIO", en nada puede influir para alterar el efecto de purga de la mora de "CADAFE" que hay que atribuir a la Cláusula Tercera del Convenio de 31 de enero de 1984, puesto que este particular efecto de dicha cláusula no estaba

resolutoriamente condicionado a la circunstancia de que se llegare a concluir (por los medios previstos en el Convenio y posteriormente por el Compromiso Arbitral) la correcta utilización de los fondos transferidos por el Gotthard Bank a Global Transactions Ltd. para el propósito señalado en la Cláusula Primera del Convenio de 31 de enero de 1984.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral considera que “EL CONSORCIO” no tiene derecho al reembolso de los mayores costos financieros derivados del endeudamiento que contrajo a fin de continuar los trabajos contractuales que se obligó a ejecutar para “CADAFE”, a título de indemnización por los mayores daños causados por la excesiva prolongación del Convenio de 31 de enero de 1984 y durante el lapso comprendido entre esta última fecha y el 8 de abril de 1987. Así se declara.

VIII

Punto “g” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ los intereses a las tasas comerciales sobre el monto total adeudado, incluyendo en éste los intereses devengados a la fecha del ocho de Abril de 1987, fecha del laudo arbitral a que se refiere el Considerando Quinto, y desde esta fecha hasta su cancelación integral, más daños y perjuicios adicionales, tal como se detalla en el aparte A.1-3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en los Capítulos A.1 y A.2 del tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto a la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente: que en fecha 8 de abril de 1987 se dictó el Laudo Arbitral pactado entre las partes entre Diciembre de 1986 y Enero de 1987 y que, en criterio de “EL CONTRATISTA”, al establecer el Tribunal Arbitral la obligación a cargo de “CADAFE” de “pagar el monto de lo que pudiese adeudarle al Consorcio” **implícitamente ordenó realizar una liquidación de intereses devengados** hasta esa fecha y, en consecuencia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 530 del Código de Comercio, estos intereses **quedaron capitalizados** y deben ser incorporados a la base del cálculo de los intereses y demás costos financieros en que incurrió “EL CONTRATISTA” a partir de entonces y hasta su cancelación definitiva.

3. Por su parte, "CADAFE" respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a. Que aquí el reclamante plantea el anatocismo, el cual sólo se permite cuando las partes así lo han convenido, lo que no existe en el caso de autos, por cuya razón son valederas las argumentaciones sostenidas por "CADAFE" con anterioridad (se refiere a los argumentos esgrimidos en la consideración del Punto "d" de la Reclamación).

b. Que en cuanto a las tasas solicitadas por intereses y daños y perjuicios adicionales, tratándose de una reiteración de conceptos ya analizados, da por reproducidos los razonamientos contenidos en los numerales 2 y 3 preliminares de su escrito de alegatos.

c. Que esta reclamación y las contenidas en los petitorios c y e solapan para un mismo período el cálculo y estimación de intereses, pues en cuanto al literal c) se demanda el pago del 12% del saldo de los créditos existentes para el 31-01-84 desde dicha fecha hasta la cancelación de dicho saldo y según el literal e) se pide el pago del 12% sobre el monto de cada valuación posterior al 31-01-84, desde la fecha de vencimiento hasta su respectiva cancelación, y como de acuerdo con el literal g) que comentamos se exige el pago de los intereses comerciales sobre el monto adeudado al 08-04-87 desde esta fecha hasta su cancelación integral. Conforme a lo expuesto -expresan los alegatos de "CADAFE"- "pareciera que existe una duplicidad en la reclamación de intereses, puesto que si se demandan sobre el saldo deudor debido al 31-01-84 hasta su cancelación y a la vez se exigen sobre el monto total para el 08-04-87, también hasta su cancelación integral, y cuyo monto total incluye tanto el saldo existente al 31-01-84 y las valuaciones posteriores a dicha fecha, se ha de concluir que se están duplicando los intereses".

4. En Memorándum de 23 de junio de 1.988, la Dirección de Consultoría Jurídica de "CADAFE" se dirige a las "Vicepresidencias Ejecutivas Estructuras 20.200 y 20.300" y expone sobre la cuestión bajo examen lo siguiente:

a. Que el anatocismo, es decir, el cobro de intereses sobre intereses o sea la capitalización de los intereses como lo formula "EL CONSORCIO" en sus cálculos, sólo es procedente mediando acuerdo entre partes, que en el presente caso no lo ha habido.

b. Que los intereses a que tiene derecho el reclamante deben ser calculados sobre el monto de cada valuación en particular y la tasa aplicable a utilizar sería la establecida conforme a la interpretación de la Cláusula 10.2 a que se contrae el pronunciamiento del Laudo Arbitral a que se hizo referencia en el punto de del Memorándum.

c. Que todo ello impide la procedencia de cualquier otro daño suplementario sufrido efectivamente por el contratista, ya que tratándose de obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero, el artículo 1.277 del Código Civil establece que los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten **siempre** en el pago del interés legal, que viene dado en nuestro caso particular, por el determinado en el artículo 71 del Decreto N° 1.802.

d. A los efectos de la fijación del momento en el cual se comienzan a generar los intereses, estima que deben calcularse a partir del sexto (6°) día siguiente a la fecha de publicación del Laudo, toda vez que el mismo no estableció lapso alguno para el cumplimiento voluntario de la obligación a cargo de “CADAFFE” y que ésta no era productiva de intereses. Consideran que el plazo señalado resulta el más equitativo habida cuenta que es el término medio que se obtiene promediando los dos números a que se contrae el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil que establece los lapsos en los cuales una vez recaída sentencia firme, el deudor debe proceder al cumplimiento voluntario de la obligación.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. En el laudo arbitral del 08-04-87, los árbitros determinaron que “CADAFFE” debía pagar a “EL CONSORCIO” **“El monto de lo que pudiere deberle al Consorcio”** y aquí se plantea la cuestión de que, de acogerse la tesis contenida en la argumentación de “EL CONSORCIO”, tal orden implica fijación del saldo debido por concepto de capital e intereses para la fecha del laudo, implícita en su exigibilidad global, como parece desprenderse de la letra misma de la orden de pagar. La consecuencia de tal consideración de que sean fijados los saldos deudores con motivo del laudo, haría aplicable por vía analógica del artículo 530 del Código de Comercio, que textualmente reza:

“Artículo 530: No se deben intereses sobre intereses mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueron incluidos en un nuevo contrato como

aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”.

Con lo cual la tesis del invocado anatocismo quedaría descartada.

Por el contrario, de no haberse producido la condición de fijación del saldo “por condenación judicial” como consecuencia de la orden del Tribunal, aunque tal orden hubiera sido la de pagar y por ende la de situar los créditos debidos por “CADAFE” a “EL CONSORCIO” en situación de exigibilidad inmediata, estaríamos ante el caso de que no se había producido el supuesto de hecho de la norma invocada y en consecuencia una capitalización de los intereses equivaldría realmente al anatocismo alegado por “CADAFE”.

b. El Tribunal considera que el hecho de que la documentación presentada por las partes se colige la fácil liquidabilidad de los montos de las cantidades debidas por capital e intereses, aun cuando no se hubieren especificado en aquel laudo, hace que la **fijación del saldo** de la cuenta quedara implícita al ordenar su pago. En consecuencia se declara con lugar esta parte del pedimento de “EL CONSORCIO”, porque con motivo del laudo arbitral los créditos por capital e intereses deben considerarse como créditos de saldos a partir de la fecha en que fue publicado aquél y capitalizables los intereses, en aplicación analógica del artículo 530 del Código de Comercio ya enunciado, independientemente de que la materia sometida a consideración de los árbitros de entonces fuera diferente de la atinente a la procedencia de los montos fijados, aunque conexas con la consideración de dichos créditos como tales.

c. En cuanto a la alegada duplicación del pedimento de intereses, el Tribunal encuentra que efectivamente el pedimento contenido en el Punto “d” de la Reclamación, el cual ya analizamos, constituye una duplicación parcial en cuanto exige, contrariamente a lo expresado en otros pedimentos sobre similar asunto, el pago de intereses al 12% y además el de intereses comerciales (costos financieros), por todo lo cual considera ajustada a derecho a consideración de “CADAFE” de que existe una duplicación y en virtud de ello el Tribunal declara procedente que por este concepto se cargue a “CADAFE” sólo la diferencia entre los intereses del 12% ya reconocidos y los intereses comerciales que reclama “EL CONSORCIO”, todo dentro de la tesis del daño mayor acogida por este Tribunal Arbitral.

d. Por lo que toca al pedimento de “CADAPE” en el sentido de que sea al 6° día de firmado el laudo la fecha a partir de la cual deban correr los intereses, el Tribunal desecha este alegato por considerar que no se trata aquí de plazos para el cumplimiento voluntario de sentencia, sino de la fijación del momento a partir del cual tuvo lugar la capitalización de intereses.

e. En consecuencia, se declara con lugar lo solicitado en el punto “g” que analizamos y que se cuantifica, de acuerdo con lo expuesto y con los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables, en la cantidad de TRESCIENTOS TRECE MILLONES NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE BOLIVARES (Bs. 313.091.397,00).

VIII

Punto “h” de la Reclamación

En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’, de acuerdo con el convenio de 31-01-84 los intereses del 12% anual sobre los montos de garantía del 5% sobre los contratos 548/78 y 647/81, que forman parte de las sumas retenidas por ‘CADAPE’, tal como se detalla en el aparte A-3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el capítulo A-3 del Tomo V de la reclamación”.

2. Respecto de la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que los montos relativos a las retenciones en garantía, equivalentes al 5% de los contratos, fueron retenidos por “CADAPE” en aplicación del Convenio de 31-01-84.

b. Que tales montos debieron haber sido devueltos a “EL CONSORCIO” en aplicación de la normativa aplicable de acuerdo a cada contrato en las siguientes fechas: El 28-02-86 para el contrato 548-78 y el 05-11-84 para el contrato 647-81.

c. Que a partir de esas fechas los créditos devinieron líquidos y exigibles, siéndoles aplicables por lo tanto las consideraciones hechas a propósito del

Punto a) es decir, que deben ser calculados intereses a la tasa del 12% anual sobre dichos montos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio.

3. Por su parte, “CADAPE”, respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a. Que considera parcialmente procedente esta reclamación en el sentido de que los intereses debidos por aquella deben comenzar a correr desde el 08-04-87 si para dicha fecha se habían dado los presupuestos estipulados en el contrato para la devolución de las retenciones, cuales son la recepción de actas de aceptación provisional de los contratos y la presentación de las fianzas de buena calidad.

b. Que en caso de que el cumplimiento de estos requisitos se hubiere efectuado con posterioridad a dicha fecha los intereses se devengarían en dicha oportunidad. Esta posición de “CADAPE” (textualmente) “Se fundamenta en que antes del 08-04-87 los créditos derivados de ese concepto eran exigibles (sic) y por tanto no productivos de intereses”.

c. Que la tasa aplicable para el cálculo de los intereses debe ser el 6% conforme a las disposiciones contractuales.

4. En Memorándum de 23 de junio de 1988, la Dirección de Consultoría Jurídica de “CADAPE” se dirige a las “Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300” y expone sobre la cuestión bajo examen que esta reclamación resulta improcedente con fundamento en las razones que explicadas en el punto 2.2. del memorándum, entendiendo en este caso que los créditos por retenciones de garantía, quedaban por lo que respecta a su exigibilidad en suspenso desde la fecha de aceptación provisional de los contratos de obra hasta el día 7 de abril de 1987, fecha de publicación del Laudo Arbitral y que posteriormente el monto de las retenciones de cada contrato, comenzó a devengar intereses.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. Los requisitos para la devolución de las retenciones en garantía del 5% de los contratos fueron cumplidos en ambos casos por “EL CONSORCIO” en las

fechas que determina en su alegato, o sea: el 28-02-86 para el contrato 548/78 y el 05-11-84 para el contrato 647/81, tal como está aceptado pro “CADAPE” en el reconocimiento de los hechos que contiene el Compromiso Arbitral (Considerando Primero y ordinal Tercero, letra b, del Compromiso).

b. No entiende el Tribunal el alegato de que para la fecha 08-04-87 (coincide con la del laudo arbitral) los créditos derivados de este concepto eran exigibles y por tanto no productivos de interés. Parece que lo que quiere darse a entender con ese alegato, es el hecho de que las retenciones pasaron a ser parte de la garantía otorgada por “EL CONSORCIO” con motivo del convenio de 31-01-84 y por tanto, hasta el 08-04-87 **no eran exigibles**, de donde deduce “CADAPE” que no causaron intereses hasta el momento del laudo, en que se hizo **exigible** su devolución.

c. Independientemente de que con el laudo de 08-04-87 los créditos dados en garantía con motivo del convenio de 31-01-84 pasarán a ser exigibles, esta circunstancia no modifica su naturaleza jurídica y en consecuencia las retenciones en garantía comenzaron a generar intereses a partir de la fecha en que conforme a los contratos originales debieron ser devueltas, independientemente de que por el hecho de estar en garantía no fuese exigible su devolución hasta la liberación de esta última en virtud del laudo.

d. Respecto de la rata del 6% se observa que ella fue estipulada por las partes en relación a las valuaciones (y sólo por dos meses en cada caso) y no a otros créditos, por lo cual desecha este pedimento de “CADAPE”.

e. En consecuencia, este Tribunal considera ajustado a derecho y procedente el reclamo de “EL CONSORCIO” contenido en el punto “h” del objeto del arbitraje, que consiste en los intereses del 12% anual, generados por las garantías del 5% sobre los contratos 548/78 y 647/81 desde el momento en que contractualmente debieron ser devueltas (28-02-86 y 5-11-84, respectivamente) hasta su efectiva devolución, lo cual monta, según los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento del Tribunal Arbitral, a la cantidad de VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES BOLIVARES (Bs. 22.792.483,00).

IX
Punto “i” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe pagar, adicionalmente a los intereses a que se refiere el literal h) anterior, la diferencia entre estos intereses y los gastos y costos financieros efectivamente soportados por ‘EL CONSORCIO’ por el retardo en la devolución de dichas garantías, tal como se detalla en el aparte A.3 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo A.3 del Tomo V de la reclamación”.

2. Respecto de la anterior cuestión, “EL CONSORCIO” alega que reproduce la argumentación acerca del Punto “b” y considera tener derecho al resarcimiento de los mayores daños que le fueron causados por la mora de “CADAPE” en devolver las garantías a que se refiere el punto “h”.

3. Por su parte, “CADAPE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega que rechaza la procedencia de este reclamo conforme al razonamiento contenido en sus alegatos respecto al numeral 3, Preliminares “Reclamación de Mayores Daños” de su escrito.

4. Ester Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. Que la reclamación de “EL CONSORCIO” se limita en esta oportunidad al reclamo de la **diferencia** entre el “daño mayor” y el interés corriente del 12%, lo cual está acorde con la decisión de este Tribunal al resolver **in extenso** el Punto “b” del presente laudo.

b. Que en cuanto al alegato retardo en la vigencia del acuerdo de 31-1-84 por no haber participado “CADAPE” a “EL CONSORCIO”, oportunamente, el aviso del Ministro de Hacienda notificado a “CADAPE” mediante Oficio HCP-961, de fecha 30 de abril de 1984, este Tribunal ya opinó en la resolución del Punto “f” de la Reclamación que tal alegato debe ser estimado como no valedero.

No obstante, en armonía con lo ya establecido por lo que toca a la “purga de la mora” que tuvo lugar durante la vigencia del Convenio y hasta el 8 de abril

de 1987, se considera que “EL CONSORCIO” tiene derecho a la reparación del perjuicio sufrido por la mora en la devolución de las garantías sustitutivas de las establecidas en el Convenio de 31-1-84, pero sólo a partir de la fecha del laudo arbitral publicado el 8 de abril de 1987, lo cual, según los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento del Tribunal Arbitral, monta a la cantidad de VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS BOLIVARES (Bs. 20.411.942,99).

X

Punto “j” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ las diferencias cambiarias sobre la importación de dólares que tuvo que hacer, entre mayo y diciembre de 1984, montante a quince millones de dólares (US\$ 15.000.000,00) de acuerdo con las necesidades de la obra, de los cuales ‘EL CONSORCIO’ ha pagado ya tres millones de dólares (US\$ 3.000.000,00) quedándole todavía un saldo restante por devolver de doce millones de dólares (US\$ 12.000.000,00) consistiendo esta diferencia cambiaria en la que existía entre el valor del bolívar con respecto al dólar para el momento en que se ejecutó la importación y ese valor para el momento en que ‘EL CONSORCIO’ o bien ha pagado la suma a su acreedor foráneo, de ser éste el caso, o bien, de estar pendiente de pago, para la fecha en que ‘CADAPE’ pague a ‘EL CONSORCIO’ el monto que los árbitros decidan para la reclamación que se describe en el considerando sexto, tal como se detalla en el aparte B-1 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el capítulo B-1 del Tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto a la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega fundamentalmente lo siguiente:

a. Que el mantenimiento del ritmo de las obras, de conformidad con los compromisos contractuales de “EL CONSORCIO” sólo pudo ser lograda al costo de ingentes sumas obtenidas en préstamo, inicialmente del mercado financiero nacional.

- b. Que, sin embargo, a medida que la posición deudora de “EL CONSORCIO” con la comunidad financiera nacional se fue haciendo **más comprometida como consecuencia de la no cancelación por parte de “CADAFE” de las valuaciones de obra oportunamente presentadas, “EL CONSORCIO” se vio en la necesidad imperiosa de recurrir a préstamos externos.**
- c. Que entre mayo y diciembre de 1984 “EL CONSORCIO” ingresó al país, producto de préstamos debidamente autorizados y registrados por la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, la cantidad de quince millones de dólares, los cuales fueron vendidos en el mercado libre para atender las necesidades de la obra.
- d. Que de esa suma fueron pagados dos millones de dólares en abril de 1985 y un millón en abril de 1987, utilizando los menguados recursos que de vez en cuando accedía a facilitar “CADAFE”.
- e. Que, con todo, el pago de esos tres millones de dólares supuso una pérdida cambiaria que debe ser soportada por “CADAFE”, toda vez que fue consecuencia directa de su incumplimiento contractual y pide que así se declare.
- f. Que “el pago del saldo de doce millones de dólares, estima ‘EL CONTRATISTA’ que generará igualmente una pérdida cambiaria cuantiosa, cuyo monto es imposible determinar en el momento, pero será determinable tan pronto como ‘CADAFE’ suministre los recursos correspondientes en bolívares divididos (sic) por la tasa de cambio vigente para esa fecha, salvo que “CADAFE” opte por cancelar esta acreencia en dólares. Este diferencial cambiario futuro debe ser igualmente soportado por ‘CADAFE’.
- g. Que esta Reclamación es procedente en razón de la negligencia (por no hablar de dolo) en que incurrió “CADAFE” al dejar prolongarse indebidamente en el tiempo los efectos del convenio de fecha 21 de enero de 1984, a pesar de estar en conocimiento de la negativa del Ministro de Hacienda de acceder a emitir el juicio que se le solicitaba y que así sea declarado por el Tribunal.
- i. Que a mayor abundamiento expresan las razones legales y de hecho que llevaron a “EL CONSORCIO” a acudir al mercado internacional de dinero, las cuales son que por ley la banca nacional tiene límites en cuanto a los montos

que puede prestar a una sola empresa, por lo cual, en las magnitudes de endeudamiento de que se habla, los cupos de “EL CONSORCIO” ante la banca nacional se agotaron, añadiendo a esto que esos mismos años se produjo una restricción del crédito y una cierta iliquidez, lo cual obligó a “EL CONSORCIO”, para poder continuar las obras -que fueron felizmente terminadas gracias a su esfuerzo realizado para cumplir sus obligaciones como contratista, aun más allá de lo que impone la buena fe-, a acudir al mercado internacional de dinero, contrayendo nuevas obligaciones en dólares, pero sin cuyo ingreso le hubiere sido imposible la terminación de una obra de tan inmenso interés nacional como lo es la Represa del Uribante-Caparo.

3. Por su parte, “CADAPE”, respecto a las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a. Que toda vez que este punto de la Reclamación está fundamentado en la prolongación del Convenio del 31 de enero de 1984 y se asimila al concepto de “Daños Mayores”, luce pertinente traer a colación parte de los razonamientos que “CADAPE” expuso al analizar este aspecto en el escrito de alegatos (numeral 3, Preliminares) los cuales considera “CADAPE” aplicables a este pedimento.

b. Que esa opinión de “CADAPE” fue expresada así:

“Sin embargo, abundando sobre el punto a decidir, cabe señalar, que de acuerdo a lo estipulado en el particular punto 5B) del convenio de fecha 31 de enero de 1984, celebrado entre el contratista y ‘CADAPE’ aquella asumió el compromiso de continuar ejecutando los trabajos contratados con ‘CADAPE’ de acuerdo a las condiciones estipuladas contractualmente, que **la prolongación de la vigencia de dicho convenio no se originó por ningún hecho atribuido a ‘CADAPE’**, antes por el contrario, con el objeto de aliviar la carga financiera que suponía dicho convenio a ‘EL CONSORCIO’, ‘CADAPE’ accedió a sustituir por fianza no solamente el momento de las valuaciones sino también las garantías reales sobre bienes muebles propiedad de ‘EL CONSORCIO’, que ‘CADAPE’ considera que ‘EL CONTRATISTA’ pretende exigir el pago de unos **presuntos** daños suplementarios mayores que a su juicio tendrían su origen en una conducta o actitud cuando menos culposa de ‘CADAPE’, que en nuestro criterio no halla asidero jurídico en el surco de las actuaciones de la empresa según lo previsto en el citado convenio y en la normativa legal relativa a la responsabilidad civil”.

c. Que abundando sobre lo anterior hace notar que “EL CONSORCIO” quedó obligado a continuar la ejecución de los trabajos sin poder exigir la debida contraprestación, que de tal modo tenía que arbitrarse los recursos financieros necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones que voluntariamente había asumido.

d. Que si recurrió al financiamiento externo fue porque lo consideró conveniente a sus intereses y no puede pretender ahora que “CADAFE” lo resarza o reconozca una diferencia en la paridad cambiaria sobre préstamos en moneda extranjera que “EL CONSORCIO” contrató a su libre arbitrio.

4. Este Tribunal Arbitral, para decidir, observa:

a. El propio enunciado del Punto “j” del Objeto del Compromiso Arbitral celebrado por ambas partes y como tal aceptado por ellas y de forzada aceptación por el Tribunal como presupuesto de su fallo, establece que “EL CONSORCIO” **tuvo que hacer** la importación de dólares... montante a 15 millones de dólares **de acuerdo con las necesidades de la obra**, por lo cual se descarta el alegato de “CADAFE” de que tal importación de monedas extranjeras se hizo al libre arbitrio del Consorcio y se acoge más bien como cierta, por estar en armonía con el enunciado, el alegato de “EL CONSORCIO” referente a la situación del mercado financiero y de la cobertura de sus cupos de financiamiento nacional.

b. Es hecho reconocido por ambas partes y acreditado por la letra del compromiso arbitral y por la documentación estudiada que “EL CONSORCIO” quedó obligado a continuar con la ejecución de los trabajos sin poder exigir la debida (es expresión de “CADAFE”) contraprestación, todo en fuerza del Convenio de 31-1-84 y por ello “tenía que arbitrarse los recursos financieros necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones que voluntariamente había asumido”.

c. Como consecuencia de ambas observaciones, el Tribunal Arbitral tiene por cierto que con motivo del convenio de 31-1-84 ambas partes estaban en conocimiento de la obligación jurídica de “EL CONSORCIO” en el sentido de financiar la obra y por ende, de conseguir financiamiento, indistintamente de las fuentes de que pudiera disponer. El financiamiento externo no estaba, pues,

fuera de las previsiones que tuvieron las partes al asignar a “EL CONSORCIO” su obligación de financiar implícita en el Convenio.

d. Se debe concluir en que, como es principio general de responsabilidad contractual, que cuando el incumplimiento de las obligaciones se debe a culpa (*strictu sensu*) del deudor, los daños y perjuicios reparables son sólo los previstos o previsibles para el momento de la celebración del contrato, y si dicho incumplimiento se debe a dolo del deudor, la indemnización se debe además por los daños no previstos.

Así pues, como el financiamiento externo tuvo que estar previsto, ínsito en las mentes de los contratantes, lo cual es perfectamente lógico al obligarse a una de las partes a financiar su prestación con cantidades que, por su cuantía, rebasan por lo general las fuentes de financiamiento interno y con consecuencias previsibles, en cuanto a las fluctuaciones del bolívar, por el hecho de las muy especiales condiciones del mercado monetario venezolano después del mes de febrero de 1983.

Se concluye en que el daño cuya indemnización se pide era un hecho previsto por “CADAPE”, desde el momento de contratar el convenio de 31-1-84.

e. Un segundo elemento que también afecta la responsabilidad de “CADAPE” es la constancia que existe en el expediente del aviso dádole por “EL CONSORCIO” en carta de 11 de mayo de 1987, reiterando una vez más que los incumplimientos por parte de “CADAPE” “acarreron y acarrearán, graves perjuicios a este ‘CONSORCIO’, el cual no puede, a su vez, cumplir con los compromisos asumidos frente a terceros y, en especial modo a los derivados de la aplicación del Convenio de 31-1-84”. “A este propósito cabe señalar, a título de ejemplo, que en el año 1984 hemos tenido que recurrir, por falta de recursos internos, al mercado internacional para conseguir parte de los medios financieros necesarios a la producción de los trabajos. En consecuencia, nos hemos endeudado, con la aprobación de la SIEX por el importe de 13 millones de dólares que han debido ser negociados en el mercado libre. El hecho de no haber podido reembolsar esta deuda significa para nosotros, además de un mayor costo financiero, a causa de la aplicación de los intereses de mora, una considerable pérdida de cambio, ya sea en el pago de los intereses cuanto, previsiblemente, en la devolución del capital”.

f. Debe observarse, que el financiamiento externo no fue nunca ajeno a la relación contractual CADAPE-EL CONSORCIO puesto que la causa del Convenio de 31-1-84 no fue otra que las divergencias surgidas por un endeudamiento del Consorcio, esta vez de US\$ 120.000.000,00, los cuales fueron pagados al acreedor extranjero mediante cesión de valuaciones, lo que llevó a “CADAPE” a recibir un préstamo de Gotthard Bank de Lugano por la suma de US\$ 120 millones, todo lo cual consta en los considerandos 4º, 5º, 6º y 7º del Compromiso de Arbitraje de 22-12-86.

g. Debe observarse igualmente que las diversas reformulaciones de las prestaciones de “EL CONSORCIO” existentes a partir del contrato inicial, conducen a considerar a aquél como sustituido por el Convenio de 31-1-84, con prescindencia de las primitivas formulaciones que en una u otra forma conduzcan a interpretar este último de manera distinta a como la letra misma de la nueva convención obliga bajo la luz de las circunstancias en que fue suscrito y de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos conforme a lo establecido en el art. 1.160 del Código Civil.

h. Respecto del alegado retardo de la vigencia del acuerdo de 31-1-84 por culpa de “CADAPE” por no participar a “EL CONSORCIO” oportunamente el aviso del ministro de Hacienda, aquél fue tratado al decidir sobre el Punto “f” de la Reclamación y desechado como no valedero el respectivo alegato.

i. Los árbitros han acogido como buena la tesis del resarcimiento del daño mayor y dentro de ella cabe perfectamente la indemnización por causa de la pérdida cambiaria, con lo cual acogen también el criterio de Francisco Messineo (*Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, pág. 255) expresado así:

“En relación al fenómeno de las oscilaciones de valor de la moneda, se presenta el problema del momento en que es necesario referirse a la liquidación del daño contractual. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en los casos a que nos hemos referido (en el N° 112) la valoración es objeto de examen, no con referencia a la cantidad de moneda en que ha de consistir la prestación, para que pueda darse como cumplida una obligación originaria pecuniaria, sino con referencia a un incumplimiento, el cual es causa de lesión para el patrimonio del acreedor.

Si se tiene en cuenta, como es necesario, la circunstancia de que el resarcimiento debe servir para restaurar el patrimonio del acreedor,

perjudicado por el incumplimiento, o por el retardo en el cumplimiento, debe preferirse la solución, que a los fines de la liquidación del daño, se refiere al momento en que se haga efectivo el resarcimiento, porque sólo en tal momento el acreedor, obteniendo su crédito por resarcimiento se encuentra en situación de sustituir en el propio patrimonio, el elemento que ha llegado a faltar por efecto del incumplimiento. Se completa, por tanto, una suma que sea suficiente para tal sustitución. Porque, si la suma abonada a título de resarcimiento fuese insuficiente, por efecto de la desvalorización monetaria, se resarciría solamente una parte del daño y no del daño entero, como por el contrario debe hacerse. La ley, en efecto, pretende resarcimiento del daño en toda su extensión cuantitativa, y no ya su resarcimiento parcial”.

Con base en todo lo expuesto este Tribunal encuentra conforme a derecho y además, acorde, con la equidad del pedimento contenido en el Punto “j” de la Reclamación. Por lo tanto, lo declara con lugar y condena a “CADAFE” a pagar a “EL CONSORCIO” la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS BOLIVARES (Bs. 12.437.800,00) que, conforme a los cálculos de la Comisión de Expertos Contables designados al efecto, es el monto de la diferencia cambiara entre el valor del bolívar respecto del dólar de los Estados Unidos de América en abril de 1985, paga los US\$ 2.000.000 pagados en ese mes y en abril de 1987 para los US\$ 1.000.000 pagados entonces. Igualmente deberá “CADAFE” pagar a “EL CONSORCIO”, por los US\$ 12.000.000 restantes, el monto de la diferencia en moneda nacional resultante de aplicar la tasa de conversión que se tuvo en cuenta para convertir en bolívares la expresada cantidad de moneda extranjera con motivo de su importación al país y la tasa de cambio de mercado libre que exista para el momento en que “CADAFE” pague a “EL CONSORCIO” la expresada suma de US\$ 12.000.000.

XI

Punto “k” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el costo soportado por éste de las garantías sustitutivas de las establecidas en el convenio de 31-01-84, desde el momento de su emisión hasta la fecha de su liberación, tal como

se detalla en el aparte B.2 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo VI B.2 del Tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto a la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que con posterioridad al pronunciamiento del Tribunal Arbitral que el 08-04-87 ordenó a “CADAFE” el pago de lo adeudado a “EL CONSORCIO”, en razón de la regularidad y validez de las acreencias correspondientes, “EL CONSORCIO” convino con “CADAFE” en sustituir las hipotecas mobiliarias y las prendas sin desplazamiento de posesión que habían sido constituidas como garantías en ejecución del Convenio de 31 de enero de 1984, por sendas fianzas bancarias, así como la cancelación de las valuaciones objeto de retención en garantía conforme al mismo convenio, mediante su sustitución por una fianza bancaria de monto equivalente.

b. Que la cancelación de las valuaciones comenzó en Diciembre de 1986 y que aún existe un saldo remanente impagado; que **en ejecución de estos convenios “EL CONSORCIO” detuvo en favor de “CADAFE” fianzas bancarias**, las cuales no hubieran sido necesarias si, de una parte, “CADAFE” hubiere cumplido sus obligaciones cabalmente, y de otra, “CADAFE” no hubiera **ocultado indebidamente la imposibilidad de ejecución del convenio de 31-01-84** como consecuencia de la negativa del Ministro de Hacienda de acceder a dar la opinión que se le solicitaba, que, por lo tanto debe “CADAFE” reembolsar a “EL CONTRATISTA” el monto de la constitución y mantenimiento de las mencionadas fianzas, por ser consecuencia directa e inmediata de un incumplimiento culposo de “CADAFE”.

3. Por su parte, “CADAFE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a. Que es principio general común a todas las garantías que el constituyente de las mismas debe aportar todos los gastos que ellas impliquen.

b. Que en el caso planteado en nada se desvirtúa ese principio por el hecho de que el laudo de fecha 08-04-87 se haya pronunciado afirmativamente sobre la regularidad de la deuda externa de “EL CONSORCIO”, ya que la constitución de las aludidas garantías fue un hecho voluntario de “EL CONSORCIO” y para su exclusiva conveniencia.

c. Que la aquiescencia de “CADAPE” a sustituir por fianza las garantías constituidas a su favor conforme al citado convenio fue una concesión gravosa a los fines de permitir que “EL CONSORCIO” se proveyera de recursos económicos, necesarios para cumplir con los compromisos adquiridos, que, “no hay que olvidar, como se ha dicho antes, que ‘EL CONSORCIO’ había renunciado a exigir la cancelación de los derechos de crédito que se debieran de la ejecución de los contratos celebrados” (cita textual).

4. Este Tribunal para decidir observa:

a. Que las garantías originariamente pactadas se sustituyeron por fianzas bancarias a petición de “EL CONSORCIO” y para posibilitar al mismo el cumplimiento de la obligación de terminar la obra que había contraído por virtud del convenio.

b. Que este Tribunal Arbitral, al considerar el punto “f” de la Reclamación ya se pronunció negativamente sobre la alegada responsabilidad de “CADAPE” en no hacer oportunamente del conocimiento de “EL CONSORCIO”, la negativa del Ministro de Hacienda de dar la opinión que se le solicitaba, por lo cual rechaza en este punto el alegado de “EL CONSORCIO” sobre dicha circunstancia.

c. Que, como lo arguye “CADAPE”, los que constituyen fianzas deben sufragar sus costos y gastos, y en el caso estudiado en este punto de la Reclamación no existe elemento alguno que conduzca a responsabilizar a “CADAPE” de las erogaciones correspondientes al otorgamiento de estas garantías sustitutivas de otras ya establecidas.

En consecuencia, este Tribunal considera no ajustado a derecho el pedimento contenido en el Punto “k” de la Reclamación y así se declara.

XII

Punto “l” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAPE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el mayor costo del personal extranjero derivado de la aplicación de las medidas cambiarias dictadas por el Ejecutivo Nacional a partir del 18 de febrero de 1983, tal como se

detalla en el aparte B4 de la Memoria Descriptiva contenida en el tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo B.4 del Tomo V de la Reclamación”.

2. Respecto de la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que los contratos establecieron la remuneración del personal extranjero en divisas y en tal virtud, esas remuneraciones quedaron sometidas al régimen previsto en los mismos contratos, según los cuales, en la eventualidad de que ocurrieran incrementos en las remuneraciones de la mano de obra como consecuencia de Leyes, Decretos o Contratos Colectivos, tales aumentos serían reconocidos por “CADAPE”.

b. Que las disposiciones cambiarias introducidas en el país en febrero de 1983, y las sucesivas, a partir de esa fecha, afectaron la partida de remuneración del personal extranjero de “EL CONSORCIO”, como consecuencia de la variación de la paridad cambiaria de Bs. 4,30 por dólar, existente al momento de la oferta y la firma de los contratos y que hasta febrero de 1983 mantuvo inalterada.

c. Que en la opinión de “EL CONSORCIO”, ese sobrecosto en la partida de personal extranjero contratado, fue debido directamente a modificaciones del régimen legal aplicable a la relación laboral pactada con el personal extranjero y, en consecuencia, debe ser reconocido y soportado por “CADAPE” conforme a lo previsto en los contratos, hasta el mes de febrero de 1987, fecha en la cual venció el período de garantía.

d. Que esta posición de “EL CONSORCIO” fue aceptada por la Consultoría Jurídica de “CADAPE” en el dictamen de 30 de junio de 1988 (tomo I Sección 8 de los autos).

3. Por su parte, “CADAPE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas alega:

a. Que las consecuencias para “EL CONSORCIO” derivadas del cambio de paridad monetaria no se encuentran reflejadas por los documentos integrantes de los contratos de obra, siendo pertinente señalar que el laudo arbitral de fecha 14-08-80 que resolvió las controversias planteadas por los Consorcios Impregilo

Smeraldi (hoy Impregilo Suramericana de Obras Públicas C.A.) y Consorcio Internacional del Uribante (CONINTUR), señaló en la letra “C” de su dispositivo que: “En la eventualidad de que ocurrieran nuevos incrementos en las remuneraciones de mano de obra por la aplicación de Leyes, Decretos, Contratos Colectivos de la Industria de la Construcción o Convenio o Acuerdo **Ad Hoc** con las organizaciones sindicales que representan a los trabajadores de los contratistas, se incluirán tales incrementos a partir de la fecha en que efectivamente ocurran”.

b. Que, en consecuencia, no obedeciendo al incremento de los costos de mano de obra solicitados por “EL CONSORCIO” a aumentos de sueldos y salarios como consecuencia de Leyes, Decretos o Contratos Colectivos sino a mayores costos sufridos de la mano de obra utilizada en los contratos 548/78 y 647/81, “CADAFE” considera “procedente la reclamación del Contratista por los conceptos mencionados, de conformidad con el artículo 54 del Acuerdo Presidencial 1802 del 23-01-83, y que al Tribunal Arbitral corresponde efectuar los cálculos necesarios, conforme a los parámetros pertinentes, a los fines de cuantificar el monto de esta reclamación”.

4. En vista de lo expuesto por las partes en sus alegatos, el Tribunal considera que ha habido un convenimiento expreso por parte de “CADAFE”, respecto al pedimento contenido en el punto “1” de la Reclamación y así se declara. En consecuencia, ha lugar el pago de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS BOLIVARES (Bs. 42.769.966,00) por concepto de principal y de NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS BOLIVARES (Bs. 98.768.742,00) por concepto de intereses (total: CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHO BOLIVARES (Bs. 141.538.708,00), que es la cantidad a que monta esta reclamación de “EL CONSORCIO”, conforme a los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento del Tribunal Arbitral.

XIII

Punto “m” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral lo siguiente:

“Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ cualquier costo derivado del descuento de las Letras de Cambio utilizadas por ‘CADAFE’ para pagar valuaciones vencidas en el año de 1982, tal como se detalla en el aparte

B.5 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo B.5 del tomo V de 'LA RECLAMACION'.

2. Respecto de la anterior cuestión “EL CONSORCIO” alega fundamentalmente lo siguiente:

a. Que en julio de 1982 “CADAFE” propuso a “EL CONSORCIO” la cancelación de parte de la deuda existente para entonces mediante la emisión de letras de cambio de seis (6) meses, instrumentos estos que conllevan un reconocimiento de intereses por parte de “CADAFE”.

b. Que “CADAFE” reconoció el interés del 8% sobre las letras de cambio emitidas para cancelar un determinado anticipo contractual, siendo ese el interés correspondiente en el mercado para la fecha.

c. Que en cambio, para atender a las VALUACIONES 35A y 36 del CONTRATO 548/78, “CADAFE” emitió letras de cambio pagaderas a 180 días a la tasa del 4% semestral, lo cual resultaba irreal como costo del dinero para la época.

d. Que el recibo de documentos negociables en cumplimiento de un pacto accesorio del CONTRATO, no produce novación de la obligación. Así está dispuesto en el artículo 121 del Código de Comercio. De modo que cuando “EL CONSORCIO” recibió las letras de cambio, no se produjo la cancelación de las VALUACIONES correspondientes, sino que el producto del descuento de las letras de cambio por “EL CONSORCIO”, cualquiera que fuese, se constituyó en un abono al saldo pendiente por las valuaciones insolutas de obras ejecutadas hasta la fecha.

e. Que los intereses y comisiones de los institutos financieros descontantes de las letras de cambio, deben ser absorbidos por “CADAFE”, quien fue quien recurrió a esta modalidad de financiamiento y no por “EL CONSORCIO”, quien tenía derecho a exigir el pago en dinero efectivo.

3. Por su parte, “CADAFE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a. Que esta reclamación la fundamenta “EL CONSORCIO” en el hecho del pago que le hiciera “CADAFE” mediante letras de cambio a las cuales se incorporó

un interés del 8% y 4% semestral. Por tal motivo, reclama “EL CONSORCIO” que al hacer efectivo el descuento de los títulos de crédito, tuvo que soportar una pérdida por la diferencia entre la tasa incorporada a las letras y la tasa real de descuento. Esta diferencia o costo real es el que reclama “EL CONSORCIO”.

b. Que con la emisión de las letras de cambio y la aceptación de las mismas por el acreedor, no se produjo la novación de la obligación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 121 del Código de Comercio.

c. Que con las letras mencionadas se pagaron específicamente las valuaciones 35A y 36 del Contrato 548/78, aplicándose el producto del descuento obtenido por el beneficiario a la amortización de las mismas.

d. Que, en consecuencia, se entiende que los intereses y comisiones cobrados por el banco descontante, constituyen un costo extracontractual (*sic*) sufrido por “EL CONSORCIO” y, por tanto, tales erogaciones deben ser absorbidas por “CADAFE” y no por “EL CONSORCIO” que tenía derecho a exigir el pago del dinero en efectivo.

4. En un memorándum fechado el 23 de junio de 1988, la Dirección de Consultoría Jurídica de “CADAFE” se dirige a las Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300 y expone sobre la cuestión bajo examen, lo siguiente:

a. Que “EL CONSORCIO”, al efectuar el descuento de las letras de cambio recibidas de “CADAFE”, tuvo que soportar un diferencial (pérdida por la diferencia) con la tasa real de descuento y cuyo costo debe serle indemnizado.

b. Que salvo que existiera alguna carta o documento donde “EL CONSORCIO” hubiera renunciado expresamente al derecho de reclamar los intereses y comisiones por el descuento de las letras de cambio libradas por “CADAFE”, deben reconocérsele a aquél los conceptos referidos.

c. Que con la emisión de estas letras de cambio y su aceptación por parte del acreedor no se produjo la novación de la obligación, a tenor de lo establecido en el artículo 121 del Código de Comercio.

d. Que con estas letras se pagaron específicamente las valuaciones 35A y 36 del Contrato 548/78, aplicándose el producto del descuento obtenido a la amortización de aquellas valuaciones.

e. Que los intereses y comisiones cobrados por el banco descontante constituyen un costo extracontractual (sic) sufrido por "EL CONSORCIO" y, por tanto, tales erogaciones deben ser absorbidas por "CADAPE" quien fue la que utilizó este medio y no por "EL CONSORCIO", que tenía derecho a exigir el pago en dinero efectivo.

5. Este Tribunal Arbitral para decidir observa:

a) De acuerdo con la documentación acompañada por EL CONSORCIO, esta reclamación tiene su fundamento en que la certificación 548/35A por un valor de Bs. 19.560.439,33 que fue pagada en efectivo sólo en la cuantía de Bs. 5.000.000,00 y el saldo de Bs. 14.560.439,33 fue pagado en letras de cambio. De igual manera, la Certificación 548/36 por un valor de Bs. 21.526.246,65 fue pagada íntegramente en letras.

b) La diferencia reclamada por "EL CONSORCIO", se resume de la siguiente manera:

1) Por la letra de cambio por Bs. 14.560.439,33, la cantidad de **Bs. 582.417,57.**

3) El total inicial fue, entonces, de Bs. 1.443.467,44.

a) Por la letra de cambio de Bs. 21.526.246,65, la cantidad de Bs. 862.049,87, para un total inicial de Bs. 1.443.467,44.

c) Sobre los mencionados montos no pagados "EL CONSORCIO" añade los intereses, mediante la utilización de dos diferentes métodos de cálculo: uno, estimando el 12% como la tasa máxima a que se refiere el artículo 108 del Código de Comercio; otro, utilizando una tasa variable, como se expresa más abajo.

d) Es de señalar que "EL CONSORCIO" no se limita a añadir el interés simple a los capitales iniciales señalados, sino que se vale de una capitalización de

intereses durante tres períodos que concluyen así: el primero, el 31 de enero de 1984, fecha en que se firma el acuerdo o convenio entre “EL CONSORCIO” y “CADAPE” relativo al préstamo del Gotthard Bank, el segundo, a la fecha del laudo de 1987 que resolvió las cuestiones creadas por el anterior acuerdo y el tercero, el cálculo actualizado al 30 de junio de 1989.

e) Según el esquema señalado, el saldo de la valuación o Certificación 548/35A de Bs. 582.417,57, durante los períodos mencionados sería aumentado con los intereses al 12%, como sigue:

1) Primer período: días de atraso, 552, monto de los intereses Bs. 105.696,82.

2) Segundo período: días de atraso 1161, intereses sobre la cantidad inicial de Bs. 582.417,59, suman Bs. 222.307,98. Si a ello se suman intereses sobre los intereses de Bs. 105.696,02, se tendría una cantidad adicional de Bs. 40.344,33.

3) Tercer período: (Nota: el cálculo se hace sobre la tasa real de 17,88% y no sobre el 12% como en los dos períodos anteriores) los días de atraso son de 236 y el monto de los intereses sobre la cantidad inicial de Bs. 582.417,57 son Bs. 67.335,93. Si a ello se suman intereses sobre intereses acumulados de los dos primeros períodos (Bs. 368.349,13) se obtendrá la cifra de Bs. 42.583,98.

g) La suma de los intereses acumulados durante los tres períodos utilizando estas forma de cálculo es de Bs. 478.265,04 que sumado a la cantidad inicial de Bs. 582.417,57, da un total de Bs. 1.060.682,61.

h) Si se realizan esas mismas operaciones durante los mismos tres períodos, a las tasas indicadas por “EL CONSORCIO”, así: Primer período: 19,85%; Segundo período: 18,53% y Tercer período: 17,88%, los intereses sumarían:

1) Para el primer período: Bs. 174.840,15.

2) Para el segundo período: los intereses de la cantidad inicial serían Bs. 343.280,58, más los intereses sobre los intereses del primer período Bs. 103.051,88.

3) Para el tercer período: los intereses de la cantidad inicial serían Bs. 67.331,93, más los intereses acumulados de los dos primeros períodos serían Bs. 71.812,31.

i) La suma de los intereses acumulados durante los tres períodos, utilizando esta forma de cálculo, es de Bs. 760.316,85, que sumada a la cantidad inicial de Bs. 582.417,57 da un total de Bs. 1.342.734,42.

j) El Tribunal Arbitral advierte que el alegato de “EL CONSORCIO” de que el recibo de instrumentos negociables, en cumplimiento de un pacto accesorio del contrato, no produce novación de la obligación, como lo dispone el Código de Comercio, es correcto. A lo cual agrega que cuando “EL CONSORCIO” recibió las letras de cambio mencionadas en este Capítulo no se produjo la cancelación de las valuaciones correspondientes, sino que el producto del descuento de las letras de cambio por “EL CONSORCIO” se constituyó en un abono al saldo pendiente por las valuaciones insolutas de obras ejecutadas.

En efecto, el artículo 121 del Código de Comercio dispone expresamente que cuando el acreedor recibe documentos negociables en ejecución del contrato o en cumplimiento de un pacto accesorio al contrato de que proceda la deuda, no se produce novación. Sobre este punto parece haber aquiescencia de “CADAFE” y reconocimiento expreso de que los intereses y comisiones cobrados por el banco descontante, constituyen un costo extracontractual sufrido por “EL CONSORCIO” y que, por tanto, tales erogaciones deben ser absorbidas por “CADAFE”.

k) El Tribunal Arbitral considera que los montos o cantidades iniciales reclamadas por “EL CONSORCIO” de Bs. 582.417,57 por la pérdida experimentada por el descuento de una letra de cambio con un monto de Bs. 14.560.439,33, y el monto de Bs. 862.049,87 por el descuento de una letra de cambio con un monto de Bs. 21.526.246,65, son conformes de acuerdo al ordinal SEGUNDO del Compromiso Arbitral, en el cual se afirma que “CADAFE” sólo discute el fundamento legal de las reclamaciones. De modo que este Tribunal Arbitral reconoce y declara que la pérdida experimentada originalmente por “EL CONSORCIO” por este capítulo de la Reclamación fue originalmente de Bs. 1.443.467,44.

l) Respecto de los intereses reclamados por EL CONSORCIO, este Tribunal reitera lo decidido con anterioridad en este mismo laudo: que los artículos 518,

524 y 530 del Código de Comercio, los dos primeros relativos a la cuenta corriente mercantil y a la cuenta corriente bancaria respectivamente, y el último, ubicado entre las normas relativas al mutuo o préstamo, permiten el anatocismo o cobro de intereses sobre intereses, de tal manera que no es ilegítima o ilegal la reclamación que “EL CONSORCIO” hace por este concepto. Sin embargo en el presente caso, no puede hablarse de la existencia de una cuenta corriente entre las partes “EL CONSORCIO” y “CADAPE”, porque el simple hecho de una sucesión de operaciones no importa necesariamente la existencia de un contrato de tal naturaleza si falta la voluntad de las partes de querer establecerla, ni tampoco es posible aplicar las normas legales relativas al contrato de cuenta corriente a un cuadro contable para la concentración en un único cuerpo de escritura de una serie de negocios realizados, aunque tal cuadro permita reconocer en cualquier momento dado, el estado del balance para guía pasada o futura. (Cfr. RAMELLA, AGUSTIN, “Del Contrato de Cuenta Corriente, del Mandato Comercial y de la Comisión” en “Derecho Comercial”, Tomo 10 de BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE). Así se declara.

m) Considera este Tribunal Arbitral que la norma del artículo 530 del Código de Comercio es aplicable analógicamente al presente caso y permite la capitalización de intereses y el cobro de intereses sobre intereses o anatocismo. A este respecto el Tribunal Arbitral considera que cuando la norma citada señala que también se deben intereses sobre intereses por condenación judicial, ese sería el supuesto normativo aplicable al presente caso, considerando que el laudo publicado con fecha 8 de abril de 1987 puede asimilarse a una condenación judicial, de modo que los intereses reclamados por “EL CONSORCIO” deben calcularse desde la fecha del descuento de las letras de cambio recibidas por las cantidades inicialmente reclamadas de Bs. 582.417,57 y Bs. 862.049,87 a las tasas señaladas por “EL CONSORCIO” en el Volumen V hasta la mencionada fecha del 8 de abril de 1987, capitalizar en tal oportunidad los intereses devengados y a partir de esa misma fecha efectuar los cálculos hasta el día 15 de diciembre de 1989. De acuerdo con los cálculos hechos por la Comisión de Expertos Contables a requerimiento de este Tribunal Arbitral, lo que “CADAPE” debe pagar a “EL CONSORCIO” según lo decidido respecto del presente Punto “m” de la reclamación es la cantidad de UNMILLON CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE BOLIVARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS (Bs. 1.443.467,44) como principal, más los señalados intereses de CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS

SEIS BOLIVARES (Bs. 5.539.206,00) (Total: SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES BOLIVARES CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS (Bs.6.982.673,44).

XIV

Punto “n” de la Reclamación

1. En este punto se somete a la consideración del Tribunal Arbitral, lo siguiente:

“Si ‘CADAFE’ debe a ‘EL CONSORCIO’ el costo soportado por éste, derivado del atraso de ‘CADAFE’ en la devolución de las garantías contractuales, tal como se detalla en el aparte B.6 de la Memoria Descriptiva contenida en el Tomo I y cuyos cálculos han sido actualizados en el Capítulo b.6 del Tomo V de ‘LA RECLAMACION’”.

2. Respecto de la anterior cuestión, “EL CONSORCIO” alega lo siguiente:

a. Que las normas particulares de los contratos (numeral 11.2) establecían que las fianzas de fiel cumplimiento debían ser liberadas después del otorgamiento del Acta de Recepción Provisional y previa presentación de las “Fianzas de Buena Calidad”, las cuales, según la norma 11.3 tenían una vigencia de un (1) año contado a partir de la fecha del Acta de Recepción Provisional.

b. Que respecto del contrato 548/78, el Acta de Recepción Provisional fue levantada el 28 de febrero de 1986 y, en esa fecha, entró en vigencia la Fianza de Buena Calidad correspondiente. Ello no obstante, la Fianza de Fiel Cumplimiento no fue liberada sino hasta el 19 de agosto de 1986, con un atraso de 172 días.

c. Que para el contrato 647/81 el Acta de Recepción Provisional fue levantada el 5 de noviembre de 1984, pero “CADAFE” haciendo caso omiso de lo dispuesto en las Normas Particulares se negó a sustituirla por la Fianza de Buena Calidad, la cual tenía una vigencia prevista de un (1) año, contado a partir de la fecha del Acta de Recepción Provisional. A pesar de ello, la liberación de aquella fianza sólo ocurrió el 19 de agosto de 1986, con un atraso de 287 días.

d. Que los costos de mantenimiento de las Fianzas de Buen Cumplimiento, por los períodos de atraso señalados, deben ser soportados por “CADAFE” como

consecuencia del incumplimiento de la obligación de liberarlas en los plazos contemplados en el Contrato.

e. Que por lo que se refiere a las Fianzas de Anticipo, el numeral 11.1 de las Normas Particulares preveía que la liberación de las mismas ocurriría tan pronto se diera uno de los dos siguientes supuestos, el que ocurriera primero: a) la aceptación provisional de las obras, o b) la cancelación total de los anticipos que se le hubieran otorgado a “EL CONSORCIO”.

f) Que las fechas de levantamiento de las Actas de Recepción Provisional fueron: para el Contrato 548/78, el 28 de febrero de 1986, y para el Contrato 647/81, el 5 de noviembre de 1984. Las fechas de cancelación de los anticipos fueron, respectivamente: el 31 de enero de 1986 (valuación 82) y el 30 de junio de 1986 (valuación 22).

g) Que de acuerdo a los contratos, las fechas que deben ser tomadas en cuenta para los efectos de fijar el término de la liberación de las Garantías de Anticipo, serían el 31 de enero de 1986 para el Contrato 548/78 y el 5 de noviembre de 1984 para el Contrato 647/81.

h) Que la liberación efectiva en estas últimas garantías se efectuó el 17 de noviembre de 1986 para el Contrato 548/78 y el 19 de agosto de 1986 para el Contrato 647/81, incurriendo así CADAFE, en retardos de 229 y 652 días respectivamente.

i) Que “EL CONSORCIO” reclama de “CADAFE” que se le reconozcan y paguen los gastos ocasionados por el retardo en la liberación de las garantías y observa que tal reclamación fue aceptada por el Dictamen de la Consultoría Jurídica de “CADAFE”.

3. Por su parte, “CADAFE” respecto de las cuestiones que se dejan establecidas, alega:

a) Que “EL CONSORCIO” aspira al reconocimiento de los costos derivados de la vigencia de las Fianzas de Fiel Cumplimiento de los Contratos 548/78 y 647/81, las cuales fueron liberadas por “CADAFE” con una demora de 172 y 287 días, respectivamente.

b) Que al respecto, cabe observar que el numeral 11.2 de las Normas Particulares condiciona la liberación de las Fianzas de Fiel Cumplimiento a la previa presentación de la Fianza de Buena Calidad, luego de ocurrida la Recepción Provisional de Obra. Así se puede señalar que la norma previó la existencia simultánea de las dos fianzas, mas no el lapso de dicha transición. En consecuencia, la procedencia de esa reclamación quedará condicionada a que “EL CONSORCIO” pruebe que la prolongación de la vigencia de la Fianza de Fiel Cumplimiento, persistió luego de haber otorgado las correspondientes Fianzas de Buena Calidad y luego de haberse verificado las respectivas aceptaciones provisionales.

c) Que en lo que se refiere a las Fianzas de Anticipo, la norma pertinente preveía que la liberación de las mismas estaba condicionada a la concurrencia de cualquiera de los dos eventos previstos en el numeral 11.1 de las Normas Particulares, el que acaeciere primero, a saber: la aceptación provisional de las obras o la cancelación total de los anticipos que se le hubieran otorgado al Contratista. Conforme a tal previsión es de concluir que los costos en que incurrió “EL CONSORCIO”, de ser el caso, por los mayores lapsos de vigencia de las fianzas, hallarían su justificación contractual en la citada disposición. Los cálculos y cuantificación de esta reclamación deberán ser determinados por el Tribunal Arbitral.

4. El Memorándum fechado el 23 de junio de 1988, dirigido por la Dirección de Consultoría Jurídica de “CADAPE” a las “Vicepresidencias Ejecutivas Estructuradas 20.200 y 20.300” el cual ha sido citado en apoyo de sus pretensiones por EL CONSORCIO y que forma parte del expediente entregado a los Arbitros, expresa:

a) Que el numeral 11.2 de las Normas Particulares condiciona la liberación de las Fianzas de Buen Cumplimiento a la previa presentación de la Fianza de Buena Calidad, luego de ocurrida la Recepción Provisional de la Obra. Aquella norma previó la existencia simultánea de las dos fianzas, mas no el lapso de dicha transición. En consecuencia, la procedencia de esta reclamación quedará condicionada a que “EL CONSORCIO” pruebe que la prolongación de la vigencia de la Fianza de Fiel Cumplimiento persistió luego de haber otorgado las correspondientes Fianzas de Buena Calidad y luego de haberse verificado las respectivas aceptaciones provisionales.

b. Por lo que se refiere a las Fianzas de Anticipo, la norma pertinente preveía que la liberación de las mismas estaba condicionada a la ocurrencia de cualquiera de los dos eventos previstos en el numeral 11.1 de las Normas Particulares, el que acaeciere primero, a saber: la aceptación provisional de las obras o la cancelación total de los anticipos que se le hubieran otorgado al CONTRATISTA. Conforme a tal previsión, es de concluir que los costos en que incurrió EL CONSORCIO, de ser el caso, por los mayores plazos de vigencia de las fianzas, hallarían su justificación contractual en la citada disposición.

5. Este Tribunal Arbitral, para decidir observa:

a) Esta reclamación de “EL CONSORCIO” puede reducirse a lo siguiente: Entre las estipulaciones contractuales que forman el cuerpo denominado “**Normas Particulares**”, figuran tres tipos de cauciones o garantías que “EL CONSORCIO” debía presentar a CADAFE, a saber: 1) La **Fianza de Anticipo**, 2) la **Fianza de Fiel Cumplimiento** y 3) la **Fianza de Buena Calidad**.

1) La “**Fianza de Anticipo**”, de acuerdo a la estipulación 11.1 de las “**Normas Particulares**” tenía un monto igual al anticipo acordado y garantizaba la devolución de dicho anticipo. La vigencia de esta fianza se extendía desde la fecha de la firma del contrato hasta la fecha de la Aceptación Provisional de la totalidad de la obra o hasta la cancelación total del anticipo, cualquier de éstas que ocurriera primero.

2) La “**Fianza de Fiel Cumplimiento**”, de acuerdo a la estipulación 11.2 de las “**Normas Particulares**” tenía un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la obra y garantizaba la buena y debida ejecución de la obra, así como su completa y oportuna terminación. Además, esta fianza garantizaba también las obligaciones que pudieran quedar a cargo de “EL CONSORCIO”, a la terminación de la obra, por concepto de salarios y otras obligaciones derivadas de la Ley del Trabajo, así como cualquier otra obligación. La vigencia de esta fianza se extendía desde la recepción de la Carta de Intención o desde la fecha de la firma del contrato hasta el otorgamiento del Acta de Recepción Provisional y previa presentación de la “**Fianza de Buena Calidad**”.

3) La “**Fianza de Buena Calidad**” de acuerdo con la estipulación 11.3 de las “**Normas Particulares**” tenía un monto igual al diez por ciento (10%) del valor

total de la obra ejecutada y garantizaba la buena calidad de los materiales empleados, así como la buena ejecución de la obra. La vigencia de esta fianza era por un año contado a partir del “Acta de Recepción Provisional”.

b) De acuerdo con lo alegado por “EL CONSORCIO”, las “**Actas de Recepción Provisional**” fueron levantadas en las siguientes fechas:

1) Para el Contrato 548/78, el día 28 de febrero de 1986.

2) Para el Contrato 647/81, el día 5 de noviembre de 1984.

c) Las fechas de cancelación (**rectius**, pago) de los anticipos fueron:

1) Para el Contrato 548/78, el día 31 de enero de 1986 con la Valuación N° 82.

2) Para el Contrato 648/81, el día 30 de junio de 1986 con la Valuación N° 22.

Como consecuencia y de acuerdo a las estipulaciones contenidas en las “**Normas Particulares**” las fechas que debían ser tomadas en cuenta para la liberación de las “**Fianzas de Anticipo**”, serían el 31 de enero de 1986 por lo que se refería al contrato 548/71 y el 5 de noviembre de 1984 para el Contrato 647/81.

d) Que la liberación efectiva de las garantías de los anticipos, la efectuó “CADAFE” el 17 de noviembre de 1986, para el contrato 548/78 con un retardo de doscientos veintinueve (229) días, y el 19 de agosto de 1986, con un retardo de seiscientos cincuenta y dos (652) días.

e) Que la liberación efectiva de las garantías por las “**Fianzas de Fiel Cumplimiento**”, debía efectuarse en las fecha de las “**Actas de Recepción Provisional**”. Que en esas mismas fechas se otorgaron como garantías sustitutivas las “**Fianzas de Buena Calidad**”, sin embargo, “CADAFE” otorgó las liberaciones de las “**Fianzas de Fiel Cumplimiento**”, así:

1) El 19 de agosto de 1986 para el Contrato 548/78, con un atraso de ciento setenta y dos (172) días.

2) El 19 de agosto de 1986 para el Contrato 647/78, con un atraso de doscientos ochenta y siete (287) días.

f) Como consecuencia de todo ello las fianzas tuvieron un sobre costo que “EL CONSORCIO” estima de la siguiente manera:

1) Fianzas de Anticipo:

1.a) Para el Contrato número 548/78 de Bs. 3.827.282,48.

2.b) Para el Contrato número 647/81 de Bs. 2.515.509,95.

2) Fianzas de Fiel Cumplimiento:

2.a) Para el Contrato número 548/78 de Bs. 567.605,14.

2.b) Para el Contrato número 647/81 de Bs. 553.643,68.

g) El Tribunal Arbitral respecto de todos los hechos en que se basa la presente reclamación, los admite tal como han sido presentados por “EL CONSORCIO”, en virtud de que han sido implícitamente reconocidos en el escrito de alegatos emanado de “CADAFE”, así como en el informe de la Consultoría Jurídica, mencionados ambos, y de acuerdo también, a la aceptación general de los hechos contenida en el ordinal SEGUNDO del Compromiso Arbitral.

h) El Tribunal Arbitral observa que los sobre costos originales suman en total la cantidad de Bs. 7.464.041,26 y las reclamaciones de “EL CONSORCIO” en la “hipótesis 1” montan a Bs. 12.752.869,00 y en la “hipótesis 2” a Bs. 13.080.466. Estas diferencias obedecen a que “EL CONSORCIO” ha acumulado los intereses hasta el día 30 de junio de 1989, así:

1) Para la cantidad inicial de Bs. 3.827.282,48 de la “Fianza de Anticipo” del Contrato 548/78, los siguientes:

1.a) Para el segundo período de atraso, por un total de 202 días, período que venció el día 8 de abril de 1987 (fecha del laudo sobre el documento de 31 de enero de 1984), a la tasa del 12% anual los intereses montan a la cantidad de Bs. 254.173,49, y a la tasa efectiva del 16.61%, suman la cantidad de Bs. 351.818,48.

1.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso) la cantidad inicial de Bs.

3.827.282,48 generó intereses a la tasa del 26,69% que montaron a la cantidad de Bs. 2.278.088,70. A esta cantidad habría que agregar los intereses, sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período sumaban la cantidad de Bs. 254.173,49 y a la tasa del 16.61%, Bs. 351.818,48.

Ahora bien, los intereses, sobre intereses del segundo período, dan a la tasa del 26,69% para ambos las cantidades siguientes: Bs. 151.290,04 y Bs. 209.410,64.

1.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	3.827.282,48
Intereses 2º período (12%)	Bs.	254.173,49
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	2.278.088,70
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	151.290,04
TOTAL	Bs.	6.510.834,71

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	3.827.282,48
Intereses 2º período (16.61%)	Bs.	351.818,48
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	2.278.088,70
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	209.410,64
TOTAL	Bs.	6.666.600,30

1.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral y se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO”, en la **Segunda Hipótesis**, del 16.61% y del 26,69% representan ese resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAFE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, de todo lo cual resulta que la reclamación por este mismo concepto, de Bs. 6.666.600,30, es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de CADAFE. Así se declara.

2) Para la cantidad inicial de Bs. 2.515.509,96 de la “Fianza de Anticipo” del Contrato 647/81, los siguientes:

2.a) Para el segundo período de atraso, por un total de 231 días, período que venció el día 8 de abril de 1987 (fecha del laudo sobre el documento de 31 de enero de 1984), a la tasa del 12% anual, los intereses montan a la cantidad de Bs. 191.040,92, y a la tasa efectiva del 16.68% suman la cantidad de Bs. 265.546,87.

2.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso), la cantidad inicial de Bs. 2.515.509,96 generó intereses a la tasa del 26.69% que montaron a la cantidad de Bs. 1.497.290,79. A esta cantidad habría que agregar los intereses sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período, sumaban Bs. 191.040,92 y a la tasa del 16,68%, la cantidad de Bs. 265.546,87. Ahora bien, los intereses, sobre intereses del segundo período, dan a la tasa del 26,69% para ambas, las cantidades siguientes: Bs. 113,712,05 y 158.059,75.

2.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	2.515.509,96
Intereses 2º período (12%)	Bs.	191.040,92
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	1.497.290,79
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	113.712,05
TOTAL	Bs.	4.317.553,72

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	2.515.509,96
Intereses 2º período (16,68%)	Bs.	265.546,87
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	1.497.290,79
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	158.059,75
TOTAL	Bs.	4.436.407,37

2.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas

sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral, se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO” en la **Segunda Hipótesis**, del 16,68% y del 26,69% representan ese resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAFE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este segundo concepto de Bs. 4.436,407,37 es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de CADAFE, así se declara.

3) Para la cantidad inicial de Bs. 567.605,14 de la “**Fianza de Fiel Cumplimiento**” del Contrato número 548/78, los siguientes:

3.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso), la cantidad inicial de Bs. 567.605, 14 generó intereses de la tasa del 26,69% que montaron a la cantidad de Bs. 337.851,95. A esta cantidad habría que agregarle los intereses sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período sumaban la cantidad de Bs. 43.106,88 y a la tasa del 16,68%, la cantidad de Bs. 59.918,57. Ahora bien, los intereses, sobre los intereses del segundo período dan, a la tasa del 26,69% para ambos, las cantidades siguientes Bs. 25.658,23 y Bs. 35.664,94.

3.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	567.605,14
Intereses 2º período (12%)	Bs.	43.106,88
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	337.851,95
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	25.658,23
TOTAL	Bs.	974.222,20

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	567.605,14
Intereses 2º período (16,68%)	Bs.	59.918,57
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	337.851,95
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	35.664,94
TOTAL	Bs.	1.001.040,60

3.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas es la de que el resarcimiento debe ser integral y se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO”, en la **Segunda Hipótesis**, de 16,68% y 26,69% representan un resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAPE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este tercer concepto de Bs. 1.001.040,00 es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de “CADAPE”. Así se declara.

4) Para la cantidad inicial de Bs. 553.643,68 de la “**Fianza de Fiel Cumplimiento**” del Contrato número 647/81, los siguientes:

4.a) Para el segundo período de atraso, por un total de 231 días, período que venció el día 8 de abril de 1987 (fecha del laudo sobre el documento de 31 de enero de 1984), a la tasa del 12% anual, los intereses montan a la cantidad de Bs. 42.046,58; y a la tasa efectiva del 16,68% suman la cantidad de Bs. 58.444,75.

4.b) Para el tercer período de atraso que va desde la fecha del laudo de 8 de abril de 1987 al 30 de junio de 1989 (814 días de atraso) la cantidad inicial de Bs. 553.643,68, generó intereses a la tasa del 26,69% que montan a la cantidad de Bs. 329.541,76. A esta cantidad habría que sumarle los intereses, sobre intereses del segundo período, así: los intereses correspondientes al 12% del segundo período sumaban la cantidad de Bs. 42.046,58 y a la tasa del 16,68%, la cantidad de Bs. 58.444,75. Ahora bien, los intereses, sobre los intereses del segundo período dan a la tasa del 26,69%, para ambos, las cantidades siguientes: Bs. 25.027,11 y Bs. 34.787,69.

4.c) Se obtienen así los montos siguientes:

1ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	553.643,68
Intereses 2º período (12%)	Bs.	42.046,58
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	329.541,76
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	25.027,11
TOTAL	Bs.	950.259,13

2ª Hipótesis

Cantidad inicial	Bs.	553.643,68
Intereses 2º período (16,68%)	Bs.	58.444,75
Intereses 3º período (26,69%)	Bs.	329.541,76
Intereses sobre intereses 2º período	Bs.	34.787,69
TOTAL	Bs.	976.417,88

4.d) De acuerdo a lo resuelto ya en este mismo laudo respecto de la interpretación que deba dársele al artículo 108 del Código de Comercio y a las demás normas sustantivas, es la de que el resarcimiento debe ser integral, y se considera que las tasas aplicadas por “EL CONSORCIO”, en la **Segunda Hipótesis**, del 16,68% y 26,69% representan un resarcimiento integral y que el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) procede luego de la capitalización de los intereses adeudados por “CADAFE” al momento de dictarse el laudo de 8 de abril de 1987, resulta que la reclamación por este cuarto concepto de Bs. 976.417,88 es la que corresponde a “EL CONSORCIO” y debe quedar a cargo de “CADAFE”. Así se declara.

i) En resumen, “CADAFE” adeuda a “EL CONSORCIO”, por sobrecostos derivados del atraso en la devolución o cancelación de las Fianzas de Anticipos y de Fiel Cumplimiento las siguientes cantidades:

1) Por la Fianza de Anticipo del Contrato N° 548/78	Bs.	6.666.600,00
2) Por la Fianza de Anticipo del Contrato N° 647/81	Bs.	4.436.407,00
3) Por la Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato N° 548/78	Bs.	1.001.040,00
4) Por la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato N° 647/81	Bs.	976.417,00
TOTAL	Bs.	13.080.466,00

Es de advertir que la cantidad de Bs. 13.080.466,00 se debe hasta el día 30 de junio de 1989, a lo que hay que agregar los intereses sobre las cantidades iniciales, más los intereses sobre el monto de los intereses del segundo período, hasta el día 15 de diciembre de 1989. De acuerdo con lo decidido sobre el