

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO



REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1970-1971

No. 11

CARACAS

VENEZUELA

UNIVERSIDAD CATOLICA
ANDRES BELLO

AUTORIDADES CENTRALES

Rector

R.P. DR. PÍO BELLO, S.J.

Vice-Rector a.i.

DR. JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

Secretario

DR. FÉLIX HUGO MORALES

FACULTAD DE DERECHO

Decano

DR. JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

*Director de la Escuela de Derecho
de Caracas*

ABOGADO ALFREDO HERRERA GUEVARA

*Director de la Escuela de Derecho
de San Cristóbal*

R.P. DR. JESÚS SÁNCHEZ DE MUNIAIN, S.J.

*Presidente de la
Asociación de Egresados de la Facultad*

ABOGADO LUIS ALFREDO SANABRIA

*Presidentes del Centro de
Estudiantes de la Facultad*

BR. RAFAEL EMILIO MÁRQUEZ

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLÍ



REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



ANU LXXVNO 2016/17

IMPRESO EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLÍ

CAROLAN

VENEZUELA

SUMARIO

	PÁG.
DOCTRINA	
“LA INFLUENCIA DEL MATRIMONIO SOBRE LA NACIONALIDAD DE LA MUJER EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PUBLICADO EN 1869”, por <i>Gonzalo Parra Aranguren</i>	9
EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 1894 DEL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO (Los Presupuestos de la Disminución de la Garantía Hipotecaria), por <i>Angel Cristóbal-Montes</i>	55
DEBER DE PAGAR CHEQUES EMITIDOS ANTES DE LA MUERTE DEL EMITENTE, por <i>Oscar Ochoa</i>	145
ALGUNOS ASPECTOS SOBRE RESTRICCIONES A LA TRANSMISIBILIDAD DE PARTICIPACIONES Y ACCIONES SOCIALES, por <i>Frank Gabaldón</i>	165
LEGISLACION COMENTADA	
DE LAS CONCESIONES A LOS CONTRATOS DE SERVICIO, por <i>J. R. Duque Sánchez</i>	195
JURISPRUDENCIA ANALITICA	
LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTAR DEL CONCESIONARIO DE MINAS EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA, por <i>Román José Duque Corredor</i>	215
MISCELANEA	
SEGUROS. UN CASO DE DELEGACIÓN NOVATORIA PASIVA (Dictamen), por <i>José Muci-Abraham h.</i>	265
CRONICA DE LA FACULTAD	275

"LA INFLUENCIA DEL MATRIMONIO SOBRE LA
NACIONALIDAD DE LA MUJER EN EL PROYECTO
DE CODIGO CIVIL PUBLICADO EN 1869" *

Por
Gonzalo Parra Aranguren

S U M A R I O :

1.—La codificación civil y la orden de Simón Bolívar del trece de mayo de 1829. 2.—El Decreto del cinco de enero de 1822. 3.—El Código Civil de 1862 y sus antecedentes. 4.—El Código Civil de 1867. 5.—Su crítica.— 6.—Los decretos del diez y veintiocho de octubre de 1868. 7.—"El Federalista" del veinticuatro de diciembre de 1868. 8.—La Memoria del Ministerio de Fomento de 1869. 9.—El Proyecto del nuevo Código Civil. 10.—El régimen general de la nacionalidad en el Proyecto. 11.—El Derecho anterior sobre los efectos del matrimonio en la nacionalidad extranjera de la mujer. 12.—El Derecho anterior sobre los efectos del matrimonio en la nacionalidad venezolana de la mujer. 13.—Las sentencias internacionales sobre la materia. 14.—Las directrices básicas del Proyecto de nuevo Código. 15.—El artículo veintidós y su fundamento doctrinario. 16.—Los límites objetivos del precepto. 17.—Su concordancia con el Derecho de Gentes. 18.—Presupuestos de funcionamiento: a) extranjería de la mujer. 19. b) capacidad de goce. 20. c) capacidad de ejercicio. 21. d) Matrimonio válido. 22.—Las reglas del Proyecto sobre validez formal del matrimonio. 23.—Los requisitos intrínsecos del matrimonio. 24.—Intervención de la Ley venezolana cuando el matrimonio es celebrado en la República. 25.—Matrimonio nulo y matrimonio putativo. 26.—Funcionamiento automático del precepto. 27.—La nacionalidad venezolana del marido. 28.—Terminología utilizada. 29.—Los efectos temporales del precepto. 30.—Su irretroactividad. 31.—Carácter definitivo de la nacionalidad adquirida. 32.—Se trata de naturalización en beneficio de la Ley. 33.—Evolución legislativa posterior del artículo veintidós del Proyecto. 34.—El primer párrafo del artículo veintitrés. 35.—Su conformidad con el Derecho de Gentes. 36.—Presupuestos para su funcionamiento: a) nacionalidad venezolana de la mujer. 37. b) Su capacidad de goce y de ejercicio. 38. c) Matrimonio válido. 39. d) Adquisición de la nacionalidad extranjera del marido. 40. d) apatridia o múltiple nacionalidad del marido. 41.—La terminología utilizada. 42.—Funcionamiento automático del precepto. 43.—Sus límites temporales. 44.—Efectos definitivos de la pérdida de la nacionalidad durante el matrimonio. 45.—El párrafo segundo del artículo veintitrés. 46.—Su conformidad con el Derecho de

* En presente trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas: AGN = Archivo General de la Nación; BCN = Biblioteca del Congreso Nacional; MMRE = Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores; MMRI = Memoria del Ministerio de lo Interior; RDLDV = Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela.

Gentes y su fundamento. 47.—Presupuestos para su funcionamiento: a) anterior nacionalidad venezolana de la mujer. 48. b) Extranjería en el momento de la disolución del matrimonio. 49. c) Disolución del vínculo: viudez o divorcio. 50. d) Voluntad de la mujer. 51.—Autoridad competente para recibir la declaratoria. 52.—Los requisitos formales de la manifestación de voluntad. 53.—La terminología utilizada. 54.—Efectos temporales del precepto. 55.—Evolución legislativa posterior del artículo veintitrés del Proyecto de Código Civil.

1. Los esfuerzos iniciales para lograr un cuerpo de leyes propio se remontan al primer Congreso Constituyente: no obstante hallarse ocupados los padres de la patria con innumerables problemas de todo orden, el *ocho de marzo de 1811* fue creada una comisión con el objeto de redactar un Código civil y criminal; y la imposibilidad práctica de realizar sus fines en breve lapso explica el artículo 228 de la Constitución sancionada el veintiuno de diciembre de 1811, que declaró vigente el ordenamiento jurídico anterior mientras se formaba el Código civil y criminal de la República.

El Libertador Simón Bolívar, en su Mensaje al Congreso de Angostura del quince de febrero de 1819, reiteró la urgencia de leyes adaptadas a nuestra realidad social: en sus deseos de satisfacer tales inquietudes, ante los azares de la gesta emancipadora, por Decreto del *treintiuno de enero de 1825* creó una comisión para preparar los proyectos de Código civil y criminal; y debido a la ineficacia de las medidas adoptadas el *trece de mayo de 1829*, desde Quito, encomendó a su Secretario, José Domingo Espinal, se dirigiera al Ministro de lo Interior en los términos siguientes:

“El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código Napoleón. Cree que pudiera plantearse (léase: implantarse) en Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del País. Dispone en consecuencia: que V.S. nombre una Comisión especial de personas literatas que examinen dicho Código, haga en él las reformas convenientes; y las cuales deberán proponerse al próximo Congreso Constituyente. La traducción española se juzga preferible al predicho objeto; y para ello V.S. se servirá disponer se compren los ejemplares convenientes; o que en su defecto se haga la más correcta traducción del mencionado Código”.

Con vista de tales órdenes, el *treintuno de julio de 1829* se creó una Comisión integrada por los señores MIGUEL TOBAR, FRANCISCO PEREIRA, RUFINO CUERVO Y MANUEL CAMACHO QUESADA, quienes dependerían del Ministerio del Interior; pero ninguna noticia cierta se tiene acerca del resultado de sus trabajos¹.

2. La inquietud del Libertador Simón Bolívar presidió las deliberaciones del Congreso de Angostura y más tarde del Congreso reunido en Cúcuta, aun cuando nada concreto hicieron ante la importancia de otros problemas. Sin embargo, el General FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, Encargado de la Presidencia, el *cinco de enero de 1822* dictó un Decreto con base en las consideraciones siguientes:

“Deseando el Gobierno emplear todos los medios posibles a fin de presentar al futuro Congreso un Proyecto de Código civil y criminal, que facilite la administración de Justicia en la República, sin las trabas y embarazos que ofrece la actual Legislación española, y Considerando que un trabajo de tal naturaleza demanda tiempo y serias meditaciones, a que tal vez no podría entregarse el Congreso, ocupado en el corto período de las sesiones de objetos de mayor preferencia, ha venido en decretar...”

Al efecto dispuso el artículo primero:

“Se crea una Comisión de letrados para que, en vista de los Códigos civiles y penales más célebres en Europa, de la Legislación española, y de las bases fundamentales sobre que se ha organizado el sistema de gobierno de Colombia, redacte un Proyecto de Legislación propio y análogo a la República”.

De igual modo previno el artículo tercero del Decreto:

“Se nombra para formar dicha Comisión al Secretario del Interior (JOSÉ MARÍA RESTREPO), al Ministro de la Alta Corte

¹ PÉREZ VILA, Manuel.—“*El Código Napoleón en la Gran Colombia*”, artículo publicado en la “*Revista de la Sociedad Bolivariana de Venezuela*”, Volumen XIX, nr. 65, Año 1960, págs. 819-827, reproducido en “*Los Libros en la Colonia y en la Independencia*”, Caracas, 1970, págs. 115-125. PÉREZ VILA inserta también una comunicación de J. RAFAEL ARBOLEDA al Ministro del Interior, JOSÉ MARÍA RESTREPO, donde le significa no poseer ningún ejemplar traducido del Código Civil francés; y otra de EUSEBIO MARÍA CANABAL, quien remite un ejemplar de dicho Código a los fines pertinentes.

doctor FÉLIX RESTREPO, al Senador doctor GERÓNIMO TORRES, al Ministro de la Corte Superior de Justicia del Centro doctor DIEGO FERNANDO GÓMEZ, y al abogado doctor TOMÁS TENORIO”².

Nada positivo resultó de este intento, y los Congresos constitucionales de la antigua República de Colombia tan sólo aprobaron la Ley del trece de mayo de 1825 para arreglar el procedimiento civil de los Tribunales y Juzgados de la República³.

3. Una vez triunfante el movimiento separatista encabezado por el General JOSÉ ANTONIO PÁEZ, la caótica situación jurídica de la República se mantuvo durante largo tiempo, no obstante haber designado el propio Congreso Constituyente, en *catorce de octubre de 1830*, comisiones codificadoras⁴. Tampoco produ-

² BLANCO Y AZPÚRUA. “*Documentos para la historia de la vida del Libertador de Colombia, Perú y Bolivia*”, Tomo VIII, Caracas, 1876, nr. 1692. págs. 237-238. El artículo segundo del Decreto ordenó: “Será preferente trabajo de esta Comisión el redactar la parte del Código que trata sobre el modo de conocer y proceder en los Juzgados y Tribunales de Justicia, como lo que más imperiosamente demanda una reforma útil y benéfica a los colombianos”; y en el artículo cuarto se previno: “La Comisión fijará los días y horas en que debe reunirse a tratar en el objeto expresado, y lo avisará, para que asistan a ella, cuando pudieren, los Secretarios del Despacho”.

³ El artículo primero de la Ley dispuso el orden de aplicación de las diversas normas jurídicas, y aparentemente constituyó el fruto de los trabajos de la Comisión creada en 1822. No obstante, cabe significar cómo el problema de la prelación de las leyes, contemplado por el artículo 188 de la Carta Fundamental de Cúcuta, presentó dificultades al Poder Ejecutivo en su aplicación práctica, motivo por el cual sometió el asunto al Senado, donde fue considerado los días once, veinte y veinticuatro de enero, tres de febrero y catorce de marzo de 1825 (“*Congreso de 1825. Senado. Actas*”, Biblioteca de Historia Nacional, Volumen LXXXV, publicadas por ROBERTO CORTAZAR y LUIS AUGUSTO CUERVO, Bogotá, 1952, págs. 73, 131, 166, 236-237 y 507).

⁴ BARALT Y DÍAZ comentan al respecto: “La copiosa legislación que quiso Colombia adaptar a pueblos entre sí tan diversos, había sido sobre manera embrollada por los Decretos especiales con que esperó el Libertador remediar sus inconvenientes. Tras la confusión de las reglas vino el abuso de las interpretaciones arbitrarias: con el régimen militar y las autorizaciones casi ilimitadas concedidas a los Jefes superiores, cumpliáanse las leyes o se les negaba obediencia según el querer del que mandaba. Habíase introducido la práctica de derogarlas en parte y dejarlas en parte vigentes, originándose de aquí tal incertidumbre, desconcierto y enredo, que ni el Juez podía estar seguro de fallar en virtud de la Ley, ni el letrado de pedir lo que ella le acordaba. No estaba el mal solamente en la multiplicidad de las disposiciones y en su forma irregular; sino que inspiradas unas por el espíritu republicano que animó a los

jeron resultado efectivo los cuerpos designados con el mismo objeto el *siete de abril de 1835* y el *dieciocho de abril de 1840*, aun cuando debe destacarse el esfuerzo de un ilustre jurisconsulto, el doctor JULIÁN VISO, quien presentó al Congreso el *veinte de enero de 1854* un Proyecto de Código Civil que fracasó por circunstancias ocasionales⁵.

La gloria de dotar a la República de su primer Código Civil corresponde al General JOSÉ ANTONIO PÁEZ, quien el *primero de octubre de 1861* designó a los doctores JULIÁN VISO y ELÍAS ACOSTA, y al Licenciado JESÚS MARÍA MORALES MARCANO para la redacción de los Códigos civil y penal⁶: decreto comentado por el Licenciado LUIS SANOJO en los términos siguientes:

Congresos de Colombia, y decretadas otras según el de la dictadura, eran por fuerza inconexas y a veces de todo punto inconciliables. Gran paso hacia el orden había dado Venezuela; pero sus trabajos legislativos habrían sido inútiles si limitándolos al Código fundamental, no hubiera puesto en armonía con él aquellas disposiciones que contrariaban o entorpecían su marcha. Todas las reformas útiles no podían sin embargo, ser obra de sus manos; que el tiempo era escaso, las atenciones numerosas y entre los abusos y prácticas aviesas que debían corregirse, las había que por ser vetustas y arraigadas demandaban pensar maduro, gran tino y convenientes precauciones. El Constituyente, pues, contrajo su atención a lo más importante, dejando a los Congresos sucesivos el encargo de perfeccionar la empresa comenzada" (*Resumen de la Historia de Venezuela desde el año de 1797 hasta el de 1830*, Brujas-Paris, Tomo II, 1939, págs. 385-386).

- ⁵ Debe igualmente mencionarse que el Congreso constitucional reunido en 1831 nombró una Comisión que debía compilar las partes no derogadas de las Leyes de Colombia a los fines de su reimpresión. No obstante el informe favorable del veintiuno de abril de 1831, el asunto no volvió a considerarse sino el tres de marzo de 1841, cuando se estimó inútil, de acuerdo con el dictamen de la Comisión integrada por JOSÉ MARÍA VARGAS, VALENTÍN ESPINAL, JOSÉ BRACHO y JOSÉ FREYTES, en virtud de haberse hecho ya las reimpressiones necesarias y de existir la Biblioteca Nacional desde 1833 (*Senado. — Asuntos Determinados. — Resueltos. — Diferidos. — Pendientes. — 1841*, BCN, Tomo 149, págs. 73-77).
- ⁶ En el Oficio dirigido a los recién nombrados se les dice: "Los elementos para la obra son copiosos: ricos materiales existen además esparcidos en preciosos fragmentos: modelos hay por otra parte de gran mérito científico. Actividad para reunirlos y coleccionarlos; discernimiento para hacer una selección sabia de lo que conviene y puede aplicarse a las costumbres e intereses de la sociedad venezolana: la ilustración y laboriosidad necesarias para compilar en un cuerpo de doctrina los principios de la ciencia: y ese patriotismo útil que sabe consagrarse a toda ardua tarea civilizadora, son las dotes que han hecho fijar en U. la elección de S.E.: precisamente porque quiere, y así me ha ordenado significarlo a U., que no sea éste uno de tantos bellos proyectos que en Venezuela suelen iniciarse, sin alcanzar jamás su realización. Para dar cima a los aquí indicados pueden bastar en concepto de S.E. tres meses de consa-

“La época es ciertamente propicia para la obra. Los Proyectos no serán sometidos a un Congreso y esta circunstancia por sí sola es una probabilidad en favor del acierto y expedición en aquél trabajo. Cuerpos demasiado numerosos, los Congresos no nos parecen competentes para discutir y aprobar largos proyectos de Leyes en que se quiera conservar la unidad y armonía de un plan. Los Diputados tienen la facultad de oponer todo linaje de obstáculos a la expedición de aquellas Leyes, y con frecuencia hacen uso de ella, ora para satisfacer la vanidad de ser tenidos como hombres de importancia, ora por preocupación o por capricho. Hoy el Gobierno, después de meditar bien el asunto y de oír las personas competentes, puede en la calma del gabinete y sin ninguno de los obstáculos mencionados, hacerle a la Nación un bien inestimable”⁷.

El Proyecto de Código civil, preparado por el doctor JULIÁN VISO, fue sometido al Consejo de Estado: se designó para examinarlo a los Licenciados JOSÉ SANTIAGO RODRÍGUEZ Y FRANCISCO CONDE; pero a su requerimiento fueron incluidos los ciudadanos PEDRO NÚÑEZ DE CÁCERES Y JUAN MARTÍNEZ. El Informe de la comisión nombrada fue altamente favorable⁸, y el General JOSÉ ANTONIO PÁEZ lo promulgó el veintiocho de octubre de 1862 en ejercicio de facultades dictatoriales, con vigencia a partir del primero de enero de 1863, fecha que se aplazó para el diecinueve de abril del mismo año.

gración asidua; pues es urgente satisfacer en este punto a la conveniencia pública” (“*Secretaría del Interior*”, AGN, Tomo DCXCVI, Año 1861, págs. 4-5).

⁷ “*El Foro*”, nr. 53, diez de diciembre de 1861. Bajo el rubro “*Códigos Nacionales*” agrega el Licenciado SANOJO: “No es menester decir que siendo los Códigos una obra de tanta trascendencia y magnitud, debe presidir a su elaboración una esmeradísima atención y que deben aprovecharse todos los conocimientos que haya en el País, en cuanto esto sea compatible con las circunstancias. Menester es que la obra tenga la mayor perfección posible, así para que produzca el buen efecto que se pretende, como para que tenga elementos de duración y evitemos esas continuas y numerosas reformas que dan a la Legislación un carácter de inestabilidad que no poco le quita el respeto que le es debido. No por satisfacer una necesidad urgente, vayamos a sancionar Códigos con todos los defectos y errores que siempre lleva consigo la precipitación”.

⁸ El Informe de la Comisión se encuentra reproducido en la “*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*”, Caracas, 1966, nr. 2, págs. 253-286.

4. El Código Civil estuvo comprendido por las previsiones del Decreto del ocho de agosto de 1863, una vez triunfante la Revolución Federal, que derogó las normas dictadas después del quince de marzo de 1858. No obstante, ante la necesidad de "poner en armonía la legislación de la República declarada vigente con el sistema federal proclamado por los pueblos", el *once de agosto de 1863* se encomendó a los Licenciados FRANCISCO ARANDA y FRANCISCO PIMENTEL y ROTH, al doctor MARIANO DE BRICEÑO y al Procurador General de la Nación, la tarea de formar los Códigos que debían reemplazar los derogados⁹.

Nada definitivo resultó de este esfuerzo, y el cambio en las estructuras jurídicas como consecuencia del triunfo de la causa federal, explica la propuesta del Diputado SANTIAGO TERRERO ATIENZA el *veintiuno de marzo de 1865*, tendiente a nombrar "una Comisión de tres miembros que, en la sesión de mañana, presente una minuta en que se indiquen las Leyes que deban expedirse y que la Constitución requiera para completar la Legislación Constitucional". Admitida la sugerencia, entre otras se afirmó la necesidad de preparar un Proyecto de Código Civil, a cuyo efecto fueron designados los Representantes ALFARO, DUGARTE y SALUZZO^{9-a}.

De manera simultánea, el *treintiuno de marzo de 1865* el señor ANTONIO LEOCADIO GUZMÁN propuso en la Cámara del Senado, "que se nombre una Comisión especial de tres miembros para que presente el lunes próximo un Informe conteniendo la lista de las leyes complementarias de la Constitución, de conformidad con las prescripciones que ella establece"; y ante el señalamiento de la conveniencia de nombrar una Comisión de Códigos, fueron designados los Senadores MONSALVE, PIMENTEL, BAP-

⁹ RDLDV, Tomo IV, nr. 1.358, pág. 229; MMRI, 1.863, "Exposición Preliminar", pág. 43.

^{9-a} "Diario de Debates de la Cámara de Diputados", nrs. 10 y 11, primero y tres de abril de 1865. "Congreso de Venezuela. Cámara de Diputados. 1865", BCN, Tomo 367, págs. 272-275. También resolvió la preparación de un Proyecto de Código Penal, labor encomendada a los Representantes ALVAREZ DE LUGO, BARRIOS y LEDEZMA.

TISTA, VETANCOURT, GONZÁLEZ DELGADO, RODRÍGUEZ, SILVA, CEGARRA Y URRUTIA^{9-b}.

El fracaso práctico de la nueva tentativa explica la Resolución del Ministerio de lo Interior y Justicia a cargo de JUAN VICENTE SILVA: el *nueve de diciembre de 1865* se dirigió al Presidente de la Corte de Justicia del Distrito para pedirle "se ocupe con todo interés y la eficacia que el caso demanda en redactar proyectos de Códigos civil y criminal"¹⁰; y al dar cuenta de tal iniciativa al Congreso en la Memoria presentada en 1866 insiste en la urgencia de preparar leyes adecuadas a la realidad nacional, planteamiento que reitera la Memoria del Despacho correspondiente a 1867¹¹.

El Congreso reunido en este último año se instaló el once de marzo, y poco tiempo después las Cámaras Legislativas acordaron nombrar una comisión redactora del Código civil, integrada por los doctores DIEGO BAUTISTA BARRIOS, JULIÁN VISO Y ANGEL FERMÍN RAMÍREZ¹²: previo el respectivo informe favorable fue sancionado el *veinte de mayo de 1867* el segundo Código civil de la República, con vigencia a partir del veintiocho de octubre del mismo año¹³.

^{9-b} "Diario de Debates de la Cámara del Senado", nrs. 16 y 20, siete y doce de abril de 1865. "Senado. — Poder Ejecutivo. — Memorias. — Elecciones. — Asuntos Resueltos. — Determinados. — Diferidos. — Pendientes. — Proyectos Rechazados. — Económico. — Misceláneas. — 1865", BCN, Tomo 370, pág. 229.

¹⁰ MMRI, 1866, "Documentos", nr. 26, pág. 30.

¹¹ MMRI, 1866, "Exposición Preliminar", "Códigos Nacionales", pág. 30; MMRI, 1867, "Exposición Preliminar" pág. VIII, "Códigos Nacionales", págs. 29-31.

¹² Al respecto señala el doctor LUIS I. BASTIDAS: "Hay una discrepancia entre el dato que presenta el doctor ZULOAGA y el que ofrece el señor GONZÁLEZ GUINÁN, porque éste indica al doctor DIEGO BAUTISTA URBANEJA como Miembro de la Comisión, y el doctor ZULOAGA indica en lugar de aquél al doctor DIEGO BAUTISTA BARRIOS. Siendo los doctores VISO Y RAMÍREZ extraños a las Cámaras Legislativas, es lo más probable que la elección del tercer Miembro de la Comisión, también recayera en un abogado extraño a ellas, porque son contrarios a las prácticas parlamentarias las Comisiones mixtas, esto es, formadas por elementos de dentro y de fuera de los Cuerpos Legislativos. Por este motivo, me inclino a creer que fue el doctor BARRIOS ese tercero, pues el doctor URBANEJA ocupaba puesto en la Cámara del Senado" ("Historia del Código Civil venezolano (1862-1896)", en "Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal", número 9, Caracas, 1959, págs. 29-30).

¹³ Respecto de la evolución legislativa patria que condujo hasta el Código Civil de 1867 pueden verse: AGUILAR GORRONDONA, José Luis. "Derecho Civil I.— Personas", Caracas, 1963, págs. 27-28; BASTIDAS,

5. La premura en los trabajos fue objeto de crítica por el Licenciado LUIS SANOJO:

"Sensible es que no se hubiese dado lugar a un examen ilustrado del Proyecto, publicándolo antes de haberlo elevado a Ley de la República. Acaso de esa manera se habría logrado dar mayor perfección a la obra, poniéndose a contribución las luces de todos y aprovechándose las observaciones que hubiesen hecho los hombres competentes en la materia. Mas se procedió con una precipitación que por fuerza había de producir tristísimos resultados en uno de los asuntos más importantes en la vida de los pueblos. No sólo no se sometió el Proyecto al juicio de la Nación, sino que se dio a la Comisión redactora un término muy breve para presentarlo a la Legislación y ésta lo sancionó sin discusión ni examen, fundando su resolución en un juicio, acaso no muy concienzudo, que formó de él una comisión de su seno, que se nombró al efecto. Todo ha provenido, a la cuenta, de la idea que generalmente se tiene sobre la facilidad que existe para la formación de un Código, después de los adelantos hechos

art. cit., págs. 9-84; CHUMACEIRO CHIARELLI, Fernando. "Bello y Viso. Codificadores", Maracaibo, Venezuela, 1959; DOMÍNICI, Anibal. "Comentarios al Código Civil Venezolano", Tomo I, Caracas 1897, págs. X-XVIII; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, César. "Exposición de la Codificación Civil en Venezuela", en "Tesis de Grado. Promoción de Abogados. 1936", Caracas, 1956, págs. 515-586; GUTIÉRREZ ALFARO, Tito. "Historia de la Codificación del Derecho Civil en Venezuela", en "Revista Jurídica", nrs. 43-44-45, Caracas, 1933, págs. 231-232; GUZMÁN HIJO, Pedro. "Nota Bibliográfica" en "Proyecto de Código Civil de Don Julián Viso", Caracas, 1954, págs. III-XV; KUMMEROV, Gert. "Prólogo", en "Luis Sanojo - Julián Viso. - Estudios Escogidos", Caracas, 1959; MACHADO, José Enrique. "Historia del Código civil venezolano", Caracas, 1934; MUCI ABRAHAM HIJO, José. "Esquema de la Codificación Civil en Venezuela", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela", Año 1956, nr. 8, págs. 269-282; PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "Los antecedentes de la Codificación civil y el Derecho internacional privado venezolano (1810-1862)" en "Revista de la Universidad Católica Andrés Bello", Año 1966, nr. 2, págs. 78-143; ZAMBRANO VELAZCO, José Alberto. "Introducción a la teoría de las Obligaciones", en "Revista del Ministerio de Justicia", Año 1962, nr. 41, págs. 99-115; ZULOAGA, Nicomedes. "Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela", en "Revista del Ministerio de Justicia", Año 1959, nr. 29, págs. 33-56; ZULOAGA, Nicomedes. "Códigos y Leyes" en "La Doctrina Positivista", Publicaciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1961, Tomo XIV, págs. 451-473.

últimamente por la ciencia, y de los grandes modelos que nos ha proporcionado el siglo. Pero si se atiende que en toda Legislación hay por necesidad dos órdenes de principios: los principios absolutos que no admiten variedad en el tiempo ni en el espacio, y otros que tienden únicamente a la práctica de los primeros y que por lo mismo varían según los recursos, los hábitos y tradiciones de cada país y de cada época, se convendrá en que no es tan fácil como se cree, la obra de la codificación, por más que el desarrollo de la ciencia y de los trabajos legislativos de otros pueblos puedan ser muy útiles”.

Agrega igualmente el Licenciado LUIS SANOJO:

“Bien se dejará comprender que en nuestro concepto el Código civil adolece de grandes defectos, debidos en su mayor parte a la brevedad del tiempo que se dio a la comisión redactora. ¿Cómo había ésta de pesar todas las circunstancias que dejamos expuestas, en treinta o cuarenta días, que fue el término que dio cima al arduo trabajo? Hizo lo que era posible: copió casi literalmente un proyecto de Código formado para un país extranjero. La premura con que había de obrar la hizo adoptar un Código escrito en español, porque no había tiempo ni tan siquiera para traducir. Los redactores trasladaron casi en su totalidad el proyecto de Código presentado al Gobierno español, por una comisión nombrada para su redacción y que ha publicado con comentarios y concordancias el señor Don FLORENCIO GARCÍA GOYENA¹⁴. No fue esta obra mui feliz en su país nativo, pues las Cortes de España no la han acogido, y a lo que parece ha sido abandonada definitivamente en aquél Reino. Y ciertamente la Nación que se dió el magnífico Código penal, no puede sancionar ese Proyecto a que el señor GOYENA ha tenido la desgracia de dar su nombre. La precipitación con que procedieron nuestros redactores ha sido tal que han adoptado el proyecto hasta con sus errores de imprenta, como vamos

¹⁴ La Obra de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, “*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*”, publicada en cuatro tomos en Madrid el año de 1852, era conocida en esta ciudad según se desprende del ofrecimiento público de venta hecho por la Librería de Rosa, Bouret y C. en el “*Diario de Avisos y Semanario de las Provincias*, nr. 95, correspondiente al trece de mayo de 1857.

a demostrarlo con algunos ejemplos que hemos encontrado en el estudio que hemos hecho del Código"¹⁵.

De igual modo, al referirse a los Códigos Civiles y de comercio vigentes para la época, el doctor RICARDO OVIDIO LIMARDO expresa:

"hechos de carrera, en medio de vaivenes políticos, y por lo tanto sin meditación ni concierto alguno, parecen calculados más bien para multiplicar los pleitos y enmarañar la legislación, que para disminuirlos y establecerla de un modo preciso y duradero"¹⁶.

No obstante los defectos del Código civil de 1867, es preciso reconocer con NICOMEDES ZULOAGA que "fija una nueva era en la historia de nuestro desenvolvimiento jurídico, pues con él entramos al fin en las doctrinas y las prácticas de la codificación moderna, abandonando el viejo ropaje español, que tan mal llevábamos y tanto estorbaba al natural desenvolvimiento nacional"¹⁷.

6. Un esfuerzo tendiente a superar los inconvenientes del Código civil de 1867 no ocurre sino después del triunfo de la "Revolución Azul", acaudillada por el General JOSÉ TADEO MONAGAS: el Gobierno colectivo organizado provisoriamente para regir los destinos de la República, el diez de octubre de 1868 creó "una comisión compuesta de cuatro abogados, para que examine el Código civil de la República, sancionado el veinte de mayo de 1867, y proyecte las reformas que en su concepto deben hacer-

¹⁵ SANOJO, Luis. "Juicio Crítico sobre el Código civil", Caracas, 1867, págs. 1-4. Los diversos autores patrios se encuentran acordes en el modelo seguido por el Código civil de 1867. No obstante, el historiador FRANCISCO GONZÁLEZ GUINÁN expresa: "Este Código está calcado en el que expidió en 1862 la Dictadura del General Páez y que no llegó a regir porque el estado de guerra en que el País se hallaba no permitió su absoluta promulgación. La Comisión redactora consultó los Códigos civiles de Francia, Italia y otros Países" ("*Historia Contemporánea de Venezuela*", Tomo IX, Caracas, 1910, pág. 36).

¹⁶ LIMARDO, Ricardo Ovidio. "*Legislación Comercial comparada, o sea, Códigos de Comercio de Europa y América comparados entre sí con una introducción y apreciación crítico-filosófica*", Tomo I, París, 1869, pág. 287.

¹⁷ ZULOAGA, Nicomedes. "*Códigos y Leyes*", art. cit. pág. 462.

sele”; fueron escogidos para integrarla “los ciudadanos Dr. JOSÉ MANUEL GARCÍA, Licenciado MANUEL CADENAS DELGADO, CECILIO ACOSTA Y RAMÓN FEO”, y se les impuso el deber de presentar “a la próxima Legislatura Nacional, en sus diez primeros días, los proyectos cuya formación se les confía”¹⁸.

La premura del tiempo asignada y la urgencia de promulgar también el Código Penal explican el nuevo decreto del *veintiocho de octubre de 1868*: se mantuvo la Comisión revisora del Código civil, aun cuando fueron designados para integrarla los Licenciados LUIS SANOJO, MANUEL CADENAS DELGADO, CECILIO ACOSTA Y JUAN PABLO ROJAS PAÚL y el doctor RAMÓN FERNÁNDEZ FEO¹⁹.

7. Las medidas anteriores fueron recibidas con beneplácito por la opinión pública, y “*El Federalista*” correspondiente al *veinticuatro de diciembre de 1868* expresó:

¹⁸ “*El Federalista*”, nr. 1.541, *catorce de octubre de 1868*. El artículo segundo del Decreto creó otra Comisión, compuesta por tres abogados, para que formulara un Proyecto de Código de Procedimiento Judicial, y se designaron para integrarla a los ciudadanos Licenciado LUIS SANOJO, JUAN PABLO ROJAS PAÚL Y ELÍAS MICHELENA; y en el artículo quinto se previno: “El Congreso designará la cantidad con que debe ser remunerado el trabajo de estas Comisiones codificadoras”. El *trece de octubre de 1868* se participaron los respectivos nombramientos y en el oficio que les fuera enviado se les dice: “Cree y espera el Gobierno que Usted no vacilará para poner al servicio de la Patria sus acreditados conocimientos científicos y prácticos, en una materia de tan elevada importancia para todos los intereses de la Unión” (“*El Federalista*”, nr. 1.541, *catorce de octubre de 1868*). La aceptación del encargo por MANUEL CADENAS DELGADO, JUAN PABLO ROJAS PAÚL Y RAMÓN FEO se encuentra publicada en los números 1.544, 1.545 y 1.546 de “*El Federalista*” correspondientes a los días diecisiete, dieciocho y diecinueve de octubre de 1868.

¹⁹ RDLDV, Tomo IV, nr. 1.645, pág. 749. Los Considerandos del Decreto leen como sigue: “1º Que es de grande y urgente importancia la promulgación del Código Penal, por falta del cual los Tribunales carecen de reglas uniformes para la represión y castigo de los delitos, y los habitantes de la República están sometidos a la arbitrariedad, consecuencia precisa de aquella falta de reglas en tan importante materia. 2º Que las íntimas conexiones que tiene la materia del Código de Procedimientos Judiciales con la del Código civil, hacen necesarias la unidad del pensamiento y la armonía en la confección de ambos Códigos; y 3º Que es corto el tiempo señalado a las Comisiones nombradas por el Decreto de 10 de los corrientes, para presentar al Congreso el resultado de sus trabajos sobre el Código civil y el de Procedimiento Judicial”.

“Cuando a la hora en que escribimos, la autoridad y vigencia de los Códigos Nacionales es para algunos centros de población un problema, un mito o una superchería; cuando en Caracas rige el de Comercio sancionado el año de 1862, y más allá las Ordenanzas de Bilbao; y a tiempo que el civil impera en varias partes del territorio de la Unión, en otras vecinas no se conoce siquiera su existencia, decidiéndose los litigios por las Partidas y la Recopilación; cuando se piensa con juicio a nuestro entender, en conservar mejorada la nueva forma, y, hasta donde es posible, el espíritu de las últimas prescripciones civiles decretadas, ¿no valdría la pena reunir a los abogados para que discutiendo se entendieran, y entendiéndose divulgaran, razonaran, y dieran solidez en la confianza pública a la obra ardua y necesaria de una jurisprudencia requerida por nuestros hábitos y la fisonomía de los tiempos? La vacilación de los jueces, la discrepancia de sus fallos en presencia del Código civil será más temible y desastrosa, a proporción que los mandatos de aquél vayan alcanzando por el transcurso de los años a mayor número de actos y contratos de la vida social, haciendo así más inminente y saludable la creación de un foco que irradie clara luz sobre los complicados y trascendentales asuntos del derecho”²⁰.

8. Los decretos del diez y veintiocho de octubre de 1868, por otra parte, establecieron las bases para satisfacer las consideraciones hechas por el Ministerio de Fomento, a cargo de NICANOR BORGES, en la Memoria presentada al Congreso de la República, de fecha *treintiuno de diciembre de 1868*:

“Toca a los Legisladores de 1869 perfeccionar y consolidar la obra de nuestra rehabilitación política, sustituyendo en su plenitud el imperio de la Ley, base de progreso, al pretendido derecho de la fuerza, germen de desorganización y atraso. La marcha moral y material de la Nación exige urgentemente la reforma del Código Civil, no practicado en gran parte, por ser defectuoso, a pesar de haberse mandado observar desde el veintiocho de octubre de 1867. Ni podría ser de otro modo, atendidos el poco tiempo de que pudieron disponer para su formación

²⁰ “*El Federalista*”, nr. 1.599, *veinticuatro de diciembre de 1868*: artículo aparecido bajo el rubro “*Colaboradores*”.

los jurisconsultos comisionados al efecto, y la ligereza con que fue sancionado por los Legisladores de 1867. En un pueblo esencialmente católico no se hacen lugar las leyes que contrarían las disposiciones de la Iglesia, o a ésta directa o indirectamente. Enhorabuena que haya tolerancia para las sectas y los usos y prácticas religiosas y civiles emanadas de aquellas: esto lo permite el catolicismo y lo demanda la civilización del mundo; pero la razón y la conveniencia social aconsejan que los Legisladores católicos no alteren repentinamente las costumbres de un pueblo, ni lo expongan a riesgos y peligros nuevos, ya conduciéndolo, por lo menos, al desprecio de sus creencias, ya abriéndole ancha puerta para desobedecer la autoridad paterna que es la base de la sociedad y entre nosotros el fundamento principal de la moralidad, casi proverbial de nuestras familias. También aconsejan no entorpecer la autoridad de los testadores sino, por el contrario, dar a estos la mayor libertad posible para sus últimas disposiciones. El País tampoco se halla en el estado de ser regido por las disposiciones llamadas de crédito que contiene aquél Código. Aunque sin una buena Legislación no puede haber prosperidad de ninguna especie, me limito sólo en este párrafo a anunciar lo que tiene una íntima relación con las materias asignadas al Despacho de este Ministerio; y como consecuencia llamo la atención del Congreso a los títulos 2, 3, 5, 6 y 8 y a la Sección 2ª Título 15 del Libro 1º; a las Secciones 7ª, 9ª y 13ª del Título 1º Libro 3º; y a la 1ª del Título 5º del mismo Libro, y a las 9ª, Título 4º y 3ª Título 17, Libro 4 y sus concordantes del Código citado²¹.

9. Resultado de los trabajos de la Comisión revisora fue un Proyecto de Código Civil, que comenzó a publicarse en "El Federalista" correspondiente al catorce de enero de 1869 precedido de la siguiente nota explicatoria:

"Con el debido permiso del Ejecutivo Nacional, la Comisión Revisora del Código civil procede a publicar el resultado de sus trabajos. El Proyecto que principia hoy a ver la luz pública no está definitivamente aprobado por la Comisión, quien se reserva el derecho de modificarlo, si lo encontrase conveniente, siendo

²¹ "Memoria del Ministerio de Fomento", 1869, "Exposición Preliminar", pág. V-VI.

cabalmente el objeto de la publicación oír las observaciones que tengan a bien hacer las personas competentes en la materia. En tal concepto, se excita a todos a que dirijan a la Comisión, sea privadamente, sea por la prensa, las indicaciones que se les ocurran. Conoce la Comisión lo arduo de la empresa y por lo mismo quiere aprovecharse de las luces de todos para que la obra quede con la mayor perfección posible. Y no se crea que al hablar de personas competentes, se quieran señalar únicamente los profesores del derecho. Es competente en la materia toda persona ilustrada, todo el que tenga conocimiento de nuestras costumbres, del estado general del País, de sus necesidades y recursos de todo género. Cuántas veces una observación útil viene de un hombre extraño a toda ciencia, pero que por su posición particular, por su espíritu práctico y por mil otras circunstancias ha podido ver lo que se escapa a las veces a hombres que han estudiado con ahinco y con buen éxito la materia sobre que versa la observación! La Comisión quiere que el País tome parte, en cuanto esto sea posible, en la formación de su Ley civil, que regla y pone bajo la guarda de la sociedad muchos de los actos más importantes de la vida”²².

10. El Proyecto de Código civil publicado en 1869 incluyó algunos preceptos sobre nacionalidad en el Título Primero del Libro Primero²³: los artículos diecinueve y veinte de la Sección Segunda, sin embargo, no hicieron sino reiterar las normas pertinentes de los Códigos civiles de 1862 y 1867. En efecto, el primero se limita a dividir las personas en venezolanos y extranjeros; y en el segundo fueron definidas ambas categorías: “Son vene-

²² “*El Federalista*”, nr. 1.614, *catorce de enero de 1869*.

²³ “*El Federalista*”, nr. 1.615, *quince de enero de 1869*. El Libro Primero del Proyecto estuvo rubricado: “*De las personas*”; su Título Primero: “*De las personas en general y de las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*”, y la Sección Segunda: “*De las personas en cuanto a su nacionalidad*”. En el Código civil de 1867 la materia fue regulada en la Sección Primera (“*De los venezolanos y extranjeros*”), Título Primero (“*De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*”) del Libro Primero; y en el Código Civil de 1862 en la Ley Primera (“*División de las Personas*”) Título Primero (“*De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*”) del Libro Primero (“*De las Personas*”). El Proyecto de Código civil del doctor JULIÁN VISO había regulado la materia al tratar “*Del goce y de la pérdida de los derechos civiles*”, en el Título Segundo del Libro Primero (“*De las personas*”).

zolanos los que la Constitución de la República declara tales. Los demás son extranjeros"²⁴.

Constituye característica del Proyecto haber regulado los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer²⁵: perspectiva explicable por el influjo de los Códigos civiles de Francia y de Italia, aun cuando debe advertirse que ninguna vigencia tenían para nosotros los motivos que justificaron incluir tales preceptos en los modelos europeos²⁶. No obstante, el Legislador venezolano adopta definitivamente este criterio a partir de 1873, y la inercia parlamentaria mantiene el sistema durante un largo período histórico²⁷.

²⁴ Idéntica fórmula utilizaron los Códigos civiles de 1862 (artículos primero y segundo, Ley Primera, Título Primero, Libro Primero) y de 1867 (artículos diecinueve y veinte).

²⁵ El Proyecto de Código civil nada dispuso acerca de la influencia del matrimonio sobre la nacionalidad del hombre: la circunstancia de encontrarse casado con venezolana constituyó motivo para disminuir la residencia exigida por las Leyes sobre naturalización de 1821 y 1823 (artículo sexto); y fue incluida dentro de los requisitos de cumplimiento alternativo previstos por el artículo primero de la Ley del veintisiete de mayo de 1844 (PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "La Constitución de 1830 y los Venezolanos por Naturalización", Caracas, 1969, págs. 252-253; 343-345).

²⁶ El Código civil de Francia incluyó normas sobre nacionalidad como presupuesto para el goce de los derechos civiles en principio reservados a los franceses; y por el mismo motivo lo hicieron los Códigos civiles italianos anteriores a 1865: el de las Dos Sicilias, del veintiseis de marzo de 1819; el de Parma, Piacenza y Gustalla del veintitrés de marzo de 1820; el de Sardeña en Tierra Firme (Código Albertino) del veinte de junio de 1837. El Código civil italiano de 1865 reguló la nacionalidad por un motivo diferente, a saber, la ausencia de preceptos sobre la materia en la Constitución (MAKAROV, Alexander N. "Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts", Tübingen, 1962, págs. 103-110; 119-120).

²⁷ En Venezuela el régimen de la nacionalidad tuvo rango constitucional a partir de 1821, y tan sólo el otorgamiento de carta de naturaleza estuvo regulado por Leyes especiales (Recuérdese, sin embargo, el artículo 222 de la Constitución de 1811). Las normas sobre la materia en los Códigos civiles venezolanos, a partir de 1873, se mantuvieron hasta 1942: tal método fue criticado por el doctor JOSÉ SANTIAGO RODRÍGUEZ ("La Nacionalidad en el Código Civil", en "Revista Universitaria", nr. 47, mayo 1911, págs. 177-179) y los artículos pertinentes fueron suprimidos por la Comisión Revisora de Códigos Nacionales, por constituir materia del dominio del derecho constitucional, a propuesta del doctor CELESTINO FARRERA, según se desprende de las actas de los días nueve y dieciseis de mayo de 1930 ("Boletín de la Comisión Revisora de Códigos Nacionales", Año I, nr. 4, pág. 22); actitud aprobada por la Comisión Codificadora Nacional el veinticuatro de noviembre de 1936, a sugerencia del mismo doctor CELESTINO FARRERA ("Boletín de la Comisión Codificadora Nacional", Año I, nrs. 2-3, págs. 5-6). Poco tiem-

11. La ausencia de norma expresa en la Legislación venezolana de épocas anteriores había conducido a la práctica administrativa a rechazar la naturalización automática de la extranjera que casara con venezolano: para obtenerla debía solicitar carta de naturaleza de acuerdo con las pautas legales correspondientes, previo el consentimiento del marido según lo dispuso el Consejo de Gobierno en *veinticinco de abril de 1834*²⁸.

En efecto, conforme a los principios de Derecho internacional público correspondía a Venezuela determinar quiénes eran sus súbditos, y no obstante haber establecido en sus diversas Constituciones las personas calificadas como venezolanas, nada había dispuesto acerca de la extranjera casada con regnícola. En tal virtud, no era posible tomar en cuenta los preceptos del antiguo derecho español que asignaban la nacionalidad del marido a la mujer, pues la supervivencia de tales disposiciones estuvo supeditada la ausencia de normas expresas sobre una determinada materia²⁹.

12. Ninguno de los textos patrios había admitido hasta la época de manera expresa la posible pérdida de la nacionalidad venezolana; antes al contrario, el artículo séptimo de la Constitución de 1864 dispuso terminantemente: "No pierden el carácter de venezolanos los que fijan su domicilio y adquieran nacionalidad en país extranjero"³⁰. Por tanto, no debe sorprender la actitud

po después recibió el beneplácito de la Corte Federal y de Casación en sentencia del *veinticinco de septiembre de 1937*, con una mayoría de cuatro votos contra tres, bajo Ponencia del propio doctor CELESTINO FARRERA en los términos siguientes: "...En toda la América es práctica común la de fijar en la Constitución quienes son nacionales y cómo se adquiere y se pierde la nacionalidad, con lo cual dan a la materia el carácter de reglas de orden público internacionales, carácter éste que le atribuye de modo terminante el Derecho internacional privado admitido y consagrado por casi todo el Continente americano..." (*Memoria de la Corte Federal y de Casación*, Año 1938, pág. 284).

²⁸ PARRA ARANGUREN, "La Constitución de 1830...", págs. 221-224.

²⁹ Respecto a las normas del antiguo derecho español pueden verse los siguientes comentarios de la época: GARCÍA GOYENA, op. cit., Tomo I, Madrid, 1852, pág. 38; "Revista de Derecho y Legislación", Tomo XVIII, Año 1861, pág. 681.

³⁰ La Constitución de 1830 reguló la pérdida de los derechos del ciudadano; en 1857 y 1858 sólo su eventual suspensión.

de los funcionarios en el sentido de reconocer como venezolana a la mujer a pesar de su matrimonio con extranjero.

El rechazo de efectos sobre la nacionalidad venezolana de la mujer casada encontraba también apoyo en el dispositivo de los Constituyentes, cuando atribuyeron importancia a la "madre venezolana" tanto en la nacionalidad originaria como en la adquirida. Según señala FRANCISCO VETANCOURT ARISTEGUIETA quedó abandonado el "sistema que nacionaliza a la mujer en cabeza del marido, salvo que el Legislador hubiera querido referirse sólo a la madre natural"³¹.

La práctica administrativa de la época igualmente se conformó con esta perspectiva; numerosos expedientes de naturalización contienen declaratoria del solicitante de encontrarse casado con venezolana, en cuyo caso no se produjeron los efectos colectivos previstos por las Leyes de 1821, 1823 y 1844³²; y la Resolución del Consejo de Gobierno del *doce de agosto de 1848* fue categórica al afirmar: "que el hecho de ser casada una venezolana con un extranjero, no la excluye del deber en que está como tal venezolana de contribuir con la cantidad que prudentemente se le haya exigido por vía de empréstito, en concepto de que posee cuantiosos bienes peculiarmente suyos"³³.

También deben destacarse a este respecto diversos comentarios de la Cancillería en sus Memorias al Congreso con motivo de los múltiples reclamos internacionales que perturbaron la vida pública a todo lo largo del siglo XIX: en particular los fundamentos de la Resolución del veinticuatro de septiembre de 1860 en el caso del joven Alejandro D'Empaire, nacido en

³¹ VETANCOURT ARISTEGUIETA, Francisco. *Nacionalidad, Naturalización y Ciudadanía en Hispano-América*, Caracas, 1957, págs. 349-350. La referencia a "madre venezolana" se encuentra en el inciso segundo de los artículos diez y once de la Constitución de 1830; en el ordinal tercero del artículo octavo de la Carta Fundamental de 1857, en el párrafo primero del artículo sexto de la Constitución de 1858, y en el inciso segundo del artículo sexto de la Carta Fundamental de 1864.

³² En relación al período de vigencia de la Carta Fundamental de 1858 véase: PARRA ARANGUREN, Gonzalo. *Los problemas de nacionalidad venezolana durante la Guerra Federal* en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia*, Año 1970, nr. 30 (en prensa).

³³ *Actas del Consejo de Gobierno*, BCN, Año 1849, Sesión nr. 62 correspondiente al doce de agosto de 1848.

Maracaibo de padre francés y madre venezolana³⁴; y el planteamiento hecho por el General José Gabriel Ochoa en 1865: "Un punto no decidido todavía en la Legislación venezolana y que no ha dejado de discutirse ya, es la nacionalidad de la mujer que se casa"³⁵.

13. La ausencia de efectos sobre la nacionalidad de la mujer venezolana por el hecho de su matrimonio con súbdito extranjero, hasta 1873 fue reconocida igualmente por las instancias internacionales creadas para superar el bloqueo de las costas venezolanas en 1902, con motivo del reclamo propuesto por la señora Julia Arostegui de Stevenson ante la Comisión Mixta venezolano-británica. El Comisionado de la Gran Bretaña, señor Herbert Harrison, alegó que la reclamante había adquirido la nacionalidad británica por el hecho de su matrimonio en 1855; y ante el rechazo de esta pretensión por el Representante de Venezuela, doctor Carlos Grisanti, el Superárbitro, Frank Plumley, al comentar el Código civil de 1873 dijo categóricamente:

"En general representó una renuncia a pretensiones anteriores. Hasta entonces, en lo que respecta a la influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer, en Venezuela la Ley (*organic and statutory*) era en el sentido de que una vez súbdito siempre súbdito (*once a subject, always a subject*)... Si antes de 1873 la mujer se encontraba irremediamente fuera del control de Venezuela en virtud de su matrimonio de 1855, por la Ley de 1873 Venezuela estaba disponiendo un absurdo. Por el contrario, si hasta esa época no había habido reconocimiento de un derecho a la nacionalidad por la mujer en virtud de su matrimonio con súbdito de otro Estado, entonces la Ley aparece escrita con extraordinaria fuerza y sagacidad. Es idónea y expresiva. El Superárbitro prefiere la opinión de que en 1855 la señora Stevenson no tuvo el consentimiento de Venezuela para cambiar su nacionalidad en virtud de su matrimonio, y que en 1873 la Ley fue reformada para dar ese consentimiento, aun cuando ciertamente sólo para quienes casaran con posterioridad... Esta afirmación sobre la Ley de Vene-

³⁴ MMRE, 1861, "Exposición Preliminar", "Cuestión de Nacionalidad", pág. 28.

³⁵ MMRE, 1865, "Exposición Preliminar", págs. 12-13.

zuela anterior a 1873 y desde entonces, no se encuentra en des- armonía con el derecho establecido en otros y muy importantes Estados. Esa tenaz pretensión de un País (*tenacious grasp*) sobre sus nacionales originarios no es característica de Venezuela: tiene competentes y poderosos contemporáneos...³⁶.

La conservación de la nacionalidad venezolana de la mujer casada con extranjero había sido reconocida también con motivo del reclamo propuesto por las señoras Narcisa de Hammer y Amelia de Brissot ante la Comisión Mixta creada por el Convenio del veinticinco de abril de 1866 entre Venezuela y los Estados Unidos de la América del Norte: el Representante de Venezuela, José Andrade, y el Comisionado americano, Mr. Little, estuvieron de acuerdo en la ausencia de efectos de la celebración del matrimonio sobre la nacionalidad de las reclamantes, habida cuenta de que el vínculo fue contraído en 1853 y por cuanto los Estados Unidos de la América del Norte sólo promulgaron dos años después la Ley que imponía su nacionalidad a las mujeres casadas o que contrajeran matrimonio con súbditos americanos³⁷.

La nacionalidad venezolana de la mujer, no obstante su matrimonio con extranjero, fue admitida de igual modo al decidirse el reclamo propuesto por Carmen Silva de Masiani ante la Comisión Mixta venezolano-francesa³⁸; y en la sentencia dictada por el Superárbitro Jackson H. Ralston en el caso de Matilde de Miliani, quien había contraído matrimonio en 1872, resuelto por la Comisión Mixta italo-venezolana: No obstante, es preciso señalar cómo en estas oportunidades se admitió el funcionamiento del precepto del Código civil que preveía la recuperación de la nacionalidad venezolana una vez disuelto el vínculo, por la

³⁶ RALSTON, Jackson H. "Venezuelan Arbitrations of 1903", Washington, 1904, págs. 452-453.

³⁷ MOORE, John Basset. "History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party", Washington, 1898, Tomo III, págs. 2.456-2.457. Comentarios sobre dicha sentencia en: PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "La Nacionalidad Venezolana Originaria", Tomo II, Caracas, 1964, págs. 358-368.

³⁸ RALSTON, Jackson H. "Report of French-Venezuelan Claims Commission of 1902", Washington, 1906, págs. 241-243. El matrimonio de la señora Carmen Silva de Masiani había tenido lugar en 1858, y la sentencia destaca la similitud del caso con el reclamo propuesto por la señora JULIA AROSTEGUI DE STEVENSON para dar por reproducidos los argumentos expuestos en esta última sentencia.

circunstancia de haber ocurrido la muerte del marido después de 1873³⁹.

14. El Proyecto de Código civil publicado en 1869 pretendió reformar el sistema vigente sobre los efectos de la celebración del matrimonio en la nacionalidad de la mujer casada, para ajustarlo a las tendencias dominantes en la época, orientadas hacia un régimen unitario dentro de la familia. En esta forma siguió las pautas de las Leyes de 1821, 1823 y 1844 que naturalizaron automáticamente la mujer casada en cabeza del marido⁴⁰; y al mismo tiempo hizo frente a las críticas que el doctor ANÍBAL DOMÍNICI hiciera al Código civil de 1862, cuando dijo: "Tocante al derecho internacional privado es también deficiente... Nada se dice en cuanto a la nacionalidad de la extranjera que contrae matrimonio con un venezolano, y se pasa en silencio el estatuto personal del extranjero, todo lo que era elemental en la ciencia del Derecho desde mucho antes de la confección del Código citado"⁴¹.

³⁹ RALSTON, Jackson H. "Venezuelan Arbitrations of 1903", Washington, 1904, págs. 759-760. En todos los reclamos mencionados el conflicto fue resuelto a favor de Venezuela con vista de la nacionalidad efectiva de las reclamantes. Solución similar tuvieron las demandas de las viudas de SEBASTIANO BRIGNONE y de AMERICO POGGIOLI, aparentemente casadas en época posterior a la vigencia del Código Civil de 1873 que estableció la pérdida automática de la nacionalidad venezolana de la mujer casada con extranjero, durante la existencia del vínculo (RALSTON, op. cit., págs. 715-716, 866).

⁴⁰ El logro de un régimen unitario de nacionalidad en el seno de la familia, según acertadamente observa el doctor LORENZO HERRERA MENDOZA, implicaba "que se fijaran las normas de la nacionalidad por el sistema casi exclusivo de la herencia sanguínea (*ius sanguinis*) y que se redujera al mínimo el *ius soli*. Exigía también que la mujer tuviera la nacionalidad y el régimen civil del marido, para lo cual se le dio a ella, impositivamente, la vinculación jurídica de éste, sin posible disenso válido. Y siempre con igual orientación unificadora, muchos Estados, aunque con matices diversos, adoptaron la *naturalización familiar colectiva*, bastando, al efecto, la nacionalización del jefe de ella, y descartaron así el pensamiento de que el cambio de nacionalidad debiera ser algo personalísimo, en lo que no debiera influir la voluntad extraña, ni siquiera la de un progenitor, ni la de un cónyuge..." ("*Generalidades sobre el régimen familiar*" en "*Estudios sobre Derecho internacional privado y Temas conexos*" Caracas 1960, pág. 282). La actitud de nuestros Legisladores demuestra que nunca realizaron todos los esfuerzos indicados, por cuanto el *ius soli* constituyó el criterio básico para atribuir la nacionalidad originaria.

⁴¹ DOMÍNICI, pp. cit., I, pág. XII.

15. Dentro de tales directrices, el artículo veintidos del Proyecto de Código Civil dispuso: "*La extranjera que se casare con un venezolano, adquirirá los derechos civiles propios de los venezolanos y los conservará aún después de viuda*"⁴²; precepto que explica el Licenciado LUIS SANOJO en los términos siguientes:

"Según esto, el estatuto personal de la mujer casada será el mismo de su marido y ella tendrá en la familia y en todo lo que se refiera a ella los derechos y obligaciones que concede a los extranjeros de la nacionalidad de su marido el derecho vigente en Venezuela. Así debe ser, porque de lo contrario no habría unidad en las relaciones que median entre los cónyuges. Algunos autores dan por fundamento del principio que hace seguir a la mujer la nacionalidad del marido, la presunción de que aquella al unir su suerte a la de éste, adopta voluntariamente su nacionalidad. Otros juzgan que aquella es una medida de orden público, una consecuencia necesaria del matrimonio, que hace del hombre y la mujer una sola persona, *et erunt duo in carne una*, y que por lo mismo no se ha tenido en cuenta, para establecer el principio la voluntad de la mujer. Nosotros participamos de la opinión de los últimos, porque realmente la naturaleza del matrimonio, es tal cual en ella se presenta y porque las disposiciones legales que tratan del caso son absolutas sin referirse en nada a la voluntad de los cónyuges"⁴³.

La anterior discrepancia doctrinaria respecto de los fundamentos del artículo presenta, al decir del propio Licenciado LUIS SANOJO, "una grande importancia práctica":

"Si es el primero de los indicados, la disposición legal no tendrá lugar, cuando la mujer ha manifestado expresamente,

⁴² Como antecedente histórico de este precepto, dentro de la Legislación patria, se encuentra el inciso quinto del artículo noveno del Proyecto de Carta Fundamental presentado por los partidarios de Bolívar en la Convención reunida en Ocaña en 1828, que disponía: "Artículo 9.—Son colombianos por naturalización: . . . 5º La mujer extranjera que se case con un colombiano"; y el artículo quinto de la Ley Primera, Título Segundo, Libro Primero del Proyecto de Código civil del doctor JULIÁN VISO, así concebido: "La extranjera casada con un venezolano, o una venezolana casada con un extranjero, seguirán la condición del marido, pero si la venezolana quedare viuda podrá recuperar su nacionalidad si residiere en el País, y si no, al entrar al territorio siempre que declare su voluntad de fijarse en él".

⁴³ SANOJO, Luis. "*Instituciones de Derecho civil venezolano*", Tomo I, Caracas, 1873, nr. 63, págs. 71-72.

en el acto del matrimonio que quiere conservar su nacionalidad: si el segundo, tal declaración no tendrá efecto alguno, porque siendo la disposición de orden público, no puede renunciarse por las partes. De la opinión que se adopte dependerá también resolver si la mujer ha de conservar, mientras dure el matrimonio, la misma nacionalidad del marido, que cuando se le celebró, aun cuando éste la cambie, o si ella ha de acompañarle en todos estos cambios, a pesar y despecho de su voluntad, porque si la comunicación de la nacionalidad del marido a la mujer se cimienta en la presunción de que así lo ha querido ella, es claro que no puede creerse que haya querido adoptar una nacionalidad que no conocía, pero si la medida ha tenido por objeto establecer la unidad en el matrimonio, la mujer debe seguir el destino de su marido en este punto como en todos los demás que conciernen a la vida civil"⁴⁴.

16. El artículo veintidós del Proyecto de Código civil reguló de manera parcial el problema genérico de la influencia del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer, ya que sólo dispuso acerca de las consecuencias de la celebración del vínculo y nada dijo acerca de su naturalización automática en cabeza del marido. Este silencio, aunado a la falta de normas expresas en la Ley de trece de junio de 1865, necesariamente conducen a concluir en la ineficacia de la carta de naturaleza venezolana obtenida por el marido sobre su cónyuge: punto de vista que

⁴⁴ SANOJO, op. cit., I nr. 63, pág. 72. No obstante el anterior fundamento admitido por SANOJO, cabe advertir cómo la Ley sobre naturalización de extranjeros del trece de junio de 1865, vigente para la época, no admitía los efectos colectivos de la carta de naturaleza obtenida por el marido, al propio tiempo que dejaba abierta la posibilidad de naturalización en Venezuela para la mujer extranjera no obstante encontrarse casada. El doctor ANÍBAL DOMÍNICI explicará el criterio adoptado por el Código civil en los términos siguientes: "En principio, la mujer no debe perder la nacionalidad adquirida por el matrimonio, cuando el marido cambie de nacionalidad posteriormente. Supone la Ley que la mujer conviene en perder su nacionalidad de origen cuando se casa con un hombre de distinta Nación; más no se presume esa voluntad después del matrimonio, y por tanto la mujer debe prestar su consentimiento para volver a cambiar de nacionalidad en las ulteriores nacionalidades que obtenga el marido. La obediencia que la mujer está obligada a prestar a aquél, y el derecho que asiste al marido de representarla no colocan a la mujer bajo la potestad ilimitada del marido, ni la despojan de los derechos personales que le asignan las leyes para conservar y defender su patrimonio y todo lo que después de casada adquiere, en lo cual puede considerarse incluida su nacionalidad" (Op. cit., I, pág. 64).

encuentra mayor apoyo si se recuerda cómo las Leyes de 1821, 1823 y 1844 adoptaron categóricamente la solución contraria⁴⁵.

17. Dentro de los límites expuestos, el artículo veintidós del Proyecto se ajustó a los principios admitidos en Derecho Internacional Público, que facultan a cada Estado para determinar quiénes son sus súbditos: sólo dispuso sobre los efectos de la celebración del matrimonio desde el punto de vista de las leyes venezolanas y sin prejuzgar acerca de las consecuencias del vínculo sobre la nacionalidad extranjera de la mujer. De esta manera reprodujo criterios sostenidos por la Cancillería en sus múltiples trajines diplomáticos a lo largo del siglo XIX⁴⁶, y rindió homenaje a la doctrina más calificada del mundo científico de la época, que posteriormente harán suya los diversos autores venezolanos.

18. El funcionamiento del precepto estuvo supeditado a la extranjería de la mujer, con independencia de si ostentaba otra

⁴⁵ Los efectos de la naturalización del marido sobre su cónyuge fueron nuevamente regulados por la Ley del *veinticinco de mayo de 1882*, cuyo artículo segundo dispuso: "También la mujer se entiende naturalizada en cabeza del marido" (RDLDV, Tomo X nr. 2.429, pág. 130). El doctor ANÍBAL DOMÍNICI, al comentar dicho texto, expresa: "Nuestra Ley de 25 de mayo de 1882 establece que la mujer se entiende naturalizada, lo mismo que los hijos menores en cabeza del marido. Presúmese así su consentimiento; pero, si nos parece que no podría imponérsela, visto que la Ley precitada no dice terminantemente que la *adquiere* sino que se *entiende* que la adquiere, lo cual dá lugar a la negativa de aceptarla" (Op. cit., I, pág. 65). Idéntica inteligencia del artículo se encuentra en SIMÓN PLANAS SUÁREZ: "No era obscuro el sentido, una vez que decía se *entiende*; luego no le imponía la nacionalidad, y si sólo se la ofrecía, existía también el derecho de no aceptarla. Considerando esta disposición escribíamos en la primera edición de esta obra: "La declaración de desear la mujer conservar su nacionalidad deberá hacerse en un lapso razonable de tiempo; de otro modo, la presunción de aceptar la nueva la conformaría su silencio". Nos afirmábamos así en el criterio de que era el espíritu de la Ley dejar a la mujer la libertad de aceptar o no la nueva nacionalidad de su marido, desapareciendo por tanto del artículo el sentido dudoso que pueda darse a su natural y recta interpretación" ("Los Extranjeros en Venezuela", Lisboa, 1917, nr. 91, pág. 226).

⁴⁶ Baste citar a este respecto las Resoluciones del *primero de diciembre de 1857* y *cuatro de enero de 1858*, que reconocieron a la Madre Patria el derecho de determinar quiénes eran españoles (PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "La Nacionalidad venezolana en la Constitución de 1857", en "Revista de la Universidad Católica Andrés Bello", Año 1970, nr. 10, págs. 74-76); y la comunicación dirigida el *siete de febrero de 1878* al Ministro Residente de la Gran Bretaña en el mismo sentido (MMRE, 1878, Documentos, nr. 5, págs. 113-114).

nacionalidad o de si era apátrida, en vista del artículo veintiuno del Proyecto que calificaba como extranjeros a quienes no fueran venezolanos. En este sentido debe advertirse que no pudo aplicarse cuando la mujer ostentara varias nacionalidades, caso de ser una de ellas la venezolana: de acuerdo con los principios generalmente aceptados los funcionarios patrios debían dar preferencia a la propia nacionalidad concurrente con una extranjera⁴⁷.

19. De igual modo era requerida la capacidad general de goce de la mujer, es decir, su aptitud para ser titular de derechos y deberes, reconocida en principio a todo ser humano por el ordenamiento jurídico venezolano de la época, habida cuenta de la supresión de la esclavitud por la Ley del veinticuatro de marzo de 1854; con la advertencia de que también era admitida la capacidad de goce específica de las extranjeras para contraer matrimonio con venezolanos, según se desprende del propio artículo veintidós del Proyecto de Código civil⁴⁸.

20. La extranjera igualmente debía ser capaz de ejercicio, o sea, apta para ejercer por sí misma los derechos de los cuales era titular; aun cuando, como lo señala el Licenciado LUIS SANOJO, el artículo veintidós del Proyecto no estuvo supeditado a la mayor edad, porque al tratarse de una consecuencia forzosa del matrimonio "la Ley no exige que la mujer sea mayor, para

⁴⁷ Esta perspectiva fue defendida en la doctrina patria de la época por el Licenciado LUIS SANOJO: "Júzgase por las Leyes del País en que se sigue el juicio respectivo, si un individuo que tiene parte en aquel juicio es o nó ciudadano o vecino del mismo País. Tal decisión entraña un derecho muy importante de la soberanía del Estado, cual es el establecer si una persona debe o no comprenderse entre sus miembros, y por lo tanto no debe dejársela sometida a las Leyes de otra Nación. Poco importa pues, que las Leyes extranjeras declaren a un individuo parte integrante de otra Nación: la que juzga en un caso dado no puede dejarse arrebatar el derecho de declarar quiénes son las personas que la componen" (Op. cit., I, nr. 39, pág. 40). En el mismo sentido se expresó el doctor ANÍBAL DOMÍNICI: "...en el conflicto de las Leyes de dos Países que confieren a una persona nacionalidades diversas, cada uno de ellos puede imponer a la persona que reside en su territorio la nacionalidad establecida por su Legislación, en atención a que la Ley extranjera no puede sobreponerse a la Ley nacional" (Op. cit. I, págs. 58-59).

⁴⁸ Como simple reminiscencia histórica cabe recordar el Decreto del Libertador Simón Bolívar, en ejercicio de facultades dictatoriales, que dispuso "no se permita contraer matrimonio en Colombia a ningún español mientras dure la guerra con España": fue comu-

que al casarse pierda su nacionalidad y adquiera la de su marido, siguiendo en esto la regla de que *habilis ad nuptias habilis ad matrimonii consequentias*⁴⁹.

21. La adquisición de la nacionalidad prevista en el artículo veintidós supuso la existencia de un matrimonio válido desde el punto de vista de la Legislación venezolana, y con independencia de si el vínculo contraído era reconocido por la Ley del Estado al cual pertenecía la mujer; hipótesis posible por la diferencia de normas de Derecho internacional privado. En tal caso, el matrimonio no conllevaba los efectos previstos por la Ley extranjera aun cuando implicaría la adquisición automática de la nacionalidad venezolana.

22. La validez formal del matrimonio estuvo supeditada al cumplimiento de las exigencias impuestas por la Ley del lugar de celebración, a tenor de los artículos 117, primer párrafo, y segundo párrafo del 119, que sancionaron en esta materia específica la regla *locus regit actum*, aceptada como principio general para regir la forma extrínseca de los actos por el artículo octavo⁵⁰; con la advertencia de que la alternativa prevista en

nicado por el Ministro del Interior, José María Restrepo, a los Intendentes el *veintinueve de agosto de 1828*, y transcrito por el General José Antonio Páez al Intendente Departamental el *ocho de noviembre de 1828* (BLANCO Y AZPÚRUA, Tomo XIII, nr. 3.965, págs. 182-183). La inconveniencia práctica del Decreto se hizo manifiesta, una vez triunfante el movimiento separatista de 1830, en la solicitud de VICENTE GONZALEZ, oriundo de Castilla la Vieja, quien se dirigió el *trece de abril de 1831* a la Secretaría de lo Interior pidiendo permiso para contraer nuevo matrimonio; al mismo tiempo manifestó encontrarse avecindado en Guanare, haber sido casado antes con venezolana y querer naturalizarse en la República. El Despacho Ejecutivo resolvió el *cuatro de mayo de 1831* representar lo conducente al Congreso ante la imposibilidad de derogar el Decreto, y recordarle al mismo tiempo la mención hecha al respecto en la Memoria presentada ese año ("Secretaría del Interior", AGN, Tomo XX, Año 1831, págs. 115-117); el asunto fue discutido, previo acuerdo, una sola vez en la Cámara de Representantes el *nueve de junio de 1831* ("Cámara de Representantes. — Actos Legislativos. — Archivo. — 1831", BCN, Tomo 21, págs. 218-220); y gracias a la actitud acorde del Senado el *trece de junio de 1831* ("Senado. — Leyes. — Decretos. — Resoluciones. — 1831", BCN, Tomo 23, págs. 139-141) quedó insubsistente el Decreto del Libertador en *catorce de junio de 1831* (RDLDV), Tomo I, nr. 95, págs. 116-117).

⁴⁹ SANOJO, Op. cit., I, nr. 63, pág. 72.

⁵⁰ "Artículo 8º—La forma extrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad se rige por las leyes del País en donde se hacen; pero los venezolanos podrán seguir las disposiciones de las leyes

favor de la Legislación venezolana no podía funcionar ante la ausencia de empleados competentes de la República para autorizar matrimonios en el extranjero.

No obstante, el artículo 118 impuso un requisito adicional:

“El acta de la celebración de los matrimonios contraídos en País extranjero entre venezolanos, o entre venezolanos y extranjeros, será transcrita en los registros de los matrimonios del lugar de la residencia de los contrayentes, en el término de un año, a contar desde su regreso a Venezuela, bajo la multa de veinte a cien pesos”.

23. Los requisitos intrínsecos fueron sometidos a la ley de la nacionalidad de los futuros contrayentes, aplicada en forma distributiva, según se desprende de los artículos sexto y segundo párrafo del 117⁵¹. No obstante, el primer párrafo del artículo 119 dispuso:

“El extranjero, aún nacionalizado, que no tenga cinco años de residencia en el País, y quiera contraer matrimonio en él, debe presentar al funcionario que ha de presenciarlo una certificación de la autoridad competente del País de su último domicilio, debidamente legalizada, de la que conste que puede contraer matrimonio”.

La inteligencia literal de este precepto conduciría a declarar competente, en forma acumulativa, la ley de la nacionalidad y la del último domicilio, respecto de los extranjeros y de los venezolanos naturalizados con menos de cinco años de residen-

venezolanas en cuanto a la misma forma extrínseca cuando el acto sea otorgado ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento. En todo caso la Ley de Venezuela que haya establecido como necesaria una forma especial deberá ser cumplida”. “Artículo 117.—El matrimonio celebrado válidamente en País extranjero entre venezolanos, o entre venezolanos y extranjeros, con las formalidades establecidas por las Leyes del País en que se celebre, o por las venezolanas, producirá en Venezuela los mismos efectos civiles que si se hubiera celebrado en territorio venezolano...”. “Artículo 119.—...El matrimonio se celebrará con arreglo a las disposiciones de este Título...”.

⁵¹ “Artículo sexto.—Las Leyes obligan a todos los habitantes de la República. En cuanto al estado y capacidad de las personas y a las relaciones de familia, regirán las Leyes del País a que pertenezca la persona”. “Artículo 117... Pero si el venezolano, o venezolana contrae matrimonio en País extranjero, contraviniendo de algún

cia en la República. Sin embargo, tal no parece haber sido la intención de los Proyectistas: resulta contraria a las ideas expuestas por el Licenciado LUIS SANOJO, miembro de la Comisión redactora⁵² y a todos los antecedentes europeos del artículo, que sólo se orientan a exigir un certificado de aptitud matrimonial expedido por los funcionarios del País de la nacionalidad de los futuros contrayentes⁵³.

24. La Ley venezolana ejerció un influjo positivo al permitir la celebración en la República de matrimonios prohibidos por el ordenamiento jurídico declarado en principio competente. Así lo dispuso el artículo duodécimo del Proyecto: "No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, las leyes, actos y sentencias de un País extranjero, no tendrán efecto en Venezuela en cuanto contraríen las Leyes venezolanas en que están interesados el orden público y las buenas costumbres"⁵⁴.

De igual modo la Ley venezolana intervino para prohibir la celebración en la República de matrimonios permitidos por el

modo a las leyes venezolanas, la contravención producirá en Venezuela los mismos efectos que si se hubiese cometido en Venezuela".

⁵² En efecto, al comentar el Código civil de 1867, el Licenciado LUIS SANOJO expuso: "Advertiremos que según el art. 8º, que se halla en dicho Título Preliminar, las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan domicilio en País extranjero, y que en nuestro concepto por lo menos, la regla es reciproca, es a saber: que las Leyes del respectivo País obligan a los extranjeros residentes o domiciliados en Venezuela en el mismo asunto, a no ser que contengan disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres. No es natural suponer que la República quiera conservar sobre sus hijos residentes o domiciliados en Países extranjeros, derechos que no reconoce en otras Naciones respecto de los suyos, que se han domiciliado o que se residen en nuestro territorio" ("*Juicio...*", op. cit., pág. 8). Conceptos idénticos reprodujo al explicar el artículo noveno del Código civil de 1873: "por reciprocidad debemos concluir que a los extranjeros deben aplicarse las Leyes de su Nación relativas a las mismas materias aunque residan o tengan domicilio en Venezuela" ("*Instituciones...*", op. cit., I, nr. 39, pág. 39).

⁵³ En este sentido la Ordenanza imperial austríaca del veintidós de diciembre de 1814; la Ordenanza Real para la Baviera Renana del primero de noviembre de 1830; la circular francesa del cuatro de marzo de 1831; la Orden del Gabinete Prusiano de veintiocho de abril de 1841, recogida en la ley del trece de marzo de 1854; y el artículo 103 del Código Civil italiano de 1865.

⁵⁴ Constituye mérito particular del Proyecto de Código civil haber consagrado en un artículo expreso el orden público internacional como excepción al funcionamiento de la ley extranjera competente.

ordenamiento jurídico aplicable, por cuanto a tenor del segundo párrafo del artículo 119, el vínculo "no podrá contraerse, si respecto de él existen los impedimentos declarados por la Sección segunda".

25. La Ley declarada competente para regir los requisitos intrínsecos y la forma del matrimonio debía también decidir las consecuencias de la infracción a sus reglas: caso de establecer la nulidad del vínculo, éste resultaba ineficaz, en principio, para transmitir automáticamente la nacionalidad venezolana a la mujer⁵⁵.

Dentro de estas directrices debe mencionarse el artículo 140 del Proyecto, que dispuso:

"El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea anulado, producirá todos los efectos civiles, así en favor de los cónyuges como de sus hijos. Si hubo buena fe de parte de uno solo de los contrayentes, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos, pero deja de producir efectos civiles desde que falte la buena fe en ambos cónyuges. La buena fe se presume, si no consta lo contrario".

Ahora bien, según el doctor ANÍBAL DOMÍNICI el régimen contemplado por el artículo veintidós del Proyecto de Código constituye "una manera de adquirir la nacionalidad enteramente civil"⁵⁶: por tanto, cuando el vínculo estaba sometido a la ley venezolana pudo existir como matrimonio putativo y beneficiar la buena fe de la extranjera casada con venezolano⁵⁷.

⁵⁵ El doctor ANÍBAL DOMÍNICI es categórico sobre el particular: "Si el matrimonio hubiere sido anulado, terminará también la nacionalidad de la mujer, adquirida por ese medio civil" (Op. cit., I, pág. 62).

⁵⁶ DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 62.

⁵⁷ En el sentido del texto expresa el doctor CONSTANTINO VALERO: "La mujer casada con extranjero que según la Ley del País de su marido adquiere la nacionalidad de éste por el matrimonio, podrá, aún en el caso de que el matrimonio haya sido declarado nulo, conservar la nacionalidad de su marido si por parte de ella ha contraído el matrimonio de buena fe. Esto en aquellos países, en los que al igual de Venezuela, el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles en favor del cónyuge que obró de buena fe. La solución deberá ser en sentido contrario, si la mujer ha contraído el matrimonio de mala fe" ("*Nacionalidad de la Mujer Casada*", en "*Gaceta Jurídica*", Año 1937, nrs. 2-3, pág. 22).

26. El artículo veintidós del Proyecto no impuso el cumplimiento de ningún requisito ulterior: por tanto, la naturalización automática se producía con abstracción de los vínculos territoriales de la mujer con la República, y de su eventual domicilio, residencia o presencia en Venezuela; de igual modo era intranscendente la voluntad en contrario de la mujer, al tratarse de un efecto del matrimonio impuesto por la Ley. Así lo reconoce el Licenciado LUIS SANOJO: "las disposiciones legales que tratan del caso son absolutas sin referirse en nada a la voluntad de los cónyuges"⁵⁸; y el doctor ANÍBAL DOMÍNICI expresa en forma terminante: "Inútil es decir que la Ley concede a la mujer la nacionalidad del marido, para que los dos tengan un solo estatuto personal, como les dá un domicilio común, y que en ese punto de nada valdrían la voluntad ni las estipulaciones de los cónyuges para oponerse a evadir el precepto jurídico"⁵⁹.

27. Cabe destacar también que el artículo veintidós del Proyecto ningún distingo hizo acerca del carácter de "venezolano" del marido: en tal virtud necesariamente debía cubrir a los venezolanos por nacimiento y por naturalización, habida cuenta de la igualdad jurídica de ambas categorías, a falta de texto expreso de la Ley. Por supuesto igualmente amparaba las hipótesis de múltiple nacionalidad del marido, cuando una de ellas era la venezolana de acuerdo con los principios imperantes en la materia.

28. El matrimonio con venezolano importaba, para la mujer extranjera, la adquisición de "los derechos civiles propios de los venezolanos", según los términos del artículo veintidós del Proyecto: debían entenderse como tales, según lo expresa el doctor ANÍBAL DOMÍNICI, "todos los que emanan de las leyes civiles, comprendidas éstas en oposición a las Leyes políticas de la Nación, que son las que determinan el sistema de gobierno y las

⁵⁸ SANOJO, op. cit., I, nr. 63 pág. 72.

⁵⁹ DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 63.

relaciones de los gobernantes y los gobernados entre ellos"⁶⁰.

No obstante, resulta indudable la mente de la Comisión redactora en el sentido de atribuir la nacionalidad a la mujer extranjera casada con venezolano: así se desprende claramente de la última parte del artículo veintitrés del propio Proyecto que prevé su recuperación en el caso inverso⁶¹; y la misma inteligencia dieron los Tribunales internacionales a preceptos similares del Código civil⁶².

La declaratoria del artículo veintidós tuvo también importancia dentro del estricto ámbito de los derechos civiles, por cuanto el Proyecto sólo reconoció su goce a los extranjeros domiciliados, con las excepciones establecidas o a consagrarse posteriormente⁶³: de esta manera, la extranjera casada con venezo-

⁶⁰ DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 61. Al respecto expresa el Licenciado LUIS SANOJO: "Dividen algunos los derechos que puede ejercer el hombre en políticos, civiles y públicos, siendo los primeros los que tienen por objeto darle intervención directa o indirecta en el gobierno del País y quedando por tanto resumidos en los de elegir y ser elegido: los segundos los que tienen por objeto las relaciones privadas e individuales que existen entre los hombres; y los terceros los que sin ser políticos ni civiles, sirven para satisfacer las necesidades y aspiraciones morales o intelectuales del hombre, tales como el de asociarse, de reunirse pacíficamente y sin armas, el de dirigir peticiones, el de manifestar su pensamiento de palabra o por escrito, la libertad individual, la libertad de conciencia" (Op. cit., I, nr. 61, pág. 70).

⁶¹ Véase luego el número 53 de este trabajo.

⁶² Véase antes el número 13. La eventual duda fue disipada por la Constitución de 1904 que atribuyó la nacionalidad venezolana a la mujer extranjera casada con venezolano. En tal virtud, y por señalamiento del doctor JOSÉ SANTIAGO RODRÍGUEZ, se modificó el texto pertinente del Código Civil al reformarse en 1916; cambio de terminología criticado por el doctor ANTONIO CASAS BRICEÑO ("*La Nacionalidad de la Mujer casada*", Caracas, 1931, págs. 17-18).

⁶³ En efecto, el artículo veintiuno del Proyecto dispuso: "Los extranjeros, si estuvieren domiciliados en Venezuela, gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan en las Leyes". Tal solución resultaba contraria al régimen de igualdad entre venezolanos y extranjeros, consagrado en épocas anteriores por vía constitucional; y que para la época estaba previsto en el artículo veintitrés del Código Civil de 1867: "La Ley no reconoce diferencia entre el venezolano y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código"; este precepto resultaba necesario ante el dispositivo genérico del artículo undécimo de la Constitución de 1864: "La Ley determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjero". El sistema tradicional de igualdad se mantuvo en la época inmediatamente posterior al Proyecto de Código Civil por mandato de la Ley del diecinueve de mayo de 1869: "Artículo 1º—Los extranjeros domiciliados o transeúntes gozan en Ve-

lano adquiriría el beneficio con independencia de su domicilio en la República, según ha dicho; y la situación jurídica obtenida por ella no podía ser menoscabada por Leyes especiales⁶⁴.

Por otra parte, debe advertirse que, aún dentro de los términos de la fórmula utilizada por el artículo veintidós, en la práctica la mujer quedaba asimilada a las venezolanas originarias, según advierte el doctor ANÍBAL DOMÍNICI: "Notemos que la Ley se contrae únicamente a los derechos civiles: son éstos los que por lo común ejerce la mujer en la sociedad, donde carece de derechos políticos propiamente dichos, aunque posee entre nosotros el derecho de sufragio y puede ser elegida para desempeñar algunos empleos en la instrucción pública"⁶⁵.

nezuela de las mismas garantías que el artículo 14 de la Constitución acuerda a los venezolanos, sin más excepción que la referente a sufragio de que trata el número 11º del referido artículo. Artículo 2º—Los extranjeros gozarán igualmente de los derechos civiles conforme al Código civil" (RDLDV, Tomo IV, nr. 1.691, pág. 781); sistema reiterado por el artículo décimo séptimo del Código civil de 1873: "Los extranjeros gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan".

⁶⁴ Este punto de vista es defendido por FRANCISCO VETANCOURT ARISTEGUIETA: "La Ley habla de los derechos civiles porque la mujer carecía en Venezuela del goce de los políticos: No es superfluo el estatuir que la extranjera adquiere los derechos civiles por matrimonio con venezolano, aunque siendo soltera y sin adquirir naturaleza, gozaría de los derechos expresados, a tenor del artículo 17 del precitado Código (se refiere al Código civil de 1880) que dice: "Los extranjeros gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos con las excepciones establecidas o que se establezcan". Para la extranjera situada en aquél caso, la adquisición de los mencionados derechos era plena" (Op. cit., pág. 45).

⁶⁵ DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 62. De igual modo comenta: "Como en Venezuela los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles de los venezolanos, la extranjera naturalizada por el matrimonio nada adquiere por ese respecto pero, el punto es de gran trascendencia con relación al estatuto personal de la mujer que interesa fijar, para conocer las leyes que determinan su estado y capacidad después del matrimonio". Conceptos similares expresa CARLOS IBARRA RUIZ: "Antiguamente decía el Código civil que la mujer extranjera sólo adquiriría por el matrimonio los derechos civiles propios de los venezolanos. Vemos que hay diferencia con el Código vigente (se refiere al Código civil de 1922), más amplio, que la hace adquirir la nacionalidad venezolana. Los derechos civiles son los que por lo común ejerce la mujer en sociedad, por ser reducidos sus derechos políticos. El cambio, pues, no es muy trascendental, siendo por otra parte el goce de los derechos civiles por los extranjeros igual al de los venezolanos: no gana gran cosa la mujer con adquirir la nacionalidad venezolana al casarse. Sin embargo, como por la Ley pueden ser disminuídos los derechos civiles a los extranjeros, sí es útil y conveniente para las mujeres la reforma y lo es sobre todo con relación al estatuto personal de la mujer que interesa

29. El artículo veintidós del Proyecto sólo pretendió cubrir los vínculos contraídos con posterioridad, y en forma alguna quiso extender su beneficio a las mujeres extranjeras que hubieran celebrado matrimonio anteriormente: así se desprende, en forma indubitable, de la frase "la extranjera que se casare con un venezolano"; y fue reconocido de manera incidental, al comentar texto similar de los Códigos civiles posteriores, por el Superárbitro Frank Plumley al decidir el reclamo propuesto por la señora Julia Arostegui de Stevenson ante la Comisión Mixta venezolano-británica⁶⁶.

30. De igual modo es preciso advertir que el beneficio contemplado por el artículo veintidós del Proyecto no tuvo carácter retroactivo para la mujer, quien sólo gozaría de su carácter de venezolana a partir de la celebración del matrimonio; pers-

fijar, para conocer las leyes que determinan su capacidad después del matrimonio" (*"La Nacionalidad venezolana"*, Caracas, 1935, pág. 20).

⁶⁶ RALSTON, *"Venezuelan Arbitrations of 1903"*, op. cit., pág. 453. Los Códigos civiles dictados desde 1873 hasta 1922 inclusive, reprodujeron la fórmula "la extranjera que se casare" y de esta manera se mantiene la interpretación del texto; aun cuando la Cancillería sostuvo incidentalmente una inteligencia contraria (MMRE, 1883 *"Asuntos Varios"*, págs. XII-XIII). En las Constituciones sancionadas desde 1904 hasta 1947 la referencia fue hecha a "la extranjera casada con venezolano", en cuya virtud resultaba posible extender el respectivo texto a las hipótesis de naturalización venezolana del marido posterior al matrimonio: en este sentido se pronunció J. R. GONZÁLEZ UZCÁTEGUI (*"Crítica a la Ley de Naturalización"*, en *"Revista de Derecho y Legislación"*, Tomo XIX, Año 1930, págs. 66-67). No obstante la extinguida Corte Federal y de Casación en sentencia del cinco de abril de 1945 interpretó el precepto del modo siguiente: "... el matrimonio y la venezolanidad adquirida del marido, son elementos que deben existir en todo momento en que se pretenda apreciar el efecto previsto en el referido precepto. Por manera que la coexistencia o simultaneidad de tales elementos integrantes del expresado fenómeno político, opera *ipso facto*, el cambio de nacionalidad de origen de la mujer por su tácito querer de hacerse venezolana, ello mientras subsista el matrimonio. El Principio, pues, no se refiere al matrimonio entre una extranjera y un extranjero que no ha adquirido, en alguna forma legal la ciudadanía venezolana, matrimonio éste entre extranjeros cuyos efectos en relación a la Nación de origen se rigen por principios diferentes. Refiérese, sin duda, el mentado principio constitucional venezolano a un matrimonio entre una extranjera con un extranjero que ya hubiese adquirido la ciudadanía venezolana para el momento de su celebración, es decir, a matrimonio de una extranjera con un venezolano por naturalización" (*"Memoria de la Corte Federal y de Casación"*, Año 1946, págs. 186-187).

pectiva en un todo de acuerdo con los principios imperantes en el Derecho transitorio, recogidos en el artículo tercero del Proyecto en la forma siguiente: "Las leyes no tienen efecto retroactivo".

31. Por otra parte, la adquisición de la nacionalidad venezolana por la mujer extranjera tuvo carácter definitivo: no quedaba afectada ni por la eventual pérdida ulterior de la nacionalidad por el marido⁶⁷ ni por la disolución del vínculo; consecuencia ésta última en un todo diferente del sistema consagrado por los Legisladores patrios en épocas posteriores⁶⁸.

32. El régimen sancionado por el artículo veintidós del Proyecto representó una hipótesis de naturalización por beneficio de la Ley y funcionaba de manera automática, una vez cumplidas las exigencias previstas: el Gobierno carecía de poderes discrecionales para rechazar la nacionalidad a la extranjera casada con venezolano; y su única posible ingerencia quedaba resumida a la comprobación de los presupuestos legales⁶⁹.

⁶⁷ Hipótesis posible de manera indudable a partir de la Ley del quince de mayo de 1882, que afirmó el derecho de expatriación no obstante los categóricos términos del artículo séptimo de las Cartas Fundamentales de 1864 y 1874 (PARRA ARANGUREN, "La Nacionalidad venezolana originaria", op. cit., I, págs. 263-290).

⁶⁸ El artículo décimo octavo del Código civil de 1873 dispuso: "La extranjera que se casare con un venezolano, adquirirá los derechos civiles propios de los venezolanos y los conservará mientras permanezca casada"; fórmula repetida en los Códigos civiles de 1880, 1896 y 1904. Por tanto, una vez disuelto el vínculo la mujer perdía la nacionalidad venezolana adquirida por el matrimonio, aun cuando "pueda naturalizarse, conforme a la Constitución" (DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 62). Tal régimen fue modificado por la Carta Fundamental de 1904 que declaró: "Artículo 8º... b) Son venezolanos por naturalización... 4º La extranjera casada con venezolano mientras dure el vínculo matrimonial, debiendo, para continuar en el carácter de tal, disuelto el vínculo, hacer la manifestación a que se refiere el artículo siguiente, dentro del primer año de terminado aquél. Artículo 9º—La manifestación de voluntad de ser venezolano debe hacerse ante el Registrador Principal de la jurisdicción en que el manifestante establezca su domicilio, y aquél al recibirla, la extenderá en el Protocolo respectivo y enviará copia de ella al Ejecutivo Nacional para su publicación en la Gaceta Oficial".

⁶⁹ En este particular caben comentarios similares a los contenidos en la Resolución de la Secretaría de lo Interior del ocho de noviembre de 1833, sobre la naturalización por beneficio de la Ley prevista por los incisos primero y cuarto del artículo undécimo de la Carta Fundamental de 1830. (PARRA ARANGUREN "La Constitución de 1830...", págs. 85-86; 108-110).

Por otra parte, el beneficio contemplado en el artículo veintidós tuvo lugar con independencia del cumplimiento de los escasos requisitos exigidos por la Ley del trece de junio de 1865 sobre naturalización de extranjeros: declaratoria de voluntad, otorgamiento de carta de naturaleza, registro en el Ministerio de Relaciones Exteriores, juramento de fidelidad y publicación por la prensa. La simple existencia de un matrimonio válido con venezolano era bastante para atribuir la nacionalidad a su cónyuge: no obstante, desde un punto de vista práctico, podía resultarle útil la previa declaratoria administrativa del cumplimiento de las exigencias legales, para evitar controversias ulteriores cuando pretendiera ejercer los derechos propios de los venezolanos⁶⁹.

33. La solución prevista por el artículo veintidós del Proyecto fue recogida legislativamente por los Códigos civiles de 1873, 1880, 1896, 1904, 1916 y 1922, aun cuando la nacionalidad venezolana adquirida por la mujer tuvo carácter temporal, durante la existencia del matrimonio; con la advertencia de que el precepto fue incluido además en las Constituciones promulgadas desde 1904 hasta 1947.

34. El Proyecto de Código civil publicado en 1869 también pretendió reformar el sistema vigente sobre los efectos de la celebración del matrimonio en la nacionalidad venezolana de la mujer, para ajustarlo a las ideas dominantes en la época tendientes al logro de un régimen familiar unitario. En tal virtud, el primer párrafo del artículo veintitrés previno: "*La venezolana que casare con un extranjero, se reputará como extranjera, respecto de los derechos propios de los venezolanos, siempre que por el hecho del matrimonio adquiera la nacionalidad del marido*"⁷⁰.

El precepto se limitó a regular de manera parcial el problema: únicamente dispuso sobre las consecuencias de la celebración del vínculo, pero nada dijo acerca de los efectos de la naturalización extranjera del marido sobre la nacionalidad ve-

⁷⁰ Como antecedente de este precepto en la historia legislativa venezolana se encuentra el artículo quinto de la Ley Primera, Título Segundo del Libro Primero del Proyecto de Código civil del doctor JULIÁN VISO (Véase antes la nota 42).

nezolana de la mujer; materia ésta que debió resolverse —ante el silencio de los textos legales— en el sentido de rechazar eficacia a la carta de naturaleza obtenida por el marido, con independencia de si la cónyuge adquiría automáticamente por tal circunstancia la respectiva nacionalidad extranjera.

35. Dentro de estos límites, el primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto mantuvo las directrices impuestas por el Derecho internacional público al dictar pautas sólo desde el punto de vista de la Legislación venezolana: nada previno sobre la importancia del matrimonio para adquirir la nacionalidad extranjera, porque —como señala el doctor ANÍBAL DOMÍNICI— “eso depende de la Ley del País a que pertenece el marido. Lo único que puede declarar es que pierde los derechos civiles propios de los venezolanos, en los actos ulteriores al matrimonio”⁷¹.

36. El posible funcionamiento del primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto estuvo supeditado a la nacionalidad venezolana de la mujer: a falta de distingo alguno, debía aplicarse tanto a las originarias como a las naturalizadas, con la advertencia de que en esta última hipótesis resultaba intrascendente la forma de adquisición de la nacionalidad: por solicitud propia de carta de naturaleza, en virtud de los efectos colectivos previstos por la Ley de 1844 sobre naturalización de extranjeros o por cualquier otra causa, efectiva desde el punto de vista legal. De igual modo quedaban incluídas las hipótesis de múltiple nacionalidad, cuando una de ellas era la venezolana, de acuerdo con los principios dominantes para resolver este tipo de conflictos.

⁷¹ La fórmula del Proyecto, a pesar de sus defectos, es superior a la utilizada en el Proyecto de Código Civil del doctor JULIÁN VISO, que aparentemente se inspiró en el artículo décimo noveno del Código civil francés, concebido así: “Una mujer francesa que case con un extranjero, seguirá la condición de su marido”. Por lo tanto, la crítica hecha por COGORAN se encuentra perfectamente justificada: “Resulta innecesario destacar el error en la redacción de este texto: todo lo que la Ley puede decir es que considera como no francesa a la mujer que casa con extranjero. Pero corresponde a la Ley extranjera, a la Ley del marido, aceptarla como súbdito del Estado extranjero. El artículo 19 contiene una disposición que sobrepasa evidentemente los poderes de cada Legislación” (MAKAROV, op. cit., pág. 61).

37. Constituía requisito inexorable en la aplicación del primer párrafo del artículo veintitrés la capacidad de goce de la mujer, y en particular su aptitud para contraer matrimonio con personas extranjeras: tal presupuesto no ofrecía dificultad alguna y resultaba admitido de la propia estructura del Proyecto. De igual modo era requerida la capacidad de ejercicio con específica referencia al vínculo conyugal, a determinarse de acuerdo con los principios de Derecho internacional privado establecidos en el propio Proyecto.

38. La pérdida de la nacionalidad venezolana por la mujer presuponia la existencia de un matrimonio válido de acuerdo con las leyes venezolanas⁷²: aun cuando en principio no tuvo importancia el punto de vista de la Legislación extranjera, cabe señalar cómo sólo se producía tal consecuencia cuando ésta afirmara también la validez del vínculo, pues sólo así podía resultar cumplida la segunda exigencia del precepto, a saber, la adquisición por el hecho del matrimonio de la nacionalidad de su marido.

39. La adquisición automática por la mujer de la nacionalidad de su marido en virtud del matrimonio constituía además requisito indispensable para el funcionamiento del primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto; de lo contrario no resultaba posible la pérdida de su nacionalidad venezolana.

Tal exigencia fue aprobada por LUIS SANOJO: "Por las Leyes de algunos Países la mujer que se casa con un nacional no adquiere los derechos que les otorgan sus Leyes, cuando se casan con cualquier extranjero, y por ello si Venezuela quitase a sus hijas los derechos que les otorgan sus leyes, cuando se casen con cualquier extranjero, se daría el caso de que alguna quedase sin nacionalidad. De ahí la necesidad de la condición establecida por el artículo 19 (se refiere al Código civil de 1873, que reproduce la fórmula del Proyecto) para considerar como extranjera a la venezolana que se casa con un extranjero"⁷³; y el doctor ANÍBAL DOMÍNICK expresa en términos similares: "La reci-

⁷² Las reglas sobre el particular se encuentran de los números 22 a 25.

⁷³ SANOJO, op. cit., I, nr. 63, pág. 71.

prociudad no es el motivo de esta restricción: lo que la Ley se propone es que la venezolana no quede en tal circunstancia sin nacionalidad alguna, y por consiguiente, sin *estatuto personal*⁷⁴.

40. El matrimonio de la mujer venezolana con cualquier extranjero, por tanto, no hacía funcionar inexorablemente el primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto: aparte de las hipótesis en las cuales las Leyes extranjeras rechazaban la naturalización automática en cabeza del marido, tampoco era aplicable cuando el futuro contrayente era apátrida; y de igual modo resultaba inaplicable en los casos de múltiple nacionalidad del marido, si una de ellas era la venezolana, habida cuenta de los principios admitidos para resolver tales conflictos.

41. El primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto dispuso textualmente como consecuencia que la mujer "se reputará extranjera, respecto de los derechos propios de los venezolanos"; pero resulta evidente la intención de consagrar la pérdida de la nacionalidad venezolana, según lo admitirá pacíficamente la doctrina patria al comentar textos similares de los Códigos civiles posteriores⁷⁵. En tal virtud carece de interés práctico la diversa terminología utilizada en este primer párrafo ("derechos propios de los venezolanos") frente a la fórmula del artículo veintidós ("derechos civiles propios de los venezolanos").

42. Una vez cumplidos los presupuestos del primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto, la pérdida de la nacionalidad se producía en forma automática por el hecho del matrimonio sin tomar en cuenta los deseos de la mujer. La fórmula utilizada "se reputará extranjera" pudo permitir alegatos similares a los

⁷⁴ DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 71.

⁷⁵ La fórmula utilizada por el primer párrafo del artículo 23 del Proyecto, lo mismo que la de los Códigos civiles de 1873 y 1880, pudo explicarse por el deseo de ajustar los preceptos de la Legislación ordinaria con las normas constitucionales que prohibían expresamente la pérdida de la nacionalidad venezolana. Sin embargo, de esta manera no pueden justificarse los términos del artículo veintidós ni los del segundo párrafo del artículo veintitrés; y por otra parte, tampoco resulta viable a partir de la Ley del veinticinco de mayo de 1882 que reconoció el derecho de expatriación a los venezolanos.

esgrimidos por la doctrina patria al interpretar el artículo segundo de la Ley del veinticinco de mayo de 1882, para reconocer eficacia a la voluntad contraria de la interesada⁷⁶; sin embargo, aparentemente nada se dijo sobre el particular.

Por otra parte, la pérdida de la nacionalidad venezolana era independiente de los vínculos territoriales con la República, y la mujer sería reputada extranjera no obstante tener domicilio o residencia en Venezuela: en tal caso, quien pretendiera ampararse en el primer párrafo del artículo veintitrés estaba en la obligación de comprobar el cumplimiento de sus presupuestos.

43. Desde una perspectiva temporal cabe señalar que tanto la extranjería del marido como la adquisición de su nacionalidad por la mujer, debían coexistir en el momento de la celebración del matrimonio: el primer párrafo del artículo veintitrés no contemplaba las hipótesis de vínculos contraídos entre venezolanos, cuando posteriormente el marido adquiriría una nacionalidad extranjera.

De igual modo debe destacarse como el primer párrafo del artículo veintitrés del Proyecto sólo pretendió aplicarse a las mujeres venezolanas que contrajeran matrimonio luego de su vigencia: así lo demuestra claramente la fórmula utilizada, "la venezolana que casare con extranjero".

Por otra parte, la pérdida de la nacionalidad venezolana por la mujer sólo producía efectos hacia el futuro, y en ninguna forma pudo aplicarse el primer párrafo del artículo veintitrés para cubrir situaciones totalmente concluidas bajo el imperio de las normas anteriores; solución ésta en un todo conforme con los principios imperantes en Derecho transitorio, admitidos en el artículo tercero del propio Proyecto.

44. La pérdida de la nacionalidad por la mujer venezolana que casara con extranjero tenía efectos definitivos, aun cuando sólo durante la existencia del vínculo conyugal; y por cuanto los textos vigentes para la época no previeron los efectos colectivos de la naturalización, ninguna importancia tuvo la circunstan-

⁷⁶ Véase antes la nota 45.

cia de que posteriormente a la celebración el marido obtuviera carta de naturaleza venezolana: "la nacionalidad es una propiedad independiente de la conducta y procederes del marido", según lo expresa el doctor ANÍBAL DOMÍNICI⁷⁷.

45. Aun cuando la pérdida de la nacionalidad era definitiva durante la existencia del matrimonio no podía calificarse como perpetua, con vista de los términos del segundo párrafo del artículo veintitrés del Proyecto: "*Al enviudar recuperará los derechos propios de los venezolanos, si declara ante la Autoridad competente la voluntad de recuperar la nacionalidad*"⁷⁸.

46. El régimen así establecido también se conformó a las directrices básicas impuestas por el Derecho internacional público: el Proyecto sólo dispuso acerca del eventual reintegro a la nacionalidad venezolana, pero nada dijo sobre la extranjera que obtuviera la mujer en virtud de su matrimonio. Por lo tanto, resultaban posibles hipótesis de múltiple nacionalidad, que se hicieron patentes, con base a normas similares de los Códigos civiles posteriores, en diversas sentencias dictadas por las Comisiones Mixtas que superaron el bloqueo de las costas venezolanas en 1902⁷⁹.

El fundamento del párrafo segundo del artículo veintitrés del Proyecto de Código Civil se encuentra en la nacionalidad venezolana de la mujer anterior a su matrimonio: si razones orientadas al logro de un régimen familiar unitario explican su pérdida durante la existencia del vínculo, resulta indudable la conveniencia de autorizar a la mujer para reasumir su antiguo carácter una vez disuelto el matrimonio. De esta manera se rinde homenaje a sus íntimos deseos y al propio tiempo pretende lograrse la efectiva coincidencia entre el sustrato sociológico y el concepto jurídico de nacionalidad.

⁷⁷ DOMÍNICI, op. cit., I, pág. 64, quien agrega: "Tampoco es admisible que la mujer pierda la nacionalidad adquirida, cuando el marido pierda la que le corresponde, en pena de una infracción de la Ley, por falta de cumplimiento de deberes políticos u otros semejantes".

⁷⁸ El artículo quinto de la Ley Primera, Título Segundo del Libro Primero del Proyecto de Código civil del doctor JULIÁN VISO constituye el antecedente patrio inmediato del precepto.

⁷⁹ Véase antes el número 13 de este trabajo.

47. La ausencia de distingo expreso en el segundo párrafo del artículo veintitrés impuso su aplicación tanto a las venezolanas originarias como a las naturalizadas, habida cuenta de la igualdad jurídica existente en principio entre ambas categorías. Sin embargo, el fundamento atribuido al criterio propuesto permite suponer la intención de los Proyectistas de amparar sólo las hipótesis de nacionalidad venezolana originaria anterior al matrimonio.

48. El funcionamiento del segundo párrafo del artículo veintitrés estuvo supeditado a la extranjería de la mujer en el momento de la disolución del vínculo conyugal, y ningún efecto pudo producir cuando la interesada había adquirido carta de naturaleza venezolana durante la existencia del matrimonio. Excepcional debía considerarse el caso de la venezolana originaria que, en vista de la pérdida de su nacionalidad al casarse con extranjero, optara por naturalizarse en Venezuela para mantener sus nexos jurídicos con la República: parece lógico afirmar en esta hipótesis la reintegración total a su antiguo carácter.

49. El segundo párrafo del artículo veintitrés estableció expresamente como presupuesto la viudez de la mujer, pero es lógico extenderlo a los fines de amparar la hipótesis de divorcio vincular. La fórmula utilizada, "al enviudar", se explica por la estructura misma del Proyecto en el campo del derecho interno, que sólo admitió la muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción del matrimonio; sin embargo, quedaba abierta la posibilidad de disolución por divorcio en los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes, con base en el mandato de las respectivas reglas de derecho internacional privado.

En efecto, el artículo sexto dispuso: "En cuanto al estado y capacidad de las personas, y a las relaciones de familia, regirán las Leyes del país a que pertenezca la persona"; por tanto, la admisión y las causas del divorcio vincular estuvieron sometidas en principio a la Ley de la nacionalidad de los cónyuges.

ges⁸⁰: así resultaba posible la extinción del vínculo para las antiguas mujeres venezolanas que por hecho de su matrimonio hubieran adquirido la nacionalidad extranjera de su marido, como lo preveía el primer párrafo del artículo veintitrés.

Ahora bien, tal procedimiento era inaplicable por los funcionarios patrios, no obstante la competencia de principio atribuida a la ley extranjera de la nacionalidad, por razones primarias de orden público internacional, en los términos del artículo duodécimo del Proyecto⁸¹. Sin embargo, la cláusula de reserva necesariamente debía cumplir una intervención menos intensa en el campo de la eficacia de los derechos, y la circunstancia de tratarse de una sentencia de divorcio vincular pronunciada por Tribunales extranjeros, por sí sola, no era bastante para desconocer sus efectos en la República⁸².

No obstante, el reconocimiento de las sentencias extranjeras en general estuvo supeditado al cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo undécimo del Proyecto, que dispuso:

“Las sentencias pronunciadas por Autoridades extranjeras tendrán ejecución en Venezuela, cuando hayan sido declaradas ejecutivas, en la forma establecida por el Código de Procedimiento Civil. Para tal declaratoria se observarán las siguientes reglas: 1ª Se estará a lo que establezca el Tratado respectivo. 2ª A falta de Tratado, se dará a la sentencia la misma fuerza que se diere por las leyes del País donde se dictó, a las de los Tribunales venezolanos. 3ª A falta de tales Tratados y disposiciones legales, podrán ser declaradas ejecutivas, si reúnen las siguientes condiciones: Que la obligación que fue objeto del juicio sea lícita en Venezuela; Que el juicio no se haya seguido en rebeldía; Que la sentencia haya sido dictada por Autoridad

⁸⁰ El derecho internacional privado de la ley extranjera vigente en el lugar del juicio debía dictar la solución en los casos de diversa nacionalidad de los cónyuges: tal hipótesis, aun cuando poco frecuente debido a la naturalización automática de la mujer en cabeza del marido, pudo presentarse debido a la diferencia de reglas establecidas en los Estados para regular su propia nacionalidad. De igual modo era preciso seguir las pautas de la *lex fori* para resolver los conflictos móviles.

⁸¹ Véase antes el número 24 de este trabajo.

⁸² La afirmación del texto no niega la posibilidad de intervenir el orden público internacional respecto de las sentencias extranjeras de divorcio: sólo pretende restringir su eficacia con base a las circunstancias del caso concreto.

competente, y a consecuencia del ejercicio de una acción personal; Que la sentencia reúna los requisitos necesarios en la Nación en que se libró para ser considerada válida y auténtica, y los que las leyes venezolanas exigen para que haga fe en la República"⁸³.

Por tanto, sólo cuando la sentencia extranjera de divorcio reunía las exigencias anteriores pudo producir los efectos consiguientes: de lo contrario, el matrimonio era considerado existente en la República y la antigua venezolana estaba imposibilitada de ejercer el derecho concedido por el segundo párrafo del artículo veintitrés del Proyecto.

50. La declaratoria de voluntad de la interesada constituyó requisito indispensable para la recuperación prevista por el segundo párrafo del artículo veintitrés: de esta manera el Proyecto rindió homenaje a la libertad individual como fundamento de la naturalización, de acuerdo con los principios admitidos por el Derecho de Gentes. Los Códigos civiles venezolanos de épocas posteriores, al contrario, sancionaron el sistema opuesto y la mujer fue reintegrada automáticamente a la nacionalidad venezolana una vez disuelto el vínculo conyugal.

La exigencia de previa declaratoria por la interesada requirió tanto la capacidad de goce como la de ejercicio de la mujer, de acuerdo con los principios de Derecho internacional privado admitidos en el Proyecto; y en forma alguna estuvo supeditada a los vínculos territoriales con la República: en consecuencia,

⁸³ El sistema venezolano vigente hasta entonces carecía de preceptos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, los cuales sólo fueron promulgados en el Código de Procedimiento Civil de 1873, sobre la base del modelo italiano con inspiración a su vez en el Código sardo de 1859. El artículo undécimo del Proyecto parece recoger las directrices de los artículos 922 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil español de 1855 (CARAVANTES, José de Vicente y. *Tratado Histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Tomo IV, Madrid, 1858, nrs. 1.887-1.902, págs. 281-288). Para la época de publicación del Proyecto no existía Tratado alguno sobre la materia, vinculante para Venezuela: el Convenio suscrito entre Venezuela y España el veinticuatro de diciembre de 1852 había sido improbadado por el Senado de la República el siete de febrero de 1855 (*Senado. — Proyectos rechazados. — Asuntos Determinados. — Resueltos. — Pendientes. — 1855*, BCN, Tomo 302, págs. 205-217).

la mujer pudo conservar su extranjería a pesar de tener domicilio o residencia, o encontrarse simplemente presente en Venezuela.

51. El segundo párrafo del artículo veintitrés exigió también que la declaratoria fuera hecha ante la "Autoridad Competente", pero nada dijo acerca de los funcionarios facultados para recibirla: por tanto, se produjo un vacío similar al ocurrido con el inciso segundo del artículo sexto de la Constitución del treintuno de diciembre de 1858, que llevó a la práctica administrativa de la época a negarle toda eficacia práctica⁸⁴.

No obstante, conviene señalar una diferencia: el párrafo segundo del artículo sexto de la Constitución de 1858 se refirió a "la Autoridad que determine la Ley", en cuya virtud resultaba posible afirmar como necesaria la intervención del Congreso Ordinario para conceder facultades específicas a una determinada categoría de funcionarios; en cambio, el artículo veintitrés, segundo párrafo, hizo mención tan sólo de la "Autoridad competente": por tanto, cabía interpretar el texto con base en el régimen general de nacionalidad vigente para la época.

En tal virtud, podían considerarse competentes los funcionarios autorizados para tramitar las solicitudes de carta de naturaleza, en los términos de la Ley del trece de junio de 1865: los Agentes diplomáticos o Consulares acreditados en el extranjero; los Presidentes de los Estados en el interior de la República, y el Ministerio de lo Interior; Despacho éste último que también expedía certificados de nacionalidad venezolana originaria⁸⁵.

52. El artículo veintitrés en su párrafo segundo tampoco dispuso acerca de las formalidades a cumplirse en la declaratoria

⁸⁴ PARRA ARANGUREN, Gonzalo. "El Régimen de la Nacionalidad venezolana en la Constitución del treintuno de diciembre de 1858", en "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal", Año 1967, nr. 132, págs. 134-144.

⁸⁵ A título de ejemplo puede mencionarse la certificación expedida por el Ministerio de lo Interior el veinticuatro de junio de 1869 para atestiguar la nacionalidad venezolana originaria de los señores Jacobo, José e Isaac Georg Pardo en virtud de haber nacido en el territorio de la República (*Secretaría del Interior*), AGN, Tomo CMXC, Año 1879, pág. 109).

de voluntad. Sin embargo, resulta indudable que no podían tramitarse manifestaciones verbales: la mujer debía hacerla por escrito, debidamente firmada y en el papel sellado que exigiera la ley sobre la materia; por supuesto, era posible que otra persona suscribiera a ruego de la interesada, caso de no saber o encontrarse imposibilitada para firmar, y quedaba abierta la interrogante acerca de las declaratorias por intermedio de apoderado⁸⁶. De igual modo debía acompañar prueba de su nacionalidad venezolana anterior al matrimonio y de la disolución del vínculo por muerte de su cónyuge, o por la sentencia extranjera de divorcio.

Cumplidos los anteriores extremos la recuperación de la nacionalidad se producía en forma automática por la interesada, independientemente de sus vínculos territoriales con la República: el Gobierno sólo estaba autorizado para controlar el efectivo cumplimiento de las exigencias legales y en forma alguna podía ejercer facultades discrecionales para rechazar la recuperación de la nacionalidad venezolana. Tampoco era necesario llenar los extremos pautados por la Ley del trece de junio de 1865 sobre naturalización de extranjeros⁸⁷, aun cuando la mujer pudo tener interés en solicitar un documento comprobatorio de su nueva condición, para evitar cualquier controversia futura sobre el particular.

53. El segundo párrafo del artículo veintitrés expresamente dispuso la recuperación de "los derechos propios de los venezolanos", terminología utilizada también en el primer párrafo del dicho precepto⁸⁸; y la misma fórmula será utilizada por los Códigos civiles desde 1873 hasta 1922. Sin embargo, no parecen haber surgido dudas acerca de la correcta inteligencia de su dispositivo, máxime si se advierte que el propio segundo párrafo

⁸⁶ La práctica administrativa permitió la presentación de solicitudes de naturalización por intermedio de apoderado, actitud que llevaría a admitir el mismo procedimiento para la declaratoria de voluntad de recuperar la nacionalidad prevista en el artículo veintitrés del Proyecto.

⁸⁷ Véase antes el número 32 de este trabajo.

⁸⁸ El artículo veintidós del Proyecto, al regular los efectos del matrimonio sobre la extranjera casada con venezolano, dispuso que adquiriría "los derechos civiles propios de los venezolanos"; sin embargo, la diferente terminología no tuvo consecuencias prácticas.

se refirió a la declaratoria de "recuperar la nacionalidad"; y de esta manera resulta claro el propósito de los Proyectistas de sancionar el reintegro de la mujer a la nacionalidad venezolana que ostentaba antes del matrimonio.

54. Desde una perspectiva temporal el segundo párrafo del artículo veintitrés sólo pretendió cubrir las hipótesis de disolución del matrimonio posteriores a su vigencia. Sin embargo, este límite no tuvo importancia práctica por cuanto hasta la fecha del Proyecto la venezolana que casara con extranjero conservaba su nacionalidad, y tal circunstancia hacía inútil régimen alguno para regular su recuperación.

Por otra parte, los efectos previstos en el segundo párrafo del artículo veintitrés sólo se producían hacia el futuro, una vez cumplidas las diversas exigencias impuestas, de acuerdo con principios aceptados en Derecho transitorio según los términos del artículo tercero del Proyecto. En tal virtud, la mujer se reputaba como extranjera durante la existencia del matrimonio con las inevitables consecuencias en los diversos campos jurídicos: basta señalar, dentro de estas directrices, el fracaso del *ius sanguinis* por vía materna a los fines de transmitir la nacionalidad originaria, no obstante el carácter venezolano de la mujer antes y después del vínculo conyugal.

55. La solución consagrada por el artículo veintitrés del Proyecto fue recogida en sus lineamientos básicos por los Códigos civiles desde 1873 hasta 1922; aun cuando los textos efectivamente vigentes establecieron un régimen de recuperación automática de la nacionalidad venezolana por la mujer una vez disuelto el matrimonio. El Legislador nunca elevó el precepto pertinente al rango constitucional, como lo hizo en la hipótesis inversa de la extranjera casada con venezolano; y esta actitud fue uno de los fundamentos esgrimidos por la Corte Federal y de Casación, en su sentencia del veinticinco de septiembre de 1937, para declarar la nulidad del artículo diecinueve del Código civil de 1922.

EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTICULO 1.894 DEL
CODIGO CIVIL VENEZOLANO
(Los Presupuestos de la Disminución de la Garantía
Hipotecaria)

Por

Angel Cristóbal-Montes

Profesor de las Universidades Central de
Venezuela y Católica "Andrés Bello".

S U M A R I O :

Introducción. 1.—PRESENTACION DEL TEMA. 2.—EL PROBLEMA DE LA RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 1.215 y 1.894 DEL CODIGO CIVIL. 3.—PERECIMIENTO O DETERIORO DEL BIEN HIPOTECADO: A.—Clase de perecimiento o deterioro. B.—Forma de uso de la cosa. C.—Disminución de valor del bien. D.—Sujetos afectados por el perecimiento o deterioro. E.—Responsabilidades extrañas al artículo 1894 del Código civil. 4.—INSUFICIENCIA DE LA GARANTIA HIPOTECARIA.

INTRODUCCION

Aunque no sin disenso, se suele aceptar por la civilística contemporánea que la hipoteca es un derecho real de garantía que atribuye a su titular (acreedor hipotecario) el poder de realización del valor en cambio del bien hipotecado a fin de satisfacer el crédito para cuya seguridad fue constituída. Dada su función, la hipoteca es un derecho real de realización en cuanto se orienta a obtener una determinada suma de dinero mediante la venta forzosa del bien afectado.

Se explica, en consecuencia, que, como advierte HEDEMANN, la hipoteca no desarrolle lo más importante de su naturaleza sino cuando llega a hacerse efectiva en el valor de la finca gravada¹, y que el estudio y consideración de la figura hipotecaria se centren casi en exclusivo en la llamada fase de ejecución, dado que es en ella donde se producen algunos de sus más vigorosos y llamativos efectos.

¹ HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil, II (Derechos reales)*, Madrid, 1955, p. 428.

Sin embargo, tal circunstancia no debe opacar el hecho de que junto y previa a dicha fase de realización la hipoteca discurre por otra de seguridad, cautelar o estática durante la cual también tienen lugar ciertos y muy importantes efectos e, incluso, en ocasiones, proporciona los elementos que hacen posible la efectiva satisfacción del crédito garantido llegado el momento de la ejecución hipotecaria. Y es que no puede desconocerse que desde el instante en que la hipoteca queda válidamente constituida nace un verdadero derecho real, un gravamen de la cosa, que genera un señorío jurídico sobre la cosa misma; "durante esta fase o período estático —nos dice ROCA SASTRE— la hipoteca no entraña una mera expectativa, sino un verdadero gravamen o carga real, que provoca un estado de vinculación actual, con su rango, en la finca o derecho real inmobiliario hipotecados, con plena eficacia *erga omnes*"².

Consecuencia directa de su sustancia real y de la vinculación actual del valor en cambio del bien hipotecado es que la hipoteca produzca una serie de pretensiones *erga omnes* en orden a que se evite todo menoscabo de dicho bien que pudiera lesionar el señorío jurídico-real en que consiste,³ o, lo que es lo mismo, durante su fase estática la garantía hipotecaria se halla defendida contra las causas que pueden provocar la extinción o una disminución del valor del bien, incidiendo sobre la cosa en su estado físico o por medio de efectos jurídicos⁴.

Y es comprensible que sea así; el acreedor obtiene la garantía mediante la vinculación del valor del bien hipotecado a la satisfacción del crédito. Mas, el valor en cambio de un bien no es en sustancia otra cosa sino la representación monetaria correspondiente a una determinada condición material y jurídica del mismo, y, por ende, cualquier deterioro en dicha condición tiene un reflejo inmediato en su valoración y, en definitiva, sobre la garantía hipotecaria constituida. Si el acreedor hubiera de permanecer inerte frente a los peligros que pueden amenazar

² ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV-2º, Barcelona, 1968, pp. 944-945. Cfr. en relación a la autonomía jurídica del derecho de hipoteca el meritorio trabajo de SILLERY: *El carácter accesorio del derecho de hipoteca*, Caracas, 1968, pp. 93 y ss.

³ WOLFF, *Derecho de cosas*, II, Barcelona, 1937, p. 180.

⁴ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Milán, 1956, p. 343.

o materializarse en la cosa gravada a bien poco quedaría reducida (en teoría, se entiende) su garantía hipotecaria e, incluso, cabría dudar de la existencia de un verdadero derecho a su favor: un derecho sin tutela, un derecho que no pueda reaccionar frente a lo que atente a su integridad y plenitud no es un genuino poder jurídico.

No es esa, desde luego, la situación. Si el acreedor en general goza de medios para conservar y reponer la solvencia patrimonial del deudor, con mayor razón el acreedor contemplado en forma especial a efecto de garantía, cual es el acreedor hipotecario, ha de estar dotado de recursos que le permitan defender y conservar la garantía a su favor existente, y, en consecuencia, de la misma manera que se habla de que el deudor está en el deber de mantener su propia solvencia, cabrá hablar también de que el titular está en el deber de no atentar contra el valor del bien hipotecado.

Todo lo que cause o sea susceptible de causar, con peligro real y próximo, una disminución en el valor del bien es un golpe frontal contra la hipoteca sobre el mismo asentada en cuanto reduce la cuantía monetaria que ella sujeta y adscribe a la realización del crédito asegurado; todo lo que económicamente desmejore el bien es un atentado contra la garantía del acreedor, y debe, por tanto, estar éste dotado de los pertinentes poderes que le permitan afrontar y presentar batalla al nuevo estado de cosas surgido, claro está, siempre que el acaecimiento de que se trate no sea algo normal o esté fuera del radio de decisión de las personas en contacto jurídico con el bien.

Ha de corresponder, pues, al acreedor hipotecario el derecho al restablecimiento y defensa de su garantía y debe, como natural contrapartida, soportar el hipotecante o tercer poseedor la obligación de no disminuir o extinguir la eficacia de dicha garantía, con lo que, en definitiva, el vínculo hipotecario viene a ser, según hace notar PALUMBO, una limitación del derecho de propiedad en todo cuanto pueda lesionar el derecho del acreedor hipotecario, deteriorando el bien o disminuyendo su valor o posibilidad de realizar en la ejecución el valor adecuado⁵.

⁵ PALUMBO, *La concessione d'ipoteca da parte del terzo*, Padua, 1937, p. 31.

De lo que va dicho se desprende que una adecuada tutela de la posición jurídico-económica del acreedor hipotecario requiere la concesión al mismo de los oportunos poderes tanto cuando la disminución de valor del bien ya se ha producido como cuando tan sólo configura una amenaza o peligro temido; poderes que en el primer caso serán reparatorios o de restablecimiento y en el segundo preventivos o cautelares.

En el Derecho venezolano, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos civiles italiano y alemán, sólo existe expresa protección para el acreedor hipotecario en el caso de que el daño ya se ha ocasionado. En consecuencia, sólo cabe estudiar los recursos reparatorios con que el mismo cuenta para el caso de pérdida o disminución de la garantía hipotecaria; pues bien, dentro de este ámbito nos vamos a ocupar en el presente trabajo de los presupuestos de la situación jurídica que se denomina "disminución" de la garantía hipotecaria, esto es, del supuesto de hecho o *fattispecie* del artículo 1.894 del Código civil venezolano.

1. PRESENTACION DEL TEMA

La pérdida y la disminución de la garantía hipotecaria están contempladas en el artículo 1.894 del Código civil venezolano, el cual, teniendo como antecedente próximo el artículo 1.980 del Código civil italiano de 1865, dispone: "Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tendrá derecho a su suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido". Similar idea tuitiva con una u otra forma de manifestación y oportunidad de actuación se encuentra recogida en la generalidad de los ordenamientos civiles modernos (art. 2.131 del Código civil francés, art. 1.133 del Código civil alemán, art. 117 de la Ley Hipotecaria española, art. 79 de la Ley Hipotecaria belga, art. 2.743 del Código civil italiano, etc.).

La primera consideración que surge de la lectura del precepto transcrito es la relativa a cómo deberá coordinarse el mismo con aquel otro precepto general que impone al deudor la pérdida del beneficio del término acaecidas determinadas cir-

cunstances en orden a su situación patrimonial: "Si el deudor se ha hecho insolvente —preceptúa el artículo 1.215 del Código civil venezolano—, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo" (en forma similar o parecida se expresan los artículos 1.186 del Código civil italiano, 1.188 del Código civil francés, 1.129 del Código civil español, etc.).

Entresacando de los diversos supuestos que contempla la norma el único que guarda relación con el tema en estudio, la disminución (o la pérdida) de la garantía otorgada (en la hipótesis de que ésta sea de naturaleza hipotecaria), se plantea, pues, como punto previo a la entrada en materia, el dilucidar y aclarar la relación existente entre ambos preceptos.

2. EL PROBLEMA DE LA RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 1.215 Y 1.894 DEL CODIGO CIVIL

No es problema de fácil solución la interpretación armónica de los artículos 1.215 y 1.894 del Código civil (o sus equivalentes de los Códigos civiles que recogen esas dos normas).

Tradicionalmente la doctrina se ha apoyado para distinguir las y para señalar el campo de actuación de cada una en la circunstancia de que en la norma general relativa a la pérdida del beneficio del término se exige que la disminución de las garantías haya tenido lugar por hecho o acto propio del deudor, mientras que en la relativa a la hipoteca la aludida disminución debe haber acaecido por caso fortuito. El artículo 1.215, según esta interpretación, se referiría al hecho propio con exclusión del fortuito, mientras que el artículo 1.894 haría referencia al hecho fortuito con exclusión del propio. En forma masiva, la doctrina francesa toma esta dirección:

TROPLONG señalaba que o las seguridades hipotecarias han disminuido por el hecho del deudor, en cuyo caso procede aplicar el artículo 1.188 del Código civil francés (equivalente al 1.215 del nuestro) o han sido disminuidas por fuerza mayor, supuesto en el que hay que remitirse al artículo 2.131 (similar

al art. 1.894 del Código civil venezolano)⁶. Según PONT la garantía hipotecaria puede perderse o degradarse por el hecho o la falta del deudor, y se aplica el artículo 1.188, o sin su hecho ni falta, y actúa el artículo 2.131⁷. Para BAUDRY-LACANTINERIE deben distinguirse dos hipótesis: en la primera, la pérdida o disminución de las garantías es el resultado de un hecho del deudor, aplicándose el artículo 1.188, y en la segunda, la pérdida o disminución se ha producido sin el hecho del deudor, por un acontecimiento de fuerza mayor o por el hecho de un tercero detentador, rigiendo entonces el artículo 2.131⁸. Más recientemente PLANIOL y RIPERT sostienen que el artículo 2.131 supone que la garantía hipotecaria primitivamente constituida ha perecido o disminuido por caso fortuito, pero que dicho precepto es inaplicable cuando la pérdida o la disminución de las garantías se debe a actos del deudor, pues en este caso se aplica el artículo 1.188⁹.

También un buen sector de los autores italianos participaba de esta tesis; tal era el caso de RICCI¹⁰, COVIELLO¹¹, DI PACE¹², GORLA¹³, etc.

La verdad es que semejante construcción no resiste los embates de una adecuada crítica ni siquiera desde el ángulo de la simple literalidad de los artículos, pues, como ha hecho notar PINO, si el silencio del artículo 1.980 del Código civil italiano de 1.865 (art. 1.894 C.c. vene.) permitía incluir justamente el caso fortuito, no autorizaba, sin embargo, al intérprete para excluir el acto propio sólo porque lo había previsto el artículo 1.176 (art. 1.215 C.c. vene.)¹⁴.

⁶ TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Des privilèges et hypothèques*, II, Bruselas, 1835, p. 386.

⁷ PONT, *Commentaire—Traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II, París, 1880, p. 86.

⁸ BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II, París, 1899, pp. 488-489.

⁹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, XII, La Habana, 1942, p. 413.

¹⁰ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, X, Turín, 1886, p. 329.

¹¹ COVIELLO, *Delle ipoteche*, Roma, 1936, p. 248.

¹² DI PACE, *Il pegno dei crediti*, Padua, 1939, p. 19.

¹³ GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milán, 1935, p. 155.

¹⁴ PINO, *La diminuzione della garanzia ipotecaria*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, pp. 88-89.

Según otra orientación, fundamentalmente italiana, la posibilidad de restablecer el término con la oferta de un suplemento debía llevar a la conclusión de que el artículo 1.980 se inspiraba en el *favor debitoris*, y que este *favor* sólo podía explicarse limitando la eficacia de la disposición a la disminución sobrevenida por caso fortuito¹⁵. A lo que replica PINO que la norma no puede estar inspirada en el *favor debitoris* porque la misma es eficaz y se aplica cuando el término se establece a favor del acreedor.

En fin, según este último autor no es posible hallar contraste alguno entre las dos normas en estudio. El artículo 1.176 formulaba un principio general válido para todas las garantías, y junto a él estaba el artículo 1.980 que constituía una norma especial; mas como la norma especial prevalece sobre la general, era obvio que, limitadamente a las garantías reales, encontrase aplicación el artículo 1.980 y no el artículo 1.176¹⁶.

Y por este camino es por donde creemos debe discurrir la indagación sobre la delimitación del campo de actuación de los artículos 1.215 y 1.894.

El artículo 1.215 en forma general e indiscriminada impone la decadencia del término cuando las garantías dadas para asegurar el cumplimiento de la obligación han disminuido por acto propio del deudor. La ley sólo toma en cuenta en esta hipótesis el hecho de que la seguridad del crédito se ha deteriorado en virtud de una actuación del deudor que, preordenada o no tal fin, ha producido el debilitamiento. En qué consista en concreto dicha actuación y cómo se materialice o manifieste carece de trascendencia, siempre y cuando el daño sufrido por el acreedor en orden a la firmeza y realizabilidad de su crédito tenga por causa remota la conducta del deudor.

Que sea justificada o no una disposición de tal signo es algo que cae fuera del objeto de nuestro estudio y entra en el ámbito de la racionalidad y oportunidad de las normas. Porque, efectivamente, puede parecer un tanto insólito que la desaparición

¹⁵ CHIRONI, *Trattato dei privilegi, del pegno e delle ipoteche*, II, Turín, 1918, p. 363; ANDRIOLI, *Tutela dei diritti en Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1945, p. 47, etc.

¹⁶ PINO, *loc. cit.*, p. 89.

del beneficio del término se haga depender de la existencia o no de un hecho del deudor y no, como parece más adecuado y justo, de la circunstancia objetiva de que el acreedor ha experimentado una efectiva merma en las garantías que ostentaba. Porque, ¿qué es en definitiva lo que persigue la norma al sancionar la decadencia del término ante la disminución de las seguridades? Sencillamente conjurar un eventual daño o tratar de fijar sobre el terreno uno ya producido mediante la eliminación del lapso de vencimiento del crédito. Que el acreedor pueda exigir de inmediato lo que se le debe porque, ante los acontecimientos producidos, el tiempo trabaja contra él; la demora, previsiblemente, ha de cooperar al debilitamiento de su posición jurídica.

Pues bien, si esto es así, según creemos, si la pérdida del beneficio del término se orienta a proteger los intereses del acreedor, a reforzar la efectividad del crédito, ¿tiene sentido negar tal consecuencia cuando la disminución de las garantías es resultado de un hecho natural o de un tercero extraño? No parece muy razonable.

Por otra parte se observará que el vincular la decadencia del término al hecho de que la garantía se haya disminuído por acto del deudor conduce a las siguientes inconsecuencias: en primer lugar, el beneficio que obtiene el acreedor es meramente el reflejo del perjuicio que se le irroga al deudor al prescribir la pérdida del plazo, y esto no es ciertamente conveniente si, como hace un momento se apuntó, la *ratio* de la norma no es esa, sino la de atender al sobrevenido debilitamiento de la posición crediticia mediante la eliminación del obstáculo que retrasa su realización o ejercicio (no es, pues, que a consecuencia de la desaparición del término se beneficie al acreedor, sino que como hay necesidad de favorecer al acreedor se impone dar por vencido el término pendiente), y en segundo lugar, a tener que entender la expresión acto propio como acto imputable o culposo, pues es lógico que contemplada la pérdida del término como sanción a la conducta del deudor ésta ha de presentarse, según las reglas ordinarias en materia de responsabilidad, como merecedora de castigo, y desde luego no es eso lo que dice la ley (cuando siendo tal la intención hubiera sido mucho más simple y usual, como resalta RUBINO, hablar de disminución culposa...), ni la expresión acto propio cabe reconducirla e

identificarla con la de acto imputable, pues la primera es, sin duda, mucho más extensa que la segunda en cuanto cabe que el acto de una persona no sea ni doloso ni culposo y, sin embargo, siempre será propio de la misma en razón de ser su autor.

Además el artículo 1.215 contempla tres hipótesis de decadencia del término: la insolvencia del deudor, la no constitución de las garantías prometidas y la aquí sometida a estudio; pues bien, respecto a las dos primeras la decadencia del término se produce con prescindencia de que las mismas hayan acaecido o no por el hecho del deudor, basta la simple realidad objetiva de su acaecimiento, mientras que la tercera, según la letra de la ley, precisará para integrarse del acto propio del mismo. ¿Es esto razonable? Se argüirá que en aquéllas la situación es mucho más grave (ausencia total de garantías) que en ésta (simple disminución de la garantía), pero es obvio que una apreciación cuantitativa del peligro que corra el acreedor no puede provocar el cambio cualitativo de la figura en el sentido de que en unos supuestos precise del acto del deudor y en otros prescindiera de él. Una recta conformación de la figura, y no hay duda de que el artículo 1.215 contempla una única y sola figura jurídica (la decadencia del término sobrevenidas ciertas situaciones), debe apoyarse en unos presupuestos de hecho homogéneos y sin contrastes sustanciales. Por otro lado, entre la hipótesis de la disminución de las garantías y el no otorgamiento de las prometidas, no sólo no hay diferencia cualitativa alguna, sino que también puede llegar a faltar toda diferencia cuantitativa apreciable cuando la disminución sea de tal entidad que prácticamente equivalga a la no existencia de garantías, e incluso se puede producir la plena identificación, a los efectos prácticos, de una y otra cuando la disminución sea total y plena. ¿Por qué, entonces, si la situación de peligro de los intereses del acreedor puede ser la misma, la desaparición de las garantías concedidas sólo provocará la pérdida del término cuando provenga de actos del deudor, mientras que la no concesión de las seguridades convenidas ocasionará tal efecto aunque se deba a circunstancias ajenas a la actuación del deudor?

De lo que hasta aquí va dicho parece puede concluirse que no es justo, lógico ni armónico exigir que para que tenga lugar la pérdida del beneficio del término hace falta que la disminución de las garantías existentes a favor del acreedor se deba a

hecho propio del deudor. Tal consecuencia debería producirse también aunque la disminución en cuestión haya tenido lugar por un hecho extraño al deudor. Pero dejemos en este estado la cuestión sin perjuicio de reincidir en ella más adelante.

Pues bien, junto a la norma sancionada por el artículo 1.215 del Código civil venezolano en los términos recién expuestos, los Códigos traen otra norma que contempla también la hipótesis de la disminución de las garantías otorgadas al acreedor: es el artículo 1.894 de nuestro Código o el equivalente de los Códigos civiles o Leyes hipotecarias de otros países. Sin embargo, mientras la primera de esas normas, junto a otras situaciones, contempla en forma genérica el debilitamiento de las seguridades existentes a favor del acreedor, cualquiera que sea la clase de las mismas, la segunda se circunscribe al simple y escueto campo de las garantías hipotecarias, al menos de acuerdo a la letra de la ley, pues, dada la igualdad jurídica esencial, su aplicación debe extenderse también al campo de la prenda. GORLA, comentando el artículo 1.980 del Código civil italiano de 1865 (similar a nuestro art. 1.894), decía que aunque el mismo habla sólo de hipoteca, no debe haber ningún obstáculo para la extensión de la norma a la prenda, sobre la base de la unidad del instituto de la garantía real¹⁷, y tal es lo que ha hecho el Código italiano de 1942, que en su artículo 2.743 habla de cosa "dada en prenda" o "sometida a hipoteca".

Tendremos, pues, en definitiva, que frente al artículo 1.215 comprensivo de cualquier especie de garantía, el artículo 1.894 no puede llegar más allá de las garantías reales, y aun esto último, por lo que respecta a la prenda, mediante la utilización del instrumento analógico en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en que la ley sólo menciona expresamente la garantía hipotecaria. Ya por este lado encontramos una primera delimitación entre una y otra norma.

Por otra parte, mientras el artículo 1.215 contempla tan sólo el efecto o situación ya producido de disminución de las garantías, el artículo 1.894 hace referencia también a tal acontecimiento sobrevenido, pero no con indiferencia de cuál sea la materialización del suceso que determina aquella consecuencia, sino circunscribiendo su esfera de actuación a los casos en que

¹⁷ GORLA, *op. cit.*, p. 155.

la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido precisamente por perecimiento o deterioro de la cosa hipotecada. Diferencia esta del todo natural, ya que sería imposible hacer semejante precisión en orden a las garantías en general, que nos proporciona un nuevo elemento para la acotación de las normas en tratamiento: el artículo 1.894, aun dentro del restringido campo de las garantías reales, sólo se aplica en los casos de pérdida o disminución de las mismas por destrucción o deterioro de las cosas objeto de gravamen. Por tanto, según destaca RUBINO, en la hipótesis de disminución de la garantía ya dada, el artículo 1.215 (art. 1.186 del Código civil italiano vigente) tiene todavía una autonomía propia circunscrita a los casos en que la disminución consiste en hechos distintos del perecimiento o deterioro material de la cosa y a los cuales no puede extenderse el artículo 1.894 (art. 2.743 del Código italiano), por ejemplo, en el caso de hechos que reduzcan el valor de la cosa dejando intacta su integridad material¹⁸.

Respecto a este punto, PINO pretende hallar una diferencia adicional consistente en que la aplicabilidad del artículo 1.894 depende no sólo del hecho objetivo de la disminución de la garantía, sino además del criterio relativo de la insuficiencia, cosa que no sucede con el artículo 1.215, para cuya aplicación basta la mera disminución objetiva de la garantía. Según dicho autor, resulta así particularmente importante la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación y, por otra parte, que si bien el silencio que a este respecto guarda el artículo 1.215 no debe interpretarse en el sentido de que dicha relación no haya de tomarse absolutamente en cuenta en la hipótesis que el mismo contempla, sus precedentes históricos, su fundamento y la misma formulación legislativa confirma que se ha de tomar en consideración el hecho objetivo de la disminución sobrevvenida y no la entidad de la misma¹⁹.

Nos parece que en tales apreciaciones hay exceso y que el autor citado trata de establecer una diferencia donde no hay otra cosa sino la simple adaptación de un dispositivo jurídico único a las peculiaridades del caso por el mismo normado. Efectivamente, el artículo 1.215 no habla para nada de insuficien-

¹⁸ RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por Vassalli, Turín, 1956, p. 20.

¹⁹ PINO, *loc. cit.*, p. 90.

cia de la garantía, sino tan sólo de disminución, mientras que el 1.894 nos dice que el deterioro de la cosa hipotecada ha de ser tal que la haga insuficiente para garantizar el crédito, pero de ahí no cabe derivar que en la primera hipótesis baste la simple circunstancia de la disminución objetiva de las garantías otorgadas, cosa que no sucedería en la segunda. En realidad, no obstante la letra de la ley, cuando el artículo 1.215 habla de disminución de las seguridades está contemplando una situación en la que necesariamente ha de tomarse en consideración en primer término los intereses del acreedor, es más, nos atreveríamos a sostener que la idea lógica que informa dicho artículo no es la de la simple disminución objetiva sino la de que el acreedor ha visto comprometida la realización de su crédito, cosa que sólo puede tener lugar cuando la disminución sea de tal entidad que torne insuficientes las garantías, con lo que también en la norma en consideración entraría a jugar el criterio o pauta de la importancia de la rebaja sobrevenida y, en consecuencia, no habría forma de distinguir la misma, en base a tal criterio, de la otra norma con que se pretende contrastarla.

La escueta circunstancia de que desde el punto de vista de los hechos haya experimentado disminución o desmedro una garantía, no creemos sea suficiente para que entre a operar el mecanismo previsto en el artículo 1.215, porque en el mismo la garantía se contempla, como es natural, no en sí, sino en cuanto seguridad del derecho del acreedor y éste sólo sufre quebranto en dicha seguridad cuando la misma no alcanza a cubrir la íntegra (o la establecida) realización del crédito, esto es, cuando se ha tornado insuficiente, para determinar lo cual, de manera necesaria, habrá de tomarse en cuenta la entidad de la disminución acaecida o la relación entre el valor o cuantía de la garantía concedida y el valor o monto de la obligación garantizada. Lo que sucede es que el artículo 1.215 al contemplar en forma general la situación de debilitamiento de las seguridades no utiliza el término "insuficiente" que sí emplea el posterior artículo 1.894 a propósito de la disminución de las garantías reales, pero se sirva o no el legislador de tal expresión creemos que la noción de disminución de garantía sólo cabe entenderla institucional y teleológicamente como insuficiencia de lo que antes era suficiente. Con indiferencia de los medios jurídicos que le sirvan de instrumento, el concepto de garantía viene

formulado siempre en atención al interés del acreedor y, por tanto, el estimar cuando ha habido o no quebranto de la misma nunca podrá depender sólo del mero hecho objetivo de su disminución sino de la necesaria relación entre ésta y la insuficiencia que ha provocado, para lo cual será imprescindible en toda hipótesis o situación valorar la entidad o cuantía de la disminución sobrevenida, único medio de poder concluir acerca de si la "garantía" del acreedor se ha afectado o no y, en consecuencia, de si deben entrar o no a operar los correctivos legalmente previstos.

Obsérvese además que de no aceptarse esta interpretación tropezaríamos con el siguiente obstáculo: Ya se ha dicho que el dispositivo establecido por el artículo 1.894 sólo procede cuando la pérdida o disminución de la garantía real concedida provenga de destrucción o menoscabo de la cosa hipotecada, y que en cualquier otro caso en que sin haberse producido estos eventos materiales se generen aquéllas es procedente la utilización del artículo 1.215; ahora bien, si se sostiene, tal como hace PINO, que en la aplicación de la primera norma se precisa no sólo de la disminución, sino también de la insuficiencia de la garantía, mientras que para la actuación de la segunda basta el nudo hecho objetivo de la disminución, deberá concluirse que tratándose de cosa sujeta a hipoteca en unos casos, perecimiento o deterioro, procederá un determinado régimen jurídico (el del artículo 1.894), mientras que en otros, no afectación material de la cosa aunque reduzca su valor, operará otro distinto (el del artículo 1.215). Y esto no es fácilmente admisible, pues tratándose de un solo y único tipo de garantía (garantía hipotecaria), su tratamiento jurídico debe ser también unitario, es decir, que haga falta en todo caso el requisito de la insuficiencia o que no lo haga en ninguno; cosa distinta es que tratándose de diferentes especies de garantías, en unas no se exija más que la disminución objetiva y en otras se requiera además el criterio relativo de la insuficiencia, pero lo que no cabe es que en relación a la concreta variedad de garantía hipotecaria, acaecido el hecho objetivo de su disminución, baste en unas oportunidades esta sola circunstancia y se precise en otras, además, una determinada entidad o gravedad de la misma según cual sea su causa productora.

Esta última consideración, que implica una clara *reductio ad absurdum*, constituye un argumento más que nos lleva a rechazar aquella diferencia adicional que PINO pretende hallar entre el régimen del artículo 1.215 y el del artículo 1.894.

Ya se ha visto como la opinión tradicional, particularmente la francesa, respetuosa en exceso con el hecho de que el artículo 1.215 (o sus similares) hable de actos propios del deudor, sostenía que dicho artículo se aplicaba cuando la pérdida o disminución de la garantía se debía a acto del deudor mientras que si tales acontecimientos se habían ocasionado fortuitamente procedía, tratándose de garantía hipotecaria, aplicar el artículo 1.894.

Aun dejando ahora a un lado toda consideración en orden a lo justificado o no de rechazarse en el régimen pautado por el artículo 1.215 la disminución de las garantías debida a hecho extraño al deudor, punto sobre el que anteriormente expresamos grandes dudas dada la *ratio iuris* del precepto, lo cierto es que al excluirse del supuesto de hecho previsto por el artículo 1.894 toda hipótesis en que la disminución de la garantía no se debiese a caso fortuito si se quería ser lógico, y los autores franceses lo fueron, debía darse a la expresión hecho propio un significado especial que, desde luego, no era el originario y genuino.

En efecto, al hecho propio no se le opone el hecho fortuito sino el hecho ajeno, mientras que al hecho fortuito se le opone el hecho culposo o voluntario. Si estas nociones se hubiesen aplicado estrictamente debería haberse concluido que el artículo 1.894 también era susceptible de aplicarse cuando la disminución fuese causada por un hecho que aun proveniente del deudor no le fuese imputable, que, sin duda, es un hecho propio de él; más como esto no era posible dada la posición apriorística de que se partía en el sentido de que existiendo hecho del deudor había que remitirse en todo caso al dispositivo del artículo 1.215, no quedaba otra salida razonable que no fuese la de identificar hecho propio y hecho imputable. Así todo resultaba armónico: el artículo 1.215 sancionaba la conducta culposa o la falta del deudor, el artículo 1.894, inaplicable como es natural en caso de falta pues para eso ya existía el citado dispositivo, quedaba circunscrito a la disminución sobrevinida por caso fortuito. Hecho propio era lo mismo que falta y, en consecuencia, necesariamente, el artículo 1.894 tenía que circunscribirse al caso for-

tuito so pena de resultar una norma innecesaria o contradictoria; tan es así que el legislador belga al redactar el artículo 79 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1851 se creyó obligado a añadir una precisión que no había incluido el artículo 2.131 del Código Napoleón que le servía de modelo: la de que se admitirá al deudor ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar *sin su falta*.

¿Cuál fue la razón de semejante tergiversación? En primer lugar, según creemos, un encomiable propósito de armonizar los preceptos legales en consideración; si ambos contemplan la figura jurídica de la disminución de las garantías, por más que uno sea en plano general y otro circunscrito a la hipoteca, forzosamente se han de referir a causas distintas generadoras de la misma, pues lo contrario implicaría una redundancia o, lo que es más grave, una contradicción, y a ello ayuda la circunstancia de que mientras el artículo 1.215 habla de hechos del deudor el 1.894 no trae precisión alguna en tal sentido. Por otra parte, como el primero de dichos artículos, sobrevvenida la disminución, tan sólo contempla la decadencia del término para el deudor, mientras el segundo aparentemente faculta a éste para detener semejante consecuencia ofreciendo un suplemento de hipoteca, esto cuadraba perfectamente con la discriminación señalada y hasta venía a exigir, a mayor abundamiento, el juego de la misma, pues si en una hipótesis la situación del deudor es más grave en cuanto no cuenta con ninguna posibilidad para detener la caducidad del término, mientras en la otra su posición es más benigna por contar con el recurso de ofrecer una garantía complementaria suficiente, ello constituía la prueba irrefutable de que en un caso la pérdida o disminución se debía a culpa del deudor mientras que en el otro era fortuita. Como dirían BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, y repetirán después los respetuosos y conservadores civilistas franceses, la pérdida o la disminución de la garantía hipotecaria puede ser el resultado de un hecho del deudor o de un acontecimiento de fuerza mayor y sería injusto someter dos casos tan disímiles a una sola y misma regla²⁰; como en tantas otras ocasiones el fino sentido práctico

²⁰ BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 488. Es curioso que un estudioso italiano del Código Napoleón, L. CHIESI, no obstante la uniformidad de los civilistas franceses sobre este punto, se percatase de cuál debía ser el planteamiento adecuado y, en tal sentido, escribiese: "El artículo 2.131 (del Código francés) no dis-

de la doctrina gala había resuelto sin mayores esfuerzos un complicado problema aunque para ello se hiciere preciso trasladar al legislador los deseos propios y manejar con poca precisión y rigor conceptos técnicos.

Con lo cual quedaba cerrado el ciclo y la construcción aparecía ordenada y armónica. Cuando la pérdida o disminución de la garantía acaecía por culpa del deudor, ante la mayor gravedad de la situación planteada correspondía una sanción más dura: la pérdida del beneficio del término sin posibilidad de opción. Cuando tales acontecimientos hubieren sobrevenido por un evento fortuito, en razón de la ausencia de culpa del deudor procedía una reacción más benigna: posibilidad de evitar la caída del término mediante la constitución a favor del acreedor de nuevas garantías que le restituyesen la originaria seguridad de su derecho.

Más en el mundo jurídico en aras de una pretendida armonía no se puede desconocer la realidad de las cosas, y lo cierto es que en la materia en consideración los términos legales y la utilización rigurosa de las categorías técnico-jurídicas no permitían arribar a las conclusiones a que casi unánimemente llegaba la dogmática francesa. Veamos por qué.

Como tantas veces se ha señalado, el artículo 1.215 (o sus modelos francés e italiano del 65) contempla el supuesto de disminución de la garantía por hecho o acto propio del deudor (*par son fait*, dice el artículo 1.188 del Código civil francés), mientras el artículo 1.894 (al igual que sus inspiradores) se contrae al caso de la disminución de la garantía hipotecaria sin precisar nada en orden a su causa productora remota; pues bien, si del silencio de este último precepto cabía derivar, como con acierto aduce PINO, la inclusión del caso fortuito, de ninguna manera era posible concluir que queda excluido el hecho propio tan sólo porque lo hubiese previsto el artículo 1.215. Una interpretación racional y lógica de ambos preceptos debía conducir, pues, a que no era posible circunscribir el último de ellos

tingue si los inmuebles hipotecados perecieron o se deterioraron por caso fortuito o por culpa del deudor, y por ello yo creo que tanto en un caso como en otro compete al acreedor el derecho acordado por la disposición del artículo citado" (CHIESI, *Il sistema ipotecario illustrato*, III, Florencia, 1855, p. 485).

a aquellos casos en que el debilitamiento en la garantía se había producido fortuitamente.

Pero es que, en realidad, ni siquiera hace falta acogerse a esta interpretación comparativa y contrastadora, sino que basta con entender y aceptar los términos legalmente utilizados en su estricta aceptación teórica. En efecto, según antes se apuntaba, la expresión *hecho propio* no es sinónima o equivalente a hecho imputable o culpable, y, por tanto, no cabe contraponerla a hecho fortuito, sino a hecho extraño o ajeno; la noción de hecho propio del deudor, dice RUBINO, no se restringe a una verdadera culpa suya, sino comprende toda causa que de cualquier modo provenga de éste (aunque sea por vía indirecta, es decir, por la actuación de sus auxiliares), por ejemplo, debido a inercia no imputable (enfermedad, etc.), resultando excluidos tan sólo los hechos naturales o de terceros extraños²¹. Esta es la doctrina exacta. En la expresión hecho propio quedará incluida, sin ninguna duda, la falta o culpa del deudor, pero la misma es susceptible de abarcar también toda acción u omisión del obligado que no siéndole imputable (ni como dolosa ni como culposa) tenga que considerarse como propia en cuanto proviene directa o indirectamente de él; o, en otras palabras, que el hecho propio no excluye el caso fortuito.

²¹ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, op. cit., pp. 359-360. Uno de los pocos civilistas que se han percatado de que el hecho propio del deudor puede constituir, en determinadas circunstancias, un supuesto de caso fortuito ha sido CASTÁN TOBEÑAS, frente a la corriente tradicional, casi unánime, que estima que el hecho del deudor no puede nunca calificarse de fortuito (Cfr., por todos, GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1928, pp. 37-38). Para el gran maestro hispano la existencia del caso fortuito precisa de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del deudor y, por consiguiente, no imputable a él. Y, con exactitud, agrega: "Mas esto no quiere decir que el hecho constitutivo de caso fortuito haya de ser ajeno en absoluto a la persona y actividad del obligado. Es cierto que los comentaristas del Código francés, y del italiano entienden que los hechos constitutivos del caso fortuito han de ser extraños al deudor; pero en el Código civil español no encontramos esa limitación, pues el artículo 1.105 sólo exige que se trate de sucesos que no hubieran podido verse, o que, previstos, fueran inevitables. Doctrinalmente tampoco nos parece admisible dicha restricción. Lo esencial para constituir el caso fortuito —dice VALVERDE— no es que se trate de actos propios o extraños, sino que no sean imputables al deudor por concurrir dolo, morosidad a contravención del obligado" (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1958, p. 163).

En definitiva, el artículo 1.215 del Código civil se referirá a todo caso de disminución de la garantía por hecho propio del deudor bien pueda catalogarse el mismo de falta o bien merezca la calificación de acontecer fortuito. Esto por un lado, porque, por el otro, como el artículo 1.894 en relación a la disminución de la garantía hipotecaria no contiene señalamiento en orden a la causa productora de la misma, deberá incluirse en el supuesto por él contemplado no sólo los hechos culpables del deudor, sino también los eventos fortuitos, mas ahora, respecto a estos últimos, sin distinguir entre aquellos que puedan considerarse hechos propios del deudor y aquellos que consistan en meros hechos naturales o corresponden a tercero. En consecuencia, la diferencia entre los artículos 1.215 y 1.894 respecto a los hechos productores de la disminución de la garantía quedaría establecida de la siguiente manera: el primero operaría cuando la aludida circunstancia se haya producido por hecho del deudor, con indiferencia de que el mismo sea voluntario o involuntario, esto es culpable o fortuito, siempre que el deudor sea su autor; el segundo, por el contrario, prescindiría de esta última consideración y se aplicaría con indiferencia de que el hecho nocivo sea imputable o fortuito y de que sea propio o extraño al deudor. Tal es la forma como, en este punto, deben interpretarse los artículos en consideración de los Códigos civiles venezolano, francés e italiano de 1865, al menos por el momento.

El Código italiano de 1942 en su artículo 2.743 ha modificado la redacción que el Código de 1865 había dado a su artículo 1.980 al señalar que "cuando la cosa dada en prenda o sometida a hipoteca perezca o se deteriore, aunque sea *por caso fortuito...*". La nueva redacción obliga, claro está, a incluir en la norma que el artículo establece las disminuciones sobrevenidas por caso fortuito, pero en cuanto habla de *aunque* fuerza también a englobar las acaecidas por hecho voluntario o imputable, ya que dicho término implica la necesaria, implícita y sobreentendida contemplación de la categoría de eventos contrapuesta a la que el mismo se refiere: la categoría de los eventos imputables. Mas por la secular costumbre de identificar hecho propio y falta del deudor, PINO, que en algún lugar de su trabajo pone en duda semejante equivalencia, no advierte la aludida circunstancia y erróneamente afirma que hoy la nueva formulación de la norma da la neta sensación que se refiere también a la disminución ocurrida por hecho propio, pues no se ve qué inter-

pretación se puede dar a la palabra *anche* sino la de sobreentender "no sólo por acto propio"²². La no discriminación entre acto propio y falta del deudor, como género y especie respectivamente, lleva a PINO, no obstante lo acertado de sus planteamientos, a incurrir en una patente incongruencia, ya que, según su afirmación, cuando el hecho causante de la disminución pese a ser propio del deudor no le sea imputable, como bien puede suceder, el artículo en cuestión vendría a decir: si la cosa perece o se deteriora no sólo por caso fortuito, sino también por caso fortuito (o si se quiere, en general, para adecuarnos a los términos del artículo 1.271 del Código civil venezolano, por causa extraña no imputable al deudor)²³.

Los planteamientos que anteceden, según decíamos, nos parecen de obligada admisión en la interpretación de los correspondientes artículos de los Códigos venezolano, francés e italiano que forman, en líneas generales, un bloque unitario en la regulación de la materia. Otra es la situación, por el contrario, en el Código civil español, cuyo artículo 1.129 dispone que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo: ...3º "Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras".

En este precepto aunque también se utiliza la locución actos propios no puede darse a la misma el sentido que anteriormente señalábamos pues aparece empleada en clara contraposición al caso fortuito y, por lo tanto, mal podrá incluir en forma alguna este tipo de acontecer. En efecto, si el ordinal 3º del artículo 1.129 dispone que el deudor pierde el plazo cuando por actos propios disminuye las garantías dadas y a continuación asigna el mismo efecto a la desaparición de las garantías por caso fortuito salvo reposición, ello significa que cuando, en virtud de un evento fortuito, se haya producido no la pérdida sino la simple disminución de las seguridades otorgadas, no entrará a jugar la sanción de la caducidad del término pues este efecto

²² PINO, *loc. cit.*, p. 94.

²³ Hacemos la advertencia de que si en este trabajo, por comodidad, se utiliza la expresión caso fortuito la misma debe entenderse en el sentido de causa extraña no imputable, categoría esta que comprende, como una de sus especies, el caso fortuito *stricto sensu*: Cfr. al respecto, MADURO LUYANDO, *Curso de obligaciones*, Caracas, 1967, pp. 212 y ss.

sólo lo impone la ley en el supuesto más grave de desaparición, y, en consecuencia, la expresión acto propio en ningún caso puede extenderse al caso fortuito so pena de instaurar en el citado ordinal 3º del artículo 1.129 una contradicción insuperable, ya que de no ser así la primera parte del mismo abarcaría la disminución de las garantías acaecida por ciertos hechos fortuitos (en cuanto provenientes del deudor), mientras que tal posibilidad vendría negada por la segunda parte del dispositivo legal al contemplar el caso fortuito en relación exclusivamente a la desaparición o pérdida de las seguridades otorgadas.

En el Código español, pues, los términos actos propios han de entenderse por necesidad en el sentido de hecho imputable o voluntario, excluyente, por tanto, de cualquier acontecer fortuito; aquí sí sería plenamente aplicable la construcción francesa de que hecho propio significa y contempla la falta o culpa del deudor. Además, la aludida interpretación se concilia perfectamente con las normas que el ordenamiento civil español trae en materia de disminución de la específica garantía hipotecaria.

El artículo 117 de la Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1946 establece que "cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo su valor, por *dolo*, *culpa* o *voluntad* del dueño, podrá el acreedor hipotecario...", y obsérvese que esto es perfectamente congruente con lo más arriba señalado, pues habiéndose previsto en forma general la disminución de las garantías por hecho imputable al deudor viene ahora a contemplarse la disminución de una concreta variedad de garantía, la hipotecaria, y en relación a dicho supuesto la norma exige el dolo, culpa o voluntad del dueño, con lo que, aquí todavía menos, no puede haber duda de que queda excluida la causa extraña no imputable. En este sentido, dice MORENO QUESADA que la ley al hablar de "dolo, culpa o voluntad" utiliza una expresión de contenido muy amplio en cuanto contempla las distintas posibilidades del acto humano, es decir del hecho voluntario, en definitiva toda actuación imputable, entendido esto en el sentido de que le resulte atribuible al dueño de la finca; tanto quiere expresar como la locución "actos propios" que emplea el artículo 1.129, 3º del Código civil²⁴.

²⁴ MORENO QUESADA, *La acción de devastación*, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, 1969, p. 565.

En algunos de los Códigos civiles venezolanos anteriores al vigente el artículo relativo a la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria traía una distinta redacción que si bien no permitía, a la letra, admitir la interpretación tradicional que rechazamos sí daba cierta base, empero, para argumentar en su defensa.

El artículo 1.823 de los Códigos civiles de 1873 y 1880 disponía que "cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantir el crédito, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca, aunque el plazo no esté vencido"; se observará que no menciona la posibilidad de que el acreedor pueda pedir el pago inmediato de su crédito, caso de que no se practique el suplemento de hipoteca²⁵, y ello permitiría quizá pensar que en cuanto el efecto principal de toda disminución de garantía (la pérdida del beneficio del término) se halla negado, hasta por vía subsidiaria, en el caso especial de que la garantía negativamente afectada sea de índole hipotecaria tal acontecer se debe a que en éste ha de faltar (en la hipótesis contemplada por la ley) un elemento particularmente importante y grave: la falta o culpa del deudor. ¿Por qué tratándose de garantías en general su disminución acarrea la caída del plazo, mientras que si la garantía es hipotecaria dicho suceso sólo da lugar al efecto, sin duda menos grave, de que el acreedor tenga derecho a un suplemento de hipoteca? Sencillamente, podría contestarse, porque en el primer supuesto la ley exige la culpa del deudor, mientras que el segundo sólo tiene lugar cuando el hecho que lo provoca es fortuito: la ausencia de voluntariedad determina la menor sanción en este segundo supuesto.

Así, SANJO, aunque sin argumentar y posiblemente sin percatarse de la diferencia entre el precepto que comenta y el artículo 2.131 del Código civil francés, nos dice, trasladando a la letra la tesis de la doctrina francesa, que para la aplicación de la disposición en estudio hace falta, entre otras condiciones, que la hipoteca se haya hecho insuficiente por perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados acaecido por caso fortuito o fuerza mayor y no por culpa o hecho (para él, como para los autores franceses, hecho y culpa o falta es lo mismo) del deudor,

²⁵ A partir del Código civil de 1896 la redacción del correspondiente artículo es ya la actual.

porque en este caso el acreedor podrá exigir el inmediato cumplimiento de la obligación sin esperar el vencimiento del plazo (art. 1.111)²⁶.

De todas maneras, según pensamos, la aludida argumentación, aunque intrínsecamente tuviese una fortaleza que en forma evidente no tiene, debería rechazarse porque la misma tendría su apoyo material en una norma en la que evidentemente se cometió, al menos, un error de transcripción al ser incorporada al Código civil venezolano. En efecto, el artículo 1.823 de los Códigos civiles de 1878 y 1880 establece que, producida la insuficiencia hipotecaria, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca, *aunque el plazo no esté vencido*, de lo que, por argumento *a contrario*, parece debería deducirse que estando vencido el plazo de una obligación hipotecariamente garantida, aunque los bienes afectados no hayan perecido ni sufrido deterioro, el acreedor tiene derecho a una ampliación de su hipoteca, algo que, sin duda, es absolutamente descabellado e inadmisibile. La frase *aunque el plazo no esté vencido* no guarda, ni puede guardar, ninguna relación con el derecho del acreedor al suplemento, sino que sólo tiene sentido cuando se la relaciona con el derecho del mismo a obtener el pago inmediato de su acreencia una vez perdida o disminuida la garantía hipotecaria, lo que nos debe llevar a suponer que cuando se recibió la norma extranjera inintencionalmente se omitió u olvidó la expresión "y, en su defecto, al pago de su acreencia", que, por necesidad, debe preceder a aquella frase, y tal es, desde luego, la interpretación, más benigna y generosa que cabe hacer de la actuación del codificador de 1873 en esta materia.

Tenemos, según creemos, deslindados los campos correspondientes a los artículos 1.215 y 1.894 del Código civil venezolano: disminución de la garantía genérica por hecho propio (*lato sensu*) del deudor, en el primero, y disminución de la específica garantía hipotecaria por cualquier tipo de acontecer, en el segundo. Pues bien, aun entendiendo, según se ha hecho notar, que en la primera hipótesis deben encuadrarse aquellos casos en que la disminución de las garantías haya sobrevenido por hecho fortuito aunque propio del deudor, mientras que en la segunda no hace falta esta última circunstancia, el engarce

²⁶ SANOJO, *Instituciones de Derecho civil venezolano*, IV, Caracas, 1873, p. 339.

entre una y otra norma, que evidentemente responden a una misma preocupación y se orientan hacia un mismo objetivo, resulta forzado e inarmónico.

Porque, en efecto, ¿cuál es la *ratio* de ambas normas? Evidentemente la de proteger al acreedor contra la sobrevenida disminución de las garantías que en su día le fueron concedidas, y si esta es la finalidad última y trascendental de los dispositivos jurídicos en estudio, ¿tiene sentido negar *in genere* la protección cuando la disminución se haya producido por hecho extraño al deudor y concederla, en cambio, en esta misma hipótesis caso de que la garantía constituida sea de naturaleza hipotecaria? Nos parece que no.

Si el propósito del legislador es acudir en defensa del acreedor que ve peligrar su derecho por razón del debilitamiento de las garantías que al mismo protegían, y al efecto dispone a su favor la posibilidad de exigir inmediatamente la ejecución de la prestación debida, no se comprende por qué en relación a las garantías en general hace falta que la disminución haya sobrevenido por hecho del que sea autor el deudor, mientras que tratándose de garantía hipotecaria semejante circunstancia no se toma en cuenta para nada. Ni se comprende tampoco el motivo de que tanto en uno como en otro supuesto no sea considerada únicamente la situación objetiva de que la garantía dada ha sobrevenido deficitaria, con prescindencia de la causa que haya originado este acontecer, que es la que de manera lógica armoniza con la *ratio* de las normas.

Tanto el artículo 1215 como el artículo 1894 del Código civil están signados por un claro propósito de *favor creditoris* y, en consecuencia, el mismo no puede ni debe quedar marginado por el hecho de que en el resultado que se contempla haya participado o no la actividad del deudor. Hecho del deudor (voluntario o involuntario) o hecho extraño al mismo es algo que carece por completo de sentido cuando se ha producido una disminución de las garantías y en base a ésta se permite al acreedor actuar en un determinado sentido. La autoría del deudor, máxime si, como se vió, la misma no cabe identificarla con la idea de falta o culpa, no tiene incidencia ni repercusión una vez que ha tenido lugar el debilitamiento de la situación del acreedor, circunstancia que conforma al supuesto de hecho de la norma.

Sostener lo contrario nos llevaría, por un lado, a tener que identificar la locución acto o hecho propio con hecho imputable y, por el otro, a trasladar, en la hipótesis del artículo 1215, el punto de incidencia de la norma, que de ser la protección del acreedor pasaría a ser la sanción del deudor, conclusiones a todas luces inadmisibles como pormenorizadamente se ha tenido ocasión de exponer en las páginas que anteceden. Aparte de que si la exigencia del actuar del deudor no puede conducir a la caracterización de su hecho como imputable en todo caso, es por entero intrascendente la distinción entre hechos propios y hechos ajenos pues entre unos y otros no existirá desde el punto de vista jurídico ninguna diferencia intrínseca que avale su diferencia y separación.

Se nos dirá que de ser así las cosas el artículo 1894 estaría de más porque al contemplar unas condiciones de aplicación en todo similares a las del 1.215 bastaría con esta última norma general. La objeción se puede contestar con facilidad.

En efecto, una norma se califica de especial respecto a otra cuando aplicada a un supuesto de hecho de idéntica sustancia produce, sin embargo, consecuencias distintas a las normales o generales; pues bien, si, según se pretende, el artículo 1215 sólo operase cuando la disminución es el resultado de un hecho del deudor, mientras que el 1894 tiene aplicación cuando aquélla se produzca por un hecho propio o extraño al deudor, ni siquiera cabría hablar de que el segundo representa una norma especial frente al primero, sino que se trataría de dos disposiciones completamente distintas y autónomas en cuanto contemplan situaciones de hecho diferentes, y esto no se han atrevido a sostenerlo ni los más ortodoxos civilistas franceses como resulta de la circunstancia de que consideran siempre las mismas una en relación a la otra.

La realidad es de otro signo; el artículo 1894 significa una especialidad frente al 1215 precisamente porque contemplando una misma situación objetiva (la disminución de las garantías por cualquier causa que se haya producido) da lugar a distintas consecuencias jurídicas, en cuanto si la garantía es hipotecaria puede el deudor impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca. Aquí es donde reside el carácter especial de la norma y aquí es donde se encuentra la justificación de su existencia; de ninguna forma,

en la configuración que nosotros le atribuimos, resulta un precepto innecesario o reiterativo: antes bien, con la misma es como cobra su auténtica fisonomía de norma especial (y ello sin ocuparnos en este lugar de que la disminución debe derivar del deterioro de los bienes hipotecados y de la participación que en la misma pueda corresponder al hipotecante no deudor y al tercer poseedor, circunstancias que, sin duda, contribuyen a reforzar la especialidad del artículo 1894 respecto al 1215).

En suma, en nuestra opinión, al problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano (o sus equivalentes de los Códigos francés —1188 y 2131—, italiano de 1865 —1176 y 1980— e italiano de 1942 —1186 y 2743—) debe darse la solución siguiente: el primero constituye una norma general aplicable a la disminución de las garantías con indiferencia de cuál sea su clase; el segundo, por el contrario, sólo se aplica en relación a la garantía hipotecaria (con posibilidad de extenderlo a la prendaria en base al instrumento analógico) dadas determinadas circunstancias por el mismo previstas. La razón de la especialidad respecto a este tipo de garantía se halla en que teniendo la misma por objeto una cosa, sobrevenida su disminución por deterioro de ésta el daño puede paliarse y el acreedor repuesto en su originaria situación de seguridad, sin necesidad de acudir *recta via al* cumplimiento inmediato de la obligación, mediante la concesión de una garantía complementaria suficiente. Pero en uno y otro es indiferente, pese a letra de la ley, que la disminución se haya producido por hecho imputable o no al deudor, por hecho propio o ajeno a éste; basta y es suficiente con la circunstancia objetiva de la disminución para que los dispositivos legales entren a operar, sin que proceda un previo discernimiento, en la hipótesis del artículo 1215, acerca de si semejante acontecimiento dañino ha sobrevenido por hecho propio del deudor.

La interpretación racional y teleológica de las normas en estudio conduce, pues, a la conclusión apuntada, y como el espíritu debe imponerse, de ser preciso, a la letra de la ley, y como el sentido y alcance de un precepto, derivados de su estructura y función, no pueden resultar vulnerados ni en ninguna forma afectados por la mera dicción literal del mismo, es necesario estimar que la expresión "por hecho o acto propio" debe considerarse como no puesta, y, en consecuencia, que tanto el

artículo 1215 como el 1894 del Código civil, cada uno en su respectiva esfera de actuación, contemplan el hecho objetivo de la disminución de las garantías cualquiera que sea la causa generadora de la misma.

3. PERECIMIENTO O DETERIORO DEL BIEN HIPOTECADO

A. CLASE DE PERECIMIENTO O DETERIORO

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, el artículo 1894 contempla la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria debida al perecimiento o deterioro del bien hipotecado ("cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes..."). Constituye este, pues, el primero de los presupuestos de la norma a estudiar.

La disminución de la garantía hipotecaria, en consecuencia, sólo se tomará en cuenta, a los efectos del artículo 1894, cuando se haya ocasionado por el menoscabo o degradación del bien objeto de la misma (con indiferencia eso sí, según nuestra opinión desarrollada detenidamente en el punto anterior, de cuál sea la participación y la culpabilidad del obligado). Ahora bien, si respecto a la fórmula reina general acuerdo, no sucede lo mismo en relación al alcance que debe atribuirse al término deterioro: ¿se restringirá el mismo a lo meramente material o será susceptible de englobar lo que algunos llaman deterioro jurídico?

La doctrina francesa se muestra unida en torno a la tesis de que la disminución de las garantías constituídas ha de ser consecuencia de una pérdida o deterioro material, que la depreciación se produzca por un cambio en el estado físico.²⁷

²⁷ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 411; BAUDRY LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, pp. 490-491; AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, III, París, 1938, pp. 578-580; PONT, *op. cit.*, II, p. 88; RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho civil según el Tratado de Planiol*, VII, Buenos Aires, 1965, p. 317, etc. No obstante, aunque ubicado en el sector francés, el belga DE PAGE considera que el artículo 79 de la Ley Hipotecaria de su país se aplica, de la misma manera que en el caso de pérdida por la falta del deudor, tanto en el supuesto de pérdida material como en el de pérdida jurídica, si bien, erróneamente, estima que el caso más importante y tal vez el único de pérdida jurídica es la expropiación (DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VII-1º, Bruselas, 1943, p. 539).

Falta, en cambio, en la doctrina italiana esta uniformidad; los autores se dividen entre los que piensan que el deterioro en cuestión es únicamente el material y los que creen que alcanza también al jurídico. La opinión tradicional solía orientarse en la primera dirección en base a considerar que normalmente las partes toman en cuenta de manera fundamental la integridad de la cosa más que la estabilidad de su valor, siempre sujeto a oscilaciones;²⁸ criterio este que hoy encuentra, en opinión de diversos autores italianos, decisivo refuerzo en la nueva regulación dada la materia por el Código civil de 1942.

En este último sentido, por ejemplo, D'AMELIO estima que el problema podía plantearse respecto al artículo 1980 del Código de 1865, del cual debían excluirse los daños jurídicos a los que se aplicaría el artículo 1176 del mismo, circunstancia que hoy no es posible por estar la materia recogida por el artículo 2812 del Código civil de 1942;²⁹ al regular este artículo y los siguientes, se dice, múltiples casos en que la disminución se produce por hechos jurídicos, ello debe entenderse en el sentido de que, a los efectos del artículo 2743, no deben considerarse tales actos como idóneos para provocar una disminución de la garantía.³⁰ En opinión de ANDRIOLI, la reducción de la garantía reclama la aplicación del artículo 2743 sólo cuando se den dos requisitos: debe tratarse de hechos materiales, los cuales ocasionen el deterioro de la cosa; si no se da el primer requisito y no obstante la garantía se reduce por la realización de actos jurídicos de disposición, se aplicarán, según cual sea el caso, los artículos 2812 a 2816; si, por el contrario, no obstante tratarse de actos materiales, se produce reducción de la garantía, no hay remedio, y tal hipótesis se presenta siempre que la reducción incide sobre el valor de la cosa, que por otra parte permanece idéntica en su integridad material.³¹

Frente a esta corriente mayoritaria se levanta el parecer de RUBINO y PINO. El primero, ante la interrogante de si el

²⁸ PACIFICI-MAZZONI y VENZI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Turín, 1927, p. 553; BIANCHI, *Delle ipoteche*, I, Turín, 1914, p. 511; COVIELLO, *op. cit.*, p. 249.

²⁹ D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale*, en *Commentario al codice civile*, dirigido por D'Amelio, VI, Florencia, 1943, p. 499.

³⁰ SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1926, p. 454.

³¹ ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 48.

artículo 2743 se aplicará también en aquellas hipótesis en que la garantía se pierda sin percimiento o deterioro de una cosa material, estima que parece preferible la afirmativa dado que la norma no se puede considerar excepcional, y por tanto es susceptible de extensión analógica;³² en una obra posterior ratifica y clarifica este criterio al escribir que no parece estrictamente necesaria una alteración de la consistencia material de la cosa, sino suficiente también la extinción o disminución de la garantía por otra causa, meramente jurídica, siempre que sea específica al bien hipotecado.³³ El segundo afirma que la postura tradicional es inexacta porque no se puede negar, por ejemplo, a la movilización de una pertenencia el carácter de hecho jurídico: el deterioro del bien complejo hipotecado no se produce por el solo hecho material de la separación de la cosa accesoria, que puede ser temporal, sino por los elementos jurídicos que dan a la separación material la eficacia de sustraer el bien a la disciplina inmobiliaria.³⁴

Entre los autores alemanes, dados los términos en que aparece redactado el parágrafo 1133 del BGB (“si a consecuencia de un empeoramiento de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca...”) se suele aceptar que en la protección que corresponde al acreedor hipotecario contra un riesgo ya ocurrido debe tratarse de daño material; así, para WOLFF, el primer requisito de la aludida protección consiste en que haya tenido lugar un menoscabo de la finca en sí o de las pertenencias afectas con ella a la hipoteca, o el hecho de alejar de la finca de una manera anormal las pertenencias; por otra parte, es indiferente el origen del menoscabo: si procede de un acto ejecutado contra derecho por el propietario o por un tercero (incendio intencional), si procede de un acto lícito (transformación de la finca gravada en camino público, elevación del nivel de una calle de suerte que la planta baja de la casa se convierte en sótano) o de un acontecimiento natural (rayo, pedrisco, terremoto);³⁵ NUSSBAUM habla de que tratándose de quebrantos ya producidos que vayan en menoscabo de la seguridad hipotecaria, el dueño de la finca debe evitar el perjuicio o ponerle remedio arreglando la finca o reponiendo por otros medios la garantía

³² RUBINO, *La responsabilità...*, op. cit., p. 21.

³³ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, op. cit., p. 362.

³⁴ PINO, *loc. cit.*, p. 95.

³⁵ WOLFF, *op. cit.* II, pp. 241-242.

hipotecaria, y, seguidamente, señala que tal situación también se produce en el caso de destrucción de un edificio, cuando el solar no ofrezca la seguridad necesaria, si la demolición tiene por fin edificar uno nuevo, pero, además, tratándose de casas alquiladas, el mero hecho de desocupar las viviendas para prepararse a la demolición supone ya un quebranto para la seguridad del hipotecarista,³⁶ lo que parece rebasar la hipótesis contemplada por el parágrafo 1133 circunscrita a menoscabos o deterioros de la finca en sentido material.

En el Derecho español, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria exige como condición para el ejercicio de la llamada por los autores acción de devastación que "la finca hipotecada se deteriorase"; pues bien, no hay acuerdo entre los autores hispanos acerca de lo que debe entenderse por deterioro y el ámbito que el mismo ha de abarcar.

ROCA SASTRE, frente a su posición anterior de entender que el concepto de deterioro implica que el quebranto sufrido por la cosa hipotecada sea de índole material, física, corpórea o de substancia, y no de carácter jurídico, considera hoy, quizá influenciado por la nueva redacción que al artículo 219 del Reglamento Hipotecario ha dado la reforma de 1959, que entre los actos más destacables que pueden originar la acción de devastación pueden señalarse los siguientes: a) el deterioro querido, total o parcial, del bien hipotecado por efectuar arbitrariamente alteraciones materiales en el mismo que conduzcan a la disminución de su valor en cambio o de realización; b) la explotación antieconómica del bien hipotecado minoradora de su valor en el tráfico jurídico; c) la depauperación material de la finca hipotecada por omisiones de su propietario, que a veces puede ser por actitud pasiva de los suyos, y en cuanto ello redunde en detrimento de su valor, y d) la actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado, que redunde, también, en disminución de su valor;³⁷ lo que, sin duda, supone una cierta forma de admitir el deterioro meramente jurídico.

De manera mucho más amplia y explícita DORAL considera que en el ámbito del artículo 117 de la Ley Hipotecaria no sólo

³⁶ NUSSBAUM, *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, Madrid, 1929, p. 199.

³⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV-2º, pp. 949-951.

están comprendidos los deterioros materiales sino también los jurídicos. Para él, el criterio restrictivo de que el término deterioro ha de entenderse en el sentido de menoscabo sustancial o material de la cosa hipotecada resulta difícil de mantener si se tiene en cuenta que no todas las fincas objeto de hipoteca lo son "en sentido material", donde los deterioros normalmente tendrán este carácter; la noción de finca es más amplia desde el punto de vista registral y pueden ser objeto de hipoteca, además de entidades materiales, cosas incorpóreas o derechos que también se consideran como fincas desde este punto de vista registral: en estos casos es difícil concebir un deterioro material y, por tanto, siguiendo aquella interpretación, el acreedor carecería de este medio de defensa (la acción de devastación) cuando se produjera la insuficiencia de la garantía a resultas de un deterioro jurídico. Se explica así que para él, el reciente artículo 219 del Reglamento Hipotecario (arrendamiento intencionalmente gravoso) no ha introducido una acción de nuevo cuño, distinta de la anteriormente existente, ni tampoco una ampliación de su ámbito, sino que se limita a aclarar y perfilar los efectos propios del artículo 117 de la Ley Hipotecaria mediante una interpretación que bien merece la calificación de auténtica; es más, en cuanto aquel precepto remite en forma expresa a este último, viene a confirmar la interpretación amplia del artículo 117 en el sentido de que dentro de los supuestos previstos en el mismo están comprendidos los llamados deterioros jurídicos, entre otras razones porque los reglamentos subordinados a la ley, para la ejecución de la cual se dicten, no pueden alterar, sino a lo sumo aclarar, para su mejor cumplimiento, lo que la ley dispone.³⁸

Distinto es el parecer de MORENO QUESADA; en su opinión, cuando el legislador español redactó el artículo 117 de la Ley Hipotecaria no pensaba sino en la hipoteca sobre finca material, y por ello el mencionado precepto habrá de aplicarse a los inmuebles que constituyan la base física de la hipoteca, bien porque sobre ellos se haya constituido, bien porque sean el soporte de los derechos reales hipotecados; cuando se trate directamente de un deterioro del derecho hipotecado que no tenga carácter material, procede aplicar, a su entender, la mis-

³⁸ DORAL, *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1966, pp. 294-304.

ma solución del artículo 117 (*similia, similibus*), lo que no quiere decir que se aplique éste debiendo forzar su sentido. En resumen, considera que el artículo 117 alberga en su supuesto de hecho únicamente deterioros materiales de la finca hipotecada; no obstante, cuando se trate de un derecho hipotecado, y con independencia de la repercusión en el mismo del deterioro de la cosa que es su soporte, cabrá el ejercicio de una acción similar a la de devastación allí regulada, que cubra los daños que puedan ser equivalentes a los de deterioro material de la cosa hipotecada.³⁹

Entre nosotros la única referencia al punto en consideración la encontramos en SANOJO, para quien la aplicación de la disposición que se estudia requiere de varias condiciones, y una de ellas, precisamente, es la de que la hipoteca se haya hecho insuficiente por perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados y que "uno u otro haya sido material".⁴⁰

¿Cuál es nuestra opinión? Creemos que, no obstante los términos que está redactado el artículo 1894 del Código civil, no cabe entender el mismo en el sentido exclusivo de que la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido tan sólo por el perecimiento o deterioro material de la cosa hipotecada.

En efecto, si se admite que la insuficiencia de la garantía puede tener lugar tanto por deterioros materiales como por deterioros jurídicos del bien gravado, tanto por hechos físicos como por actos jurídicos, tal cual la doctrina parece admitir en general, ¿qué justificación tiene excluir la aplicación del precepto cuando tenga lugar la segunda de dichas hipótesis? Absolutamente ninguna.

Algún autor pretende que en el caso de deterioro jurídico el acreedor no queda sin protección pues siempre le será posible acudir al remedio del artículo 1215 cuando se haya verificado la disminución de las garantías otorgadas. No esto de lo que se trata, pues ya sabemos el alcance general que tiene este último precepto; el problema no es el de la protección del acreedor garantizado, que siempre se obtiene por una u otra vía, sino el del ámbito de aplicación o alcance del artículo 1894, que es,

³⁹ MORENO QUESADA, *loc. cit.*, pp. 552-554.

⁴⁰ SANOJO, *op. cit.*, IV, p. 339.

como con detenimiento se ha expuesto, un precepto especial circunscrito exclusivamente a la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria.

Ahora bien, ya hemos señalado que la especialidad del artículo 1894 respecto al 1215 radica en que, contemplando una misma situación objetiva (la disminución de las garantías por cualquier causa que se haya ocasionado), produce distintas consecuencias jurídicas, en cuanto si la garantía es hipotecaria puede el deudor impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca, y, en consecuencia, ¿tendría sentido recurrir al artículo 1215 cuando la insuficiencia de la hipoteca se haya producido por el mero deterioro jurídico del bien hipotecado? Pensamos que no, pues una cosa es sostener que el artículo 1215 debe aplicarse cuando no obstante la naturaleza hipotecaria de la garantía su disminución haya tenido lugar sin deterioro de la cosa (afirmación que es correcta) y otra muy diferente, para lo que no hay apoyo suficiente, defender que el artículo 1894, circunscrito a la disminución de la garantía hipotecaria, está además restringido a los simples casos de deterioro material. La inconsistencia de esta última posición se revela, por otra parte, si se considera que ordinariamente un hecho material lesivo suele revestir mayor gravedad y ser de consecuencias más irreversibles que un acto jurídico de la misma índole, y, sin embargo, de acuerdo al criterio que rechazamos, gozaría de un tratamiento más favorable en cuanto su autor podría evitar la realización del crédito mediante la concesión de una nueva garantía, cosa que no sería posible en el caso de deterioro no material.

Ni siquiera hace falta en apoyo de la tesis amplia que sostenemos recurrir a la ayuda de la analogía tal como pretende RUBINO. Semejante ayuda habría sido necesaria si el precepto en cuestión hablase de pericimimiento o deterioro material, pero obsérvese que el mismo se limita a señalar la destrucción o el menoscabo del bien hipotecado sin añadirle ningún calificativo, por lo que en cuanto no hay nada que abone o exija una interpretación restrictiva, antes bien la esencia y finalidad de la norma imponen el sentido amplio comprensivo de ambos tipos de situaciones, y en cuanto no deben hacerse distinciones donde la ley no ha distinguido, debe concluirse que están previstos, contemplados y sujetos a un mismo y único tratamiento jurídico

tanto el deterioro material como el deterioro jurídico de los bienes hipotecariamente afectados. No se precisa, pues, del instrumento analógico en razón de que el artículo 1894 del Código civil no ha dejado fuera de su supuesto de hecho los casos en que la garantía se pierde o disminuye no obstante la conservación de la integridad material de la cosa gravada.

Tampoco el ejemplo que brinda PINO procura mayor apoyo al criterio que nos acogemos; según él, no puede negarse a la movilización de una pertenencia el carácter de hecho jurídico, y, en este caso, el deterioro del bien complejo hipotecado no se produce por el solo hecho material de la separación de la cosa accesoria, sino por los elementos jurídicos que dan a la separación material la eficacia de sustraer el bien a la disciplina inmobiliaria.⁴¹ Sin duda que la separación de una pertenencia de la cosa principal es algo más que un simple hecho físico; produce consecuencias jurídicas y es, por tanto, un acto jurídico. Pero si ello es cierto, no se alcanza a ver cómo la separación de la pertenencia provoca el deterioro jurídico del conjunto hipotecado, ya que a tenor del párrafo tercero del artículo 818 del Código civil italiano "la cesación de la calidad de pertenencia no es oponible a los terceros que hayan adquirido anteriormente derechos sobre la cosa principal", y no hay duda de que el acreedor hipotecario se encuentra entre estos terceros.

En fin, debe desecharse también la aseveración de MORENO QUESADA de que los autores que incluyen el deterioro jurídico se ven forzados a tal admisión porque, al sostener la incompatibilidad entre los artículos 2743 y 1186 del Código italiano

⁴¹ PINO, *loc. cit.*, p. 95. ROCA SASTRE al ocuparse en particular de la actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado (deterioro jurídico) menciona los siguientes actos: "permitir o tolerar, sin reacción correctora del hipotecante, que el propietario del predio vecino o contiguo al hipotecado no respete las servidumbres activas al servicio o en favor del inmueble gravado, edifique sin guardar, por ejemplo, las distancias procedentes en la edificación, o cuando tales servidumbres sean, por ejemplo, de *non aedificandi* o *altius non tollendi*, así como en los casos en que se dejen perder por prescripción extintiva tales servidumbres, o de otro tipo, y desde luego también el dejar perder por inacción un derecho de paso o de buscar aguas para destino a la finca hipotecada, o de tolerar que se abuse de paredes medianeras por parte del otro partícipe en ellas, o que en el predio colindante se realicen actos nocivos que puedan llegar a destruir o deteriorar la pared privativa propia, dejar prescribir caminos útiles para la explotación más cómoda de la finca hipotecada, o dejar perder otras ventajas de análogo o diferente tipo" (*op. cit.*, IV-2º, p. 951).

(arts. 1894 y 1215 del C. c. venez.) las disminuciones acaecidas por hecho jurídico quedarían al margen de toda regulación en cuanto no se consideran comprendidas por el precepto que contempla la disminución de la garantía hipotecaria.⁴² Entre los artículos 1215 y 1894 no existe incompatibilidad, sino tan sólo distintas esferas de actuación o aplicación dado el carácter general y especial, respectivamente, de uno y otro; el hecho de que el segundo se refiera específicamente a la disminución de la garantía hipotecaria no significa de manera necesaria que deba aplicarse a todo supuesto en que se produzca tal acontecer ni, *a contrario sensu*, que quede excluido del ámbito del primero cualquier acontecimiento de dicha naturaleza. El artículo 1215 se ocupa de la disminución de las garantías en general y el 1894 sustrae de este campo genérico el más reducido de la disminución de la garantía hipotecaria, pero sólo en el caso de que se den precisas y determinadas circunstancias, y, entre ellas, que la disminución se haya ocasionado por el deterioro de la cosa sometida a hipoteca.

En consecuencia, no es que el artículo 1215 sea inaplicable de manera absoluta en el caso de disminución de la garantía hipotecaria, sino que el mismo normalmente no se aplica a este tipo de evento en cuanto se den en el mismo los presupuestos exigidos por el artículo 1894; mas cuando, aun tratándose de un genuino supuesto de empeoramiento de la seguridad hipotecaria, no quepa aplicar este último artículo por no darse las condiciones de actuación del mismo, sin ninguna duda que siempre quedará abierto el camino general del artículo 1215. Por lo tanto, aun en el caso de que la interpretación se inclinase a considerar que en la hipótesis de la disminución de la garantía hipotecaria no debe tomarse en cuenta más que el deterioro material de la cosa hipotecada, ello no significaría, contra lo que pretende MORENO QUESADA, que quedarían fuera de toda previsión legal los deterioros provocados por hechos jurídicos, pues a los mismos cabría extender la disposición del artículo 1215 en razón de que entre este precepto y el artículo 1894 no hay esencial incompatibilidad ni repulsa intrínseca, sino una simple delimitación de campos de actuación: general el del uno, específico el del otro; y es evidente que cuando un determinado caso no puede caer bajo los dictados de la norma espe-

⁴² MORENO QUESADA, *loc. cit.*, pp. 555-556.

cial por carecer de algunos de los requisitos que conforman la especialidad queda sujeto a la prescripción normal de la regla general.

No es, pues, que en el supuesto de hecho del artículo 1894 deba considerarse incluido el deterioro jurídico de la cosa hipotecada porque de no ser así esta hipótesis quedaría desasistida de tuición jurídica, camino indirecto este que no puede servir para descubrir la naturaleza y alcance de una norma, sino que semejante especie de deterioro queda comprendida en la norma porque la misma no la excluye, ni siquiera por el mecanismo reflejo de mencionar tan sólo el deterioro de signo contrario, y porque una adecuada interpretación racional y finalista de aquélla debe conducir de manera necesaria a la inclusión de ambas clases de deterioro dentro del supuesto de hecho del referido artículo 1.894.

B. FORMA DE USO DE LA COSA

La aplicación del artículo 1894 del Código civil requiere el perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados, términos que deben entenderse de la manera amplia que se acaba de exponer; ahora bien, ¿será indiferente al respecto que el deterioro se haya ocasionado por el uso normal o regular de la cosa o hará falta, por el contrario, que el menoscabo derive de la utilización anormal que a la misma dispense su propietario? La doctrina tradicional se suele inclinar hacia la tesis de la necesidad del uso anormal en base a considerar que la existencia de la garantía hipotecaria no priva al propietario del derecho de usar y gozar (y disponer) del bien que constituye su objeto,⁴³ y, en consecuencia, la posible insuficiencia de la garantía que por la realización de tales actos puede sobrevenir es algo que pudieron y debieron prever las partes contratantes.

Para BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, la insuficiencia de la garantía debe ser el resultado de acontecimientos que no entraron en las previsiones de las partes y, en consecuencia, el acreedor no tiene derecho a invocar el artículo 2131 (del Código francés) cuando el deudor realice los actos regulares de disfrute: él debió tener en cuenta estas eventualidades en la apre-

⁴³ MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milán, 1938, p. 143.

ciación del valor de la garantía ofrecida.⁴⁴ Según PLANIOL y RIPERT, la insuficiencia de la garantía ha de ser el resultado de sucesos fortuitos que no tenían que prever las partes; el artículo 2131 supone que las pérdidas o deterioros materiales tienen carácter irregular y afectan de modo imprevisto la garantía del acreedor: por consiguiente, éste no tendría derecho a reclamar si el propietario del inmueble sólo hubiese hecho uso del derecho de administración y de disfrute que se le concede a pesar de la hipoteca, por ejemplo si hubiese vendido y permitido la extracción de una corta de leña sin anticiparse a la época normal de hacerlo.⁴⁵ En el sentir de RIPERT y BOULANGER, el texto del artículo 2131 supone que las degradaciones tuvieron un carácter irregular y representan una amenaza imprevista para la seguridad del acreedor; en consecuencia, éste no tendrá derecho a quejarse ni a exigir un suplemento de hipoteca, ni a pedir su reembolso antes del plazo, si el propietario del inmueble no hubiese hecho más que usar del derecho de administración y de goce que le queda, pese a la existencia de la hipoteca.⁴⁶ LOMONACO opinaba que la disposición del artículo 1890 (hoy 2743) del Código de 1865 no encontraba aplicación en el caso de que el deterioro del inmueble sea consecuencia de actos de goce, ejecutados por el propietario regularmente, de acuerdo a la naturaleza especial del inmueble sometido a hipoteca; por ejemplo, si el deudor procede a la tala del bosque de acuerdo a la rotación anual del mismo o a la práctica de los propietarios, sería extraño que el acreedor hipotecario pudiera demandar un suplemento de hipoteca o en su defecto el pago del crédito.⁴⁷ Considera ANDRIOLI que el artículo 2743 se aplica cuando el deudor usa en forma anormal la cosa, o bien moviliza cosas devenidas inmuebles por destinación antes de la constitución de la garantía, o bien cuando hechos físicos o sociales dañan la entidad material de la cosa: ni el artículo 1186 ni el artículo 2743 encuentran aplicación cuando el uso de la cosa gravada por parte del deudor es normal, porque la garantía no le sustrae la facultad de gozar de la cosa hipotecada;⁴⁸ y así podríamos continuar acumulando citas en el mismo sentido.

⁴⁴ BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, pp. 491-492.

⁴⁵ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 412.

⁴⁶ RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, VII, p. 317.

⁴⁷ LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII, Nápoles, 1895, p. 296.

⁴⁸ ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 48.

¿Son correctas semejantes apreciaciones? Sin duda que la constitución de la garantía hipotecaria no arrebató al propietario las facultades de usar, administrar y disfrutar que sobre la cosa le corresponden, y exacta es también la aseveración que el uso normal de un derecho no debe acarrear consecuencias patrimoniales adversas (*qui iure suo utitur neminem laedit*), cuales son las que contempla el artículo 1.894 del Código civil; pero tales afirmaciones, siendo ciertas en línea de principio, no son, en cambio, aplicables o utilizables en la hipótesis en consideración.

Como se ha señalado repetidas veces, la *ratio* del precepto es la protección del acreedor contra la sobrevenida disminución de la garantía hipotecaria; el mismo responde a un claro propósito de *favor creditoris*. Por tanto, excluir las consecuencias por él establecidas en el caso de que el perecimiento o deterioro de la cosa gravada se haya producido durante el uso normal o regular de la misma supondría la inversión de los términos e ideas que están en la base de la norma, ya que la tutela del acreedor no estaría contemplada en forma directa, cual es lo exacto, sino tan sólo de manera refleja: en aquellos casos en que el deudor haya usado anormalmente de la cosa hipotecada. Con lo que, bajo este aspecto, la protección del acreedor sería una simple consecuencia de la sanción impuesta al deudor, siendo el castigo de éste el fin que presidiría el precepto.

En el fondo la posición expuesta no es otra cosa que la natural conclusión a que conduce el criterio tradicional de que el artículo 1.894 sólo se aplica cuando la destrucción o el menoscabo de la cosa se ha producido sin la culpa del deudor, por un acontecimiento fortuito, ya que difícilmente cabría catalogar como hecho fortuito la utilización normal del bien hipotecado por parte del deudor; se explica así que la doctrina francesa se incline en bloque a excluir la aplicación del precepto en los casos de daños producidos por el uso normal.

Sin embargo, con tal planteamiento tiene lugar una defectuosa formulación de la situación prevista por la norma en estudio. Como se ha advertido, el artículo 1.894 plantea tan sólo el supuesto de que el acreedor haya experimentado la disminución de la garantía hipotecaria por virtud del deterioro sufrido por la cosa gravada, sin importarle que el hecho causante del mismo sea culposo o fortuito; pues bien, siendo esto así se comprende que es del todo indiferente que el menoscabo del bien sea con-

secuencia del uso normal o anormal que del mismo haga su propietario, lo único que se debe tomar en consideración es el hecho objetivo de que la cosa gravada ha perecido o se ha deteriorado, sin importar ni incidir en forma alguna la circunstancia de que el deudor se haya extralimitado o no en la utilización y disfrute de aquélla. Lo que sucede es que los autores ponen mal sus ejemplos, pues es evidente que si el dueño de un bosque procede a la tala regular y ordinaria podrá alegarse que tal hecho ocasiona una disminución de valor del bien hipotecado, lo que a los efectos que se consideran es por completo intrascendente, pero en forma alguna cabrá afirmar que la tala ha originado el deterioro del mismo.

RUBINO, aunque no participa de la tesis gala de que el dispositivo legal en estudio sólo opera cuando la disminución de la garantía no es imputable al deudor, considera, sin embargo, que en todo caso, sea el hecho fortuito o culposo, debe ser anormal y originalmente imprevisible, por lo que resultan excluidos, por ejemplo, el deterioro derivado del simple uso normal, del que el propietario conserva el derecho, la extinción del usufructo por causa preconstituída, etc.⁴⁹.

No podemos estar de acuerdo con tales afirmaciones porque mediante las mismas, sin percatarse, RUBINO se adhiere al criterio francés que aparentemente rechaza al reconocer que en el marco del artículo 2.743 del Código civil italiano (1.894 del venezolano) juega tanto el hecho imputable como el no imputable. En efecto, estima que el hecho debe ser anormal y originalmente imprevisible con lo que de manera indirecta admite que la disminución de la garantía se debe haber producido por un acontecimiento fortuito.

A nuestro modo de ver las cosas, el artículo 1.894 toma en cuenta tan sólo la circunstancia de que el bien objeto de la garantía ha sufrido un deterioro, y producido tal acontecer entra a operar con indiferencia del carácter previsible o imprevisible del mismo al igual que tampoco toma en cuenta que el hecho causante sea culposo o fortuito. Sin duda que el acreedor hipotecario conoce y acepta que el dueño del bien gravado va a continuar usando y disfrutando del mismo, pues tal es su derecho, pero ello no significa que tenga que pasar por el eventual

⁴⁹ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, op. cit., pp. 362-363.

deterioro que el aludido uso y disfrute pueda ocasionar al bien. Y en esto no hay un contrasentido ni una paradoja por la sencilla razón de que si el uso que se realiza es el normal lo ordinario será que la cosa no experimente daño; pero si, no obstante el uso regular, sobreviene el deterioro, el mecanismo del artículo 1.894 entrará a operar. Porque obsérvese que una cosa es afirmar que el uso normal por parte del deudor constituye un evento fortuito, lo que sin duda no es exacto, y otra muy diferente considerar que el posible (aunque no probable) menoscabo del bien por semejante uso es algo que pudo y debió preverse, y ello para el caso de seguirse el criterio francés de que la disminución debe haber sobrevenido por caso fortuito y no en la construcción de RUBINO para quien es indiferente, como en realidad lo es, que el debilitamiento de las garantías se haya producido por un acontecer fortuito o no.

Los autores franceses, dentro de su particular concepción del problema de restringir el precepto a las disminuciones fortuitas, incurren en un error de perspectiva o enfoque al contemplar el uso regular de la cosa gravada que les lleva incluso a caer en contrasentido con su propia posición de principio. En efecto, el uso normal del bien sin duda que no constituye algo imprevisible, pero el deterioro del mismo a causa de un uso de tal especie sí reviste características de evento fortuito, y, por tanto, si fuesen lógicos y consecuentes con sus ideas matrices deberían concluir que en esta última hipótesis sí debe aplicarse la norma en estudio: el uso normal no es un hecho fortuito, pero el deterioro derivado del mismo sí que lo es, y es a éste y no a aquél al que hay que atender a la hora de considerar si se ha conformado o no el supuesto de hecho del artículo 1.894. Si no obstante el uso normal por parte del deudor se ha originado el deterioro de la cosa, esta situación era imprevisible y no cabe atribuirla a la culpa o falta de él, por lo que, en definitiva, el precepto debe operar, incluso desde el ámbito restringido que al mismo asigna la doctrina gala.

La constitución de la garantía hipotecaria no priva al propietario de la cosa del derecho de usarla; supuesto esto, que es indubitable, es indiferente desde el ángulo de los intereses del acreedor que aquél se sirva del bien de una manera normal o en forma anormal siempre y cuando no lo menoscabe, mas si sobreviene el deterioro también ahora es indiferente el hecho de que

la utilización haya sido de uno u otro tipo, lo único que se va a tomar en consideración es la circunstancia cumplida y ostensible de que la cosa se ha deteriorado. Lo contrario, como antes señalábamos, implicaría basar el dispositivo de protección que se considera no tanto en el perjuicio que experimenta el acreedor como en la conducta irregular y aun culposa del deudor, cosa que, en nuestra opinión, cambia por completo la función y finalidad de la figura, con el agravante además de que de ser rigurosamente lógicos (en la construcción francesa) ni siquiera en esta última hipótesis debería poder recurrirse al precepto porque si el deterioro se produjo por un uso anormal no cabe reconducirlo al campo de los acontecimientos fortuitos.

En definitiva, creemos, de acuerdo con PINO, que la disposición del artículo 1.894 del Código civil se refiere al hecho objetivo de que se haya producido el perecimiento o deterioro de la cosa objeto de la garantía (tan es así que se aplica incluso al caso fortuito), y, en consecuencia, la misma será aplicable aunque el deterioro haya acaecido por el uso normal del bien⁵⁰. Porque cuando se dice que el hecho causante del deterioro debió ser imprevisible para el momento de la constitución de la garantía no se está hablando con propiedad, ya que lo que debe revestir tal carácter de imprevisibilidad no es el hecho en sí sino el deterioro derivado del mismo; el uso normal del bien hipotecado desde luego que no constituye algo imprevisible, pero si a causa del mismo se ocasiona deterioro al bien si estaremos ante una situación que normalmente habrá escapado a las previsiones de las partes. "Aquel que estipula una hipoteca sobre un monte, sobre un mina, sobre una cantera — escribía LAURENT—, sabe que el valor de la cosa será disminuido por la explotación que el deudor tiene derecho a hacer de ella; le toca, pues, estipular en consecuencia. Ni siquiera puede decirse que éstos sean deterioros; el deudor no deteriora un bien por los actos de goce que tiene derecho de ejecutar"⁵¹.

Rectamente entendidas estas palabras son exactas; el uso regular de un bien no puede considerarse como deterioro del mismo en el campo hipotecario donde nos movemos; pero si, de todas maneras, sobreviene su menoscabo, la circunstancia de

⁵⁰ PINO, *loc. cit.*, p. 95.

⁵¹ LAURENT, *Principios de Derecho civil*, XXX, La Habana, 1920, pp. 509-510.

que se haya estado disfrutando en forma regular no supone un obstáculo para la aplicación del artículo 1.894 porque ha quedado conformado el supuesto de hecho del mismo: la destrucción o el daño de la cosa hipotecada.

C. DISMINUCION DE VALOR DEL BIEN

Hace falta, pues, el deterioro del bien, con indiferencia del carácter material o simplemente jurídico de aquél y con indiferencia asimismo de la manera como el deudor haya venido ejercitando los derechos que conserva sobre la cosa gravada. Más, ¿tendrá lugar el juego del mecanismo protector que se estudia en el caso de que aun sin haberse producido el deterioro del bien, ocurra su disminución de valor o depreciación?

“Si los inmuebles, conservando su integridad, han disminuido de valor aunque sea por accidente —señalaba LAURENT—, el acreedor queda sin derecho. Las revoluciones, las crisis industriales, las guerras disminuyen el valor de la propiedad inmobiliaria; algunas veces los trabajos públicos, unas vías de comunicación que aumentan la propiedad y riqueza de una parte del país, tienen una influencia enteramente contraria sobre otra parte, dejando desiertos caminos que antes eran muy transitados. Estos accidentes se podrían comparar a una pérdida parcial. ¿Por qué el legislador no los tiene en cuenta? Porque la mengua del valor no es puramente accidental como el deterioro; esto no podría preverse, mientras que el acreedor sabe que si ordinariamente aumentan los inmuebles de valor pueden sobrevenir causas que lo disminuyan, aun cuando sea provisionalmente. A él toca calcular y estipular una garantía hipotecaria que permanezca suficiente aunque sobrevenga una mengua en el valor de los bienes. Si no lo hace él tiene la culpa, y sería contrario al Derecho y a la equidad hacer responsable al deudor de un hecho que debe ser imputado a la imprevisión del acreedor”⁵².

La idea ya la había expresado antes DURANTON al señalar que cuando la disminución de la garantía derivase sólo de una simple disminución del valor del bien, sin deterioro, el acreedor

⁵² *Ibid.*, XXX, pp. 507-508.

no puede solicitar el pago o el suplemento de hipoteca. El artículo 2.131 habla de pérdida o deterioro de los inmuebles hipotecados y no de su simple disminución de valor. En vano el acreedor alegará que la disminución notable de valor del inmueble es en relación a su garantía lo mismo que un deterioro, ya que el deudor responderá que hallándose su inmueble en el mismo estado en que se encontraba cuando fue constituida la hipoteca, el contrato está plenamente en vigor⁵³.

Pues bien, estos mismos conceptos se han venido repitiendo, casi sin excepción, hasta nuestros días. Los autores modernos continúan hablando de que es necesario que la depreciación se produzca por un cambio en el estado físico y no bastará con una disminución del valor por causas de carácter general (PLANIOL y RIPERT)⁵⁴; de que el artículo 2.131 (del Código francés) es inaplicable cuando los inmuebles han sufrido una depreciación o disminución de valor debido a causas externas, a una crisis económica o a circunstancias locales que han hecho descender el precio de la propiedad (RIPERT y BOULANGER)⁵⁵; de que las fluctuaciones de valor del bien hipotecado no pueden ser asimiladas a una pérdida: el art. 79 de la Ley Hipotecaria belga no constituye la aplicación de un principio de Derecho común y es de interpretación restrictiva (DE PAGE)⁵⁶; de que en lugar de la distinción entre hechos materiales y hechos jurídicos es preciso tener presente la distinción entre depreciación y deterioro, ya que el artículo 2.743 (del Código italiano) se aplica tan sólo en este último caso, esto es, cuando la disminución de la garantía provenga del deterioro de la cosa sometida a prenda o a hipoteca (PINO)⁵⁷; de que el artículo 2.743 no se aplica si la cosa disminuye de valor permaneciendo no obstante íntegra en su consis-

⁵³ DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, X, Nápoles, 1845, p. 362.

⁵⁴ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 411.

⁵⁵ RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, VII, p. 317.

⁵⁶ DE PAGE, *op. cit.*, VII-1º, p. 540.

⁵⁷ PINO, *loc. cit.*, p. 96. Según los hermanos MAZEAUD, el artículo 2.131 del *Code Napoléon* no se refiere sino a las pérdidas de valor provenientes de depreciaciones materiales; una fluctuación del valor del inmueble, debida a circunstancias económicas, no justificaría la aplicación del mencionado artículo 2.131; en efecto, le pertenece al acreedor obtener, con motivo de la constitución, una garantía que le afiance un margen de seguridad (MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III-1º, Buenos Aires, 1962, pp. 354-355).

tencia material, porque normalmente el acreedor, al obtener la garantía, hace sus cálculos sobre la integridad de la cosa y no sobre la estabilidad del valor de la misma, estabilidad que no existe (RUBINO)⁵⁸; de que las causas de disminución de la garantía deben incidir directa y específicamente sobre el bien hipotecado, resultando excluidas aquellas que lo afectan como mero reflejo económico, aunque no tengan alcance general (RUBINO)⁵⁹; de que de los hechos naturales hay que excluir la depreciación debida a los eventos de la economía nacional o mundial a los que nadie puede sustraerse: el Código habla de perecimiento o deterioro y no también de depreciación porque ésta es previsible ya que se sabe que el valor de los fundos puede aumentar o disminuir conforme a las circunstancias y que el que quiera precaverse puede exigir desde el principio una hipoteca de mayor margen (MARIANI)⁶⁰; etc.

Frente a este auténtico clamor un solo parecer en contra: el de GUILLOUARD. Según este clásico autor francés no es admisible el criterio general de que cuando el artículo 2.131 (del Código francés) habla de que los inmuebles hipotecados hubiesen perecido o experimentado degradaciones tales expresiones sólo se refieren al daño material y no pueden extenderse al caso de depreciación. Piensa él que si el artículo 2.131 constituyera un texto de excepción, si crease una decadencia contraria a los principios generales del Derecho sería cierto que no podría extenderse a una hipótesis que no había previsto; pero no es tal el carácter de este texto, sino que el mismo no es más que una aplicación del principio de la condición resolutoria, recogida en el artículo 1.184, que domina toda la materia de los contratos tanto unilaterales como sinalagmáticos. La razón del préstamo hecho por el acreedor no está solamente en el compromiso personal del deudor de restituir la suma prestada, sino también en la afectación hipotecaria que éste ha estipulado, y, en consecuencia, si la prenda pierde una porción notable de su valor puede pedirse la resolución con indiferencia de que la causa de la pérdida sea un deterioro o una depreciación del inmueble. En su sentir, la exclusión de ésta última hipótesis, que de hecho será muy excepcional, del artículo 2.131 responde a una razón prác-

⁵⁸ RUBINO, *La responsabilità patrimoniale...*, op. cit., p. 22.

⁵⁹ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, op. cit., p. 362.

⁶⁰ MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, Milán, 1958, p. 339.

tica, pues la indicación de la misma en la ley habría contribuido a multiplicar los procesos, debido a que los acreedores constantemente alegarían problemáticas depreciaciones; mas, aunque no exista un texto especial, el artículo 1.184 será suficiente para permitir al acreedor demandar la resolución una vez que en forma cierta se haya depreciado el inmueble hipotecado⁶¹.

Es patente la falta de fuerza de tales aseveraciones. El artículo 1.184 del Código civil francés (como el artículo 1.167 del Código civil venezolano) recoge la llamada "condición resolutoria tácita" que faculta para pedir la resolución de los contratos bilaterales cuando una de las partes incumple voluntariamente la obligación a su cargo, caso de que no se prefiera exigir el cumplimiento de la misma; ahora bien, considerar que la norma que establece la decadencia del término cuando se disminuyan las garantías hipotecarias no es más que una aplicación concreta del principio de la condición resolutoria constituye de manera evidente algo inadmisibles, en primer lugar porque aquí no hay falta de cumplimiento de una obligación (a no ser que se entienda que el deudor soporta la obligación de mantener el valor de la cosa gravada, lo que es absurdo), en segundo término porque al acreedor no se le da, ni podría dársele, opción alguna en orden a la resolución y al cumplimiento, y finalmente porque en todo caso el hecho que desencadena la aplicación del precepto carece de la nota de voluntariedad que juega siempre en el ámbito de la condición resolutoria tácita. Por otra parte, si las afirmaciones de GILLOUARD fuesen exactas no se comprende cuál sería la razón de la existencia del artículo 2.131, pues de la misma forma que cabe prescindir de él en el caso de disminución de valor de la cosa hipotecada sería posible su marginación en el supuesto de deterioro de la misma, ya que uno y otro estarían comprendidos en la previsión general del artículo 1.184 del Código civil francés o sus equivalentes en los demás Códigos latinos. En fin, incluso prescindiendo (cosa que no es posible) de las observaciones apuntadas la tesis del citado autor francés debería rechazarse por una serie de razones colaterales: la ausencia de bilateralidad en el supuesto en estudio; la improcedencia de encuadrar la constitución de la garantía hipotecaria entre las circunstancias motivadoras de la obligación garantiza-

⁶¹ GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, III, París, 1899, pp. 495-496.

da, ya que de la misma manera que el nacimiento de la obligación se ha podido hacer depender de la constitución de la hipoteca cabe también que ésta no haya tenido nada que ver en la aparición de aquella⁶²; la circunstancia patente de que si el artículo 2.131 supone la aplicación de algún principio general de Derecho tal será el recogido en el artículo 1.188 (1.215 del Código venezolano) antes que el sancionado por el artículo 1.184 (1.167 de Código venezolano); la consideración de que en el llamado principio de la condición resolutoria se da por supuesto la inexistencia o el vencimiento del término mientras que en el caso contemplado el elemento plazo debe estar presente en forma inexcusable ya que uno de los factores principales de la norma es precisamente su decadencia o caducidad, etc.

El hecho de que la tesis de GUILLOUARD sea errada no excluye, en cambio, que algunos de los argumentos esgrimidos por este autor produzcan la impresión de ser enteramente justificables y ajustados a la finalidad de la garantía hipotecaria y al fundamento de la norma que se está estudiando. Tal sucede con su alegato de que cuando la cosa gravada pierde una parte notable de su valor debe ser, en principio, indiferente que tal pérdida provenga del deterioro material o de la depreciación de aquélla.

Parece, en efecto, que orientado el artículo 1894 del Código civil (o sus correspondientes de los demás Códigos) a proteger al acreedor hipotecario contra la disminución de la garantía a su favor existente, semejante protección debería contemplar y abarcar indistintamente tanto la disminución sobrevinida por menoscabo de la cosa como la acaecida por la caída en el valor

⁶² BARBERO (*Sistema del Derecho privado*, III, Buenos Aires, 1967, p. 189) cree que en la aplicación del artículo 1.894 (2.743 del Código italiano) habrá que distinguir por lo menos el caso de que la obligación haya nacido con la garantía, lo cual hace presumir que sin ésta el acreedor no habría consentido en la constitución de la relación —caso, a la verdad, el más frecuente—, del caso en que la garantía se la dé posteriormente, sin prórroga o dilación hecha con miras a ella: en este caso, le parece, no hay razón para que el débito llegue a vencimiento antes de tiempo, por la disminución de la garantía que no ha presidido ni determinado su origen. La verdad, es, empero, que de la *ratio* y de los términos en que está redactado el precepto no cabe derivar semejante distinción ni excluir la aplicación del mismo en aquellos casos en que la constitución de la garantía hipotecaria tenga lugar con posterioridad al nacimiento de la obligación y no haya influenciado en lo que respecta al momento de cumplimiento de ella.

en cambio de la misma, porque, sin duda alguna, desde el punto de vista económico la situación del acreedor es la misma en ambos casos.

Se habrá observado que buena parte de los autores mencionados excluyen la aplicación del precepto en el caso de simple depreciación del inmueble por circunstancias de la economía nacional o internacional en razón de estimar que las mismas son previsibles, ya que el acreedor debe saber en el momento de la constitución de la garantía que el valor de los bienes sufre fluctuaciones y, en consecuencia, puede remediar el riesgo que para su derecho entraña una eventual disminución de valor de la cosa hipotecada mediante el establecimiento de una garantía holgada, capaz de absorber y neutralizar tal tipo de evento.

Posiblemente es cierto que los acontecimientos que provocan los cambios de valor de los inmuebles se pueden prever, que las partes deben saber que la cotización de éstos puede aumentar o disminuir, pero, de todas maneras, en cuanto no existan datos concretos y precisos la pretendida previsibilidad de los aludidos acontecimientos no se halla muy lejos de la también posible previsibilidad de los deterioros materiales. Si en el momento de la constitución de la garantía se sabía que el bien gravado iba a experimentar pérdida de valor, es obvio que nada podrá reclamar el acreedor cuando tal ocurra pues él ha aceptado y asumido el riesgo, pero, ¿podrá sostenerse lo mismo, cuando se desconocía dicha eventualidad, en base a considerar que el acreedor debe tener siempre en mente que el objeto de la garantía está sujeto a vaivenes de tipo económico? En caso de contestación afirmativa no se ve cuál puede ser la razón del diferente trato que se otorga al supuesto del deterioro del bien, pues es obvio que también el acreedor puede prever que la disminución de la garantía se producirá en este caso; por ello tiene plena razón RUBINO cuando, al señalar que las causas que afectan a la cosa gravada como mero reflejo económico generalmente se excluyen porque no pueden considerarse imprevisibles en el momento de la constitución de la garantía, hace notar que "no parece que sobre el plano de la imprevisibilidad pueda notarse una apreciable diferencia con las causas materiales".⁶³

⁶³ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, op. cit., p. 362, n. 61.

La exclusión de la depreciación del supuesto de hecho del artículo 1894 tampoco puede basarse en la circunstancia de que el mismo habla tan sólo de perecimiento o deterioro y para nada menciona la disminución de valor del bien, pues en cuanto esta última hipótesis puede encuadrar sin obstáculo dentro de la *ratio* de la norma no habría mayor inconveniente para el juego de la analogía.

Habrá que indagar, pues, por caminos distintos a los tradicionales el porqué de la no operancia de la sobrevenida disminución de valor en el ámbito de aplicación del precepto en consideración.

La hipoteca es, sin duda, un derecho de vinculación y realización de valor, un derecho al valor en cambio del bien a ella sometido, pero en cuanto derecho real su objeto no viene dado por tal valor sino por el bien mismo. El artículo 1894 del Código civil contempla el supuesto de disminución de la garantía hipotecaria pero a través del único camino que jurídicamente puede tener relevancia: el deterioro de la cosa gravada; el aumento o la disminución de valor de la misma es algo que tendrá extraordinaria importancia desde el ángulo de la suficiencia o efectividad de la garantía, mas dejará incólume su estructura en cuanto la misma como derecho real no ha sufrido alteración de ninguna clase. En consecuencia, si el derecho real de hipoteca no se ve afectado en nada por el hecho de que la cosa que constituye su objeto sufra depreciación, se explica que el artículo 1894 resulte inaplicable en esta hipótesis, pues desde el estricto ángulo jurídico no se ha producido mutación alguna en el estado general de la situación, y que en el fondo hasta sea impropio hablar de auténtica disminución de la garantía ya que ésta estructuralmente no ha experimentado cambio: se trata tan sólo de causas externas que desde el punto de vista económico puedan afectar al acreedor, pero que no implican alteración en forma alguna de su condición jurídica. En vano el acreedor alegará, advertía DURANTON, que la disminución notable de valor del inmueble es en relación a su garantía lo mismo que un deterioro, ya que el deudor responderá que hallándose su inmueble en el mismo estado en que se encontraba cuando fue constituida la hipoteca, el contrato es plenamente ejecutable.⁶⁴

⁶⁴ DURANTON, *op. cit.*, X, p. 362.

Este es el camino que conduce a la explicación adecuada de la exclusión de la esfera del mecanismo estudiado del supuesto de depreciación del bien hipotecado.

En esta misma dirección RUBINO ha señalado con justeza que se debe considerar que el acreedor hipotecario tiene derecho a la conservación no del valor en sí y por sí, sino sólo del originario estado (material o jurídico) del bien, ya que éste es el que constituye objeto de la hipoteca y no su valor: de esta manera viene dada prevalencia a la estructura de derecho real, acordando protección sólo contra aquellas disminuciones de valor que deriven de una alteración de la consistencia del bien; aunque también en este caso la función de derecho al valor y la de garantía no quedan completamente sin relieve, en cuanto sólo se concede protección contra aquellas modificaciones del bien que disminuyan su valor hasta hacerlo insuficiente para la satisfacción del crédito.⁶⁵

D. SUJETOS AFECTADOS POR EL PERECIMIENTO O DETERIORO

De acuerdo a los términos en que está redactado el artículo 1894 del Código civil, "cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, *el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca...*" El precepto no presenta obstáculos en su aplicación cuando el que sea deudor en la relación obligatoria garantida sea al mismo tiempo hipotecante, ya que será a él a quien corresponderá aportar la garantía complementaria, mas la interrogante se plantea en el caso de que la hipoteca se haya constituido sobre bienes de un tercero: sobrevinida la destrucción o la degradación de la cosa hipotecada, ¿corresponderá al hipotecante no deudor proporcionar el suplemento de hipoteca respectivo?

Entre los autores italianos, que son los únicos que se han ocupado del punto, ha dominado la opinión de que en cuanto el

⁶⁵ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, op. cit., p. 362, n. 61.

tercer dador tan sólo está sujeto a prestar la garantía no estará obligado a suplemento alguno cuando la cosa perezca o se deteriore,⁶⁶ aunque tampoco han faltado autorizadas voces en defensa de la tesis contraria. En esta última dirección, GORLA afirmaba que tratándose de deterioro tendrá el acreedor contra el tercer dador los dos poderes que contenía el artículo 1980 (del Código italiano de 1865): exigir un suplemento o actuar inmediatamente sobre la cosa deteriorada, y además, puesto que la responsabilidad de aquél está limitada a la cosa dada en prenda, si el deterioro o la destrucción es por su dolo o culpa deberá responder a título de responsabilidad aquiliana;⁶⁷ para RUBINO, si la garantía ha sido concedida por un tercero, el acreedor puede exigir una nueva garantía al deudor, pero puede exigirla también, a su elección, al tercero: no obteniéndola ni de uno ni de otro tiene derecho al pago inmediato, pero no puede exigir éste si antes no ha requerido sin éxito la nueva garantía al tercero;⁶⁸ en opinión de ANDRIOLI, la tesis corriente no es aceptable, ya porque los artículos 2868 a 2871 colocan al tercer dador sobre la línea del fiador, ya porque si la conservación de la garantía funciona para el tercer propietario debe, *a fortiori*, aplicarse al tercer dador.⁶⁹

Nos parece que hay exceso en tales afirmaciones; extender hasta el fiador real la carga de otorgar un suplemento de hipoteca rebasa tanto el cometido y alcance del artículo 1894 como el estricto campo de las relaciones entre aquél y el deudor. Cuando para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena un tercero hipoteca sus bienes, su afección o vinculación a la situación jurídica en que interviene no puede ni debe pasar de ahí; el hecho de que con posterioridad la garantía otorgada resulte insuficiente por virtud del perecimiento o deterioro de la cosa gravada no debe en principio afectarle a él, sino exclusivamente al deudor en cuyo beneficio se produjo su participación: cuando el tercer dador se compromete a dar una garantía, ha escrito con acierto PINO, cumple su obligación en el instante en que ha constituido la prenda o la hipoteca.⁷⁰ Esto es lo exacto, la vinculación y responsabilidad del hipotecante no deudor no

⁶⁶ CHIRONI, *op. cit.*, II, p. 364.

⁶⁷ GORLA, *op. cit.*, p. 157.

⁶⁸ RUBINO, *La responsabilità patrimoniale...*, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁹ ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁰ PINO, *loc. cit.*, p. 93.

puede llevarse más allá del momento en que procede al adecuado establecimiento de la garantía prometida; exigir que además resulte afectado por las alteraciones que pueda sufrir la garantía otorgada sería colocarlo en un plano de participación que no se corresponde ni con su posición real en la situación jurídica en juego ni con el grado de interés que en la misma tiene.

Cierto que el artículo 1894 persigue la protección del acreedor mediante el restablecimiento de la garantía hipotecaria disminuída, mas semejante tutela no puede llevarse hasta el extremo de imponer al tercer dador la carga de dicha restauración, porque ello implicaría la vinculación respecto al acreedor de un sujeto que no tiene con él otra relación que la mera de ser propietario del bien objeto de la hipoteca; otra cosa es que si la destrucción o el menoscabo de la cosa se ha producido por su dolo o culpa pueda resultar obligado a reparar el daño sobrevenido al acreedor en virtud del mecanismo de la responsabilidad por hecho ilícito.

Por otra parte, la concesión de un suplemento de hipoteca no constituye, para la mayor parte de los autores italianos, una auténtica obligación sino tan sólo una carga cuyo incumplimiento abre la vía para exigir el pago inmediato de la acreencia; pues bien, esto que tiene sentido y se justifica cuando es el propio deudor el único vinculado a la restauración de la garantía (ya que si no la practica tendrá que soportar el reclamo del crédito), carecería de explicación al aceptar la tesis que combatimos pues en tal caso uno de los afectados por la carga (tercer dador) no sufriría sanción, acaecido el incumplimiento de la misma, en cuanto a él no cabe exigirle el pago del débito. Además, con la tesis que criticamos resultarían conformadas de distinta manera y sometidas a diferente tratamiento jurídico las situaciones en que la garantía la constituya el propio deudor y aquellas en que la hipoteca provenga de un tercero (por un lado el acreedor no podría exigir el pago sin requerir antes el suplemento tanto al deudor como al fiador real y por el otro se le estaría concediendo una doble vía que no se da en la hipótesis en que coinciden deudor e hipotecante), lo que, sin duda, se compagina mal con la naturaleza y la construcción legal de la figura en estudio. En fin, no se olvide que el precepto habla de que el acreedor *tendrá derecho* a un suplemento de hipoteca,

mas si se acepta que este derecho es ejercitable también frente al tercer dador, ¿qué clase de poder jurídico supone el mismo habida cuenta que en relación a éste carece en absoluto de efectividad y sanción? Si se quiere ser lógico con la formulación impugnada habría que concluir con RUBINO, aunque él no lo haga en estos términos, que la petición sin éxito de nueva garantía al tercero constituye presupuesto o requisito ineludible para que pueda reclamarse el pago de la acreencia al deudor, lo que, a no dudar, establece un condicionamiento al ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario que difícilmente cabe derivar del artículo 1894 a falta de mención expresa en tal sentido. Por todo lo hasta aquí apuntado, en nuestra opinión el hipotecante no deudor no está sujeto a la concesión de un suplemento de hipoteca en caso de disminución de la garantía, conclusión con la que de manera sorpresiva coincide RUBINO en su trabajo sobre las hipotecas no obstante sus afirmaciones contrarias, antes apuntadas, hechas a propósito del estudio de la responsabilidad patrimonial.⁷¹

Se pregunta PINO si esta misma solución será aplicable en el supuesto de que el tercer dador se haya comprometido mediante un único negocio, al mismo tiempo con el acreedor y con el deudor, a garantizar la obligación durante toda su duración. En su sentir, en este caso el deudor tiene derecho a que el tercero ofrezca el suplemento al acreedor para evitarle la pérdida del beneficio del término, pero si el tercero no ofrece el suplemento, el deudor no puede oponer al acreedor la falta de petición de suplemento al tercero, porque la relación que nace de tal negocio trilateral es distinta e independiente de la relación de garantía: privado del término, el deudor tendrá una acción *ex contractu* por incumplimiento de los otros dos contratantes (acreedor y tercer dador).⁷² No tenemos ningún reparo en suscribir estas afirmaciones; una vez constituida la garantía hipotecaria por parte del tercer dador, la misma, en razón de que asegura el cumplimiento de una deuda ajena, podríamos decir que sale fuera de su ámbito jurídico, de su esfera de intereses, en cuanto está afectada en exclusiva a la relación jurídica existente entre acreedor y deudor, y por lo tanto es únicamente a estos sujetos a quienes interesa y son ellos tan sólo los impli-

⁷¹ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, *op. cit.*, p. 364.

⁷² PINO, *loc. cit.*, pp. 92-93.

cados en las situaciones positivas o negativas que la vivencia de la misma puede plantear, y ello aunque, como dice PINO, el tercer dador se haya obligado a garantizar el crédito durante toda su existencia, ya que este tipo de vinculación es por completo extraño y autónomo de la garantía hipotecaria constituida: del mismo no cabe derivar la necesidad de proceder a completar la garantía cuando experimente disminución por la pérdida o deterioro de la cosa hipotecada. Aparte de que no deja de ser paradójico que cuando una persona grava una cosa de su pertenencia para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena pueda la misma en alguna forma resultar sujeta a otorgar una nueva garantía cuando la primigenia haya resultado insuficiente precisamente porque se destruyó o menoscabó el bien de su propiedad, ¿no sería esto tanto como castigar o amenazar con un castigo a quien ha intervenido sin necesidad personal y además, lo que sin duda agrava y hace más injusta la situación, cuando se ha producido el daño de la cosa que él puso al servicio de ajenas necesidades e intereses?

Mas si, según creemos, el tercer dador no está sujeto a procurar un suplemento de hipoteca en la hipótesis prevista en el artículo 1894 del Código civil, ¿acaso semejante afección corresponderá al tercer adquirente de la cosa hipotecada?

Cuando un tercero pasa a ser propietario del bien sometido a hipoteca, es obvio que, dado el carácter real del gravamen, debe soportar la limitación que a su dominio supone la existencia del mismo y estar a las consecuencias que en su día puede provocar la ejecución de la garantía, pero fuera de dicha implicación, que es mera consecuencia de la oponibilidad *erga omnes* del gravamen hipotecario, ninguna otra conexión o relación surge respecto a la obligación garantizada (prescindimos del caso en que la adquisición de la cosa gravada va acompañada de la asunción por el tercero de la obligación personal asegurada, pues en el mismo, claro está, no se produce problema alguno dada la identificación de sujetos que tiene lugar); aquí, todavía menos que en el supuesto del tercer dador, no hay razón que justifique la carga del tercer poseedor de constituir garantía complementaria cuando la originaria haya experimentado disminución por virtud del deterioro de la cosa gravada. Sostener lo contrario supondría afirmar que cuando alguien adquiere una

cosa sometida a hipoteca en alguna forma pasa a estar obligado a garantizar el débito ajeno, en cuanto la insuficiencia de la garantía hipotecaria puede incidir negativamente sobre su patrimonio al resultar compelido a constituir una hipoteca complementaria; mas, como con exactitud ha resaltado PINO, se debe rechazar que el tercer adquirente soporte un vínculo contractual a garantizar porque al adquirir el bien gravado él no ha asumido compromiso alguno de garantizar la obligación de su autor.⁷³

El artículo 1894 conforma el derecho del acreedor a pedir suplemento de hipoteca en función de que la garantía originaria se ha tornado insuficiente: el acreedor ya no tiene segura la realización de su crédito debido a que la hipoteca ha disminuido su cobertura; ahora bien, siendo esto así, ¿cuál puede ser la razón de que el tercer poseedor de la cosa se vea forzado a intervenir en beneficio del acreedor, cuando la única vinculación que con éste tiene es la que indirectamente se deriva del hecho de que la hipoteca sea un derecho real? El derecho del acreedor hipotecario a la conservación y mantenimiento de su garantía, que el artículo 1894 consagra, es evidente que sólo puede tener normal ejercicio contra el deudor, dado que es éste el único que con él aparece vinculado en forma inmediata, directa y principal. El tercer adquirente es un extraño en la relación que la hipoteca asegura y en cuanto desprovisto de interés en la misma mal puede verse involucrado en las incidencias de su garantía suficiente, aparte de que aquí se plantean también, incluso de manera más acentuada, los mismos inconvenientes e inconsecuencias que se expusieron a propósito de la crítica de la extensión al tercer dador de la carga de constituir suplemento de garantía, que damos por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

La conclusión a que debe arribarse en el punto que se considera es que en los ordenamientos jurídicos que tienen una norma similar al artículo 1894 del Código civil venezolano, acaecido el supuesto de hecho por el mismo previsto, el acreedor hipotecario únicamente puede exigir la garantía complementaria a su deudor, con indiferencia de que sea o no dueño del bien gravado, y únicamente éste, en consecuencia, soporta la carga de restablecer las garantías quebrantadas al nivel que te-

⁷³ *Ibid.*, p. 92.

nían al tiempo de su constitución; tanto el hipotecante no deudor como el tercer poseedor de la cosa gravada en cuanto ajenos a los intereses en juego a nada quedan sujetos y, a la inversa, tampoco hace falta que el acreedor haya demandado infructuosamente a los mismos una nueva garantía para que, caso de no haberla obtenido del deudor, se produzca el efecto de la decadencia del término. Cosa distinta es que los aludidos sujetos puedan, si así lo desean, a objeto de evitar la ejecución de la hipoteca y la expropiación de los bienes gravados, ofrecer garantías complementarias, que el acreedor podrá libremente rechazar por más que sean aptas y suficientes, porque lo mismo puede hacer cualquier tercero general que no esté involucrado en forma alguna con la cosa gravada por la garantía real; y cosa distinta es también, tal como destaca PINO, que una oferta de suplemento hecha por el tercero impida los efectos de la demanda del acreedor, siempre que la oferta se produzca en forma tal que el deudor quede subrogado en la observancia de la carga y sea por ello hecha por su cuenta.⁷⁴

En el Derecho alemán, contrariamente, la doctrina dominante suele admitir que el acreedor hipotecario puede y debe reclamar el suplemento de hipoteca también al tercer dador y al tercer adquirente, mas semejante opinión tiene en su apoyo una expresa mención legal de la que se carece en los correspondientes preceptos de los países latinos. En efecto, de acuerdo al parágrafo 1133 del BGB, "si a consecuencia de un empeoramiento de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede señalar *al propietario* un plazo prudente para el apartamiento del peligro"; es decir, la facultad del acreedor hipotecario puede ejercitarse, porque así lo establece explícitamente la norma, contra cualquiera que sea propietario (o figure como tal en el Registro: parágrafo 1148) de la finca gravada y, por ende, no sólo contra el deudor que revista tal condición sino también contra el tercer dador y contra el tercer adquirente que no estén en la situación de deudores. Ahora bien, el mismo precepto se encarga de señalar en qué consiste eliminar el peligro cuando establece que el peligro se aparta "por mejoramiento de la finca o por constitución de ulteriores hipotecas", de lo que resulta, mediante la adecuada interrelación, que también aquellas

⁷⁴ *Ibid.*, p. 93.

categorías de sujetos soportan la carga, cuando tal sea el caso, de proceder a otorgar la garantía hipotecaria complementaria que corresponda.

E.—RESPONSABILIDADES EXTRAÑAS AL
ARTICULO 1894 DEL CODIGO CIVIL

Se acaba de ver cómo la carga de constituir un suplemento de hipoteca que el artículo 1894 del Código civil contempla no es extendible hasta los terceros dador y adquirente en razón de que estos sujetos son extraños al juego de intereses que están en la base y constituyen la razón de ser del indicado precepto; mas, ¿significa esto que los mismos se hallan exentos de toda responsabilidad cuando la disminución de la garantía hipotecaria sobrevenga por su culpa? Por otra parte, si el artículo 1894 establece un adecuado régimen de tutela a los derechos del acreedor para el supuesto de debilitamiento de la seguridad hipotecaria, ¿supone el mismo que cuando la disminución proceda de la culpa del deudor, su responsabilidad no llegará más allá de lo estatuido por la indicada norma?

Según PINO cuando la disminución ha ocurrido por obra del deudor o del tercer dador, éstos responden del daño si se habían comprometido a garantizar la obligación durante toda su duración; pero si el vínculo de garantizar la obligación se extinguió en el instante de constituir la garantía, no serán llamados a responder contractualmente, ya que no existe al respecto ni disposición de ley ni vínculo contractual, ni tampoco extracontractualmente, porque el acreedor no padece daño por su acción ya que tan sólo la falta de suplemento o bien la falta de pago lesionan sus intereses; ello significa que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, porque su único interés consiste en la posibilidad de una satisfacción forzosa del crédito en el caso de que el deudor no cumpla la obligación.⁷⁵

La primera parte de esta proposición parece aceptable sin mayores escrúpulos; es difícil que quepa exigir responsabilidad *contractual al deudor o al hipotecante no deudor en razón de la sobrevenida disminución de la garantía hipotecaria cuando*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 97.

los mismos no se hayan comprometido a asegurar la obligación durante toda su existencia jurídica. La segunda parte de que tampoco procede responsabilidad extracontractual es más discutible.

En efecto, no parece sea posible dudar que si producida la destrucción o el deterioro de la cosa gravada por culpa del deudor o del fiador real, el acreedor no logra obtener un adecuado suplemento de hipoteca ni la exacta y completa satisfacción de su crédito habrá experimentado un daño patrimonial que, en cuanto proveniente de hecho ilícito, caerá bajo los dictados de la responsabilidad aquiliana o extracontractual (art. 1185 C. c.); esto que, sin duda, supone ya un cierto e ineludible juego del mecanismo del hecho ilícito no se lo plantea PINO. Este autor contempla la exclusión de dicho mecanismo sobre la base de que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, ya que su único interés consiste en la satisfacción coactiva del crédito caso de incumplimiento del deudor; y es aquí donde creemos se da la falla de su formulación.

La garantía hipotecaria creada constituye un bien específico del acreedor cuya conservación ha de ser objetivamente tutelada so pena de transformarlo en algo ilusorio, y buena prueba de ello la tenemos en el propio artículo 1894 que atiende a la conservación de la garantía hipotecaria. Ahora bien, cuando por acto doloso o culposo del deudor o del tercer concedente la cosa gravada perece o se deteriora y se produce, por tanto, la pérdida o disminución de la hipoteca, con independencia de que la anticipada ejecución del crédito produzca o no pérdidas patrimoniales a su titular (por ejemplo, en materia de intereses) se le está irrogando al mismo un daño injusto que exige la aplicación de la responsabilidad aquiliana; bueno que, salvo expreso convenio al respecto, el deudor y el tercer dador no soporten la obligación específica de no disminuir la garantía hipotecaria constituida, pero si dolosa o culposamente la han disminuído estarán perjudicando un bien del acreedor y deberá exigírseles la reparación que proceda; desde el momento en que para un acreedor no es indiferente la existencia o no de la garantía, es evidente que ésta constituye objetivamente un bien cuyo daño debe caer bajo los dictados generales de la responsabilidad por hecho ilícito. Pretender, como lo hace PINO, que el acreedor

no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma se halla muy cerca de la inconsecuencia, porque si así fuese, ¿cuál sería la razón de que ocurrida la disminución de aquélla por cualquier causa el acreedor pueda actuar de la manera prevista en el artículo 1894 del Código civil? Pues bien, si la simple y escueta minoración de las garantías hipotecarias generadas es susceptible de producir determinadas consecuencias jurídicas, ello nos patentiza que las mismas constituyen bienes *per se*, jurídicamente relevantes, y que, en consecuencia, ha de estar el acreedor interesado en su conservación.

Ya hace tiempo que LAURENT escribiera lo siguiente: "La hipoteca es la condición bajo la cual el acreedor contrató, la condición en razón de la cual hizo anticipos; sin la garantía hipotecaria no hubiera contratado, luego si esta garantía queda destruída o disminuída debe tener el derecho de pedir la resolución del contrato, es decir, el reembolso de su crédito. Poco importa que el deudor tenga o no la culpa, no por eso dejará de ser verdad que no se puede aprovechar de un contrato que el acreedor no hubiera consentido sin la garantía real".⁷⁶ Aun reducidas estas palabras a su exacto significado jurídico, no deja de ser cierto que en una mayoría determinante de casos la relación obligatoria garantizada llega a nacer precisamente porque su cumplimiento se asegura mediante la constitución de una hipoteca adecuada; ahora bien, si la hipoteca representa en los mismos la razón de ser la obligación, ¿cabe sostener que el acreedor no tiene un interés legítimo a su conservación por ella misma? Cuando un acreedor acepta la hipoteca a su favor constituída, sin duda que para él revestirá interés el hecho de que la disminución de la misma acaecida por el deterioro de la cosa gravada le faculta para pedir una garantía complementaria y, en su defecto, para solicitar el inmediato pago de su acreencia, pero, lo para él determinante, no es tanto las futuras incidencias de su garantía (piénsese, por ejemplo, que la insuficiencia ocasionada por oscilaciones de valor del bien hipotecado no le atribuye facultad alguna), sino la garantía misma; él no la acepta pensando en lo que obtendrá o podrá hacer caso de que se pierda o disminuya (ello equivaldría a querer una figura jurídica por sus consecuencias anormales o excepcionales), sino

⁷⁶ LAURENT, *op. cit.*, XXX, pp. 507-508.

pensando en lo que significa para la seguridad de su derecho si todo se desenvuelve con normalidad, si la hipoteca mantiene su originaria conformación o consistencia.

El acreedor, frente a lo que piensa PINO, sí tiene un auténtico y legítimo interés a la conservación de la garantía hipotecaria por sí misma, so pena de consagrar el contrasentido de que lo que pudo ser determinante para él carece de interés en sí mismo considerado (¿acaso lo intrascendente por sí puede ser trascendente en sus aplicaciones?), y, por tanto, existiendo dicho interés es consecuencia obligada que siempre que por dolo o culpa del deudor o del hipotecante no deudor se produzca la disminución de la garantía hipotecaria, prescindiendo del régimen sancionado por el artículo 1894, procederá exigir la reparación del daño que experimente el acreedor en virtud del mecanismo de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Coincidimos, pues, en este punto concreto con el parecer de GORLA.

La posición negadora de PINO reproduce demasiado a lo vivo la corriente tradicional que ve en la hipoteca un mero accesorio del crédito, un simple instrumento al servicio de la realización de la acreencia, tesis esta que hoy es tenazmente combatida por el sector más destacado y valioso de la doctrina científica, el cual se esfuerza en resaltar, frente a la fase de efectividad o ejecución, la llamada fase de seguridad o cautelar de la hipoteca, tan importante o más que la primera, y en patentizar que la figura hipotecaria ostenta y goza de genuina autonomía estructural y funcional. Si la hipoteca constituye como para nosotros no hay duda alguna, un auténtico derecho real de realización de valor que tiene por objeto una cosa determinada, no cabe pensar, sin caer en una situación dogmáticamente inaceptable, que el acreedor hipotecario titular del mismo no tiene un legítimo interés en su conservación pues ello equivaldría a negarle eficacia intrínseca y, en definitiva, su propia naturaleza de derecho subjetivo.

Para PINO, si el autor de la disminución es el tercer adquirente, éste, de acuerdo a los principios generales, no será responsable frente al acreedor porque el propietario de una cosa no puede estar sujeto a responder de los daños que los terceros experimenten por el ejercicio de su derecho, siempre que tal ejercicio no suponga la realización de actos de emulación. Mas

hay una disposición, el artículo 2864 (del Código italiano equivalente del artículo 1905 del Código civil venezolano), por la que el tercero debe responder de los daños causados al acreedor cuando incurrió en culpa grave. La responsabilidad del tercer adquirente es en tal caso contractual, porque la obligación deriva de una disposición particular que demuestra claramente que no existe una obligación genérica de no disminuir la garantía. La *ratio legis* del artículo 2864 es clara. El acreedor tiene la posibilidad de satisfacerse sobre el resarcimiento que el tercero debe al propietario de la cosa que ha destruido porque *pretium succedit in locum rei*. Pero en el caso de que el autor del deterioro sea el mismo dueño de la cosa nadie está obligado a reparar los daños y el acreedor corre el riesgo de no poderse satisfacer. Imponiendo al tercer adquirente la responsabilidad por culpa grave, el legislador equilibra los intereses del acreedor con los del propietario, de manera que éste por el principio *qui rem suam neglexit nullae querelae subiecitur* estará sujeto a responder sólo cuando incurra en culpa grave.⁷⁷

En relación al tercer adquirente de la cosa gravada la situación se presenta, en principio, en los mismos términos que se acaban de exponer respecto al tercer dador; es cierto que tanto uno como otro, en cuanto dueños de la cosa, no son responsables de los daños que puedan sufrir terceros en virtud del ejercicio de su derecho de propiedad. Pero no es por ahí, según se ha señalado anteriormente, por donde debe contemplarse la especial situación del dueño de la cosa hipotecada, sino desde la perspectiva siguiente: El acreedor hipotecario en cuanto titular de un derecho real ostenta un bien singular que, de manera general, estará protegido por el principio de proscripción de los hechos ilícitos; en consecuencia, cuando dolosa o culposamente el propietario de la cosa disminuye la garantía (daña el bien que pertenece al acreedor) mediante el menoscabo de la cosa que constituye su soporte debe poder exigírsele la reparación del daño causado a través de la vía de la responsabilidad extracontractual o aquiliana porque ha producido perjuicios a un peculiar bien ajeno (por más que éste tenga por objeto la cosa de su pertenencia): la garantía hipotecaria constituida a favor del acreedor. Pese a lo que pretende PINO, el acreedor sí tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma,

⁷⁷ PINO, *loc. cit.*, p. 97.

y por ello se explica que caiga bajo los efectos de la responsabilidad por hecho ilícito cualquiera que, en las condiciones legalmente prescritas para ésta, la dañe o perjudique, incluido, claro está, el mismo propietario de la cosa objeto de la garantía real. Valen pues, en este punto, respecto al tercer adquirente de la cosa hipotecada las mismas consideraciones y conclusiones que se explayaron a propósito del tercer concedente y se dan aquí, en consecuencia, por reproducidas.

Mas en relación al tercer poseedor la ley trae una disposición que no aparece dictada en relación al tercer dador; en efecto, de acuerdo al artículo 1.905 del Código civil, "el tercer poseedor está obligado a reembolsar los daños ocasionados al inmueble por culpa grave de su parte, en perjuicio de acreedores que hayan registrado su título, y no podrá invocar contra ellos retención por causa de mejoras". Este precepto constituye una valiosa ayuda para la tesis que sostenemos porque demuestra, con la fuerza que da toda formulación legal, que el deterioro del inmueble hipotecado por parte de su propietario es susceptible de causar perjuicio al acreedor hipotecario.

Según PINO cuando la disminución de la garantía se produce por deterioro de la cosa, el autor de éste no debe ser llamado a responder, ni contractual ni extracontractualmente, porque el acreedor no padece daño en virtud de tal acontecer; mas si ello fuera cierto, ¿cómo se explica que el artículo 1.905 obligue a resarcir los daños causados a la cosa en perjuicio de los acreedores hipotecarios? La existencia del mismo patentiza en forma inexcusable que el acreedor sí experimenta daño cuando mediante la actuación del dueño de la cosa ve disminuída la garantía hipotecaria a su favor constituída y demuestra también, de manera refleja, que aquél es titular de un bien específico a cuya conservación tiene un interés legítimo, ya que la ley atiende a la misma no sólo mediante el recurso genérico de la responsabilidad extracontractual sino incluso a través de instrumentos concretos como es el recogido en el artículo 1.905 antes transcrito. Si se nos objetara que PINO hace tan sólo sus afirmaciones en relación al deudor y al tercer dador pero no respecto al tercer adquirente (ya que frente a éste se lo impide el texto expreso del artículo 2.864 del *Codice civile*), se podría replicar que en uno y otro supuesto la situación es por completo idéntica y que si en uno de ellos (el del tercer adquirente) se admite que el

deterioro de la cosa causa perjuicio al acreedor igual conclusión debe predicarse para el otro, porque la posición jurídica e intereses de las partes son exactamente los mismos; lo único que sucede es que mientras en el primero existe una específica disposición legal que obliga al tercer poseedor a resarcir el daño, falta en el segundo un precepto concreto que imponga similar obligación al tercer concedente. Pero negar la sanción no significa negar el daño, y ello en el supuesto de que se entienda que el artículo 1.905 del Código civil, en cuanto norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación estricta y no es susceptible de extenderse por analogía a casos similares (entre los que se hallaría, sin duda, el del hipotecante no deudor y el del deudor propietario del bien gravado), cosa muy discutible, pues hoy la doctrina admite sin mayores problemas que toda norma, sea cual sea su naturaleza, es susceptible de aplicación analógica.

De acuerdo a la orientación que sostenemos tendríamos, pues, que tanto el deudor, como el fiador real, como el tercer poseedor serían responsables por hecho ilícito cuando por acto doloso o culposo hubiesen ocasionado la disminución de la garantía hipotecaria. Pero, por lo que hace al tercer adquirente, además de la genérica responsabilidad extracontractual, el mismo soportará la específica responsabilidad legal sancionada por el artículo 1.905 del Código civil en los términos que dicho precepto señala; es decir, que mientras la responsabilidad aquiliana procede por dolo y cualquier clase de culpa del autor del acto ilícito (*in lege Aquilia et laevissima culpa venit*), la que establece el artículo 1.905 sólo será posible en caso de dolo o culpa grave del causante del daño.

En opinión de PINO la *ratio legis* del artículo 1.905 (art. 2.864 del Código italiano) descansa en el hecho de que en cuanto el autor del deterioro por ser dueño de la cosa no está obligado, en línea de principio, a resarcir del daño causado, y el acreedor corre el riesgo de no poderse satisfacer, el legislador equilibra los intereses de uno y otro imponiendo al tercer adquirente la responsabilidad por culpa grave.

A primera vista se advierte que esta no puede ser la fundamentación adecuada, porque la misma situación de peligro atraviesa el acreedor hipotecario cuando el daño a la cosa lo ocasiona el deudor o el tercer deudor, y, sin embargo, la ley nada dispone

en estas últimas hipótesis. La explicación de la norma en consideración posiblemente se encuentre en el hecho de que el tercer poseedor, frente al tercer dador y al deudor hipotecante, no ha procedido a constituir por él el gravamen hipotecario, sino que adquiere la cosa ya con esa afección, y ello lleva al legislador a adoptar una especial precaución frente al mismo sobre la base de que será menos respetuoso de la garantía en cuyo nacimiento no intervino. Esta es, sin duda, la explicación más neutra, porque, en nuestra opinión, la norma podría establecer un supuesto general de responsabilidad legal en todo caso en que el daño a la cosa hipotecada, que cause perjuicio al acreedor, provenga de la culpa grave del propietario de la misma sin entrar a discriminar la exacta condición jurídica de éste en relación a la garantía hipotecaria, solución perfectamente acogible en el Derecho venezolano, aun prescindiendo de la analogía, porque en el mismo la expresión tercer poseedor (que utiliza el artículo 1.905 del Código) engloba tanto al tercer poseedor *stricto sensu* como al tercer dador, cosa que no sucede en el ordenamiento italiano, donde se distingue con precisión entre una y otra categoría de sujetos y el artículo 2.864 del *Codice* aparece referido en exclusiva al tercer adquirente.

Dada la posición que adoptamos se comprende que la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito alcance también al tercero en general que mediante el daño o deterioro de la cosa gravada disminuya la garantía hipotecaria. Es cierto, como dice PINO, que, en esta hipótesis, el acreedor hipotecario tiene eventualmente la posibilidad de satisfacerse sobre el precio del resarcimiento que el tercero deba al propietario, pero junto a este recurso subsidiario disfruta de otro principal por cuya virtud puede perseguir directamente al autor del daño por el monto del perjuicio que haya experimentado, siempre que se den, claro está, las circunstancias que conforman la responsabilidad por hecho ilícito.

La razón es palmaria y ya la hemos resaltado repetidas veces. El acreedor hipotecario es titular de un derecho real de hipoteca que constituye un bien singular a su favor existente; pues bien, aunque no se quiera hablar de que existe una obligación de no disminuir la garantía hipotecaria, y menos respecto al tercero indeterminado, sí hay que admitir, en cambio, que existe una prohibición general de no lesionar los derechos subje-

tivos ajenos (*alterum non laedere*), y, por tanto, quien por acto doloso o culposo, con indiferencia de cual sea su relación con la cosa gravada y con el acreedor, causa lesión al derecho real de hipoteca está actuando en forma antijurídica o contraria a Derecho y queda obligado, en consecuencia, a reparar el daño ocasionado. La lesión culposa de un derecho ajeno constituye un hecho ilícito y pone en marcha naturalmente el mecanismo de la responsabilidad aquiliana.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la responsabilidad del autor de la disminución de la garantía frente al acreedor hipotecario, dos palabras ahora, para terminar el punto, sobre la responsabilidad de aquél frente al deudor en la relación obligatoria garantizada.

El supuesto es el siguiente: por acto del tercer adquirente o del tercer dador la garantía hipotecaria constituída experimenta disminución y el acreedor perjudicado procede a actuar en los términos previstos por el artículo 1.894 del Código civil, esto es, exige al deudor el otorgamiento de una nueva garantía y, de no obtener ésta, el pago inmediato de su acreencia (pérdida del beneficio del término para el deudor). Pues bien, hay que distinguir:

Si el tercer concedente se ha obligado respecto al acreedor y al deudor a garantizar la obligación mientras esta subsista, es claro que la disminución de la garantía por culpa suya le acarreará la responsabilidad contractual correspondiente. Caso contrario, desde luego que no procede semejante responsabilidad por incumplimiento de contrato. Según RUBINO, si por culpa del tercer concedente el deudor pierde el beneficio del término y paga la deuda o sufre ejecución forzosa, y si por otra parte dicho tercero se obligó a título oneroso con el deudor a conceder la garantía, será responsable para con éste de los eventuales daños que se le produzcan; en su opinión, frente al parecer de CHIRONI, aunque no se trata de una garantía por evicción, es por lo menos dudoso que esta responsabilidad subsista también en el caso de que el compromiso del tercero frente al deudor de suministrar la garantía se haya contraído a título gratuito⁷⁸. Esta distinción carece por completo de justificación; a los efectos de la responsabilidad contractual del hipotecante no deudor

⁷⁸ RUBINO, *La responsabilità patrimoniale...*, op. cit., p. 21.

es absolutamente irrelevante que el mismo haya constituido el gravamen hipotecario a título gratuito o a título oneroso, ya que a los señalados efectos lo único que debe tomarse en consideración es si el tercer dador cumplió con su obligación en el momento mismo en que constituyó la garantía o si, por el contrario, su compromiso comprendía también el aseguramiento del crédito por toda su duración, pues en el primer caso no hay responsabilidad y en el segundo sí la hay cuando por la conducta de aquél tiene lugar la disminución de la garantía hipotecaria generada.

¿Y la responsabilidad extracontractual?

Para PINO si la obligación del tercer concedente era de ejecución instantánea, es decir, si fue cumplida en el momento mismo en que se estableció la garantía, para admitir su responsabilidad con el deudor haría falta poder demostrar que este último goza de un derecho o un interés legítimamente tutelado a la conservación de la garantía. Tal derecho no existe ni siquiera si se configura la hipoteca como un derecho real, porque en este caso el tercero estaría obligado tan sólo respecto del acreedor (aquí se advierte que la posición negadora de la responsabilidad aquiliana del tercero frente al acreedor, que sostiene PINO, es una consecuencia obligada de algo que tiene en mente y que no manifiesta a lo largo del trabajo tantas veces citado: la negación a la hipoteca de su naturaleza de derecho real; por ello, cuando en hipótesis atribuye a la garantía hipotecaria la condición de derecho real se ve obligado a admitir que el tercer dador que ilícitamente disminuyera la garantía quedaría obligado frente al acreedor hipotecario, con lo cual la solidez de su argumentación se rebaja en forma sustancial ya que sus conclusiones no las deriva del hecho de haber demostrado, como sería lo correcto, que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, sino de dar esto como supuesto en base a la tesis, utilizada pero no advertida y mucho menos demostrada, de que la hipoteca no constituye un genuino derecho real), por lo demás, concluye, ni el tercer dador ni el tercer adquirente pueden ocasionar un daño injusto cuando ejercitan el derecho de propiedad sobre su cosa; el artículo 2.864 que consagra una responsabilidad a cargo del tercer adquirente, es una norma excepcional y, como tal, no puede ser interpretada

analógicamente ni respecto a la responsabilidad del tercer adquirente ni respecto a la responsabilidad del tercer dador⁷⁹.

Consecuentes con lo que hasta aquí hemos venido sosteniendo tampoco en este lugar podemos estar de acuerdo con PINO. El punto de arranque de su tesis se halla en la indemostrada afirmación de que para que el tercer dador y el tercer adquirente pudiesen ser responsables, ante el deudor, por vía extracontractual haría falta que éste último "gozase de un derecho o un interés legítimamente tutelado a la conservación de la garantía". Pues bien, esto es lo que ocurre exactamente; el deudor tiene verdadero interés en que la garantía hipotecaria se mantenga en los mismos términos en que fue constituida y se trata, sin duda, de un interés legítimo (o legítimamente tutelado, en la terminología de PINO), pues, de acuerdo al artículo 1.894, sabido es que cuando la garantía hipotecaria experimente disminución, por cualquier hecho que implique deterioro de la cosa gravada, el acreedor tiene derecho a exigirle al deudor un suplemento de hipoteca (sólo a él y no, como se ha visto, al tercer concedente o al tercer poseedor) y, en su defecto, al pago inmediato de su acreencia. A la vista de tal dispositivo legal que establece unas claras consecuencias perjudiciales para el deudor caso de debilitamiento de la hipoteca, ¿es posible afirmar que el mismo carece de un interés legítimo a la conservación de la garantía? El acreedor hipotecario, según antes se ha advertido, en cuanto titular de un auténtico derecho real de garantía ostenta inobjetablemente interés legítimo en su mantenimiento, pero el deudor se encuentra también en similar situación, es más, bajo la perspectiva que brinda el artículo 1.894, podría decirse sin exageración que el deudor está más interesado que el acreedor en la subsistencia del *statu quo*, porque a fin de cuentas él va a ser el principal y directamente perjudicado en caso de alteración ya que el acreedor hipotecario se acogerá, como compensación al perjuicio experimentado, al régimen tuitivo que a su favor sanciona el referido artículo 1.894 del Código civil. Bajo este ángulo cabría afirmar que el deudor tiene interés e, incluso, derecho a que nadie provoque mediante su actuación la disminución de la garantía hipotecaria constituida, está legítimamente interesado en que la hipoteca no se degrade, y, en consecuencia, cuando alguien en forma dolosa o culposa ocasiona semejante

⁷⁹ PINO, *loc. cit.*, p. 98.

situación, en cuanto está actuando contra Derecho, en cuanto lesiona un interés jurídicamente relevante debe caer bajo la férula de la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

PINO cree que ni el tercer dador ni el tercer adquirente pueden ocasionar un daño injusto cuando ejercitan el derecho de propiedad sobre su cosa, partiendo de la vieja máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*. Hay aquí una sensible confusión de conceptos, pues para establecer la responsabilidad extracontractual de los aludidos sujetos ni siquiera hace falta recurrir a la figura del abuso de derecho (que permitiría sin obstáculo fundamentarla, ya que de acuerdo al artículo 1.185-2º “debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”), sino tan sólo tomar en consideración que cuando el hipotecante no deudor y el tercer poseedor disminuyen en forma dolosa o culposa la garantía hipotecaria que pesa sobre la cosa de que son dueños (menoscabando, por ejemplo, ésta) están actuando contra Derecho o ilícitamente ya que con su conducta irrogan un perjuicio al deudor (que sufrirá las consecuencias del artículo 1.894), quien tiene, como antes se señalaba, un interés legítimo a la conservación de la garantía en la exacta contextura que *ab initio* ostentó, y, en consecuencia, el daño debe calificarse necesariamente de injusto^{79 bis}.

^{79 bis} Al respecto son bien significativas e instructivas las siguientes palabras de GIORGI: “Pero, ¿cuál será en definitiva el criterio para distinguir el daño hecho *iure* del causado *iniuria*? Este criterio, si bien se considera, no puede consistir en la creencia de ejercitar un derecho; porque si la buena fe excluye siempre el dolo, no excluye igualmente la imprudencia, la negligencia, la impericia. El criterio que vamos buscando consiste únicamente en investigar si de parte del ofendido existía un derecho por el que le estaba garantido lo que perdió. En verdad no hay derecho contra derecho; y es absurdo que el ejercicio del derecho propio pueda conducir a la violación del derecho ajeno, no pudiendo proteger la ley contemporáneamente el interés del perjudicado y el interés contrario del que causa el perjuicio. Por no haber reflexionado en esta verdad de buen sentido, algunos escritores han caído en el absurdo de reducir a puro juego de palabras el axioma *qui iure suo utitur nemini iniuriam facit*; sin comprender que la violación del derecho ajeno no puede nunca justificarse como ejercicio de derecho propio, porque no es legítimo. Si pues el uso del derecho propio presupone necesariamente la falta de derecho contrario, el criterio que buscamos consistirá en ver si de parte del perjudicado existirá derecho o simple interés. Entendemos como derecho el goce de la utilidad garantizado por la ley; simple interés, el goce de la

Por otra parte, la aseveración del mencionado autor de que el artículo 2.864 del Código civil italiano (equivalente al artículo 1.905 del Código civil venezolano), que consagra una responsabilidad a cargo del tercer adquirente, constituye una norma excepcional y no cabe, por tanto, su interpretación analógica ni en relación a dicho tercer adquirente ni en relación al tercer dador, es por completo gratuita. El mencionado artículo no establece una "excepción a reglas generales o a otras leyes" (art. 14 de las disposiciones sobre la ley en general del Código italiano), ya que, según se ha advertido más arriba, no existe obstáculo intrínseco alguno para que la norma en cuestión se entienda en el sentido de que establece un supuesto general de responsabilidad legal siempre que el daño a la cosa hipotecada, que cause perjuicio al acreedor, provenga del propietario de la misma sin tener que discernir la exacta condición jurídica de éste respecto a la garantía hipotecaria, máxime en el ordenamiento venezolano donde bajo el término legal tercer poseedor se cobijan tanto el genuino tercer poseedor como el auténtico tercer concedente.

Por las mismas razones que antes se aducían en relación al acreedor hipotecario, es claro que para nosotros también el tercero general o indeterminado (*poenitus extraneus*) puede quedar obligado frente al deudor en virtud de la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito.

4. INSUFICIENCIA DE LA GARANTIA HIPOTECARIA

La aplicación del artículo 1.894 del Código civil exige, tal como se ha visto, que la cosa sometida a hipoteca haya perecido o se haya deteriorado; a su vez, sabemos asimismo que la simple depreciación de la cosa gravada no pone en movimiento el mecanismo protector que se está estudiando. Pues bien, colocándonos ahora en un superior estadio en la consideración de los presupuestos de actuación del indicado precepto tendremos, según una primera y global visión, que el acreedor hipotecario sólo podrá actuar en el sentido por el mismo previsto cuando el menoscabo del bien sea de una entidad tal que la garantía se haga insuficiente para su seguridad, con lo cual la circunstancia

utilidad no garantizado por la ley". (GIORGI, *op. cit.*, V, pp. 263-264).

de la disminución de valor de aquél pasa a tener primerísima importancia ya que será la misma el módulo a manejar para decidir si se ha producido o no una situación de insuficiencia hipotecaria. Coordinando estas ideas, podría decirse, a primera vista, que ni el solo deterioro de la cosa ni la sola disminución de valor bastan para la aplicación del artículo 1.894 sino que hace falta el juego combinado de uno y otro factor, o, si se quiere en otros términos, que menoscabo de la cosa que no torne insuficiente la garantía y depreciación que no sea consecuencia del deterioro de aquélla son irrelevantes en el específico campo contemplado, pues éste exige que el daño sufrido por el bien suponga una disminución de su valor tal que en adelante la garantía hipotecaria resulte insuficiente para la exacta satisfacción del crédito bajo ella cobijado. En este sentido, el artículo 1.894 del Código civil habla de que "cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantir el crédito..." Desde luego no es necesario advertir que el estudio de la insuficiencia de la garantía ocasionada por su disminución sólo tiene sentido en el caso de que la cosa hipotecada haya experimentado deterioro (eso sí de la necesaria entidad como para dar lugar a ella), pues, como advierte DE PAGE, la pérdida total torna la garantía inexistente y la norma jurídica tendrá aplicación en tal caso *a fortiori*⁸⁰.

La doctrina francesa, como de costumbre, se pronuncia en bloque y sin hacerse mayor cuestión sobre la necesidad de la insuficiencia de la garantía para que juegue el artículo 2.131 del Code. En el sentir de TROPLONG, en el artículo 2.131 el legislador supone que en el momento en que se concluyó la convención el deudor ofreció bienes suficientes para la garantía de sus acreedores hipotecarios, pero después tal garantía ha resultado insuficiente, ya por pérdida, ya por degradación de los bienes hipotecados; semejante insuficiencia debe ser constatada por el acuerdo de las partes, por el juez o por una experticia.⁸¹ BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES afirman que la aplicación del artículo 2.131 exige que la disminución haya determinado que la hipoteca resulte insuficiente para la seguridad del acreedor; para ellos, la regla del mencionado artículo difiere de la del artículo 1.188 porque toda disminución de las garantías, proveniente de hecho

⁸⁰ DE PAGE, *op. cit.*, VII-1º, p. 536.

⁸¹ TROPLONG, *op. cit.*, II, pp. 385-386.

del deudor, entraña la decadencia del beneficio del término aunque las que resten sean todavía suficientes para la seguridad del acreedor⁸². En opinión de PLANIOL y RIPERT es necesario que la disminución de las garantías orginarias las haga insuficientes para el acreedor; en tal sentido señalan que si una cosa hipotecada, asegurada contra incendio, es destruída por el fuego, el acreedor sólo podrá pedir un suplemento de hipoteca si el inmueble se hallaba insuficientemente asegurado o si la compañía de seguros alegase con éxito una causa de caducidad del seguro; si, por el contrario, la indemnización debida por el asegurador es un exacto equivalente del inmueble, el acreedor, cuyo derecho de preferencia se traslada sobre la indemnización, no puede alegar el artículo 2.131⁸³.

En parecidos términos se pronuncian los autores belgas. LAURENT señalaba que la degradación del inmueble hipotecado no basta para que el acreedor pueda promover el reembolso, es necesario que el inmueble venga a ser insuficiente para la seguridad del acreedor, ya que si, a pesar del deterioro, el valor del inmueble da al acreedor garantía plena no puede quejarse por no tener interés en ello; sólo cuando el inmueble deteriorado no tiene ya un valor que esté en relación con el monto del crédito, el acreedor tiene derecho a pedir el reembolso. ¿Cuándo puede decirse que hay insuficiencia de seguridad? Esta es una cuestión de hecho, los peritos se encargarán de valuar el inmueble y el juez decidirá en consecuencia⁸⁴. En nuestros días, para DE PAGE es evidente que el solo hecho de la degradación no sería suficiente para justificar la decadencia del término; hace falta, en consecuencia, que dicha degradación haya disminuido la seguridad o, en otras palabras, que haya agravado la situación del acreedor, ya que de no ser así una sanción tan grave como la exigibilidad del crédito principal no se justificaría; la cuestión de determinar si hay insuficiencia de la seguridad es de puro hecho⁸⁵.

También la doctrina italiana se orienta en la misma dirección: la norma protectora de los intereses del acreedor hipotecario sólo tendrá aplicación cuando la disminución sufrida por

⁸² BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 491.

⁸³ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 411.

⁸⁴ LAURENT, *op. cit.*, XXX, p. 510.

⁸⁵ DE PAGE, *op. cit.*, VII-1º, p. 536 y 540.

la garantía determine la insuficiencia de la misma a efectos de la seguridad de aquél. Para PINO, el artículo 2.743 del *Codice* exige que el deterioro de la cosa debe ser de tal entidad que ocasione la insuficiencia de la garantía; su aplicación depende no sólo del hecho objetivo de la disminución de la garantía, sino también del criterio relativo de la insuficiencia, resultando así particularmente importante la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación⁸⁶. Según RUBINO no basta cualquier disminución del valor del bien que no determine la insuficiencia de éste para satisfacer el crédito; probablemente, sin embargo, no es necesario que el valor descienda por debajo del crédito, sino que, por la imprevisibilidad del precio de venta y por el argumento que ofrecen los artículos 2.875-2.876, siempre deberá quedar salvaguardado un margen prudencial de al menos un tercio de exceso (si preexistía)⁸⁷.

Entre los autores venezolanos, siguiendo la misma pauta, SANOJO señala, al hablar de los requisitos para la aplicación del precepto que se está considerando, que es necesario que la hipoteca se haga insuficiente para garantizar el crédito, según su condición⁸⁸.

Y la verdad es que a la vista de los artículos que contemplan la materia en los Códigos civiles francés, italiano y venezolano difícilmente cabe otra conclusión que la que, en forma unánime, sigue la doctrina que comenta tales cuerpos legales. En ellos, de manera clara y precisa, se subordina la operancia del régimen tuitivo previsto al hecho de que la garantía haya resultado insuficiente para la satisfacción del crédito asegurado. La aplicación del artículo 1.894 del Código civil estará subordinada, en lo que ahora nos interesa, a un doble orden de factores, ya que por un lado hará falta que el bien hipotecado haya sufrido deterioro o menoscabo (entendido éste en la forma amplia que con anterioridad se vio) y por el otro se precisará que la disminución de valor por éste provocado determine su insuficiencia para la seguridad del acreedor.

Pero con aceptar, como no queda otro remedio, que el juego del artículo 1.894 depende de que la disminución sufrida por

⁸⁶ PINO, *loc. cit.*, p. 90.

⁸⁷ RUBINO, *L'ipoteca immobiliare...*, *op. cit.*, p. 363.

⁸⁸ SANOJO, *op. cit.*, IV, p. 339.

la garantía hipotecaria sea de tal envergadura que la torne insuficiente para el acreedor no quedan aclarados ni resueltos todos los problemas que semejante condicionamiento ocasiona. En efecto, no hay duda de que podrá y deberá hablarse de insuficiencia de la garantía cuando el valor del bien gravado era apto para cubrir el monto del crédito y luego, como consecuencia del daño experimentado, pierde tal aptitud; pero, ¿podrá catalogarse en forma similar la situación existente cuando el bien era ya insuficiente en el momento de la constitución de la hipoteca y con posterioridad se agravó dicha insuficiencia en virtud del deterioro sufrido? Porque no hay ningún obstáculo para que la hipoteca recaiga sobre un bien cuyo valor actual sea inferior al monto del crédito a garantizar e incluso, se afecte hipotecariamente una parte del valor total del bien que no alcance a cubrir la entera satisfacción de la acreencia; en estos casos, siendo la hipoteca *ab origine* insuficiente, ¿cuándo se estimará que se dan los presupuestos para la aplicación del artículo 1.894 del Código civil? Por otro lado, puede suceder también que el gravamen hipotecario se haya establecido por una cantidad considerablemente superior a la cuantía del crédito principal a garantizar, y que después, por razón del menoscabo del inmueble y su subsiguiente disminución de valor, se haya perdido semejante diferencia por más que el bien continúe siendo suficiente para garantizar el crédito, ¿deberá operar en este supuesto el mecanismo que nos ocupa? En fin, aun en el caso normal de hipoteca de una cosa cuyo valor cubra de manera adecuada la acreencia asegurada, ¿podrá hablarse de insuficiencia cuando, no obstante la sobrevenida disminución de valor, todavía el precio del bien alcance el monto del crédito asegurado? Como se ve la expresión insuficiencia de la garantía no es tan inocua como a primera vista parece y obliga a formular precisiones que la norma jurídica no cuidó en atender.

En relación a este punto, RUBINO advierte certeramente la importancia y necesidad de proceder a la adecuada formulación de lo que debe entenderse por insuficiencia de la garantía cuando señala que probablemente no es necesario, a tal efecto, que el valor del bien caiga por debajo del crédito asegurado y que, en razón de la imprevisibilidad del precio de venta y del apoyo que brindan los artículos 2.875 y 2.876 del Código civil italiano, la cosa sometida a hipoteca se entenderá insuficiente para la

seguridad del acreedor cuando su valor no exceda al crédito, por lo menos, en un tercio, siempre que originariamente se diese tal exceso.

Ello es exacto. El artículo 1.894 puede tener aplicación en ciertos casos en que, no obstante su disminución de valor, el bien conserve adecuada entidad para la cabal manifestación del crédito y en los que, en consecuencia, no puede afirmarse objetivamente que la cosa gravada se ha hecho insuficiente para la seguridad del acreedor. En el Derecho italiano esta tesis ve facilitada su acogida en virtud de las disposiciones que el *Codice* trae a propósito de la posibilidad de obtener la reducción de las hipotecas en el caso de exceso en el valor de los bienes hipotecados. En efecto, de acuerdo al artículo 2.875 del Código civil italiano, "se considerará que el valor de los bienes excede de la cautela a suministrarse, si tanto en la fecha de la inscripción de la hipoteca como posteriormente, supera en un tercio el importe de los créditos inscritos, aumentado en los accesorios a tenor del artículo 2.855"; pues bien, cuando se dé tal circunstancia el artículo 2.876 permite obtener la reducción de la hipoteca en los siguientes límites: "la reducción se opera respetando el excedente del quinto por lo que se refiere a la suma del crédito y el excedente del tercio por lo que se refiere al valor de la cautela". Si tal es la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación que la ley considera justa y adecuada para el caso de que en el instante de su nacimiento o con posterioridad el gravamen hipotecario exceda al monto del crédito asegurado en una proporción superior al tercio, parece razonable pensar que si en algún momento del devenir hipotecario el valor del bien, en razón del menoscabo sufrido, deja de superar en esta proporción el importe de la acreencia se habrá producido la insuficiencia de la garantía hipotecaria y deberá tener aplicación el mecanismo reparatorio que se estudia, por más que el bien hipotecado continúe teniendo un valor igual o superior a la acreencia asegurada; claro que ello será así siempre que en el instante de la constitución de la garantía hipotecaria se diese ese margen de por lo menos un tercio de exceso.

Por desgracia en este punto, como en tantos otros, el Código civil venezolano aun siendo coetáneo del italiano carece, a diferencia de éste, de cualquier previsión o punto de referencia

que pueda aprovecharse en el sentido que, como se acaba de ver, RUBINO utiliza los artículos 2.875 y 2.876 del *Codice*, y, en consecuencia, el concreto exceso de un tercio que el valor del bien gravado deberá mantener respecto al crédito garantido no podrá servir como piedra de toque para determinar si procede o no el empleo del artículo 1.894. Pero siendo esto cierto, no es lo menos que cuando para asegurar el cumplimiento de una obligación se hipoteca un bien cuyo valor guarda una precisa y buscada relación con la cuantía de aquélla, siempre que por deterioro y subsiguiente depreciación de la cosa gravada se rompa aquel margen o relación se estará produciendo una situación en todo similar a la prevista en el artículo 1.894 y éste deberá extender lógicamente su ámbito de aplicación a la misma. En efecto, supongamos que, por las razones que sean, un acreedor sólo está dispuesto a recibir en hipoteca un bien cuyo valor exceda en una mitad el importe de la obligación que se va a asegurar y que así se cierra la operación en definitiva; después, por menoscabo del inmueble, el señalado margen se reduce a un tercio de exceso tan sólo. Desde el ángulo objetivo estricto es evidente que no se ha producido una situación de insuficiencia de la garantía, ya que el importe de la misma sigue rebasando al del crédito, y, por lo tanto, parece que debería excluirse la posibilidad de que el acreedor hipotecario se acoja al artículo 1.894; mas, rectamente miradas las cosas, atendida al *ratio legis* del precepto y buscando la interpretación más racional del mismo, la conclusión debe ser, según creemos, que la hipótesis planteada queda comprendida dentro del supuesto de hecho de la norma (como una de sus posibles formas de presentación o planteamiento) y por ello ha de extenderse a la misma el peculiar mecanismo de tuición conformado en el artículo referido.

La solución que propugnamos, pues, en relación al punto que se está contemplando, es que en el Derecho venezolano cuando entre el valor del bien objeto de la garantía real y el importe del crédito garantizado existe una determinada y exigida proporción, si ésta se pierde por causa del deterioro del bien, podrá el acreedor hipotecario alegar insuficiencia de la garantía e impetrar el amparo del artículo 1.894 del Código civil.

Hasta aquí nos hemos venido ocupando del sistema vigente en Francia, Italia y Venezuela según el cual, por más que se entienda en la forma amplia que se acaba de acoger, es inexcu-

sable que la insuficiencia de la garantía haya tenido actual y real verificación, pero la legislación comparada nos ofrece otro modelo a cuyo tenor no hace falta que la insuficiencia se haya producido sino basta con que exista el peligro o racional temor de que llegue a producirse.

Así, en el Derecho alemán, de acuerdo al párrafo 1.133 del BGB, "si a consecuencia de un empeoramiento de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede señalar al propietario un plazo prudencial para el apartamiento del peligro...". La diferencia frente al sistema anterior estriba en que mientras en el ordenamiento germano, una vez producido el menoscabo del inmueble, aunque la disminución de la garantía hipotecaria que el mismo entrañe no provoque su insuficiencia, el acreedor puede actuar en base a la sola consideración de que por tal acaecer corre peligro la seguridad que para la satisfacción del crédito ofrecía la hipoteca (siempre, claro está, que se acredite la realidad de tal peligro), en aquellos otros ordenamientos, según se ha visto con minuciosidad, no basta la disminución de la garantía originada por la degradación del bien hipotecado sino que hace falta además que la disminución sea de tal entidad que la hipoteca haya devenido actual y efectivamente insuficiente para la seguridad del acreedor. La separación es neta, mientras en un régimen basta el peligro de perjuicio para el acreedor, en el otro se precisa la consumación de dicho perjuicio. En este último sistema, expone MORENO QUESADA, parece como si el deterioro de la finca en sí mismo dejase de interesar; lo que ha de tenerse en cuenta es la disminución de valor que en ella se ha producido y el que pueda llegar a alcanzar un determinado *quantum*. "De todas maneras —concluye—, debe tenerse presente que según ello esta cuantía que precisa el daño es variable y dependerá del monto de la garantía que proporciona, de tal manera que puede pensarse sería indiferente a estos efectos el que se produzca si no lo es de la entidad necesaria para temer que provoque la insuficiencia de la hipoteca"⁸⁹.

Tampoco el Derecho español ha seguido la tónica dominante en este punto en los ordenamientos civiles latinos consistente, como se sabe, en exigir para que proceda la protección del

⁸⁹ MORENO QUESADA, *loc. cit.*, pp. 567-568.

acreedor hipotecario el requisito de la insuficiencia de la garantía. En el Proyecto de Código civil de 1851 el modelo francés sobre la materia se quebró en un doble sentido: primeramente, porque, frente a lo que ocurría en el *Code*, en un único precepto, e incurriendo GARCÍA GOYENA en la defectuosa interpretación que caracteriza a la doctrina francesa, recogía la doble hipótesis del deterioro debido a culpa del deudor y del deterioro fortuito de la cosa gravada con las consabidas consecuencias jurídicas según se trate de uno u otro caso (art. 1.796); y en segundo término, porque la aplicación de la norma no estaba subordinada, cual es corriente en los Códigos inspirados en el prototipo galo, a una determinada entidad del deterioro sufrido por la cosa, sino que procedía aunque la disminución acarreada por el menoscabo no hubiese tornado insuficiente la garantía hipotecaria para la seguridad del acreedor.

Esta misma orientación se ha conservado en el Derecho hispano actual; así, de acuerdo al artículo 117 de la Ley Hipotecaria vigente (de 8 de febrero de 1946), "cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo el valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y *fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca*, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño...".

Al comentar semejante precepto los autores españoles suelen señalar que para que proceda el ejercicio de la acción en el mismo recogida (acción de devastación) no basta con que la finca hipotecada sufra un deterioro y con que por razón de éste disminuya su valor, sino que hace falta además que en base a tales circunstancias se produzca un fundado temor de que la hipoteca resulte insuficiente. "Por tanto —*escribe en este sentido* GUILARTE ZAPATERO—, para el éxito de esta acción no basta con que se produzca un deterioro, ni tampoco una disminución en el valor de la finca, sino que parece, dada la redacción del precepto, que lo que adquiere relevancia decisiva es la existencia de un fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca"⁹⁰.

⁹⁰ GUILARTE ZAPATERO, *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Barcelona, 1966, p. 178.

La diferencia entre el sistema español y el instaurado por el Código francés (aceptado en el Derecho venezolano) es manifiesta. Frente a lo que sucede en este último, en aquél no se precisa de la insuficiencia actual y efectiva de la hipoteca, sino que basta con el racional o fundado temor de dicha insuficiencia; es decir, que a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento en el que no es suficiente con la simple disminución de la garantía hipotecaria (consecuencia del deterioro de la cosa gravada), pues se requiere además que la disminución sea de magnitud suficiente como para ocasionar la insuficiencia de aquélla, en el ordenamiento español el mero debilitamiento de la hipoteca permite al acreedor acogerse al mecanismo de protección por más que no se acredite la insuficiencia de la garantía, ya que a tal efecto basta con que resulte fundado "el temor de que sea insuficiente la hipoteca". Ahora bien, una cosa es el temor de insuficiencia, por muy fundado que sea, y otra la insuficiencia misma, pues en base al primero el acreedor puede actuar aunque la garantía hipotecaria le brinde todavía adecuada seguridad si cree con fundamento que tal seguridad le puede llegar a faltar (insuficiencia potencial), mientras que en razón de la segunda el acreedor queda circunscrito en su actuación al caso de efectiva falta de seguridad de su derecho (insuficiencia actual). Es más, el régimen español parecería orientado de manera fundamental a proteger a los acreedores hipotecarios contra el peligro de que la hipoteca llegue a resultar escasa (aunque *a fortiori* se aplicará también cuando tal peligro se haya materializado), contrastando con lo que ocurre en los regímenes que siguen el modelo francés en los que la tutela del acreedor tan sólo tiene lugar cuando el mismo esté sufriendo los rigores de la sobrevenida insuficiencia.

Prueba de lo dicho la encontramos en que el transcrito artículo 117 de la Ley Hipotecaria española ordena al Juez, cuando se dé el supuesto de hecho por el mismo previsto, dictar providencia "mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para *evitar* o remediar el daño". En efecto, habida cuenta de que el "daño" a que se refiere el precepto hace relación a la garantía hipotecaria (y no a la cosa gravada, con la que se relaciona la idea de deterioro) y que procede tomar medidas no sólo para remediarlo sino incluso para evitarlo, es evidente que en el sistema hispano el acreedor se encuentra protegido aunque

la disminución de la garantía hipotecaria no haya determinado todavía su insuficiencia (por lo demás, contra el parecer de ROCA SASTRE, creemos que no hay obstáculo alguno, antes bien conveniencia y aun necesidad, para que entre las medidas a adoptarse se incluya la de que el propietario dé un suplemento de hipoteca)⁹¹.

Sólo se puede evitar lo que no se ha producido todavía, y, en consecuencia, cuando la Ley española permite actuar aunque el daño no se haya materializado está admitiendo también que, de acuerdo al sistema instaurado por la misma, no hace falta necesariamente que la garantía hipotecaria no alcance a cubrir el derecho del acreedor o que se haya roto la primitiva proporción entre el crédito y el valor de la cosa gravada, sino que basta con que aquélla haya experimentado disminución, siempre, claro está, que tal disminución sea apta para justificar el temor de que la hipoteca llegue a ser insuficiente. La exactitud de estas aseveraciones se refuerza si se tiene en cuenta que el "daño" a evitar o remediar de que habla el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española debe referirse por necesidad a la insuficiencia de la garantía hipotecaria, única forma de que pueda hablarse con propiedad de prevenir o evitar, pues el daño (deterioro) a la finca hipotecada y el daño objetivo a la garantía (disminución de la misma) deben ser actuales para que pueda ejercitarse la acción de devastación, y si imprescindiblemente se deben haber producido ya (en cuanto constituyen parte del supuesto de hecho del mencionado artículo), podrán remediarse o repararse, pero nunca prevenirse o evitarse (el artículo en cuestión presupone que la finca hipotecada se haya deteriorado, disminuyendo el valor).

¿Cuál de los dos sistemas en contraste es preferible?

MORENO QUESADA cree que la solución a acogerse deberá estar en función de la naturaleza que se atribuya a la acción de devastación: si ésta tiene una finalidad conservativa de la cosa o bien conservativa de la garantía; la primera actitud encontraría su respaldo en la presunta voluntad de las partes, que han querido establecer como garantía precisamente toda, aunque sólo la cosa, por lo que cualquier alteración en la misma debe ser evitada, con independencia de que afecte o no, y en qué

⁹¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV-2º, p. 954.

medida, el desempeño de su finalidad garantizadora; en cambio, si se atiende a su función objetiva de garantía, la conservación habrá que referirla primordialmente a ésta y no a la cosa que la sirve, por lo que la integridad y el valor de ésta sólo repercutirá en aquélla cuando la haga insuficiente, cuando su valor de realización no alcance a cubrir el importe de lo garantizado. El es de la opinión que la acción de devastación constituye un remedio destinado a conservar la integridad material de la finca hipotecada; en efecto, estima que la defensa del crédito hipotecario está integrada por los medios tendentes a proteger cada uno de los tres elementos que lo forman: el crédito garantizado, la garantía (real) del crédito y la cosa que sirve de garantía; "cada uno de estos elementos —escribe—, lo mismo que conceptualmente pueden diferenciarse, deberán serlo también en cuanto a los medios de defensa: 1) el crédito con los que son habituales en todos y con los específicos que se derivan de serlo con garantía real (por ejemplo, art. 1.129-3º C.c. espa.); 2) la garantía por los aptos para mantener su suficiencia para el fin aseguratorio (tal, por ejemplo, frente a los llamados deterioros jurídicos —art. 219-3º Reglamento Hipotecario— que afectan a la cosa en cuanto garantía, pero que no necesariamente han de repercutir sobre su integridad material); y 3) la cosa, con los tendentes a mantenerla en el estado en que se encontraba en el momento de adscribirse a la garantía del crédito, pues su conservación en aquellas condiciones, su incolumidad, es lo que se comprometió por su titular con esos fines de aseguramiento (tal la acción de devastación del art. 117 de la Ley Hipotecaria)⁹².

No estamos de acuerdo con estos planteamientos. El derecho real de hipoteca es un derecho de vinculación y realización del valor en cambio de la cosa gravada en función de garantía del cumplimiento de la obligación garantida, y, por tanto, aunque su objeto sea la cosa misma, las acciones al mismo otorgadas por la ley deben contemplar de manera fundamental esa función de garantía, esa finalidad de aseguramiento que a la hipoteca caracteriza y da fisonomía. No creemos, pues, que la llamada acción de devastación tenga por fin la conservación de la cosa, sino la conservación de la garantía, por más que, como es natural, para cuidar de manera adecuada a ésta haya de tenerse presente en todo momento el estado físico de aquélla en

⁹² MORENO QUESADA, *loc. cit.*, pp. 569-570.

cuanto constituye el soporte u objeto material de la garantía; lo contrario equivaldría a tener que admitir que constituyendo la hipoteca una garantía la acción que la tutela puede actuarse cuando se haya dañado la cosa gravada, aunque semejante daño no haga insuficiente la garantía. Esto, que es lo que sanciona el ordenamiento español (solución con la que se identifica MORENO QUESADA), constituye, desde el punto de vista dogmático, algo inaceptable, pues dada la función que tiene y cumple el derecho real de hipoteca es evidente que el acreedor garantizado no debe estar legitimado para actuar mientras el bien objeto de la garantía continúe siendo suficiente para satisfacer su derecho (en el sentido que antes se ha advertido de que debe respetarse el margen de exceso, del valor de la cosa en relación al crédito, querido por las partes), supuesto en el que la garantía hipotecaria no ha sufrido verdadero y propio quebranto y que, por ende, no amerita protección.

En efecto, cuando la cosa gravada se deteriora y la garantía disminuye pero sin resultar insuficiente, el derecho del acreedor, su seguridad o garantía, no ha resultado dañado y si no hay daño no debe poder actuar ya que su posición jurídica no ha sido afectada. Si se admite, como hace el Derecho español, que en tal caso el acreedor puede intervenir para evitar el daño (la insuficiencia), necesariamente la acción deja de hacer referencia a la garantía hipotecaria y pasa a referirse a la cosa gravada con lo que se la desenfoca y, en buena medida, se la desnaturaliza. Frente a lo que piensa MORENO QUESADA, en la entidad crédito hipotecario no entran tres elementos (crédito, garantía y cosa), sino tan sólo dos (el crédito y su garantía real) y, por lo tanto, su defensa se circunscribe a otorgar al acreedor hipotecario tutela adecuada en orden a lo único que le corresponde: el derecho de crédito y el derecho real de hipoteca. La cosa constituye el soporte u objeto de la garantía (no sirve de garantía, como incorrectamente dice el autor señalado) y sus alteraciones físicas y disminuciones de valor serán de todo punto intrascendentes (en el plano teórico, se entiende) para la hipoteca en tanto no revistan entidad relevante como para afectar su función, esto es, en tanto en cuanto no determinen la insuficiencia de la garantía hipotecaria, único caso en que la garantía deja de ser tal.

La acción con que cuenta el acreedor hipotecario es una acción orientada a la conservación de la garantía que le perte-

nece; del hecho de que el objeto de esta garantía, en cuanto constituye un derecho real, consista en una cosa no puede derivarse que le corresponda asimismo acción destinada a conservar la integridad material de la misma porque ello equivaldría a cambiar la función y finalidad de su derecho. Sólo cuando la garantía resulte afectada en sí misma, es decir, cuando se haga insuficiente y deje de ser "garantía", podrá el acreedor demandar protección; antes, por más que la cosa haya resultado menoscabada, su situación jurídica se mantiene incólume.

En atención a lo que se ha expuesto es evidente que para nosotros, desde el punto de vista de los principios, de la naturaleza y función de la hipoteca y de la recta conformación de la tutela que precisa el acreedor hipotecario, es más correcto el régimen instaurado por el Código francés, y seguido por el venezolano entre otros, de que la conservación de la garantía hipotecaria sólo procede cuando la misma se haya vuelto insuficiente para la satisfacción del crédito asegurado. El sistema establecido por la Ley Hipotecaria española de permitir actuar al acreedor cuando la insuficiencia o escasez de la garantía todavía no se haya producido y a objeto de evitarla, tropieza con obstáculos que teóricamente son insalvables.

En efecto, la defensa de la garantía hipotecaria puede contemplarse en dos momentos distintos: cuando la cosa objeto de la misma no ha sufrido todavía deterioro y cuando éste ya se ha producido; en el primer caso, el ordenamiento jurídico busca evitar el perjuicio de la garantía (recurso preventivo), en el segundo subsanar el perjuicio ya acaecido (recurso reparatorio). Pues bien, cuando el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española subordina la acción del acreedor al deterioro de la cosa, es obvio que no está contemplando la protección del mismo en la primera de las situaciones señaladas, sino en la segunda, y si contempla esta segunda la protección correspondiente sólo será procedente, según se ha desarrollado con anterioridad, cuando la garantía hipotecaria resulte insuficiente para la seguridad del acreedor, ya que es esta la única hipótesis en que tiene sentido y justificación la tutela de la garantía disminuída.

La aplicación del artículo 1894 del Código civil venezolano (igual que los preceptos extranjeros que le sirvieron de modelo) está subordinada al hecho de que la garantía hipotecaria haya resultado insuficiente. Ahora bien, semejante insuficiencia,

¿deberá ser necesariamente sobrevenida o permitirá actuar también cuando ya se diese para el momento de la constitución de las garantías?

De la letra de los artículos que recogen la figura parece no derivarse duda alguna acerca de que la insuficiencia debe ser posterior al nacimiento de la hipoteca; asimismo, la *ratio* de los preceptos inclina por necesidad en esta dirección. Como tantas veces se ha repetido, la normativa en estudio persigue la protección del acreedor hipotecario ante la circunstancia de que ha experimentado un debilitamiento en la seguridad de su derecho, y es explicable que así sea, porque ¿sería razonable que la ley acudiese en auxilio de quien habiéndose conformado *ab initio* con una hipoteca insuficiente decida con posterioridad rebelarse contra la situación que él ayudó a generar y aceptó quiétamente? ¿Es justo que quien habiendo aceptado del deudor una garantía real que no le brinda entera seguridad sorprenda después a éste con el reclamo de la insuficiencia? Evidentes razones de justicia, convenientes motivos de prevenir la actuación dolosa del acreedor imponen que la falta de suficiencia de la garantía hipotecaria debe surgir con posterioridad al instante en que fue constituida, como una incidencia sobrevenida en su existencia.

En este punto la doctrina se ha pronunciado siempre en forma unánime: En el artículo 2131 (del Código francés), el legislador supone que en el momento de la convención el deudor ha dado bienes suficientes para la garantía de sus acreedores hipotecarios, pero que esta garantía ha resultado insuficiente, ya porque los bienes hipotecados han perecido, ya porque han experimentado degradaciones (TROPLONG);⁹³ los acreedores hipotecarios sólo pueden reclamar cuando la insuficiencia de la garantía surge después de la constitución de su hipoteca: de acuerdo al artículo 2131 no hay ninguna inejecución del compromiso del deudor mientras los bienes premanezcan en el mismo estado en que se hallaban al crearse la hipoteca; es en este momento cuando al acreedor debe considerar la entidad de las seguridades que estima necesarias (GUILLOUARD);⁹⁴ el acreedor no será admitido a invocar la disposición del artículo 2131, bajo el pretexto de la insuficiencia de las garantías hipotecarias, si esta insuficiencia ya existía en el momento de la constitución

⁹³ TROPLONG, *op. cit.*, II, p. 385.

⁹⁴ GUILLOUARD, *op. cit.*, III, p. 494.

de la hipoteca (AUBRY y RAU);⁹⁵ hace falta que las seguridades reales devengan insuficientes después de la formación del contrato hipotecario: si en el origen se acepta una hipoteca sobre un inmueble cuyo valor es inferior al monto de la acreencia para cuya seguridad ha sido estipulada, nada se puede reclamar pues la situación ha quedado conformada tal como se quiso que fuese (PONT);⁹⁶ se precisa que las garantías se hagan insuficientes después de la perfección del contrato hipotecario: si eran insuficientes para el momento de la constitución de la hipoteca, el acreedor no podrá invocar ni el artículo 1188 ni el artículo 2131, pues a nadie sino a sí mismo debe culpar de la insuficiencia de las garantías estipuladas, lo contrario equivaldría a poner en sus manos un arma para disolver un contrato libremente consentido o para modificar sus cláusulas; si fue engañado, si creyó que las garantías eran suficientes, cuando en realidad eran insuficientes, a él le corresponde soportar las consecuencias de su negligencia, pues le era fácil informarse sobre el valor exacto de los inmuebles ofrecidos en garantía (BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES);⁹⁷ con más razón el acreedor no tiene acción cuando la insuficiencia existía ya cuando el contrato, el texto es tan terminante que parece que toda duda es imposible; es necesario, según el artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga, que los inmuebles hayan sufrido deterioros, y no se puede seguramente decir que unos inmuebles ya deteriorados en el momento del gravamen hipotecario sufren después deterioros; la ley agrega que a consecuencia de estos deterioros los inmuebles se hayan vuelto insuficientes para la seguridad del acreedor, lo que implica que la causa debe ser posterior al contrato; si el acreedor se conforma con una hipoteca insuficiente, ¿de qué puede quejarse?, ¿de una insuficiencia que conocía?, ¿qué debió conocer?; ello no tiene sentido (LAURENT);⁹⁸ es preciso que las garantías primitivas se hayan hecho insuficientes con posterioridad a la constitución de la hipoteca: el artículo 2131 no es aplicable al caso en que la garantía hipotecaria era ya insuficiencia al tiempo del contrato (PLANIOL y RIPERT);⁹⁹ etc.

⁹⁵ AUBRY y RAU, *op. cit.*, III, p. 589.

⁹⁶ PONT, *op. cit.*, II, pp. 88-89.

⁹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 491.

⁹⁸ LAURENT, *op. cit.*, XXX, p. 509.

⁹⁹ PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 412.

A esta uniformidad de pareceres entre los autores franceses debió contribuir en buena medida una célebre sentencia de la Corte de Riom, de 24 de agosto de 1810, que suscitó agudas críticas por parte de los primeros comentaristas galos que se ocuparon del tema en consideración. El caso en el que se dictó la sentencia aludida fue el siguiente: dos deudores se obligaron solidariamente con hipoteca sobre ciertos inmuebles que estaban ya hipotecados a otros acreedores, pero que los deudores no habían dado como libres, de manera que no había estelionato sino simplemente disimulación; practicada la inscripción, el acreedor considera que el hecho de estar precedido por otros no le va a permitir concurrir en grado útil y cree poder demandar su reembolso al instante invocando los artículos 1188 y 2131 del Código civil. Los deudores responden que según estos artículos el acreedor no puede demandar el reembolso antes del vencimiento del plazo sino en dos casos: 1) si el deudor fallece, 2) cuando, después del contrato, el deudor ha disminuído con sus actos las cautelas dadas o los inmuebles han perecido o han sufrido deterioros que los hacen insuficientes para la seguridad del acreedor; añadan que en el caso en litigio no puede alegarse que el acreedor conoció después de la celebración del contrato que las seguridades eran insuficientes, pues el mismo debió no aceptar si conocía tal insuficiencia y si no la conocía tomar las precauciones adecuadas para conocerla. Si se ha conformado con garantías que no eran bastantes, no puede por este solo motivo pedir el pago cuando venga a descubrir su error.

Pues bien, la sentencia del Tribunal de Riom no concedió el reembolso "en atención a que habiendo el Código civil establecido los casos en que se puede demandar el reembolso y no hallándose el actor en ninguno de ellos, su demanda a tal respecto está mal fundada". Apelada esta sentencia, es revocada en los siguientes términos por la Corte de Riom: "Considerando la insuficiencia, cuando menos muy aparente, de la hipoteca y que los intimados convinieron en dar una garantía bastante para la seguridad del crédito; considerando que dichos intimados no ofrecen algún suplemento de hipoteca, se declara que se ha juzgado malamente..."¹⁰⁰

Impugnando este fallo, DURANTON señalaba que del mismo surgía la doctrina de que si en razón de la poca importancia del

¹⁰⁰ DURANTON, *op cit.*, X, pp. 362-363.

valor de los bienes hipotecados las cautelas resultaban insuficientes, el acreedor podía exigir al instante su reembolso, lo que, en opinión del gran comentarista, constituía un contrariar las estipulaciones del contrato; en su sentir, la decisión de la Corte de Riom ordenó el reembolso fuera de los casos previstos por el Código y, en consecuencia, violó las estipulaciones del contrato.¹⁰¹

Por su parte, PONT también estimaba que la decisión fue manifiestamente errónea, ya que cuando la insuficiencia es descubierta por el acreedor después de la formación del contrato, él debe soportar el hecho de que la insuficiencia ya existiera para el momento en que el contrato se concluyó, por lo que se le debe negar todo recurso. El pensamiento contrario que parece derivarse de la sentencia atacada, considera PONT, está excluido por los términos mismos del artículo 2131, que habla de que los inmuebles sujetos a hipoteca hubiesen perecido o experimentado degradaciones de manera que se hubieran vuelto insuficientes, lo que indica claramente que la condición a que está subordinado el ejercicio de la acción ofrecida al acreedor es la insuficiencia sobrevinida después de la formación del contrato hipotecario.¹⁰²

Y es claro que así sea. Cuando en el momento de su constitución la garantía hipotecaria ya es insuficiente puede ocurrir que el acreedor conozca esta circunstancia o que la ignore; en el primer caso, el hecho mismo de que se concluya el contrato hipotecario constituye manifestación inequívoca e insoslayable de que el acreedor acepta una garantía real que no alcanza a cubrir adecuadamente su derecho, y, por lo tanto, cualquier reclamación futura con base a algo que conoció y admitió le debe ser negada aunque solo fuera en virtud del respeto debido a la *lex contractus* y del principio de que nadie puede ir en forma válida contra sus propios actos; en el segundo, aunque a primera vista pudiera pensarse que el desconocimiento de la insuficiencia inicial debe ser tratado de la misma manera que la acaecida con posterioridad, esta impresión se desvanece fácilmente si se tiene en cuenta que en materia hipotecaria la publicidad que le es ínsita y lo fácil que resulta averiguar el valor aproximado de los inmuebles y, por ende, su capacidad de cober-

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 363.

¹⁰² PONT, *op. cit.*, II, p. 89.

tura crediticia, hacen que cualquier ignorancia al respecto por parte del acreedor a él tan sólo sea imputable y no sea posible desviarla en perjuicio del deudor. En consecuencia, sólo la insuficiencia sobrevenida después de la constitución de la garantía hipotecaria legitimará al acreedor para poner en funcionamiento el mecanismo de tuición instaurado por el artículo 1894 del Código civil.

A esta conclusión debe arribarse no sólo porque así lo exige la interpretación racional y el texto mismo del precepto, sino también porque admitir lo contrario supondría una contradicción neta con los presupuestos de él. En efecto, tal como se ha tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la aplicación del artículo 1894 está subordinada al hecho de que la disminución de la garantía sea consecuencia del daño o deterioro (de uno u otro tipo) experimentado por la cosa hipotecada; ahora bien, si se considerase que hay que tomar en cuenta también la insuficiencia hipotecaria inicial ello no cambiaría el supuesto de hecho del artículo 1894, por lo que de manera necesaria habría que considerar que semejante acaecer se debe haber producido por el menoscabo de la cosa gravada. Esto nos llevaría a tener que aceptar también que una garantía se puede disminuir antes de nacer y que tal disminución se ha ocasionado por la degradación de una cosa que todavía no está gravada, que todavía no constituye el objeto del derecho real de hipoteca: sencillamente una *contradictio in terminis*. La estructura del precepto impone de manera ineluctable que en cuanto la insuficiencia de la garantía debe ser fruto del deterioro sufrido por el bien por ella gravado sólo cabe tomar en consideración aquella insuficiencia que se ha producido tras la constitución de la hipoteca, so pena de incurrir en el absurdo de que una garantía puede verse afectada, en lo que respecta a su suficiencia o insuficiencia, por hechos ocurridos con anterioridad a su nacimiento jurídico.

La insuficiencia de la garantía debe ser, pues, sobrevenida para que el acreedor hipotecario pueda acogerse al régimen previsto en el artículo 1894 del Código civil; la ley contempla, en efecto, la hipótesis de que siendo suficientes los bienes hipotecados en el momento de la constitución de la garantía se hacen después insuficientes por razón del deterioro sufrido. Pero puede suceder que siendo *ab initio* inadecuada la garantía,

con posterioridad, en virtud de los daños experimentados por la cosa, el margen existente entre el crédito y el valor de ésta se aumente, esto es la insuficiencia se haga mayor y más palmaria; podrá en esta hipótesis acudir el acreedor hipotecario a los remedios que brinda el artículo 1894 en estudio? La doctrina no se ha planteado esta situación.

A nosotros la contestación afirmativa nos parece lógica y justa. El hecho de que un acreedor acepte una garantía insuficiente no significa ni mucho menos que al mismo le sea indiferente el valor de la cosa y que no tenga interés en que la debilidad relativa de su garantía se mantenga en los mismos términos que se dieron en su nacimiento. Rectamente miradas las cosas, si el acreedor puede acogerse al artículo 1894 cuando la garantía otrora suficiente devino insuficiente, no se ve cuál pueda ser la razón que excluya similar actuación cuando lo único que ha ocurrido es la agravación de una insuficiencia inicial; la letra de la ley sin duda que contempla tan sólo la primera hipótesis, que es la normal y más importante, pero tampoco puede caber duda alguna de que los motivos que la fundamentan se dan en forma por completo similar en la segunda. Es más, ni siquiera hace falta para esta inclusión recurrir a la ayuda de la analogía, ya que en cuanto la norma tiene por finalidad la protección del acreedor contra las disminuciones que experimente en sus garantías, es claro que en la *mens legis* se incluyan tanto uno como otro supuesto, por lo que la simple interpretación extensiva repristinará la fórmula legal a los exactos términos en que debe ser entendida y aplicada.

Obsérvese, por otra parte, que esto se armoniza perfectamente con los que antes se señalaba a propósito de la forma en que ha de manejarse el requisito, de la insuficiencia y, en cierta medida, constituye su desarrollo lógico. Se decía que para la aplicación del artículo 1894 del Código civil no hace falta que la insuficiencia sea absoluta sino que basta con que entre el valor de la cosa dada en garantía y el importe del crédito garantizado se haya roto la proporción o margen, que las partes quisieron e impusieron, por causa del deterioro sufrido por el bien hipotecado; mas si esto es así, ¿no es del todo natural que proceda idéntica solución cuando por una agravación de la insuficiencia se ha roto asimismo la proporción que originariamente existía entre el crédito y una garantía que no alcanzaba

a cubrirlo? Si al acreedor hipotecario se le concede acción cuando tan sólo ha tenido lugar la desaparición del margen de exceso a su favor existente, con mayor razón se le debe permitir actuar cuando el desequilibrio se presenta dentro de una situación de insuficiencia originaria, porque sin duda su condición en ésta es más grave y digna de tutela que en aquélla.

Consideramos, en definitiva, que por la circunstancia de que el mecanismo en estudio exija para su actuación que la garantía se haya hecho insuficiente, cuando en su origen era suficiente, no cabe derivar que si para el momento de su constitución ya era inadecuada el acreedor carezca de protección caso de que esta situación se agrave o acreciente, porque una cosa es que la insuficiencia no deba tomarse en consideración cuando la garantía ya lo era al tiempo de su establecimiento y otra, muy diferente y en forma alguna deducible del sentido y fin del precepto, que la posterior agravación de la misma sea intrascendente para el acreedor. A fin de cuenta, si el artículo 1894 encuentra su justificación última en la consideración de que el acreedor no habría contratado en base a una hipoteca como la que resulta tras la disminución de la primitiva, es evidente que lo mismo sucede cuando una hipoteca insuficiente en su origen aumenta la insuficiencia por deterioros posteriores a su constitución; tampoco aquí el contrato habría tenido lugar. El precepto en cuestión lo único que prohíbe es que en base a la insuficiencia existente para el momento de la conclusión del contrato hipotecario el acreedor pueda actuar, pero no excluye, ni podría excluir, la posibilidad de actuación en base a un debilitamiento futuro de la garantía que ya era inadecuada cuando fue constituída; sostener lo contrario debería implicar, para ser consecuentes con el hecho que de lo que es en sustancia igual se trata jurídicamente en forma diferente, que se adopta la postura de negar que sea posible crear una hipoteca que ya en el momento de su nacimiento resulte insuficiente para la seguridad del acreedor, y esto no es fácil que alguien se atreva a patrocinar.

Como señalábamos, la doctrina científica no se ha planteado este punto de la agravación de la insuficiencia, quizá por un respeto excesivo en la literalidad de la norma que en forma expresa tan sólo contempla la hipótesis de garantía bastante; únicamente en LAURENT se encuentra una referencia indirecta, que permite, no obstante, llegar a la misma conclusión

que más arriba se ha defendido. El gran clásico belga critica la célebre decisión de la Corte de Riom, por haber resuelto que "el acreedor podía exigir el reembolso por falta de suficiente seguridad en un caso en que esta insuficiencia existía desde el principio y que no había aumentado durante el contrato";¹⁰³ de lo que resulta que, en su opinión, el reembolso ordenado hubiera sido precedente no sólo cuando la insuficiencia no existiese en el comienzo de la vida hipotecaria, sino también cuando la insuficiencia inicial de la garantía se hubiese aumentado a lo largo de las vicisitudes del contrato de hipoteca.

La aplicación del artículo 1894 del Código civil requiere finalmente que la insuficiencia de la garantía hipotecaria haya tenido lugar antes del vencimiento del plazo a que estuviese sometida la obligación asegurada. El mecanismo de defensa en estudio permite al acreedor exigir el cumplimiento inmediato de la obligación caso de no obtener un adecuado suplemento de hipoteca, por lo que resulta evidente que su operabilidad sólo tiene sentido cuando el término aún no se ha vencido. Tras el vencimiento del plazo, el deudor no tiene más que un solo deber: ejecutar la prestación prometida, y, desde luego, no está facultado para evitar semejante consecuencia mediante el ofrecimiento de un complemento hipotecario o de nuevas garantías; él no puede constreñir al acreedor a que acepte la garantía complementaria que le ofrece para paliar la insuficiencia de la primitivamente otorgada. En el supuesto de vencimiento previo del plazo o de obligación no sometida a término el hecho de que exista garantía hipotecaria y la circunstancia de que ésta se haya debilitado son por completo intrascendentes e inocuos; tal situación no incide en nada sobre la inmediata e indetenible exigibilidad de la deuda tal como ocurre cuando no existe garantía alguna de la misma; por tanto, una vez exigible la deuda hipotecaria, si el deudor se niega a satisfacerla, el acreedor podrá perseguir el cumplimiento por todas las vías de Derecho y mediante la obtención de la oportuna sentencia condenatoria vendrá dotado al respecto de la garantía de una hipoteca judicial.¹⁰⁴

En vista a esto se observará que cuando el artículo 1894 del Código civil venezolano dispone que el acreedor, caso de no

¹⁰³ LAURENT, *op. cit.*, XXX, p. 509.

¹⁰⁴ BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 487, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 412.

obtener suplemento de hipoteca, tendrá derecho al pago de su acreencia, "aunque el plazo no esté vencido", queriendo aclarar los términos con esta última locución, incurre en un flagrante e imperdonable error e incluso, si el dispositivo legal fuera a entenderse de acuerdo a su tenor literal y lógica interna, conduce al absurdo.

En efecto, la admisión a la letra de la antedicha expresión daría lugar a las siguientes consecuencias: a) si el deudor puede diferir el pago ofreciendo al acreedor un suplemento de hipoteca, aunque el plazo no esté vencido, ello significa que de análoga facultad debería gozar el obligado cuando el vencimiento se haya producido ya y tenga lugar la insuficiencia de la garantía hipotecaria, lo que, a no dudar, constituye algo inaceptable; b) el acreedor, vencido el plazo, necesita, si la hipoteca se ha hecho insuficiente, reclamar un complemento de la misma para poder exigir al deudor el cumplimiento de la obligación garantizada, cosa por demás extravagante, y c) como natural colofón, la situación del acreedor a cuyo favor exista hipoteca es peor que la del acreedor sin garantía en lo que respecta a la exigibilidad de su crédito, circunstancia carente por completo de sentido, pues la existencia o no del gravamen hipotecario para nada incide en el cumplimiento de las obligaciones.

El aditamento en cuestión, que no aparece en los correspondientes artículos de los Códigos francés e italiano que sirvieron de modelo, introduce un elemento de confusión y anarquía en el mecanismo previsto en el artículo 1894 e incluso, como se acaba de ver, podría suponer la invalidación del mismo si se entendiera y llevara hasta sus últimas consecuencias, porque es inadmisibles que en base a él haya que aceptar que vencida una obligación pueda en alguna forma el deudor detener o diferir su cumplimiento. Por ello no es que, acaecida la insuficiencia de la hipoteca, pueda el acreedor exigir el pago, aunque el plazo no esté vencido, sino *siempre o cuando* el plazo no esté vencido, porque si está vencido es obvio que de manera alguna, si no se quiere trastocar principios básicos de la teoría general de las obligaciones, puede entrar a jugar el régimen establecido por el precepto en consideración. Mas como esto último es evidente y se impone por la fuerza misma de la realidad de las cosas, no hace falta decirlo; en consecuencia, la locución aludida, aun en este último sentido, es innecesaria, improcedente y reiterante.

Podría también considerarse que cuando se produce la insuficiencia de la garantía hipotecaria en la forma prevista por el artículo 1894 del Código, la ley, a objeto de tutelar al acreedor, dispone el vencimiento del término, pero aunque se aceptara esta interpretación continuaría siendo evidente que el debilitamiento de la hipoteca debe haberse producido antes de que la deuda garantizada se haya hecho exigible (ya que si el plazo se ha vencido en forma natural no hay necesidad de recurrir a un ficticio vencimiento *ex lege*) y que la expresión *aunque el plazo no esté vencido*, con que se cierra el referido precepto, es conflictiva e innecesaria, pues estaría en contradicción con el punto de partida mismo de esta forma de enfocar el mecanismo que se considera. La realidad es que cuando la ley permite reclamar el cumplimiento de una obligación con plazo pendiente debe considerarse necesariamente que la propia norma ha provocado la consumación del término (decadencia del término), porque si no nos encontraríamos con el absurdo de que un derecho de crédito es reclamable no obstante no ser exigible, y, en consecuencia, de acuerdo a estas consideraciones de lógica jurídica elemental, es palmario que la locución *aunque el plazo no esté vencido* supone una contradicción y es inútil (cuando una obligación a término se puede exigir es porque el plazo, natural o legalmente, se ha vencido). Ello nos patentiza, asimismo, por otro camino, que de manera necesaria la actuación del artículo 1894 precisa que la insuficiencia de la garantía acaezca antes del vencimiento natural de la obligación asegurada, pues es tal circunstancia la que anticipa el momento de la exigibilidad del crédito, mientras que este efecto carece de sentido cuando la acreencia es ya susceptible de realización por desaparición normal del plazo; aparte de que en esta última hipótesis el ejercicio del derecho del acreedor no cabe someterlo a ninguna condición (como sería el reclamo previo de un suplemento de hipoteca), pues la ley no le está concediendo beneficio ni favor de clase alguna.

Finalmente, el determinar y saber si la garantía hipotecaria se ha hecho insuficiente constituye una cuestión de puro hecho y, por tanto, caso de que no exista acuerdo al respecto entre las partes interesadas, deberá recurrirse a una experticia, a objeto de que los peritos procedan a evaluar el bien hipotecado, y el juez decidirá en consecuencia.

DEBER DE PAGAR CHEQUES EMITIDOS ANTES DE LA MUERTE SOBREVENIDA DEL EMITENTE *

por el Dr. *Oscar Ochoa*

Un tema de consulta, que por el abundante uso del cheque como instrumento de pago puede ser formulado con cierta frecuencia, es el referente a la obligatoriedad o no del pago en sí del cheque, por un instituto bancario o un comerciante, después de la muerte sobrevenida de su emitente. El tema de consulta al respecto podría formularse así: ¿Cuál sería la suerte de la presentación de un cheque al cobro, a un instituto bancario o a un comerciante, después de la muerte sobrevenida del librador o emitente del cheque?

Este tema de consulta debe ser formulado con toda precisión y exactitud a fin de eliminar posibles situaciones ajenas al tema de consulta que desorientarían la correcta y segura opinión solicitada. Tomando en cuenta esa exigencia, el tema de consulta expresado con toda exactitud, sería: ¿Debe ser, jurídicamente hablando a la luz del Derecho Privado venezolano vigente, pagado por un instituto de crédito o por un comerciante en su calidad de girados o librados, a su titular o poseedor legítimo a su presentación, un cheque nominativo o a la orden, ni antedatado ni postdatado, girado por el propio emitente y no por ningún mandatario suyo, dentro del plazo legal de presentación pero después de la muerte sobrevenida del librador o emitente? Al respecto convendría dejar establecido que en la consulta hecha en esos términos no se consideraría la causa de la emisión del cheque sino tan sólo el título-valor cheque en sí mismo considerado, librado a favor del titular o de cualquier beneficiario legítimo.

* Trabajo presentado en el curso de post-grado "Derecho Mercantil Superior, La Cuenta Corriente Bancaria" dictado por el Dr. José MUCI-ABRAHAM, hijo, en la Universidad Católica "Andrés Bello", año escolar 1969-1970.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CHEQUE

Puesto que se trata de la presentación al pago del cheque, que es un título-valor, la respuesta a la consulta formulada depende en primer lugar del concepto del cheque deducido dicho concepto del derecho positivo venezolano vigente, de sus caracteres y de su naturaleza jurídica.

A. CONCEPTO DE CHEQUE

La materia de cheque en el Derecho positivo venezolano, a pesar de haber sido incorporada en el Código de Comercio de 1919, o sea hace 50 años, es en realidad reciente en el sentido de que no ha tenido modificación alguna desde entonces, habiendo permanecido incólume, y sólo ha dado lugar a reducidos y escasísimos comentarios doctrinales. Así, aun cuando desde el punto de vista cronológico las disposiciones legales positivas venezolanas tienen una vigencia demi-secular, la materia del cheque en sí desde el punto de vista científico-legal, doctrinario y jurisprudencial es en cierto sentido novísima, aun cuando de abundante aplicación práctica.

Las legislaciones en torno al cheque¹ se pueden dividir en dos grandes grupos: a) las que mediante una norma interpretativa establecen una definición o concepto legal del cheque; y b) las que sin definirlo positivamente implican en sus normas un concepto de cheque, de manera que su definición puede ser inferida de ellas, particularmente de aquellas disposiciones que fijan los requisitos formales para su existencia conforme al derecho local. Dentro de este segundo grupo de legislaciones es que en la doctrina se encuentran múltiples definiciones², aun cuando desconocemos que exista alguna en la doctrina venezolana.

Legislaciones típicas que definen el cheque son, entre otras, la francesa, la española y la argentina. La Ley francesa, del 14 de enero de 1865, que inspiró la regulación del cheque en el

² DE PINA VERA, RAFAEL, "Teoría y Práctica del cheque"; México, 1960, p. 24.
El subrayado es nuestro.

Código de Comercio Italiano de 1882, el cual en este aspecto fue copiado por nuestro legislador de 1919, definió el cheque estableciendo "que es el documento que en la forma de un mandato de pago sirve al girador para retirar, en su beneficio o en beneficio de un tercero, todo o parte de los fondos *disponibles** del activo de su cuenta". El Código de Comercio español de 1885 en su artículo 534 establece que "el mandato de pago conocido con el nombre de cheque es un documento que permite al librador retirar en su provecho, o en el de un tercero, *todos o parte** de los fondos que tiene depositados en poder del librado". El Código de Comercio argentino en su artículo 798 establece que "el cheque es una orden de pago, dada sobre un banco, en el cual tiene el librador fondos depositados *a su orden** cuenta corriente con saldo a su favor o crédito en descubierto".

El Código de Comercio italiano de 1882 reprodujo casi enteramente la disposición francesa de 1865 agregando tan sólo que el librado o girado podía ser un instituto de crédito en general o un comerciante, y *no tan sólo un banco*. Nuestro Código de Comercio, desde 1919 cuando se incorporó la regulación del cheque copiándola de la legislación italiana de 1882, no define el cheque. Definir es indicar la esencia específica de una cosa en forma completa, enunciando todas las características de lo definido, no sólo para distinguirlo de otras especificándolo, sino también para hacer resaltar su diferencia interna. Por ello, definir el cheque mediante una norma de derecho positivo de tipo interpretativo-legal, es fijar legalmente su estructura esencial de la que se extrae la regulación de su utilidad y función y las consecuencias jurídicas que de él derivan.

La legislación venezolana, enuncia el uso del cheque, establece sus presupuestos, y enuncia sus elementos formales *ad solemnitatem**. Su definición resulta indirectamente del artículo 489 del Código de Comercio. A título de ensayo de definición podría deducirse del citado artículo, a los solos efectos de este trabajo, y sin ánimo de innovación, que el cheque es un título-valor mediante el cual una persona, llamada librador o emitente, en ejercicio de una facultad convenida con el librado, le dirige una orden escrita, subordinada a formas determinadas, mediante la cual, en virtud de tener un derecho de crédito sobre sumas

¹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J. "Derecho Bancario", 2ª Ed., México 1964, pág. 100.

* Las itálicas son nuestras.

de dinero disponibles en el instituto de crédito o comerciante, debe pagar todo o parte de ellas a sí mismo o a un tercero poseedor del título-valor.³

B. UTILIDAD Y FUNCION DEL CHEQUE

Derivadas del concepto jurídico del cheque, y no tan solo de su extendida práctica, usualmente mercantil, se pueden captar su utilidad y función. Primordialmente el cheque es el instrumento al servicio de las cuentas corrientes bancarias. A través de las cuentas corrientes bancarias el cheque, originado en la cláusula accesoria de cheque, sirve a los cuenta correntistas, que conservan sus fondos disponibles en los bancos, para efectuar gran cantidad de pagos sin desplazamiento y uso material de numerario y para usar de capitales para fines comerciales.

Por ello el cheque es el instrumento de la centralización del servicio de caja que prestan las instituciones bancarias. En tal virtud, el cheque es un instrumento de liquidación de cuentas o de pago en el sentido de pago en papel en lugar de pago de numerario, puesto que el cheque, económicamente hablando, es una verdadera moneda que puede ser convertida inmediatamente en especie.

C. NATURALEZA DEL CHEQUE

1. En primer lugar, el cheque, no es, por su naturaleza, pura y exclusivamente, mercantil. En sí mismo considerado, el título-valor cheque no es un acto objetivo de comercio. El artículo 6 del Código de Comercio establece que el cheque no es acto de comercio "por parte de las personas no comerciantes, a menos que proceda de causa mercantil". Debido a esta determinación legal, el cheque es uno de los actos de comercio en sentido relativo en que la comercialidad, como dice GOLDSCHMIDT, deriva

³ Definiciones doctrinarias italianas, mexicanas, argentinas, francesas, españolas, pueden consultarse en la Nota 10, al pie de la página 24, del Capítulo I de de la obra de RAFAEL DE PINA VERA, "Teoría y Práctica del cheque", México 1960.

"de la relación principal a que el acto se vincula".⁴ Contrariamente a todo lo concerniente a la letra de cambio, que según lo establecido en el Ordinal 13 del Artículo 2º del Código de Comercio es acto de comercio, la emisión de un cheque tan sólo por su naturaleza misma no constituye un acto de comercio.

De esta manera, la institución del cheque está, en principio, regulada según los principios ordinarios del derecho común. El cheque será considerado como un acto de comercio o civil, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 6 del Código de Comercio, según la cualidad de las partes o la causa en virtud de la cual haya sido emitido. La comercialidad del cheque está efectivamente fundada en primer lugar sobre la cualidad que confiere a los actos jurídicos una presunción de comercialidad según lo establecido en el Artículo 3º del Código de Comercio; y, en segundo lugar, sobre la causa mercantil que explique su emisión. Así, el cheque no es por sí mismo un acto de comercio; no lo es sino respecto de las partes intervinientes en él para las cuales tiene una causa mercantil o reputado acto de comercio en virtud de la cualidad de comerciantes de sus partes. El cheque emitido por un no comerciante se reputa civil si su causa no es mercantil. En cambio, si un cheque es emitido por comerciantes es por ello solo reputado acto de comercio.

Sin embargo, el cheque puede ser acto de comercio para una parte y acto civil para otra parte. Si quien no es comerciante emite un cheque contra un banco hace un acto civil, mientras que respecto del Banco, contra quien se emitió el mismo, por estar comprometido en razón de su actividad regular, debe ser considerado como un acto de comercio. En efecto, según el Ordinal 14 del Artículo 2 del Código de Comercio, "las operaciones de Banco son actos objetivos de comercio".

Esta regulación legal del cheque es expresión de la intención de la voluntad del legislador. El legislador considera que la función del cheque en realidad es usualmente extinguir obligaciones contractuales por quienes no son comerciantes. Por esta razón, no ha considerado acorde con la realidad hacer del cheque en sí mismo un acto de comercio. De allí que según el texto del Artículo 6º del Código de Comercio, el cheque "no es

⁴ ROBERTO GOLDSCHMIDT, "Actos de Comercio" en Estudios de Derecho Comparado; Universidad Central de Venezuela, Publ. de la Fac. de Derecho, Vol. XXII, Caracas, 1958, págs. 452 y 456.

acto de comercio por parte de las personas no comerciantes, a menos que proceda de causa mercantil". Tal disposición va en favor del cheque, en favor de su divulgación y uso extensivo debido a sus causas habituales a fin de favorecer las personas no comerciantes que desean servirse de dicho título-valor como modalidad de pago.

De esta función del cheque reconocida implícitamente por el legislador en el Artículo 6º del Código de Comercio, se puede dislumbrar, como concluiremos al final, que el cheque como orden de pago que es según la antedicha definición, debe ser pagado por el Banco si entre la fecha de su emisión y la fecha límite de su presentación sobreviene el fallecimiento del librador dejándolo éste en circulación con destino a cancelar obligaciones contractuales.

Desde otro punto de vista podría llegarse a la misma conclusión de la no comercialidad del título-valor cheque.

El cheque, como veremos luego, no tiene un origen autónomo e independiente. El cheque es un "accesorio jurídico" y, por aplicación del principio general de Derecho de que lo accesorio sigue lo principal, si la relación jurídica de que proviene el cheque es civil o mercantil así será el cheque. Como dice DE PINO⁴ "es la relación jurídica comercial la que comercializa al cheque". Según DE PINO⁵ "la comercialidad de la relación recae sobre el cheque y no la inversa. Cualesquiera sean los sujetos que los ejecuten y las circunstancias que medien en su realización".

2. Hemos mencionado con anterioridad que el cheque es un instrumento empleado con el propósito de extinguir obligaciones contractuales mediante pago. Debido a ese objetivo es que para efectuar pagos se usan los cheques en lugar de las letras de cambio puesto que los cheques, como dijimos antes, sirven para evitar el traslado de numerario. El cheque faculta a quien lo emite (girador) a cobrar una suma de dinero disponible a su favor en un instituto de crédito o en un comerciante.

De la definición que esbozamos y de su mencionada función resulta que el cheque es un título-valor de contenido crediticio

⁵ Op. cit. p. 33.

de dinero⁶, con caracteres propios que lo diferencian, esencialmente, entre otros, de la letra de cambio. En este trabajo sólo vamos a aludir muy someramente a aquellos caracteres del cheque propios o comunes con los caracteres de la letra de cambio, los cuales son los que nos interesan destacar para fundamentar la opinión de nuestra respuesta a la consulta formulada.

a) El cheque es un documento o título formal "en el sentido de que deriva su existencia de la forma."⁷ El cheque como título-valor de contenido crediticio que es, es necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en él mismo como dice VIVANTE al definir los títulos de créditos (ibid N° 953) y repite textualmente en la Sección 103 referente a los requisitos formales del cheque (ibid N° 1392). Por esta razón, el derecho contenido en el cheque como título-valor que es no puede ser ejercido sin su posesión.

En cuanto a su forma, entonces, el cheque es un documento escrito con rigurosos requisitos formales exigidos por la Ley para su emisión y existencia. La exigencia de tal rigorismo se basa en la necesidad de certeza del derecho en él creado, y la exigencia de su plena identificación a fin de evitar dudas en cuanto a la oportunidad de su aparición, su esencia y modalidad.

Entonces, en virtud de su calidad formal, la ausencia o falsedad de alguno de sus requisitos de forma exigidos por la Ley conlleva su inexistencia o nulidad. La coexistencia de todos sus requisitos, reales y auténticos, es necesaria para ejercer el derecho que consiste en retirar una cantidad de dinero disponible en poder de un instituto de crédito o de un comerciante.

El artículo 490 del Código de Comercio establece los requisitos necesarios para la existencia del cheque, a saber: a) la cantidad que debe pagarse; b) la fecha; y c) la firma del emittente. De estos requisitos esenciales, a los efectos de la consulta formulada nos interesa considerar: 1°) la fecha y 2°) la firma del librador. Sin embargo, nos interesará además destacar en

⁶ MUÑOZ, LUIS, "Títulos Valores Crediticios", Buenos Aires, 1956, pág. 342.

⁷ C. VIVANTE, "Tratado de Derecho Mercantil, 1ª Edición, Madrid, 1936, t. 3, N° 1392, pág. 506.

qué consiste la naturaleza de la obligación cartular que surge del cheque.

Sobre este último aspecto conviene destacar que la declaración cartular del cheque es la que va a especificar la naturaleza del cheque, a saber, la relación jurídica o negocio jurídico bilateral entre el librador y el librado originado por el contrato de cheque.

De tal carácter se desprende, además, que el cheque es un documento constitutivo ya que constituye un derecho del propio de la relación causal que motivó su aparición. El cheque como título valor es "*constitutivo de una declaración cartular autónoma* de la relación fundamental", el cual se rige por su propio contenido, sin ingerencia de la relación causal. Por ello el cheque debe ser analizado en cuanto documento constitutivo de un derecho cartular autónomo, el cual surge y existe independiente de la relación causal. Pero además, el cheque es también un documento dispositivo en el sentido de que en el cheque hay una declaración de voluntad —orden de pagar— que da lugar a su necesidad para ejercer el derecho en él creado y transmitido.

Por ello es que MUÑOZ⁸ dice: "...el título-valor, documento formal constitutivo, dispositivo y apto para circular, da origen a un derecho autónomo y distinto del que deriva de la relación fundamental, en virtud de una declaración de voluntad, ya que ésta puede ser fuente de ese derecho".

Por tal razón es que, siguiendo a ASCARELLI⁹ al analizar la naturaleza del cheque y desentrañar la esencia de la declaración cartular o negocio jurídico en que consiste, es necesario distinguir entre derecho cartular y derecho derivado de la relación fundamental, que es de tipo causal. Por ello, como lo reconoce GARRIGUES, será necesario analizar el cheque en sí mismo independientemente de las relaciones jurídicas extra-cheque que lo hacen surgir a fin de evitar el confusionismo en el que han incurrido múltiples teorías acerca de su naturaleza. El cheque, como título-valor que es, incorpora un derecho —entregar una suma disponible depositada en un Instituto de Crédito

⁸ Op. cit. p. 49.

⁹ "Teoría General de los Títulos de Crédito", Edit. Jus, México, 1947".

o en un comerciante— que está regido por las normas que lo regulan como tal, y no por normas ajenas a él. El cheque, como título-valor autónomo que es, es indispensable para ejercer y transmitir el derecho creado en él.

En conclusión, como afirma DE PINO¹⁰ “el cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía propios de los títulos de crédito”.

b) Por lo que respecta a nuestra consulta, conviene destacar dentro de los elementos formales del cheque un elemento esencial sobre el cual va a estar fundada, entre otras razones, nuestra solución: su fecha de emisión.

El artículo 490 del Código de Comercio establece que el cheque ha de “ser fechado”, o sea, debe llevar la fecha del día cuando fue emitido. La fecha de emisión en el cheque tiene gran importancia, puesto que es ésta una formalidad esencial a la emisión del cheque.

En materia de cheque, la fecha tiene además importancia desde el punto de vista de saber si el librador existía para la fecha de la emisión, o cuál era su capacidad natural o legal para ese momento, y para conocer cualesquiera otras circunstancias en el momento cuando la convención se ejecuta.

El cheque sin fecha no sería cheque. La falta de fecha o la falsedad de la misma, quitaría al cheque todo su valor. El titular de un cheque sin fecha o con fecha falsa no tiene derecho de propiedad sobre el mismo ni está facultado a exigir la entrega de la cantidad de dinero disponible en él indicada.

Todo efecto de comercio debe, según lo establecido en el Artículo 127 del Código de Comercio, en razón de su carácter formal y de su rápida circulación, llevar en sí mismo la fecha de su emisión. El cheque hace fe de su fecha por sí mismo, sin ser asimilable por ello a los documentos públicos. El cheque, contrariamente al principio establecido en el artículo 1396 del Código Civil, hace fe de su fecha por sí mismo a pesar de que dicho artículo establece que los instrumentos privados no producen tal efecto sino desde el día cuando adquieren fecha cierta. En contra de lo establecido en dicho artículo del Código Civil, el cheque hace plena fe de su fecha, incluso frente a terceros.

¹⁰ Op. cit. pág. 49.

El cheque es un título-valor completo. La fecha que aparezca de otro documento separado, aun cuando sea documento público no tiene valor alguno ya que la fecha es la que figura en él como elemento formal *ad-solemnitatem* que es de este tipo de título-valor.

Por lo demás, la fecha del cheque tiene relevancia respecto de la duración de éste.

A diferencia de la letra de cambio, el cheque tiene una duración limitada, puesto que según el artículo 492 del Código de Comercio el cheque debe ser presentado al librado dentro de los 8 ó 15 días siguientes a la fecha de la emisión, según que sea pagadero en el mismo lugar en que fue girado o en un lugar distinto. Por tal razón, la fecha en el cheque es esencial para su existencia puesto que sin ella no podría cumplir la función a que está destinado de acuerdo con la Ley.

Tal situación es la prevista en el artículo 493 del Código de Comercio. Dicha disposición establece que el poseedor de un cheque pierde su acción contra el librador si después del plazo de su presentación la cantidad del cheque ha dejado de ser disponible por hecho del librador. Como dice VIVANTE¹¹ "la brevedad del término se funda también en razones inherentes a la naturaleza y a la función del cheque, el cual se destina a las liquidaciones y a los pagos, y, por consiguiente, conviene que cumpla éste su función con prontitud para liberar al librador y a los endosantes de su responsabilidad. La brevedad del término contribuye también a devolver al librador la disponibilidad de la suma que le adeuda el librado...".

c) Otro elemento esencial del cheque, necesario destacar a los efectos de nuestra consulta, es que el cheque debe estar suscrito por el librador. En este caso, hacemos referencia a la firma del librador en su propio nombre y no por medio de representante.

La firma del librador es esencial a fin de determinar las partes contratantes, a saber quiénes mediante el contrato de cheque convinieron originariamente en la emisión de cheques.

d) Orden de pagar. Mediante el cheque, el librador imparte una orden incondicional a un Banco de pagar a la vista al posee-

¹¹ Op. cit., T. III, N° 1401.

dor del mismo una determinada cantidad de dinero indicada en él que tiene disponible en poder del librado.

Esta orden de pago impartida a un banco es llamada "MANDATO", pero en realidad la palabra mandato empleada en este caso no tiene un sentido riguroso. Convendría mejor hablar de mandamiento.

En primer lugar, del hecho de que el cheque es un mandato, no se sigue que todo mandato de pago sea un cheque.

La doctrina moderna trata de considerar más claramente al cheque como una orden de entrega de numerario, para evitar las confusiones con el mandato. El cheque conlleva una instrucción o norma de conducta, que debe ser obedecida, ejecutada y cumplida como un mandamiento expedido por el librador. En virtud de la orden de pago que implica el cheque, debido al contrato de cheque, surge una obligación de dar por parte del girado, que debe ser ejecutada y cumplida.

II. RELACION JURIDICA CARTULAR DEL CHEQUE

Establecidos así el concepto de cheque, su forma y elementos esenciales puede ahondarse en la naturaleza y especie de relación cartular que constituye su esencia.

A.—En primer lugar, es necesario establecer cuáles son las relaciones jurídicas derivadas de la emisión de un cheque entre el librador y el librado, independientemente de la causa de su emisión.

Es necesario para ello enfocar esas relaciones a través de la aparición del cheque como título-valor de contenido crediticio, constitutivo y dispositivo, literal y autónomo.

La emisión de un cheque, por su naturaleza de título-valor a la vista, hace aparecer un conjunto de relaciones jurídicas entre las diversas personas involucradas en ella. De esas relaciones, la primera es la que liga al librador con el librado la cual constituye la esencia del cheque y exige sus requisitos formales. La segunda es la que liga al librador con el tomador, que es de naturaleza extracambiaria consistente en una relación causal que da razón de la entrega del cheque para liquidar una situa-

ción de crédito a favor del tomador y contra el librado. Una vez creado el cheque y entregado al tomador puede surgir la relación entre endosantes y endosatarios, la cual no contemplaremos aquí. Nos referimos tan sólo a los dos tipos de relaciones surgidas por la creación y entrega del cheque.

Es necesario tener en claro la distinción o diferencia entre esos dos principales tipos de relación al objeto de ofrecer una respuesta exacta a la consulta formulada. La primera relacionada, entre librador y librado, no constituye una relación espontánea, imprevista, que surge de *in promptu*, sino que es el cumplimiento de un acuerdo de voluntades previo, relacionado en el presente caso de consulta, con un contrato de cuenta corriente bancaria, de provisión de fondos al descubierto. La segunda clase de relación la constituye una relación causal en un número infinito de formas para cuya liquidación se entrega el cheque. Así, la relación entre librador y librado es la relación constitutiva del cheque y que da razón de su naturaleza; en cambio, la relación entre librador y tomador es una relación extracambiaría, ajena al cheque en sí, de manera que el análisis del cheque a través del prisma de este segundo tipo de relación es incorrecto, puesto que deja sin captar la naturaleza esencial del cheque. En tal virtud, es necesario destacar la imperiosa necesidad de analizar la relación jurídica entre librador y librado independientemente de la relación causal entre librador y tomador.

B.—Antes que todo, es conveniente adelantar, como se demostrará más adelante, que el cheque surge de un contrato característico, cual es, en el caso de la consulta, el de cuenta corriente bancaria, y no de la cuenta corriente recíproca. No surge de este último ya que en la cuenta corriente recíproca la liquidez y exigibilidad del crédito de las cuentas correntistas se da al final del contrato cuando surge un saldo último puesto que es característica de la cuenta corriente recíproca la falta de exigibilidad de los créditos aislados. La exigibilidad aparece cuando los créditos aislados se refunden en un saldo final cuyos caracteres son: a) la unicidad, b) la liquidez y c) la exigibilidad.

El cheque no aparece por el hecho de que un crédito o unos fondos sean exigibles y susceptibles de ser reclamados inmediatamente. La emisión de cheques presupone la provisión de fondos, pero es necesario que la provisión goce de una propiedad fundamental y es que sea "*disponible*". Establece el artículo 489

del Código de Comercio que "la persona que tiene cantidades de dinero DISPONIBLE... tiene derecho a disponer de ellas... por medio de cheques". Como dicen SUPINO Y DE SEMO¹² "La existencia de una suma disponible a favor del librador, en poder del girado, configura jurídicamente el cheque que debe apoyarse normalmente de esta relación que le da origen y al mismo tiempo justifica su función económica".

¿Qué se entiende por DISPONIBILIDAD en este caso, y de dónde suje esta propiedad fundamental de las provisiones de fondo que hace posible la emisión válida de cheques?

La disponibilidad presupone como base económica una provisión de fondos líquida y exigible. El origen de la provisión de fondos puede ser un depósito efectuado por el cliente en el Banco o la apertura de crédito del Banco a favor de su cliente. Sin embargo, la existencia de fondo líquido y exigible no permite por sí sola la emisión de cheques. La existencia de fondos sólo confiere derecho a su titular, o lo faculta nada más, a exigir su devolución en la forma ordinaria de una sola vez y no fragmentaria, no mediante cheques, ya que el deudor de ellos no tiene la obligación de efectuar pagos parciales.

La emisión de cheques presupone una propiedad lógico-jurídica adicional en los fondos, provenientes de un pacto expreso o tácito, que es la de la DISPONIBILIDAD. Como apunta GARRIGUES, "la disponibilidad es la condición mercantil del cheque".

Ese pacto expreso o tácito es un contrato *sui generis* mediante el cual una persona —en este caso un Instituto Bancario— contrae la obligación de prestar a otra el servicio de caja, pagando los cheques que ésta emita en su contra y a favor de sí misma o de un tercero. Dicho más brevemente, ese pacto *sui generis* es aquel mediante el cual se autoriza o faculta al titular de los fondos líquidos y exigibles a emitir cheques, y es por ello que es conocido como el "CONTRATO DE CHEQUES", que confiere el carácter de "DISPONIBILIDAD" a los fondos.

El cheque tiene por objeto retirar fondos que una persona tiene a su disposición en manos del librado. El cheque presu-

¹² DAVID SUPINO Y JORGE DE SEMO, "Del cheque" en "Derecho Comercial", BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE, Tomo 9, Buenos Aires, 1956, pág. 234.

pone el tener derecho a la restitución de unos fondos en los cuales presupone la disponibilidad. Como dice GARRIGUES¹³, tener fondos disponibles presupone la obligación del librado de pagar los cheques que le gire el librador, y esta obligación es el contenido esencial del contrato de cheque". Por tal razón, el contrato de cheque es el presupuesto lógico-jurídico de la emisión válida de un cheque. En tal virtud, el análisis de ese contrato y de las relaciones entre sus partes, librador y librado, aclara la esencia y función del cheque.

C.—El contenido u objeto de ese contrato es que el librado contrae frente al librador la obligación de pagar los cheques que éste emita. Así, este pacto de disponibilidad o contrato de cheque es aquel mediante el cual el librador contrae la facultad de retirar por medio de cheques los fondos a los que se le atribuye la propiedad de disponibilidad, de manera que el librado asume la obligación tan solo frente al emitente de pagarlos a la vista a su presentación, sea por el mismo librador o por un tercero. Todo pago de un cheque es el cumplimiento de un convenio entre librador y librado, y que la legislación francesa de 1865 denominó como "convention préalable" o sea convención previa.

El pacto de disponibilidad, contrato o convención de cheque, es un acuerdo de voluntades específico que si bien por abstracción puede ser considerado en sí mismo, regularmente forma parte de un contrato principal más amplio con el carácter de complemento accesorio. En el caso que nos ocupa, la convención expresa o tácita de la disponibilidad es accesorio al contrato de cuenta corriente bancaria.

La causa en el contrato de cuenta corriente bancaria es las entregas de numerarios que ha de efectuar el Banco. Por ello el objeto propio de dicho contrato es el servicio de caja en favor del cuenta correntista¹⁴. Mediante la cuenta corriente bancaria el Banco se obliga a prestar el servicio de caja efectuando operaciones por cuenta o encargo del cliente en base a un depósito efectuado por él o a la apertura de un crédito que le ha hecho el Banco. Sin la existencia de provisión de fondos originada en alguna de esas formas no puede, como mencionamos

¹³ JOAQUÍN GARRIGUES "Tratado de Derecho Mercantil", T. II, Madrid, 6955, pág. 642.

anteriormente, tener lugar el pacto de disponibilidad o contrato accesorio de cheque. En efecto, como antes se indicó, la obligación de efectuar pagos supone la existencia de provisión de fondos.

Ahora bien, ¿Cómo se efectúa esa intromisión del banco a fin de efectuar por cuenta y riesgo del cliente los pagos que los cheques le facultan hacer? Las relaciones entre el Banco y su cliente tiene lugar dentro de la estructura del pacto de la disponibilidad o contrato de cheque, pero ¿en virtud de qué estructura jurídica el Banco queda facultado a efectuar los pagos que los cheques le facultan efectuar?

El Banco procede a efectuar pagos a cargo de la provisión de fondos de que es titular el cliente mediante ORDENES que el Banco recibe de su cliente, las cuales órdenes están incorporadas en los cheques como su elemento esencial. Como apunta GARRIGUES¹⁵ ORDEN es "la declaración de voluntad dirigida por el cliente al Banco, haciendo uso del servicio de caja al cual se ha obligado el Banco en el contrato de cuenta corriente".

En el contrato de cuenta corriente bancaria, el Banco es deudor de pagar fragmentariamente el crédito que el cliente tiene contra él, pero sólo cuando reciba instrucciones mediante los títulos-valor de contenido crediticio llamados cheques que reciba en ejecución o en cumplimiento de la obligación contraída en el convenio de cheque. Mediante este contrato el Banco contrae la obligación de acatar, obedecer, y cumplir la obligación de pagar los cheques que su cliente-librador le dirija. El cheque es un documento que expresa una orden o instrucción de entrega de dinero proveniente del emitente con el objeto de que las cantidades disponibles sean retiradas en beneficio del presentante, sea éste el librador mismo o un tercero beneficiario. El Banco no contrae ninguna obligación frente al poseedor del cheque; el pago se efectúa en cumplimiento o ejecución de una obligación contraída mediante el contrato de cheque. Así, la obligación de entrega de dinero la contrae el Banco tan solo frente al librador, en cuyo interés es que se ha obligado a acatar las órdenes contenidas en cheques, y realizar los servicios de caja.

¹⁴ JOSÉ MUCI-ABRAHAM H., "Cuenta Corriente Bancaria" (Exégesis y Dogmática). Caracas, 1970, p. 48.

¹⁵ JOAQUÍN GARRIGUES, "Contratos Bancarios", Madrid, 1958, p. 163.

Estos rasgos ponen de relieve que cuando el Banco acata la orden contenida en los cheques, y procede a la entrega, el Banco dispone de su propio dinero y el librador del cheque dispone de dinero ajeno puesto que lo único que tiene contra el Banco es un derecho de crédito. Por ello resulta que el cheque no implica un mandato, sino que es en sí una orden, instrucción o mandamiento de entrega de dinero.

En la cuenta corriente a provisión de fondos el depositante transfiere la propiedad del dinero al Banco, quien puede servirse del dinero del cliente, y el Banco contrae la obligación de restituir igual cantidad a la vista. Mediante el contrato de cuenta corriente bancaria se permiten múltiples entregas de dinero y el retiro variable de las mismas. Por ello, en el momento del depósito el Banco se convierte en dueño y señor de la suma recibida con facultad de disponer de ella con carácter de propietario, pero asumiendo la obligación de reintegrar la misma cantidad a su primer requerimiento. Por ello, mediante el depósito el depositante adquiere un derecho de exigir la devolución de la misma cantidad, mediante la entrega a sí mismo o a un tercero.

Basado en esas relaciones jurídico-económicas entre librador y librado es que se puede establecer que en el cheque no hay mandato o poder con representación, sino orden o instrucción de cumplir con una obligación de dar consistente en entregar una suma de dinero a sí mismo o a un tercero.

"Orden" es una instrucción o mandamiento que se deben obedecer, observar y ejecutar. El librador o emitente tiene un derecho de crédito contra el Banco y mediante el cheque exige la prestación de lo debido mediante la entrega en propiedad de una cantidad determinada de dinero. Por ello, dice RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹⁶ "El cheque queda así reducido, en cuanto a la relación entre el librador y librado, a una exigencia para el cumplimiento de una obligación, cuyo contenido específico es el de dar una determinada cantidad de dinero; es, así, una orden de pagar en cumplimiento de una obligación y ello, lo mismo si se trata de cheques girados a la orden de un tercero, o al portador que dé cheques girados a la orden del propio girador", Por ello, cuando el librado entrega una determinada cantidad de dinero lo

¹⁶ JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, "Derecho Bancario", Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, p. 109.

hace en cumplimiento de la obligación contraída mediante el convenio de cheque de acatar y obedecer el mandamiento o imperativo que le ha sido dirigido por el librador en el sentido de entregarle al portador del cheque una cantidad de dinero.

El cheque no es entonces un mandato. La primera razón es que cuando un cheque es pagado el Banco no está actuando en nombre del librador sino que está cumpliendo con la obligación de restitución que contrajo mediante el convenio de cheque para prestar el servicio de caja. A su vez, ya que el cheque puede ser emitido a favor del mismo librador, no puede concebirse que constituya un mandato para pagar a sí mismo.

En conclusión, como dice RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹⁷, "el cheque queda así reducido, en cuanto a la relación entre librador y librado, a una exigencia para el cumplimiento de una obligación cuyo contenido específico es el de dar una cantidad de dinero; es así una obligación de pagar en cumplimiento de una obligación".

III. CONCLUSION

Llegados a este estado, fácil es deducir la conclusión referente a la obligatoriedad de un Banco de pagar un cheque librado por una persona cuya muerte le haya sobrevenido antes del vencimiento del plazo legal de presentación al cobro del mismo. En efecto, el cheque en su carácter de título-valor de contenido crediticio, constitutivo, dispositivo, literal y autónomo, adquiere vida autónoma, independiente y propia con fecha cierta en el momento de su emisión. Su origen está en un acuerdo de voluntades que trae consigo la disponibilidad de las cantidades de dinero en dominio y posesión del Banco y constituye una orden, instrucción o mandamiento impartido cartularmente al Banco de entregar una cantidad de dinero a su poseedor. Esta entrega *debe* ser efectuada por el Banco en virtud del compromiso asumido contractualmente de acatar u obedecer las instrucciones que se reciban mediante cheques. Por ello, si un cheque librado a favor de un tercero beneficiario es presentado a su cobro a

¹⁷ Ibid. pág. 109.

un Banco con posterioridad a la muerte del librador, pero antes del vencimiento del plazo para su presentación, debe ser pagado por el Banco-librado.

B I B L I O G R A F I A

- 1) ACEVEDO AMAYA, Valmore, "*Los Depósitos Bancarios*", Tesis de Grado publicada por la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Volumen III, Caracas, 1955.
- 2) ASCARELLI, Tulio, "*Teoría General de los Títulos de Crédito*", Editorial Jus, México, 1947.
- 3) BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, "*Operaciones Bancarias*", Editorial Porrúa, 1967.
- 4) DE PINA VARA, Rafael, "*Teoría y Práctica del Cheque*", Editorial Labor Mexicana, México, 1960.
- 5) GARRIGUEZ, Joaquín, "*Tratado de Derecho Mercantil*", Tomo II, Títulos Valores, Madrid, 1955.
- 6) GARRIGUEZ, Joaquín, "*Contratos Bancarios*", Madrid, 1958.
- 7) GOLDSCHMIDT, Roberto, "*Curso de Derecho Mercantil*", Public. de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.
- 8) GOLDSCHMIDT, Roberto, "*Actos de Comercio*", en "*Estudios de Derecho Comparado*", Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Volumen XXII, Caracas, 1958.
- 9) GOLDSCHMIDT, Roberto, "*Algunos Aspectos de la Legislación Venezolana sobre el Cheque*"; Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

- 10) GONZÁLEZ A., Jesús Enrique, "*El cheque*" (Conceptos Generales), Editorial Bolívar, Caracas, 1938.
- 11) GONZÁLEZ URBANEJA, Simón, "*La Protección Penal del cheque en el Código de Comercio de 1955*", Tesis de Grado publicada por la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Colección Estudios Jurídicos, Volumen XIX, Caracas, 1957.
- 12) GUZMÁN H., Pedro, "*El cheque*" en "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal", Año IV, Noviembre-Diciembre, 1940, Nº 21, págs. 19 a 61.
- 13) HERNÁNDEZ A., Octavio, "*Derecho Mexicano Bancario*", México, 1956.
- 14) HUNG VAILLANT, Francisco, "*El cheque en el Proyecto de Ley de Títulos Valores y Operaciones Bancarias*", Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.
- 15) LYON-CAEN Ch. y L. RENAULT, "*Traité de Droit Commercial*", Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, París, 1926.
- 16) MORALES, Carlos, "*Sobre cheque*", en "Revista de Derecho y Legislación", Tomo XI, Nos. 129-130.
- 17) MORALES, Carlos, "*Naturaleza Jurídica del cheque y en especial en la Ley Venezolana en 'Estudios Jurídicos'*", Págs. 55 a 61, Tip. Americana, Caracas, 1943.
- 18) MUCI-ABRAHAM, h., José, "*Cuenta corriente bancaria*", Caracas, 1970.
- 19) MUÑOZ, Luis, "*Títulos Valores Crediticios*", Tipografía Editorial Argentina (TEA), Buenos Aires, 1956.
- 20) PALLARÉS, Eduardo, "*Títulos de Crédito en General, Letra de Cambio, Cheque y Pagaré*", México, 1952.
- 21) RIVAROLA, Mario A., "*Tratado de Derecho Comercial Argentino*", Tomo IV, Buenos Aires, 1940.

- 22) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, "Derecho bancario", Editorial Porrúa, México, 1964.
- 23) SUPINO, David y Jorge DE SEMO, "Del cheque" en "Derecho Comercial", Bolaffio, Rocco, Vivante, Tomo 9, Buenos Aires, 1950.
- 24) VIVANTE, César, "Tratado de Derecho Mercantil", Editorial Reus, Madrid, 1932.

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE RESTRICCIONES A LA TRASMISIBILIDAD DE PARTICIPACIONES Y ACCIONES SOCIALES

Por el
Dr. Frank Gabaldón

— I —

Son frecuentes en nuestro medio las cláusulas estatutarias de las sociedades en que se establecen restricciones a la libre enajenación de las acciones o participaciones de un socio; por otra parte existen normas legales que en forma expresa o implícita restringen en ciertas especies de sociedades, la libre enajenación de las participaciones sociales. Esto plantea la necesidad de investigar la validez de dichas cláusulas convencionales, los efectos de las mismas y de las expresadas disposiciones legales, particularmente en casos de transgresión. Por nuestra parte nos limitaremos en este esbozo a tratar de examinar aún cuando parcialmente la situación en las sociedades en nombre colectivo y en las sociedades anónimas. En cuanto a la validez en nuestro derecho positivo de las cláusulas en cuestión la doctrina nacional que se ha ocupado del asunto la admite siempre y cuando no impliquen una prohibición absoluta de enajenar o una limitación de tal naturaleza que prácticamente conduzca a una anulación para el socio del derecho a disponer de la acción o participación social¹. Cabe observar, que en gran cantidad de países de Europa se admite por expresas disposiciones legales la validez de tales restricciones estatutarias y en otros donde no existe norma al respecto, la doctrina y la jurisprudencia las han acep-

¹ ARISMENDI, JOSÉ LORETO Y ARISMENDI, JOSÉ LORETO (h). Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles. 3ª Edición. Ediciones Ariel, Caracas, Barcelona, N° 460.
GOLDSCHMIDT, ROBERTO. "La Reforma Parcial del Código de Comercio de 1955". Colección Jurídica Venezolana. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Caracas, 1957, págs. 107 y 109.

tado². En cuanto a nuestro derecho y en lo que respecta a aquellas sociedades y asociaciones en relación con las cuales el legislador ha guardado silencio sobre el punto creemos que tales cláusulas restrictivas son admisibles en virtud del principio de la autonomía de la voluntad ya que nada se opone a que los interesados creen un ente social en relación con el cual rija el principio del "intuitus personae", en el sentido de que tenga preminencia las personas de los socios que la integran o la integrarán en el futuro. Es un interés respetable y en principio jurídicamente tutelable el que la sociedad esté formada por personas que por sus actitudes o cualidades personales, profesión, etc., garanticen la estabilidad, desarrollo y mejor funcionamiento de aquellas. Sin embargo, tales cláusulas no pueden violar principios fundamentales de orden público; por consiguiente no pueden entre otras cosas prohibir en forma absoluta, como antes se ha indicado, la enajenación de las acciones o participaciones sociales o establecer limitaciones que destruyan de hecho o imposibiliten gravemente el derecho del socio a enajenar su cuota o acción. En la doctrina y jurisprudencia extranjera se ha planteado la interrogante de si son admisibles las cláusulas restrictivas cuando las mismas son establecidas en interés exclusivo de los socios o de un grupo de ellos y no de la sociedad. Cabe observar que en nuestra opinión siempre será en definitiva en interés de los socios que se establecen las cláusulas restrictivas lo que ocurre es que ese interés, como de seguidas veremos, no puede ser contrario al de la sociedad o violar intereses vitales de una minoría social.

En primer lugar es preciso señalar que muchas veces será difícil distinguir cuando la cláusula está dictada, en interés exclusivo de los socios; en todo caso creemos que siempre y cuando la restricción no perjudique al ente social, es decir sacrifique el desenvolvimiento normal de la sociedad de acuerdo al ordenamiento legal las restricciones en interés exclusivo de los socios son válidas, pues nada impide, también en virtud del prin-

² BROSETA PONT M. "Restricciones Estatutarias a la Libre Trasmisibilidad de Acciones". Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos. Editorial Tecnos, S.A., 1963. Madrid, pág. 66 y nota 50. Cabe observar en cuanto a nuestro derecho que el Anteproyecto Anotado de la ley de Reforma Parcial del Código de Comercio de GOLDSCHMIDT, R. Tipografía C.T.P., San Juan de Los Morros, 1955, en su artículo 79 preve y admite las restricciones a la libre trasmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas.

cipio de la autonomía de la voluntad, establecer en el pacto social provechos lícitos en su beneficio exclusivo, siempre que, como se ha afirmado se respeten los principios legales que rigen el funcionamiento, derechos individuales de los socios y existencia de la sociedad³. Por otra parte es necesario distinguir las cláusulas estatutarias a que nos estamos refiriendo, de los llamados pactos de sindicación de acciones que en los casos en que aquéllas son dictadas en interés de los socios o de un grupo de ellos, tienden a la misma finalidad que éstos; sin embargo como veremos oportunamente, sus formas y efectos son diferentes.

Admitida la validez de las cláusulas restrictivas cabe preguntarse si las mismas deberán establecerse en el momento en que se constituya la sociedad o si por el contrario es lícito establecerlas posteriormente. Creemos que respecto a nuestro derecho, a falta de norma expresa en contrario, no es posible salvo el consentimiento de todos los socios, una implantación a posteriori de una cláusula de esa naturaleza. El problema se presenta especialmente en las sociedades anónimas que en virtud de las normas generales que usualmente rigen este tipo de sociedades (principio de la decisión por la mayoría) permitiría que la mayoría de accionistas estuviera en capacidad, mediante una Asamblea, de darle carácter personalista a la sociedad, carácter que en nuestra opinión sólo pueden tener aquéllas en virtud del consentimiento unánime de los socios cuando fueren queridas como tales. Por consiguiente pensamos que a falta de pacto social inicial en contrario, el socio tiene su derecho adquirido frente a la sociedad respecto a la libre transmisibilidad de sus acciones o participaciones que no puede ser desconocido en el futuro, a menos que se obtenga un consentimiento a posteriori a través de una reforma de los estatutos que cuente con la aprobación unánime de los accionistas⁴. En el derecho español, en

³ BROSETA PONT M. "Opus cit. pág. 68, Nota 54. Señala que la Corte de Apelación de París dictó una sentencia en fecha 24 de Noviembre de 1954 cuya motivación se basó en que las restricciones permitían a los administradores controlar la Junta General impidiendo el normal funcionamiento de este órgano social.

⁴ GOLDSCHMIDT, R. Opus cit., pág. 109, Nota 5, opina que es admisible la introducción de una cláusula restrictiva mediante la modificación de los estatutos, pues considera que el accionista no tiene un derecho adquirido a la libre enajenación de las acciones basándose en el principio de que "en general, lo que puede ser establecido en el contrato social, también puede ser introducido mediante una modificación del mismo". En España la ley de sociedades Anónimas admite expresamente en su artículo 85 - 3º la solución indicada por

relación con las sociedades anónimas formadas mediante el procedimiento de constitución continuada y dado que en esos casos la Asamblea Constitutiva decide en lo referente a los estatutos por mayoría, se ha opinado que tal Asamblea no puede imponerse a los socios disidentes en cuanto a la cláusula restrictiva quienes podrán aducir la nulidad a menos que tal cosa haya sido prevista en el prospecto o programa de fundación⁵; ahora bien por cuanto en nuestro derecho rigen principios similares en materia de constitución continuada (art. 248 y siguiente C. de Co.) creemos aplicable tal opinión entre nosotros.

— 2 —

Las formas o modos que pueden dársele a las cláusulas restrictivas es muy variado, puede por ejemplo consistir en que se requiera el consentimiento previo de un órgano de la compañía, *verbigracia los administradores o la asamblea; o bien crear un derecho preferente a la adquisición por parte de los restantes socios, o de algunos de ellos e incluso un sistema mixto o sea que además del derecho preferente se someta la enajenación a la aprobación de la sociedad*⁶. Caso de que se someta la enajenación a la aprobación de un órgano de la compañía creemos que la negativa de éste será impugnabile judicialmente en el caso de que se pruebe que la misma fue dictada con el único propósito de perjudicar al enajenante, cosa por lo demás difícil de comprobar en la práctica, ya que no parece que tenga dicho órgano que motivar su decisión, y por otra parte en lo que respecta al libro de Actas de Junta Directiva, cuando se trate de los administradores, el mismo no puede ser inspeccionado por los accionistas.

— II —

De las compañías mercantiles —o civiles con forma mercantil— la sociedad en nombre colectivo es el ente personalista, por excelencia, el legislador de acuerdo con la naturaleza de estas sociedades ha tendido a regular su existencia y funcionamiento teniendo presente esa realidad y protegiendo ese statu-quo propio

GOLDSCHMIDT. Pero otorga a los disidentes derecho para retirarse de la sociedad. Ver otros autores citados en dicha nota.

⁵ BROSETA PONT, M. Opus cit., pág. 72 y siguientes.

⁶ Este sistema mixto es acogido por nuestro Código de Comercio en materia de sociedades de responsabilidad limitada (Art. 317).

de ellas. El artículo 205 del Código de Comercio niega, por exclusión, a los acreedores de un socio de una compañía de esta especie, mientras dure la sociedad, el derecho de embargar y rematar la cuota correspondiente a su deudor, con lo cual el legislador está manifestando y exponiendo claramente su intención de conservar el carácter personalista de este tipo de sociedades evitando que terceras personas mediante la adquisición en remate de la cuota social puedan adquirir la cualidad de socios. Esta prohibición, a nuestro entender tiene efectos absolutos en el sentido de que si eventualmente con violación de la citada disposición un tercero adquiere en remate la cuota embargada tal adquisición es radicalmente nula y la trasmisión de la propiedad no se opera ya que el legislador impide que se efectúen el acto mismo de embargo y el consiguiente de remate. No prohíbe nuestra ley la enajenación convencional de la cuota social; sin embargo dada la finalidad de la prohibición de adquirirlas en remate judicial, finalidad que en última instancia es la de proteger a los socios que han querido agruparse en un ente personalista, es necesario concluir por una parte, que sí todos los restantes socios están conformes en que uno de ellos enajene su cuota social y que mediante esa enajenación se sustituya el adquirente al enajenante en su carácter de socio, tal trasmisión de propiedad es válida y surte plenos efectos entre las partes como frente la sociedad y los demás terceros; por otra parte resulta que la enajenación por un socio de su participación social sin el consentimiento previo o simultáneo de los restantes o bien ha de considerarse radicalmente nula o bien ha de estimarse que la trasmisión no surta efectos frente a la sociedad y como veremos, tampoco frente a los demás terceros. No nos parece sostenible la primera tesis ya que no existiendo prohibición legal expresa que impida la trasmisión entre las partes ésta debe surtir plenos efectos en virtud del ejercicio del poder de disposición que tiene todo propietario (art. 545 C. C.) y que es inherente y caracterizador precisamente de ese derecho de propiedad; por el contrario no debe considerarse que surta efectos frente a la sociedad la enajenación ya que de admitirse no tendría sentido la prohibición implícita pero clara de adquirir en remate cuotas de sociedades en nombre colectivo, y cualquier socio podría unilateralmente, es decir sin el consentimiento de los restantes asociados destruir el carácter personalista de la sociedad. Tampoco debe surtir efectos frente a los demás

terceros la enajenación efectuada sin el consentimiento de los demás socios pues es válido el interés primordial que tienen los terceros en virtud de la responsabilidad personal solidaria y subsidiaria de los socios en nombre colectivo de conocer quienes tengan tal carácter en un momento dado; por tanto y mientras la sociedad no efectúe la sustitución, registrándola y llenando los demás requisitos legales, tal transmisión no produce efectos frente a ellas ni frente a los demás terceros a tenor de lo dispuesto en los artículos 217 y 221 C. Co. que deben aplicarse.

Por la circunstancia de surtir plenos efectos la cesión, tanto obligacionales como reales, entre las partes, el cedente queda obligado entre otras cosas a no enajenar de nuevo la cuota pero si lo hace de nuevo cumpliendo con el requisito del consentimiento previo de los demás socios, consideramos que la segunda enajenación produce una adquisición "a non domino" por parte del nuevo cesionario en virtud de la legitimación extraordinaria que le otorga al cedente, al menos en las sociedades regulares, su aparición en el documento constitutivo como socio (ver infra en lo aplicable, lo relativo a sociedades anónimas). También queda el cedente obligado a entregar al cesionario, verdadero propietario frente a aquel de la cuota, la parte de utilidades o beneficios que distribuya el ente social y la cuota de liquidación que se entregue al cedente llegado el caso.

No obstante, dado que normalmente y así debe presumirse, las partes querrán que la transmisión surta plenos efectos, esto es que el cesionario adquiera la cualidad de socio frente a la sociedad, atendiendo justamente a esa voluntad de las partes en relación como éstas han querido o deba presumirse haber querido que se cumpla por parte del cedente su obligación de transmitir la propiedad, creemos que el cesionario tendrá acción siempre que el negocio jurídico que sirvió de causa la conceda para extinguir la enajenación alegando el incumplimiento del cedente al no traspasarle con efectos plenos la cualidad de socio, pues en primer lugar no existe una norma legal expresa o suficientemente clara que prohíba o impida surtir plenos efectos a la enajenación convencional de cuotas en las sociedades en nombre colectivo, sin el consentimiento de los restantes socios, y puede justificarse la buena fe —que es de presumir— por parte del adquirente e incluso del enajenante. Por lo demás la ignorancia de la ley no evita que los actos surtan los efectos que las

normas quieren, pero creemos que ello no impide destruir aquellos negocios que van en contradicción con la voluntad querida o presunta de las partes; sin embargo en tal caso y a menos que el cedente haya procedido de mala fe no creemos que haya lugar al pago de daños y perjuicio pues el error en cuanto a los efectos de la negociación debe imputarse por igual a ambas partes. Puede ocurrir que por el contrario las partes hayan querido la enajenación con efectos limitados, esto es entre el cedente y cesionario en cuyo caso éste no tendrá acción para destruir el negocio jurídico que sirvió de causa a la cesión mientras el enajenante cumpla con sus obligaciones, particularmente la de no enajenar de nuevo la cuota. Otra consecuencia de la ineficacia de la cesión frente a la sociedad y los demás terceros es que aquélla no podrá pedir y éstos exigir del cesionario responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las deudas sociales ya que la ineficacia de la cesión es global, es decir, se refiere tanto a los derechos como a las obligaciones. Obsérvese que nos hemos estado refiriendo a la cesión de la cuota o participación social, situación distinta a la contemplada en el artículo 206 ejusdem pues ésta comprende la transmisión de los *derechos* de un socio, esto es los llamados patrimoniales (derecho a las utilidades, cuota de liquidación, etc.) ya que los derechos llamados políticos (derecho a tomar decisiones en nombre de la sociedad, etc.) no pueden transmitirse, sin ceder la cualidad de socio. El citado artículo 206 en su segunda parte expresa que el cesionario de los derechos de un socio "no tiene ninguna relación jurídica con la sociedad" siendo aplicable tal disposición, por indicación expresa de la misma al tercero que se asocie a uno de los socios para participar en las utilidades y pérdidas que correspondan a éste..., por consiguiente respecto a la ineficacia de estas cesiones, aun cuando se refieren a transmisiones o asociaciones que no comprenden la cuota social misma, ocurre lo mismo que cuando se tratara de transmisión de la cualidad de accionistas es decir son irrelevantes frente a la sociedad.

— III —

— 1 —

Sociedades Anónimas.—Es en esta especie de sociedades donde la problemática acerca de la validez y eficacia de las cláu-

sulas estatutarias restrictivas a la libre enajenación de las acciones presenta mayor interés tanto por la importancia jurídica y económica de estos entes como por el hecho de que el legislador patrio guarda silencio sobre esos extremos. En cuanto a la validez ya nos hemos pronunciado afirmativamente al referirnos a las sociedades en general e indicando que la doctrina nacional que ha tratado el punto la ha admitido; también se ha señalado que gran parte de la jurisprudencia y doctrina extranjera también se pronuncia por su admisión, sin embargo y concretándonos a las sociedades anónimas podremos añadir que su admisión en nuestro derecho es aún más explicable y lógica si se tiene en cuenta que el legislador si bien acogió una normativa que presupone en general a las sociedades anónimas como grandes entes de considerables capitales y gran número de accionistas lo cierto es que también ha aceptado hasta el presente la realidad de nuestro medio (que es también el de otros países) en el cual la gran mayoría de este tipo de sociedades son en realidad pequeñas o medianas, con un número restringido de socios que en muchos casos no exceden de dos y de escasos capitales, es decir sociedades que en sentido económico no son "anónimas" sino por el contrario muy determinadas en cuanto a sus integrantes, privando muchas veces incluso el parentesco (sociedades familiares); en fin, entes respecto a los cuales por expresa disposición legal, la acumulación de todas las acciones en el patrimonio de una sola persona no produce la disolución de aquella ni impide su funcionamiento dando como consecuencia ese supuesto incluso la no aplicación de principios legales que erróneamente algunos quizás han podido considerar vigentes en todo tiempo y en toda circunstancia en las sociedades anónimas⁷. Puede añadirse que la falta de limitación al monto del capital social, ni el que hasta el presente se ha proyectado implantar en el futuro, hace presumir que normalmente los socios que las integran pueden ser muy pocos; de todo ello debe deducirse que en estas compañías si es factible y válido una cláusula estatutaria restrictiva a la libre enajenación de las acciones que tiendan a mantener un ente social "intuitus personae" tomando esta expresión en un sentido amplio.

⁷ Así por ejemplo, el artículo 286 del Código de Comercio que debe entenderse dictado en protección de los socios exclusivamente, no será aplicable cuando todos los socios sean los administradores. Respecto a esto último es conforme la opinión de GOLDSCHMIDT, R., ver "La Reforma Parcial"... págs. 155 y 156.

— 2 —

Dada por admitida la validez de las cláusulas restrictivas, cabe preguntarnos qué efectos se producen en caso de transgresión de las mismas, es decir si un accionista no cumpliendo con la restricción procede libremente a enajenar sus acciones a un tercero? Como punto previo debemos recordar que en dichas sociedades es obligatorio llevar un libro (o libros) en los que se asientan tanto las adquisiciones originales de acciones nominativas, como las derivadas, firmadas estas últimas, cuando se trata de acto entre vivos, por el cedente y el cesionario o sus apoderados, esto supone, una actividad cooperadora por parte de la sociedad en los traspasos de acciones. Ahora bien, concretándonos a nuestro derecho se ha afirmado entre nosotros⁸ que ese traspaso es necesario para que la cesión se produzca, es decir el asiento debidamente suscrito por el cedente y cesionario en el libro de la sociedad es requisito indispensable para que se perfeccione el traspaso, es decir sin él no existe transmisión, se sostiene que el artículo 296 C. de Co. Venezolano hace una distinción entre el adquirente original respecto al cual establece que "la propiedad de las acciones se prueba con su inscripción en los libros de la compañía...", mientras que para las adquisiciones derivadas dispone que "...y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros..." Se deduce de aquí que la cesión en los libros de la compañía es un registro "ad substantiam" para la transmisión mientras que respecto al adquirente original el asiento tiene únicamente efectos "ad probationem". Las consecuencias que se derivan de la tesis antes señalada son fáciles de decudir; dado que la transmisión no se opera, que es inexistente, lógicamente no producirá efecto real alguno ni entre cedente ni cesionario, ni frente a la sociedad ni a los terceros en general. Sin embargo, la interpretación gramatical anotada es criticable por varias razones: 1º) Creemos que no hay razón de peso que permite apoyándose en la interpreta-

⁸ El Dr. LEOPOLDO BORJAS considera que el requisito de la transcripción en el Libro de Accionistas, cuando se trata de la cesión de una acción nominativa "se ha establecido como requisito ad substantiam y no ad probationem de lo contrario el legislador habría utilizado la expresión "la cesión se probará..." "u otra equivalente como lo establece el mismo artículo 296 del Código de Comercio para que el suscriptor de una acción nominativa pruebe que es propietario de ella".

ción textual de la citada norma (art. 296 C. de Co.) establecer una diferencia entre la posición del adquirente original (suscriptor de acciones) y el adquirente por acto derivativo (cesionario) esto crearía una injustificable diferencia que repetimos no tiene razón de peso que la apoye; pensamos que por el contrario la posición de ambos tipos de adquirente debe ser similar y que la ley al expresar que la propiedad de las acciones nominativas se *prueba* con su inscripción en los libros de accionistas está dando el principio general para todos los accionistas (originales y derivados), esto es que su tal inscripción tiene carácter "ad probationem" (y como luego veremos legitimador) frente a la sociedad; al agregar que la cesión se *hace* por declaración en los mismos libros, pensamos que no contrapone tal afirmación al principio antes mencionado sino por el contrario como una consecuencia o desarrollo de dicho principio reafirma o aclara a mayor abundamiento y para que precisamente e cumpla con ese modo de probar la propiedad de las acciones dispone que *también* se inscriben en los libros de la compañía, precisamente como un medio de *probar* la propiedad de las acciones adquiridas (y legitimar al adquirente). Creemos que ese medio de prueba está estatuido fundamentalmente a favor, es decir en protección de la sociedad. Por otra parte en la doctrina se sostiene que al investigar si el legislador ha querido que determinada formalidad lo sea "ad probationem" o "ad substantiam", en caso de duda debe inclinarse el investigador por lo primero a fin de que la interpretación sea favorable al sostenimiento del negocio⁹. Ahora bien, el legislador dice que

⁹ COVIELLO N. afirma que "la forma es necesaria para la manifestación de voluntad, y constituye elemento esencial del negocio (ad substantiam) únicamente cuando viene impuesta so pena de nulidad. En caso contrario, es necesaria para la prueba (ad probationem tantum); sin la forma el acto es plenamente válido, pero no podrá probarse con testigo ni presunciones, y si tan solo por la confesión y el juramento, o lo es para la publicidad del acto, de tal suerte que el acto sin la forma sería ineficaz contra aquellos en cuyo interés se requiere la forma, si bien eficaz y válido en general..." "Doctrina General del Derecho Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, pág. 400. Por su parte GIORGI considera con un criterio más severo que se requiere la forma "ad solennitatem" y no "ad probationem tantum" cuando en la disposición se utilicen los palabras "bajo pena de nulidad" u otras equivalentes; cuando esté redactada en forma prohibitiva, ejem.: "No podrán otorgarse verbalmente", o bien "no podrán otorgarse sin asistencia de Notario o de documento"; o cuando la norma sea imperativa o preceptiva, ejem.: "debe", "deban", "deberán constar por escrito o por instrumento público" o contenga expresiones equivalentes. Sin embargo reconoce que nacerá la duda cuando el legislador utilice palabras

la cesión *se hará*... este término es equívoco, lo que es reconocido incluso por los que creen que tiene carácter imperativo... si comparamos esta expresión con la usada en el artículo 260 C. de Co. con el cual se expresa que los administradores deben llevar... 1º) "El libro de accionistas *donde conste* el nombre y domicilio de cada uno de ellos, con expresión del número de acciones que posea... y las cesiones que haga" vemos que ambas son en su fuerza expresiva, es decir en el sentido ordenador, similares; y sin embargo ya se ha indicado que aún aquéllos que sostienen la cesión en los libros de la compañía como formalidad sustancia admiten que para el adquirente originario de las acciones la inscripción tiene carácter "ad probationem"; sin embargo este último artículo no parece hiciera distinción en cuanto a los efectos de la constancia según se trate de adquisición original o por cesión; en conclusión que no hay una razón poderosa, sino al contrario, para pensar que la ley ha querido investir a la inscripción de la cesión en los libros de la compañía de un carácter necesario para que nazca la transmisión misma. En nuestra doctrina es dominante la posición de que la inscripción en el libro de Accionistas de las acciones nominativas tienen carácter ad probationem¹⁰. 2º) El artículo 1549 del Código Civil dispone que entre cedente y cesionario la venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectos y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito cedido y el precio aunque no se haya hecho tradición... Si se tiene en cuenta esa disposición y se

equivocas, ejem.: "se harán por escrito o por instrumento público; aunque se inclina en esos casos por considerar la forma ad solemnitatem". Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, Edit. Reus, Madrid 1928, Tomo I, págs. 285 y 286.

¹⁰ ARISMENDI, JOSÉ LORETO y ARISMENDI, JOSÉ LORETO (h), opus. cit. pág. 354 expresan que "En consecuencia, de acuerdo con el citado art. 296, la propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en ese libro de accionistas. De manera que, aún perdido el título de la acción, el accionista tiene la manera, por medio del libro respectivo, de probar su propiedad sobre una acción determinada. Creemos que la cesión entre cedente y cesionario es perfecta por el hecho de mutuo consentimiento, sin necesidad de inscripción de esa cesión en los libros de la compañía". GOLDSMIDT, ROBERTO; Curso de Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, pág. 285 y 286 expone: "Las acciones nominativas se transfieren entre las partes por el simple consentimiento, pero para que la transferencia tenga efecto frente a la sociedad y los terceros, la cesión debe hacerse en los libros de la sociedad mediante una declaración firmada por el cedente y el cesionario o por sus apoderados (Art. 296), la cual en su caso, podrá ser sustituida por la transcripción de la sentencia en que se comprueba la obligación del Cedente".

acepta lo indicado en el número anterior, resulta que entre el cedente y el cesionario para que la transmisión se opere basta el simple consentimiento. Ahora bien, en el caso que nos ocupa para que la cesión surta efectos frente a la sociedad es preciso la inscripción de la cesión en el libro de accionistas o en otro llevado al efecto para esa anotación¹¹. Nos parece que además de tener una finalidad probatoria —fundamentalmente en interés de la propia sociedad— la inscripción tiene una función legitimadora¹² en orden a permitir ejercer los derechos y ser sujeto de las obligaciones que conlleva la cualidad de accionista.

Es conveniente aclarar que no creemos que los efectos de la cesión de crédito ordinaria se operan en el caso de transmisión de acciones una vez que la misma ha sido registrada en el libro de accionistas de la compañía conforme al artículo 293 del Código de Comercio y esto guarda armonía con la circunstancia de que las acciones de sociedades anónimas están destinadas normalmente a circular, incluso por la mediación de establecimientos creados al efecto (Bolsas de Comercio) y sería peligroso para el tráfico mercantil que pudiera verse afectado un cesionario de acciones por excepciones que tuviera la sociedad contra el cedente. No obstante como excepción a este principio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 294 C. del Co. el cesionario estará obligado por las cuotas sociales que adeudare el cedente. Consideramos que ésta es una disposición excepcional pero no porque la acción despliegue en el campo de su transmisión... los efectos de los títulos de crédito (autonomía del derecho cedido)¹³. Por otra parte la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 3 de mayo de 1967, reproducida parcialmente por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil en fallo de fecha 8 de julio de 1968 reconoce que "El acto de venta o cesión será, pues, perfectamente válido entre las partes por el acuerdo de las voluntades constantes, aunque no se haya inscrito en el libro de accionistas, y producirá también efecto con-

¹¹ El artículo 296 del Código de Comercio prevén la existencia de varios libros y en nuestro medio son muchas las compañías que llevan, además de un libro de accionistas otros destinados, por ejem.: a la cesión de las acciones, en propiedad, o bien el traspaso de las mismas por causa de garantía.

¹² La legitimación en un sentido general puede definirse "como reconocimiento, hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado", LADARIA CALDENTEY J. "Legitimación y Apariencia Jurídica", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1952, pág. 1.

tra terceros, excepto la sociedad, en lo atinente a los derechos y obligaciones dimanantes del pacto social, cuando conste en instrumento dotado de fe pública. Pero frente a la sociedad y sólo en cuanto respecta al ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones derivadas de la cualidad de accionistas, la propiedad de las acciones nominativas no pueden probarse en otra forma a la prevista en el artículo 296 del Código de Comercio" (Rev. Coleg. Abog. del Dto. Federal, N° 134, páginas 309 y siguientes). Respecto a esas afirmaciones estamos de acuerdo con el principio de la validez entre las partes de la transmisión solo consensu, pero no en lo que se refiere a que la única forma de probar la propiedad de las acciones frente a la sociedad sea mediante la prevista en el artículo 296 del Código de Comercio. Pensamos en que hay casos que hacen necesario otros medios de prueba (ver infra). También creemos que en relación a la eficacia frente a terceros (excepto la sociedad) de la transmisión entre cedente y cesionario es preciso quizás hacer algunas distinciones que escapan a la brevedad de este trabajo. 3º) Con la introducción por el legislador, en la reforma del Código de Comercio en 1955, de la sociedad de responsabilidad limitada, creemos que el panorama se aclara, pues el artículo 318 al establecer que "la cesión de las cuotas deberá hacerse por medio de documento auténtico y ser inscrita a solicitud de cualquiera de las partes en el Libro de Socios, *para que pueda producir efecto respecto a la compañía.* . ." está instaurando como sanción a la falta de inscripción en el libro de los socios (y la omisión de documento auténtico) no la nulidad de la transmisión sino su ineficacia frente a la compañía. La norma en cuestión es perfectamente aplicable por analogía, en cuanto a ese supuesto y efecto, a la falta de inscripción en las sociedades anónimas de la cesión de las acciones nominativas en el libro de Accionistas de la compañía; en efecto, no hay razón alguna para considerar un diferente tratamiento jurídico a ambas situaciones constituidas por supuestos de hechos similares, dándose por consiguiente los requisitos para la aplicación analógica. 4º) Dado que en la aplicación de las normas e interpretación de los negocios jurídicos se debe en lo posible tender a restringir las nulidades y mantener la validez de dichos negocios, haciendo una interpretación en favor de la estabilidad de los contratos y demás negocios jurídicos, y dado que basta para proteger y hacer respetar la vigencia de una cláusula estatutaria de la enajenación

de acciones, el evitar la eficacia de una enajenación violatoria frente a la sociedad, es preciso concluir en lo inconveniente de una interpretación que destruya a la enajenación como tal, dejándola carente de todo efecto real.

— 3 —

Para algunos autores extranjeros¹⁴ la enajenación realizada violando la cláusula restrictiva no produce efecto real alguno o sea entre las partes y frente a la sociedad, es decir la transmisión no se opera, en virtud de que consideran que el cumplimiento de la cláusula; verbigracia el ofrecimiento a los socios que tenga derecho preferente o el someter la cesión al previo consentimiento de un órgano de la compañía, constituye una *conditio iuris* o *facti* de la enajenación misma; un presupuesto esencial para que ésta pueda formarse. Se ha dicho (BROSETA PONT) que es difícilmente admisible considerar la aprobación por parte de la sociedad como una condición cuando las partes al estipular el negocio no se someten expresamente a ella; también se ha negado ese carácter de *conditio* para la aprobación. Se ha llegado al mismo resultado en alguna doctrina extranjera, es decir, de considerar absolutamente ineficaz la transmisión afirmando que la cesión entre enajenante y adquirente de la acción presupone una cesión del contrato de sociedad y que toda cesión de esa naturaleza exige el consentimiento de la sociedad como parte contractual cedida. Respecto a esto último se ha replicado que la circunstancia de que se trate de la cesión de títulos-valores hace inaplicable esas reglas, pues éstos permiten la transmisión en una forma más ágil, rápida y segura. Pero creemos que respecto a esta última tesis y refiriéndola a nuestro derecho positivo la misma es inaceptable sin necesidad de acudir al expediente de los títulos-valores, ya que basta recordar que a falta de normas restrictivas en la enajenación de acciones la regla es la libertad absoluta para cederlas y en estos casos, no obstante que la cualidad de accionistas comporta no sólo derechos sino obligaciones, no se requiere en forma alguna el consentimiento de la sociedad anónima para la transmisión;

¹³ BORJAS LEOPOLDO (ver nota 9) considera excepcional el art. 295 C. de Comercio.

¹⁴ Para un mejor examen e identificación de los autores que sostienen ésta y las siguientes tesis que pasamos a exponer nos remitimos en general a BROSETA PONT opus. cit. pág. 163 y siguientes.

en cambio de aceptarse la tesis últimamente indicada se debería concluir que en todos los casos, es decir aún en aquellos —que es la mayoría—, donde no existen cláusulas restrictivas se requeriría tal consentimiento lo que supondría que los accionistas nunca gozarían de un derecho a la libre trasmisibilidad de sus acciones, lo que evidentemente es falso.

— 4 —

Se ha sostenido por otra parte que la violación de la cláusula restrictiva no impide la eficacia plena en sus efectos reales de la transmisión tanto entre las partes como frente a la sociedad (MESSINEO); que tales cláusulas son vinculantes con carácter *obligacional* pero *no real* en relación *al cedente* pero *no frente al cesionario* que es un tercero quien adquiere con plena eficacia ante sí y ante la sociedad la acción enajenada; se indica que la restricción solamente tiene una eficacia parcial, o sea, frente al cedente; para apoyar la afirmación de que la transmisión se opera con relación al cesionario y eficacia frente a la sociedad se argumenta entre otras cosas que los estatutos sociales no pueden alterar el régimen de adquisición de la propiedad que es de orden público; por otra parte este autor afirma que un tercero (la sociedad) no puede alterar la propiedad adquirida, a menos que la ley lo establezca en forma expresa. Se ha rechazado la tesis de MESSINEO, respondiendo entre otras cosas que con tal de que se cumplan con las formalidades legales de publicación, etc., la sociedad puede, sin variar en lo fundamental la ley de circulación de los títulos imponer restricciones que sean oponibles “*erga omnes*” y por tanto al cesionario; que el cesionario adquiere la acción como título, como bien mueble, pero que para adquirir y ejercer los derechos que comporta la calidad de accionistas es necesario una actividad cooperadora de la sociedad consistente en la inscripción en el libro registro de acciones nominativas. Por nuestra parte estamos de acuerdo con que el régimen de adquisición de la propiedad es de orden público pero en el sentido de que salvo norma legal expresa en contrario no puede destruirse o impedirse el derecho de disposición del dominio sobre un bien; en consecuencia la enajenación hecha por el propietario produce la transmisión de la propiedad no obstante el problema es otro, o sea el de la eficacia *erga omnes* de esa transmisión y en tal sentido opinamos (ver *infra*) que la transmisión no es eficaz frente a la sociedad y por tanto la

cláusula, siempre que no la prohíba la ley expresa o implícitamente, altera o limita los efectos de la adquisición frente a la sociedad misma; respecto a lo afirmado por BROSETA PONT al expresar que el cesionario adquiere el título-valor como bien mueble pero para la *adquisición* de los derechos inherentes a la cualidad de accionistas requiere la actividad cooperadora de la sociedad; no estamos de acuerdo pues ciertamente los estatutos no pueden alterar el régimen de la adquisición entre el cedente y cesionario pues teniendo derecho de disposición el accionista por el hecho de ser propietario, la transmisión forzosamente se opera entre el cedente y cesionario, en consecuencia no es solamente la acción como título valor, sino todos los derechos y obligaciones que son inherentes a la cualidad de socio los que adquiere el cesionario; por lo demás nos parece que BROSETA PONT se contradice con su propia tesis pues más adelante sostiene al exponer sus conclusiones que la transmisión entre cedente y cesionario es válida y perfecta. Una teoría sostiene que la transmisión de las acciones es *un negocio complejo* que requiere junto con la transmisión del cedente al cesionario el consentimiento de la sociedad en aquellos casos en que exista una cláusula restrictiva a la enajenación para que la enajenación se opere, en otras palabras que la cesión sin ese consentimiento, o mejor nos parece, sin el cumplimiento de la cláusula restrictiva, ya que esta puede consistir en un derecho preferente de los restantes accionistas o alguno de ellos —no producirá efecto alguno ni obligacional ni real; el cumplimiento de la cláusula viene a ser un elemento esencial para la existencia misma de la transmisión. Se ha contradicho esta teoría afirmando, con razón a nuestro modo de ver, que la violación de la cláusula no impide la transmisión inter partes pues ello significaría modificar el régimen de adquisición de la propiedad que es de orden público, y que esa transmisión se produce no obstante no se logre el efecto querido por las partes, en el sentido de que surta efecto frente a la sociedad. También se afirma que en las transmisiones de las que hablamos no se dan los requisitos exigidos generalmente para los negocios complejos.

Hay autores que consideran que transmisión de las acciones nominativas con violación de la cláusula restrictiva produce efectos relativos; es decir efectos inter partes pero no frente a la

sociedad, dentro de esta corriente hay que hacer una subdivisión: para algunos autores, especialmente alemanes, la cesión sólo produce efectos *obligacionales* entre cedente y cesionario, pero no efectos *reales*, se fundamenta esta distinción en que en el derecho alemán se diferencia el negocio causal productor de obligaciones del negocio traslativo que produce efectos reales. Por su parte, BROSETA PONT, parece llegar a una conclusión parecida, aunque no idéntica y basado en otras razones. Afirma este ilustre autor, que la transmisión produce plenos efectos obligacionales e incluso se puede admitir que algunos reales limitados como son la adquisición del título como bien mueble —pero no como título valor— por parte del cesionario, se desprende de diferentes afirmaciones suyas que para él la cualidad de accionista no se trasmite al cesionario por considerar que para ello es necesario que la sociedad conozca al adquirente como tal accionista; esto es lo que parece desprenderse de algunas frases, así dice: “El primer extremo a dilucidar es si la violación de las restricciones afecta a la existencia y a la validez del negocio causal. En este sentido es incuestionable que esta infracción no enerva la perfección ni la validez del negocio, para el que las restricciones estatutarias “*res inter alios acta*”. Las restricciones tutelan el interés de la sociedad que queda suficientemente protegido impidiendo que el adquirente *devenga accionista*, pero no puede afectar al negocio inter-partes, enervando su perfeccionamiento ni impidiendo que de él nazcan *las obligaciones* según su naturaleza” (opus cit., pág. 187) y más claro aún se pronuncia cuando dice “Ahora bien, aunque el negocio se perfeccione y produzca ciertos efectos obligatorios, e incluso reales, entre partes es evidente que cuando la transmisión haya infringido el procedimiento (SIC) restrictivo no realizará el último efecto querido: *convertir al adquirente en accionista*” (opus cit., pág. 191).

— 6 —

Para un sector de la doctrina, a cuya tesis nos adherimos por considerarla la más ajustada a nuestro derecho positivo, la transmisión produce plenos efectos reales y obligacionales entre enajenante y adquirente, esto es la transmisión se opera y al adquirente se trasmite no sólo el título como bien mueble,

sino también la cualidad de accionista¹⁵; sin embargo, la cesión con violación de la cláusula restrictiva no produce efectos frente a la sociedad pues la inscripción en el libro de accionistas tiene una función legitimadora del cesionario para que este pueda ser reconocido como accionista por el ente social. Por nuestra parte y en apoyo de esa tesis, citaremos los razonamientos generales referidos a nuestro derecho y los específicos desarrollado en estas anotaciones; trataremos también de profundizar en alguno de ellos. a) Se ha dicho, con razón a nuestro modo de ver, que un tercero con una cláusula restrictiva no puede alterar el régimen de adquisición de la propiedad (MESSINEO, cit. por BROSETA PONT), que es de orden público, salvo que una norma legal lo permita. En nuestro derecho concretamente tenemos que el art. 545 C. Civil define la propiedad como "el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas en la ley"; si bien pudiera criticarse a esta disposición la inclusión genérica del adjetivo "exclusivo" por razones que no vienen al caso exponer, lo cierto es que de estos tres atributos en que más, o quizás el único que determina la naturaleza del derecho de propiedad es el último; la facultad de disposición; pues en ella es donde reside quizás la esencia misma de la propiedad, que es realmente privativa del titular del derecho de propiedad y consistente en poder de disponer de la cosa. Se ha dicho que el poder de disposición forma parte del núcleo mismo del derecho de propiedad¹⁶ y en tal sentido creemos que no puede haber propiedad que no conlleve derecho de disponer jurídicamente salvo en los derechos intrasmisibles por naturaleza; esto no quiere decir que en todos los casos el titular del dominio puede ejercer esa facultad, pero el problema nos parece en este último

¹⁵ Para información sobre los sostenedores de esta tesis, ver nota 178, en BROSETA PONT M. opus cit, pág. 167.

¹⁶ LADARIA CALDENTEY J. afirma por su parte que: "El poder de disposición, en cuanto parte del contenido del derecho subjetivo, pertenece normalmente al titular de éste. Pero pueden existir titulares privados de tal poder, v. gr., en virtud de una prohibición de disponer perfecta, es decir, con eficacia real, o cuando se trate de un derecho intrasmisible... "En cambio, no puede existir un poder de disposición sobre un patrimonio ajeno, es decir no puede haber un poder de disposición no perteneciente a titulares del derecho. La afirmación contraria implica la confusión del poder dispositivo con la legitimación para disponer. Este, por formar (normalmente) parte del contenido de un derecho, sólo puede pertenecer a su titular", opus cit. págs. 23 y 24.

caso es una cuestión de capacidad de obrar; por tanto no se concibe, salvo que una norma legal (no necesariamente explícita) autorice a desmembrar o destruir ese atributo, que aún con la voluntad del propietario, pueda limitarse ese atributo inherente a su derecho, pues de lo contrario de admitirse como válido que esa facultad pueda pasar a un tercero (salvo, repetimos, norma legal que lo permita) resultaría una destrucción del núcleo inescindible que contiene la esencia misma de la propiedad. Esto no significa que el propietario de un bien no pueda comprometerse, por ejemplo, a no enajenar sin el consentimiento de un tercero, pero en este caso tal pacto sólo tendrá efectos *obligacionales* y *no reales* (pacto de non alieno), resumiéndose su incumplimiento en una eventual indemnización de daños y perjuicios. b) El art. 1.549 C. Civil ya examinado (ver supra), claramente a nuestro entender, determina que la transmisión entre cedente y cesionario se opera por el simple consentimiento. c) El artículo 299 C. de Comercio establece: "Si una acción nominativa *se hace propiedad* de varias personas, la compañía no está obligada a *inscribir ni a reconocer* sino a una sola, que *los propietarios* deben designar como *único dueño*". Opinamos que este artículo es una clara demostración de lo antes dicho, en el sentido de que la acción nominativa se transmite inter partes por el sólo consentimiento y ello es así porque el artículo no se limita a considerar el caso de adquisiciones de acciones "mortis causa" —que serán los que con más frecuencia den lugar a la aplicación de esa norma— sino que se refiere genéricamente a todos los casos en que varias personas se hagan dueño de una acción nominativa; en consecuencia puede pensarse en el supuesto, no extraño, de que dos o más personas de mutuo acuerdo adquieran la propiedad de una acción, en cuyo caso la compañía no estará obligada sino a *inscribir y reconocer como único dueño* a uno solo de ellos designado por ellos mismos. Obsérvese pues que la *inscripción y reconocimiento es posterior a la adquisición de la propiedad* de la acción; por tanto esto desvirtúa que la inscripción en el libro de accionistas tenga carácter de elemento constitutivo para que la trasmisión del dominio se opere. d) El artículo 317 C. de Comercio al referirse a la sociedad de responsabilidad limitada dispone como sanción a la violación de la restricción a la enajenación de cuotas sociales que impone esa norma que "*son nulas y sin ningún efecto para la compañía* las cesiones de cuotas que se hicieren a terce-

ros sin antes haber sido ofrecidas a otros socios, y sin que preceda consentimiento formal de la mayoría de los socios...". Esta norma ha sido interpretada en el sentido ya expuesto para la sociedad anónima o sea que la cesión no produce efecto frente a la compañía, pero sí efectos inter partes *aún cuando al parecer sólo obligacionales*¹⁷, nos adherimos a esta tesis pero partiendo de la base de que produce efectos también *reales* inter partes; podría criticarse la redacción al expresar la norma que "*son nulas y sin ningún efecto para la compañía*", pues en verdad no se trata de nulidad sino de irrelevancia y por consiguiente ineficacia frente al ente social, de la enajenación de la cuota con violación de dicha disposición legal. Sin embargo, creemos que no hay duda de la intención del legislador si se interpreta el art. 317 en conjunción con el 318 ejusdem pues este señala entre otras cosas, que para que la cesión de cuotas "pueda producir efecto para la compañía" se requiere su inscripción en el libro de socios. Ahora bien, es obvio que si es infringido el artículo 317 la compañía, con todo derecho, no procederá a dicha inscripción y esta solamente tiene la finalidad de hacer que la cesión surta efectos frente a la sociedad.

— 7 —

Por lo que respecta a las relaciones entre cedente y cesionario, hemos dicho que la transmisión se opera y produce además efectos obligacionales, el cesionario adquiere la cualidad de accionista, sin embargo, dado que el cesionario no podrá ejercer plenamente los derechos que le otorga esa cualidad en virtud de la irrelevancia de la transmisión frente al ente social resultará de todo ello una serie de consecuencias que es preciso analizar. 1º) El cedente en virtud de los efectos obligacionales que produce la transmisión queda obligado frente al cesionario a no enajenar de nuevo la acción, no obstante que por lo antes expuesto de continuar apareciendo frente a la sociedad y los demás terceros como el verdadero accionista goza de una legitimación extraordinaria¹⁸ para hacerlo; 2º) Creemos que estará obligado

¹⁷ GOLDSCHMIDT, ROBERTO. La Reforma del Código de Comercio..., pág. 110.

¹⁸ LADARIA, CALDENTY expresa que debe hablarse de legitimación extraordinaria "para explicar la posibilidad de obras del titular aparente, pues este tiene un verdadero poder jurídico en virtud del cual obra eficaz aunque ilícitamente sobre la esfera jurídica ajena (Opus cit., págs. 132 y 133).

a entregar al cesionario los dividendos y cuotas de liquidación que perciba de la sociedad; 3º) Estará obligado a no realizar ningún acto que grave o perjudique la posición del cesionario. Por su parte, respecto al cesionario es preciso distinguir, si lo querido por las partes fue la transmisión con pleno ejercicio de la cualidad de accionistas, lo cual debe presumirse salvo prueba en contrario, tendrá en ese caso las acciones que otorgue el derecho común de acuerdo al particular medio utilizado para la cesión (venta, permuta, donación, etc.), especialmente cuando se trate de un contrato bilateral gozará en su favor de la acción resolutoria o rescisoria en virtud del incumplimiento por parte del cedente ya que éste no les es posible transmitir el pleno ejercicio de los derechos inherentes a la cualidad de accionistas, lo cual ha sido querido expresa o presuntamente por las partes. No obstante, si las partes han querido y se han conformado con que el cesionario sólo aparezca como accionista frente al cedente, creemos que en tal caso aquél no podrá ejercer la acción resolutoria o rescisoria mientras este último cumpla con las obligaciones ya indicadas especialmente el no enajenar de nuevo la acción y entregar los beneficios económicos que obtenga de la sociedad, sin embargo, en este caso es lógico concluir que por su parte el cesionario queda obligado frente al cedente a reintegrarle los pagos que aquél haya tenido que desembolsar a la sociedad, particularmente la parte de las acciones aún no enterada en caja, e incluso adelantárselos con ese fin en caso de requerimiento. Si por el contrario, el cedente, incumpliendo su obligación para con el cesionario y además pasando sobre el hecho de que ya se ha desprendido de la propiedad de la acción, amparado para ello en la apariencia jurídica que le otorga el hecho de aparecer como accionista frente a la sociedad y a los demás terceros enajena de nuevo la acción con base a la legitimación que le concede tal apariencia jurídica, pero esta vez cumpliendo con los requisitos que establezca la cláusula restrictiva, tendríamos que se produciría por parte del segundo cesionario una adquisición "a non domino", con el resultado de que este segundo adquirente vendría a ser reconocido por la sociedad y los demás terceros como el verdadero accionista con el pleno goce de los derechos y obligaciones que otorga ese estado; en este caso, como en todos aquellos de adquisición "a non domino" se produce un choque entre los principios de derecho común estrictos en virtud de los cuales y de acuerdo con

una lógica rigurosa, nadie puede transmitir más derechos de los que tiene (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*) y el principio de la apariencia jurídica que legitima (en este caso en forma extraordinaria) a la persona que goza de esa apariencia para realizar un acto que produce sus consecuencias en la esfera jurídica del "Verus dominus"¹⁹. Es muy frecuente en la vida real el hecho de que una vez constituida una sociedad anónima no se emitan los títulos correspondientes a las acciones o bien que dicha emisión ocurra mucho tiempo después que la sociedad está funcionando; este fenómeno no se presenta únicamente entre nosotros, sino también en otros países, en todo caso es más probable encontrarlo en las medianas y pequeñas sociedades, esto nos lleva a preguntarnos como punto previo qué efectos tiene esta falta de emisión respecto al accionista y a la sociedad, en sí, en otras palabras, cuál es la importancia del título correspondiente a las acciones en las sociedades anónimas. Ha de señalarse en primer lugar que el problema, a nuestro parecer, tiene en principio distinta importancia al tratarse de acciones nominativas o acciones al portador; respecto a las primeras, y al decir de DE GREGORIO, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia en Italia consideran las acciones como títulos de crédito; por su parte ese autor lo pone en duda y admite que lo sean sólo dándole un sentido muy amplio al concepto²⁰. Entre nosotros GOLDSCHMIDT ciertamente parece poner en duda que las acciones nominativas sean títulos valores, aunque no se pronuncia en forma clara; por su parte el Dr. LEOPOL-

¹⁹ El Dr. ANGEL CRISTÓBAL MONTES expresa conceptos en relación con la adquisición de bienes inmuebles y los efectos del registro de título que creemos que son aplicables, guardando las distancias del caso, a los efectos del registro en el libro de accionistas en el supuesto de transmisión de acciones. Dice el ilustre autor: "Semejante eficacia de la publicidad registral coloca el contenido del Registro por encima de la realidad jurídica extra registral y opera en el particular sector donde juega un desvirtuamiento y una marginación de principios y reglas del Derecho Civil puro hasta el punto de desconocer la titularidad del derecho a quien sustantivamente le corresponde para atribuírsela a quien sólo goza de una situación jurídica formal y que desde el ángulo Civil estricto, nunca podrá su titular real por haber adquirido de persona que carece de poder de disponer, porque dispuso con anterioridad del mismo derecho a favor de otro sujeto..." (El Tercer Registral en el Derecho Venezolano. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1967, pág. 36).

²⁰ DE GREGORIO, ALFREDO: "Derecho Comercial", Tomo 7, pág. 4 y siguientes (Bolaffio - Rocco - Vivante) Ediar Anon. Editores, Buenos Aires.

do BORJAS opina que los títulos de las acciones nominativas son títulos de crédito²¹. Por nuestra parte pensamos que la acción una vez emitida si es un título valor pero no solo imperfecto por cuanto la literalidad es limitada; sino especialmente en cuanto que la incorporación de los derechos, o mejor dicho, del status de socio es muy escasa y no de carácter esencial, al menos en principio, esto opinamos concretándonos en particular al análisis en cuanto a Venezuela donde el mismo Código de Comercio establece que la propiedad de las acciones se prueba con la inscripción en el libro de accionistas (ver supra), donde esta inscripción tiene según parece una clara función legitimadora para el ejercicio de la mayoría de los derechos (y también para ser sujeto de obligaciones) que otorga la cualidad de accionista; sólo por excepción el título como tal es necesario o importante para ejercer determinados derechos o realizar determinados actos en la vida de la sociedad; así tenemos entre otros que según el artículo 279 C. de Comercio (que presupone que los accionistas requieran un mínimo de acciones para ejercer el derecho de voto) para solicitar la convocatoria para Asambleas mediante carta dirigida al domicilio elegido por el socio es preciso el depósito de los títulos de las acciones necesarias para tener tal derecho; el artículo 244 ejusdem establece que respecto a aquellas acciones que sean entregadas en garantía por los administradores (o por su cuenta) para responder de su gestión como tales, los correspondientes títulos se marcarán con un sello en el cual exprese su intrasmisibilidad mientras estén afectos a tal gestión. Respecto a esta disposición nos parece que la existencia del sello no sea requisito esencial para afectar las acciones (creemos que basta para la afectación una nota en el libro de accionistas, tratándose por supuesto de acciones nominativas, y que la anotación en los títulos no tiene sino el carácter de una precaución para mayor seguridad o publicidad de la afectación de dicha garantía; la cual parécenos es una prenda de carácter especial. Por otra parte, para que el privilegio del acreedor prendario subsista es necesario que la cosa dada en prenda le sea entregada y permanezca en su poder o le sea entregada y permanezca en poder de un tercero elegido por las partes (art. 536 C. de Comercio, 1.841 C. Civil); esto podría

²¹ GOLDSCHMIDT, ROBERTO. Curso... págs. 169 y siguientes. BORJAS, LEOPOLDO. Revista del Colegio de Abogados del Dto. Federal, N° 133, págs. 42 y siguientes.

pensarse, supone en el caso de acciones nominativas que los títulos de las mismas existan para que pueda materializarse la entrega de que habla la ley. No hay duda de que tal título tiene en este último caso su carácter representativo especialmente de los derechos económicos del accionista. En consecuencia sólo para limitados efectos es necesaria la existencia de los títulos, dándose el caso de normas legales que han permitido expresamente en las sociedades anónimas la no emisión de los títulos correspondientes a las acciones (Real Decreto Legislativo italiano del 7/6/1923); pero aún sin tal decreto se ha opinado bajo la vigencia del Código de Comercio italiano de 1882, que tal emisión no es esencial en esas sociedades, así DE GREGORIO expresa: ("De las Sociedades, de las Asociaciones Comerciales", Volumen II, pág. 12. Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires"). "La existencia de los títulos de acciones no constituye un elemento esencial de la disciplina de las anónimas por acciones. A esa conclusión se debería llegar también considerando solamente las normas del Código de Comercio; estas quieren que el capital sea dividido en acciones, pero no necesariamente, que sean emitidos los títulos correspondientes. En efecto, ha ocurrido y ocurre a menudo que las sociedades vayan adelante por mucho tiempo sin emitir los indicados títulos...". Consideramos que tal afirmación es perfectamente aplicable a nuestro derecho positivo. Por consiguiente pensamos que en nada afecta al funcionamiento y efectos de una cláusula restrictiva a la libre enajenación de acciones nominativas la falta de emisión de los títulos los cuales tendrán en este tipo de acciones un carácter fundamentalmente de medio supletorio de prueba de la cualidad de accionista.

— 9 —

Respecto a las acciones al portador es indudable que su cualidad de título de crédito es mayor que el de las acciones nominativas y que la importancia de los títulos es de mayor trascendencia; basta al respecto observar que la propiedad de tales acciones se transmite con la entrega del título (Ver entre otros en contra GOLDSCHMIDT, ROBERTO, Curso..., pág. 168) y que el control de la cualidad de accionistas por parte de la compañía y el ejercicio de los derechos inherentes a tal cualidad, son controlados y ejercidos mediante la presentación de dichos

títulos; sin embargo, creemos que tales principios rigen sólo en el supuesto de que los títulos hayan sido emitidos, caso contrario la cualidad de accionista podrá establecer frente a la sociedad en particular y los terceros en general por otros medios probatorios, pues no consideramos que la existencia del título sea esencial para la existencia de la cualidad de accionista pues de lo contrario resultaría que gran número de sociedades que no emiten los títulos simultáneamente con su constitución carecerían de socios lo cual es absurdo. No obstante y en relación con las cláusulas estatutarias de la libre enajenación de acciones se ha debatido si las mismas son admisibles cuando se trata de acciones al portador, en este sentido se ha opinado que solamente es válida cuando la restricción consta en el título mismo de la acción, pues de lo contrario, los eventuales cesionarios tendrán que asegurarse con una consulta externa al título mismo sobre la plena eficacia o no de la transmisión, lo que modificaría el régimen de los títulos al portador que se transmiten con la entrega de los mismos y el negocio causal que dá lugar a la entrega. Tal modificación se considera, con razón, como contraria al orden público y por consiguiente inadmisibile y salvo, repetimos, que conste la restricción en el título mismo pues en este caso lo que se hará es añadir una condición a la ley normal de circulación pero sin modificarla; sin embargo, en este último caso, se ha preguntado un autor si las acciones serían realmente al portador²².

— 10 —

Parécenos interesante plantear el caso de que la sociedad no lleve libro de accionistas o que este se haya extraviado o destruído, hemos dicho en relación con las acciones nominativas que dicho libro tiene una doble función: probatoria de la propiedad de las acciones y legitimadora a los fines de ejercer los atributos y ser objeto de las obligaciones que otorga la cualidad de accionista; sin embargo, creemos que es preciso preguntarse qué ocurre si los administradores incumpliendo su obligación no llevan tal libro o bien por caso fortuito este no existe. En estos casos y en lo que respecta a la prueba de la propiedad de la acción, dado que su función es precisamente la de medio o instrumento probatorio por excelencia pero no requisito solem-

²² BROSETA PONT, M. (Opus. cit., págs. 94 y siguientes).

ne para la existencia misma del derecho, podrán los accionistas probar con otros medios, particularmente creemos que con los títulos de las acciones —si estos existen— su propiedad. Probada la propiedad sin necesidad de la inscripción que falta, bien por incumplimiento de la propia sociedad, (falta de los administradores) que por tanto no podría alegar su propia torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem alegans*); bien por fuerza mayor, queda legitimado el accionista para ejercer todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio ya que la legitimación que se opera con la inscripción en el libro de accionistas debe entenderse vigente sólo si aquel es llevado; por consiguiente en caso de existencia de una cláusula restrictiva de la libre enajenación de las acciones, esta no obstante la falta de libro de accionistas conserva su plena validez y eficacia y por tanto deberá darse cumplimiento a la misma por parte de aquella persona que logre acreditar la propiedad de la acción frente a la sociedad. Tratándose de acciones al portador, consideramos en primer lugar y pese a que el legislador no hace distinción expreso al respecto que no es obligatorio para la sociedad llevar libro de accionistas²³ ya que la legitimación se produce mediante la posesión del título mismo de las acciones, sin embargo, y por cuanto en esta especie de acciones hemos dicho que la cláusula restrictiva debe constar en el título mismo si se dá el caso de que éste tampoco exista la cláusula restrictiva no tendrá eficacia alguna frente al tercer adquirente.

— 11 —

Hemos afirmado anteriormente (ver supra) que la cláusula restrictiva puede revestir muchas formas y que una de ellas puede ser la de establecer a favor de los restantes accionistas o de un grupo de ellos un derecho preferente para adquirir las acciones que un socio desee enajenar, en este caso se ha preguntado la doctrina si la circunstancia de que el socio que desea enajenar sus acciones, comunique a los demás si están dispuestos a adquirir las acciones otorga a estos últimos el derecho, en caso de respuesta afirmativa, a la adquisición, en otras palabras si dada una respuesta afirmativa por parte de los titulares

²³ DE GREGORIO, ALFREDO. Opus cit., Tomo 6, pág. 416, expone que en caso de acciones al portador el registro en el libro de socios se hace por partidas conjuntas (ejemplo: tantos títulos de 10 acciones, etc.).

del derecho preferente el eventual enajenante queda obligado a ceder sus acciones o si por el contrario puede abstenerse de enajenarlas es decir conservar para sí la propiedad de sus acciones. En relación con el asunto planteado se han dado diferentes soluciones, para algunos, los restantes socios una vez emitida su aceptación tiene el derecho de adquirir las acciones e incluso si el enajenante se niega a transmitir las, obtenerlas mediante sentencia judicial; otros por el contrario opinan —y creemos que con razón— que los restantes accionistas no tienen un derecho de retracto a su favor y que tampoco puede deducirse —aún con efectos sólo obligacionales— que esos restantes accionistas tienen un derecho adquirido a la cesión, pues el enajenante sólo se ha limitado a inquirir la intención de éstos — *caso de que él resuelva enajenar*, sin que haya una promesa de ceder. En el supuesto de respuesta negativa de los titulares del derecho preferente podrá el propietario de las acciones cederlas a cualquier tercero, caso contrario estará obligado, si se resuelve a enajenarlas a ceder a dichos titulares y no a otra persona pues de lo contrario viola, con los efectos ya vistos, la cláusula restrictiva²⁴.

— 12 —

Hemos ya señalado que no deben confundirse las cláusulas estatutarias restrictivas de la libre enajenación de las acciones con los llamados pactos de sindicación; estos últimos consisten en convenios celebrados entre todos los accionistas o un grupo de ellos, fuera de la sociedad que no interviene para nada, consistente en obligarse bien a no ceder las acciones por un tiempo determinado, o sin la aprobación de los restantes pactantes o bien otorgándose recíprocamente un derecho preferente para la adquisición; persiguen la finalidad bien de evitar la entrada de extraños en la sociedad o bien el control de éstas por parte de un grupo de accionistas, en tal sentido esa finalidad puede ser idéntica a la que se persigue mediante una cláusula estatutaria restrictiva, sin embargo, la eficacia de una y otra difieren sustancialmente en relación con la sociedad; pues si se ha incluido la restricción en los estatutos es para que tenga efectos en relación con ella, es decir que la sociedad es parte directamente interesada en el cumplimiento de la cláusula y por consiguiente su violación tiene el efecto de hacer irrelevante

²⁴ BROSETA PONT, M. Opus, cit., págs. 121 y siguientes

los actos jurídicos frente al ente social. La cláusula es dictada para la sociedad, indiferentemente que los motivos que la hayan inspirado sean de interés exclusivo de los socios o de alguno de ellos. Por el contrario en el pacto de sindicación la sociedad permanece ajena al mismo, es un tercero indiferente a la que ni aprovecha ni perjudica la existencia del pacto y por consiguiente cualquier enajenación hecha por uno de los pactantes con violación del convenio no impide que la trasmisión produzca plenos efectos incluso frente a la sociedad, quedando por su parte el cedente sujeto a los eventuales daños y perjuicios que el incumplimiento de su obligación ha acarreado a los demás interesados²⁵.

²⁵ BROSETA PONT, M. Opus. cit., págs. 50 y siguientes.

LEGISLACION COMENTADA

DE LAS CONDICIONES A LOS CONTRATOS DE SERVICIO

Por
J. R. Diego Simón

Profesor titular de la asignatura
Derecho de Consumo y Comercio al por
Menor

El presente libro trata de las condiciones a los contratos de servicio, en particular de los contratos de suministro de energía eléctrica y de agua, y de los contratos de transporte público. El autor analiza el contenido de estas condiciones y su efecto en el contrato, así como las medidas que se pueden adoptar para evitar los abusos que se producen en este tipo de contratos. El libro está dividido en tres partes: la primera trata de las condiciones a los contratos de suministro de energía eléctrica y de agua; la segunda trata de las condiciones a los contratos de transporte público; y la tercera trata de las medidas que se pueden adoptar para evitar los abusos que se producen en este tipo de contratos.

El autor es profesor titular de la asignatura de Derecho de Consumo y Comercio al por Menor en la Universidad de Valencia. Ha publicado numerosos artículos y libros sobre esta materia.

Este libro es una obra de consulta para los profesionales del derecho y para los estudiantes de esta materia. También puede ser útil para los consumidores que deseen conocer sus derechos y obligaciones en estos tipos de contratos.

El libro se publicó en el año 1993 en el número 10 de la colección "Legislación Comentada".

DE LAS CONCESIONES A LOS CONTRATOS DE SERVICIO

Por

J. R. Duque Sánchez

Profesor Titular de las Universidades
Católica Andrés Bello y Central de Ve-
nezuela.

El Gobierno Nacional anunció en el año de 1960 su política de "NO MAS CONCESIONES" y la sustitución de éstas por lo que denominó "CONTRATOS DE SERVICIO". Se piensa que la etapa de la concesión ha sido superada y que ésta no es hoy el instrumento más adecuado para continuar el desarrollo y expansión de nuestra principal industria, por lo que debe reemplazarse por otra figura jurídica más moderna que permita al Estado Venezolano ejercer con plenos poderes y amplitud el control de la explotación de nuestra riqueza petrolera como propietario que es de la misma.

El profesor JOAQUÍN V. GONZÁLEZ define a la *concesión* como "el acto de poder público, en cuya virtud el Estado se desprende de una porción determinada de su dominio sobre las minas, para constituir con ella una propiedad individual en favor de quien la solicita, mediante el cumplimiento de las formalidades legales".

Para los que consideran a la concesión como un contrato, ésta sería "un contrato de derecho administrativo por el cual el Estado otorga a un particular la explotación de la riqueza minera, obligándose el concesionario a verificar la explotación por su cuenta y riesgo, sometido a las condiciones impuestas por la Ley y el Estado, a cambio de los beneficios que le reporta la susodicha explotación".

Conforme a la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Hidrocarburos de 1943 "la concesión es un acto unilateral

del Estado, facultativo para éste y provocado por la gestión del particular, que confiere un núcleo de derechos fijos y definitivos, tales como el término de la concesión, el monto de las especies de los impuestos, los derechos preferenciales. Para ellos el Proyecto usa fórmulas de conferimiento o los menciona como derechos inherentes a la concesión". Este criterio ha sido modificado por la Constitución de 1961, al colocar a las concesiones entre los contratos de interés nacional.

En cuanto a los *Contratos de Servicio*, si bien constituyen una forma *sui generis* de contratación, regida sustancialmente por normas de derecho público, pudiera, sin embargo, verse en ellos la aplicación a la actividad petrolera de los "contratos de prestación de servicios", y más específicamente, de los "*contratos de obra*", contemplados en el Código Civil.

En efecto, el artículo 1.630 del Código Civil dice que "el contrato de obras es aquél mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle".

Aplicando esa definición a los Contratos de Servicio, pudiéramos decir que "es aquel contrato conforme al cual una parte se obliga a ejecutar determinado trabajo relacionado con los hidrocarburos (exploración, perforación, explotación, manufactura, mercadeo) mediante un precio en efectivo o en especie que el Estado propietario de los yacimientos se obliga a satisfacerle". Esto no obsta para que puedan revestir otras modalidades, como se verá más adelante, que los alejarían bastante de esa simple definición del Derecho Civil y haría de ellos contratos *sui generis*.

De ese simple criterio civilista participa el doctor MAURICIO YADAROLA, quien fuera Embajador de la Argentina en Washington durante el régimen del Presidente Arturo Frondizi y quien en memorandum de 31 de Enero de 1958, después de decir que había que eliminar definitivamente el antiguo sistema de concesiones petrolíferas por sus perjudiciales resultados para la economía y buscar otra vía armónica con los intereses nacionales, expresó:

"Habitado al manejo de las figuras jurídicas que pueden surgir de las relaciones económicas, no me fue difícil ubicar el problema en la del contrato de *locación de servicios*, o de *obra*, como también suele llamárselo. Esta es la base jurídica de mi

proyecto: un contrato de locación por medio del cual Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) obtiene de las empresas la prestación de un servicio: sacar el petróleo que tenemos debajo de la tierra. Eso es todo. No hay nada que afecte ni la propiedad del petróleo, que será siempre del Estado, ni, por cierto, nuestra economía”.

En nuestro País, ese contrato sería celebrado por la Corporación Venezolana del Petróleo (CVP), en áreas que le son previamente asignadas. Y así como en el memorandum de YARADOLA se dice que “ha pensado que la forma de pagar a las empresas en especie, es decir, en petróleo, es la más conveniente”, así también en el informe sobre nuestros Contratos de Servicio se expresa que “la CVP entregaría al socio la parte de petróleo que le corresponda según la distribución pactada”.

Según el mismo YADAROLA, “no obstante existir en unos y otros aspectos que los hace aparecer con ciertas semejanzas, las diferencias entre concesiones y contratos de servicio son bien definidas y no cabe confundirlas ni asimilarlas”; y agrega: “La concesión es un convenio que se mueve dentro del ámbito del derecho público administrativo; la locación, es de derecho privado, y se rige por el Código Civil y por las leyes supletorias o complementarias”.

No es este el criterio de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos que dió cabida a los Contratos de Servicio. Allí se lee:

“Es procedente advertir que la denominación “Contratos de Servicio”, si bien es usada en el derecho civil, en el caso que nos ocupa su naturaleza es distinta y constituye una forma *sui generis* de contratación, sustancialmente regida por normas de derecho público, pudiendo adoptar diversas modalidades, entre otras, la que propiamente se distingue como contratos de servicio en Derecho Civil, la del contrato de sociedad o la del mandato. Además, diferencia también los contratos de servicio de las concesiones, la intervención operativa y la participación económica del Estado que se aspira sea superior en los primeros”.

Con ocasión de la creación de la Corporación Venezolana del Petróleo, surgió otra figura jurídica en el campo que nos ocupa: “la asignación”, definida por uno de nuestros profesores de Derecho Minero como “aquella figura de derecho público, en

virtud de la cual y mediante la aprobación del Congreso Nacional, se efectúa la transferencia de derechos reales de exploración y explotación de hidrocarburos a entes públicos en áreas determinadas, pero sin que tales derechos puedan ser luego enajenados, gravados o ejecutados”.

Esas “asignaciones” que se hicieron a la CVP de áreas de reservas nacionales, nos merecieron serios reparos desde un punto de vista legal y así lo expusimos en la cátedra, ya que la Ley de Hidrocarburos en su artículo 3º no contemplaba para ese momento sino la explotación directa de los yacimientos por parte del Estado y no asignaciones para explotación a un Instituto Autónomo o Ente Estatal; o bien, el otorgamiento de concesiones. Pero reformada como fue la citada Ley e incluidas ahora “las asignaciones” entre las formas de explotación de nuestra riqueza petrolera, tienen asidero legal. Este criterio, lo encontramos posteriormente confirmado en un dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia del 24-3-60, así: “No puede atribuirse a un Instituto Autónomo el derecho de explotar hidrocarburos, ya que este derecho sólo puede ser ejercido directamente por el Ejecutivo Nacional o por terceros mediante concesiones”. En el mismo dictamen, se agregaba: “El derecho de explotación de hidrocarburos es un derecho real inmueble, y por tanto no puede ser transferido por el Estado sin cumplir con el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional” (Véase Volumen 1.963, págs. 139 y 140).

La Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos a que hicimos referencia, fué sancionada por el Congreso Nacional el 20 de Julio de 1967; recibió el “Ejecútese” el 7 de Agosto del mismo año y se publicó en la Gaceta Oficial el 8 de Agosto, bajo el número 1.137 Extraordinario.

En dicha Reforma, en el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, además de la explotación directa por el Ejecutivo o mediante concesiones, como lo establecía la Ley reformada, se incluyó la modalidad de los Contratos de Servicio y las asignaciones, así:

“Art. 3º—El derecho de explorar con carácter exclusivo y el de explotar, manufacturar o refinar y transportar por vías especiales las sustancias a que se refiere el artículo 1º podrá ejercerse:

Primero: Directa y exclusivamente por el Ejecutivo Nacional.

Segundo: Por Institutos Autónomos y Empresas de la propiedad exclusiva del Estado en las que éste conserve por la Ley el control de las decisiones, a quienes esos derechos sean transferidos. Tales derechos no podrán ser enajenados, gravados ni ejecutados. En este caso, recibirán las siguientes normas:

a) Los derechos de exploración y explotación se ejercerán en las áreas que con autorización del Senado de la República hayan sido asignadas por el Ejecutivo Nacional. Tales derechos no podrán ser enajenados, gravados ni ejecutados.

b) A los organismos antes mencionados 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.

c) Las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, aprobará las bases de contratación dentro de las condiciones que fijen.

Antes de seguir adelante con la Reforma, queremos observar que lo dispuesto en esta letra c) no es otra cosa que el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 126 y según el cual "no podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones (lo que reza también con los Contratos de Servicio sustitutivos de aquéllas), sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales".

d) En todo caso, los convenios quedarán sometidos a las siguientes disposiciones:

1.—La duración de los convenios podrá ser hasta de veinte (20) años, contados a partir del comienzo de la explotación; en este caso el período de exploración no excederá de cinco (5) años. Si por las características especiales de un área determina-

da, el Ejecutivo Nacional lo estima necesario, la duración, previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, podrá ser hasta de 30 años comprendido el período de exploración.

2.—En las bases de contratación que aprueben las Cámaras en sesión conjunta, se determinará la extensión máxima, la forma, orientación y demás especificaciones, según las características de la zona que vaya a ser objeto de contratos. En los convenios de exploración y subsiguiente explotación, mediante un proceso de selección alternada entre ambas partes, que tienda a garantizar al país la retención de áreas adecuadas, las partes contratantes harán reducciones del área original hasta obtener una superficie no mayor del 20% de dicha área. A los fines de la selección alternada, el área objeto de cada contrato será dividida en lotes no mayores del 10% de dicha área. En el caso de que el área original no exceda de 10.000 hectáreas, si el 20% de ella no permite emprender una explotación comercial, la superficie de explotación podrá llegar hasta el 50%.

3.—Para la selección de los Contratistas el organismo público promoverá, en cuanto sea aconsejable, la concurrencia de diversas ofertas.

4.—Los impuestos, contribuciones y demás obligaciones fiscales, establecidas en estas u otras leyes, serán aplicables a las actividades objeto de estos convenios con las limitaciones establecidas en la primera parte del artículo 46 de la presente Ley.

5.—En los convenios se estipulará que las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas, y cualesquiera otros bienes adquiridos con destino al objeto de los convenios, sea cual fuere el título de adquisición, deberán ser conservados para entregarse en propiedad a la Nación, al extinguirse por cualquier causa los respectivos convenios.

6.—Para la celebración de los convenios, además de dar cumplimiento a lo dispuesto en el literal c) del ordinal 2º, el Ejecutivo Nacional deberá consultar previamente con el Consejo Nacional de la Energía y se requerirá la aprobación del Presidente de la República en Consejo de Ministros. Cuando se trate de los convenios a que se refiere el primer aparte del artículo 126 de la Constitución, se requerirá la aprobación del Congreso.

Para la celebración de contratos con empresas privadas extranjeras, se exigirá que previamente se domicilien en Venezuela.

7.—Una vez celebrados los convenios, el organismo público contratante remitirá el respectivo documento, dentro de los ocho días siguientes, al Ministerio de Minas e Hidrocarburos, a los fines de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

8.—Las disposiciones de esta Ley y su Reglamento serán aplicables a los convenios en cuanto les sean compatibles.

9.—En los convenios se insertará la siguiente cláusula:

Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de este convenio y que no puedan ser resueltas amigablemente, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras.

Tercero: Por medio de concesiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Nacional.

Las concesiones de exploración y explotación y las de explotación previstas en esta Ley, 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. Este derecho puede ser objeto de hipoteca”.

Hasta aquí la cita de la Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos.

La defectuosa redacción del número 6 de la letra d) que dejamos transcrito, ha llevado a algunos a sostener que la celebración de los propios convenios, cada uno de ellos en particular, está sujeta también a la aprobación de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta, al igual que lo están las bases generales o mínimas a que deberán sujetarse las concesiones o los contratos de servicio. No compartimos este criterio, ya que otra es la solución a que se llega dentro de una interpretación racional y lógica de la citada norma legal y sin perder de vista la intención del Constituyente de 1961.

En efecto, creemos que el numeral 6º, del párrafo 2º del artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, lo que hace es recordar que antes de iniciarse la discusión y celebración de los convenios, deberá haberse cumplido con el mandato constitucional sobre condiciones generales que servirán de base a los convenios, repetido por el legislador ordinario en la letra c) del mismo párrafo, pues, de lo contrario, no podrá procederse a celebrarse los convenios; pero en manera alguna quiere decir ese numeral 6º que el convenio mismo singular deberá pasar también por el dilatado procedimiento de la aprobación de las Cámaras en sesión conjunta. Esto haría tan complicada la celebración de los convenios, llámense concesiones o contratos de servicio, que resultaría poco menos que imposible llegar a los mismos con la flexibilidad con que la Administración Pública debe actuar. Y si bien es verdad que se trata de una actividad de interés nacional y declarada de utilidad pública, es lo cierto que el control que ello requiere y demanda, está logrado con la aprobación de las bases generales por las Cámaras Legislativas en sesión conjunta que habrán de hacer previamente, no referida a un contrato determinado, sino como "autorización general", según la denominación de la Exposición de Motivos. Con este control el Constituyente se mostró satisfecho y lo consideró suficiente, según aparece de los párrafos contenidos en la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución al comentar el sentido y alcance del artículo 126 de la Constitución de 1961.

ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE CONCESIONES Y CONTRATOS DE SERVICIO

Del texto del artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos que transcribimos antes, se pueden extraer las siguientes diferencias:

1.—En cuanto a su duración, las *concesiones* tienen una vida de 40 años, si son de exploración y subsiguiente explotación, o de explotación solamente; y 50 años, si se trata de las de manufactura o refinación y transporte. Los *contratos de servicio*, en cambio, duran 20 años, con posibilidad de llegar a 30, en condiciones especiales.

2.—Por lo que hace a su extensión, las concesiones de explotación pueden cubrir hasta 10.000 hectáreas, con derecho de

demarcar en el lote de exploración, parcelas de explotación de quinientas hectáreas cada una, hasta un máximo de la mitad del lote. En las concesiones de explotación, su extensión es de 500 hectáreas cada una. Recuérdese que con respecto a las de exploración, se puede llegar a ser titular hasta de 300.000 hectáreas; y en las de explotación, hasta 150.000 hectáreas, sin requerirse autorización del Ejecutivo Nacional. De ahí en adelante se necesita la autorización. Por lo que se refiere a los contratos de servicio, el número de hectáreas no está previamente determinado, y sólo se establecerá en el propio contrato que llegue a celebrarse.

3.—Refiriéndose a la naturaleza jurídica de los derechos que confieren unas y otras, en las concesiones, al tenor del artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos, éstas no confieren la propiedad de los yacimientos sino un derecho real inmueble de explorar el área concedida y de explotar, por tiempo determinado, los yacimientos que se encuentren en ella; derecho que por ser real, puede hipotecarse. La concesión puede además ser objeto de cesión o traspaso, conforme al artículo 63 de la misma Ley. Los contratos de servicio, representan más bien un derecho personal, que no puede ser cedido.

4.—En las concesiones, el concesionario ha de concretarse a explotar su concesión bajo los términos de la Ley y del título de la misma y la intervención del Estado es muy relativa, sobre todo en lo que tiene que hacer con el aspecto económico y operativo, cuya intervención es nula. En los contratos de servicio, la ingerencia económica y operativa es notable y manifiesta. A este respecto, la Carta Semanal del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, Nº 44, expresa:

“En cuanto a la participación económica no sólo se colocará por encima de los niveles actuales, ya que la aplicación de los esquemas previstos sería complementaria de los existentes sino que también estaría mejor relacionada con la productividad de las áreas y con la rentabilidad de las operaciones. En todos los casos, los esquemas estarían dotados de una suficiente flexibilidad que permitiría alcanzar una participación más racional para el Estado conservando los estímulos necesarios para el contratista. En cuanto a la participación operativa, el Estado Venezolano, a través de su brazo empresarial, que es la Corporación Venezolana del Petróleo, va a asociarse con compañías

extranjerías en la operación del negocio petrolero, como lo está haciendo actualmente en forma exclusiva, y seguirá haciéndolo en determinada medida, por la gestión directa”.

MODALIDADES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIO

En la Carta Semanal N° 44 de 29 de Octubre de 1966, antes citada, aparece que se contemplan dos modalidades: a) la *Compañía Mixta*, en la que la parte del capital social suscrito por la Corporación Venezolana del Petróleo estaría sujeta al acuerdo de las partes; y b) el *Contrato de Servicio Directo*. Una y otra forma tienen de común el hecho de que las inversiones iniciales hasta llegar a la producción comercial, correrían por cuenta exclusiva del contratista, salvo acuerdos especiales para el desarrollo de áreas probadas.

I.—La *Compañía Mixta* puede ser:

1.—*Compañía Mixta Limitada a la Extracción*: Según esta modalidad, la *Compañía Mixta* actuaría únicamente hasta la extracción del petróleo. Después de producido éste por cuenta de la CVP, que es la propietaria de los hidrocarburos extraídos, la CVP entregaría al socio la parte del petróleo que le corresponde según la distribución que haya sido pactada.

2.—*Compañía Mixta Integrada*: Aquí, después de la extracción realizada por cuenta de la CVP, la *Compañía Mixta* recibiría el petróleo extraído o un petróleo equivalente para ser vendido en los mercados internacionales. Dicha *Compañía* vendería directamente el petróleo y pagaría los impuestos, repartiéndose las utilidades netas entre los socios de acuerdo con el esquema pactado. La CVP podría reservarse, hasta llegar a una proporción determinada, el derecho a disponer de parte del petróleo extraído.

II.—*Contrato de Servicio Directo*: En los casos en que no fuese lo más conveniente la formación de una *Compañía Mixta* desde el principio, se podría adoptar la modalidad del *Contrato de Servicio Directo*, agrega la Carta Semanal antes citada. Según esta modalidad, la empresa contratista extraería el petróleo por cuenta de la CVP, la que convendría en traspasarlo en todo o en parte a aquélla para participar en los beneficios de la venta.

Las operaciones de venta estarían a cargo del contratista y la participación de la CVP en las ganancias se regiría por el esquema de distribución convenido. La CVP tendría opción de asociarse a la empresa hasta una proporción determinada del capital social, evitando el riesgo inicial.

INSTRUMENTOS DE PARTICIPACION OPERATIVA Y FINANCIERA

Los instrumentos previstos para alcanzar la participación operativa de la Corporación Venezolana del Petróleo (CVP) son flexibles y adaptables a las circunstancias de cada caso.

Cuando se trate de Compañía Mixta, la CVP podría alcanzar una participación operativa amplia a través de la Junta de Administración, en la cual tendría una participación que podría variar según las circunstancias. Los cargos directivos, gerenciales, y técnicos serían provistos mediante acuerdo entre las partes.

En la modalidad del Contrato Directo la participación operativa se podría lograr mediante la creación de Comités Mixtos, constituidos en varios niveles. También se podría prever la creación de un subcomité especial que tendría a su cargo asegurar la participación de la CVP en las actividades de mercadeo.

Para determinar los niveles adicionales de participación financiera de la Nación, se consideraron los dos criterios generales siguientes:

1.—Esquemas según la productividad: éstos determinarían un nivel de participación relacionado con la ganancia total promedio obtenida de cada barril de petróleo extraído.

2.—Esquemas según la rentabilidad: determinarían un nivel de participación relacionado con las inversiones requeridas para la exploración y explotación de los hidrocarburos objeto del contrato.

Estos esquemas se podrían aplicar conjunta o alternativamente, según convenga en cada caso.

Podrían introducirse además otros elementos —el agotamiento para la CVP y el bono— relacionados con la participación financiera de la Nación. El objetivo principal del agota-

miento sería asegurar a la CVP una participación financiera en todos los desarrollos. El bono se entendería como un pago inicial para disfrutar de la oportunidad de participar en un contrato de servicio.

BASES DE CONTRATACION

Los anteriores principios sirvieron de guía para la elaboración de las bases de contratación que regirán los convenios en los cinco bloques seleccionados en la zona sur del Lago de Maracaibo, para que la Corporación Venezolana del Petróleo celebre convenios para la exploración y explotación de petróleo en esos bloques denominados: "A", "B", "C", "D" y "E". Dichas bases fueron aprobadas por el Congreso Nacional el 5 de Agosto de 1970 (Gaceta Oficial N° 1.430 Extra., del 9 de Septiembre de 1970). Los límites de este trabajo no nos permiten analizar cada una de esas bases. Nos concretaremos simplemente a enumerarlas, pensando que con su sólo enunciado y teniendo en cuenta los principios anteriormente expuestos, podremos formarnos una idea más o menos general de las mismas. Los bloques totalizan una extensión de 250.000 hectáreas, divididas en 50.000 hectáreas cada bloque, siendo las bases de contratación, las siguientes:

1.—*Objeto del contrato.* La Contratista ejecutará con sus propios elementos y por su exclusiva cuenta y riesgo, pero en nombre y representación de la CVP, las actividades relacionadas con la exploración del área contratada, el desarrollo y la producción de petróleo en el área seleccionada para la explotación. La Contratista extraerá el petróleo recuperable, entregándolo a la CVP, la que a su vez traspasará a la Contratista una cantidad que no será mayor del 90% de la producción para su venta en los mercados internacionales. La CVP retendrá no menos del 10% del petróleo producido y reembolsará a la Contratista el costo de producción correspondiente. Siguen disposiciones sobre gas natural asociado, gas condensado y gas libre.

La Contratista puede utilizar en sus operaciones de producción o programas de conservación, el gas que se produzca asociado con el petróleo y la CVP, podrá extraer a éste, a sus propias expensas, los líquidos condensables, así como celebrar convenios con la Contratista o terceros para la utilización de este

gas. También recibirá sin costo alguno todo el gas excedente. En cuanto a los yacimientos de gas condensado para su explotación deberán ser sometidos a recirculación y se tendrán como gas libre cuando la producción de líquido resulte antieconómica. Finalmente, la Contratista en virtud del contrato que celebre no tendrá derecho alguno sobre los yacimientos de gas libre que se descubran, pudiendo la CVP celebrar convenios especiales para la utilización de este gas.

2.—*Identificación del bloque.* El área objeto del contrato estará constituido por un bloque denominado "A" con una extensión de 50.000 hectáreas cada uno, cuya forma, orientación y ubicación se indica en el plano respectivo. Este bloque está ubicado en el Sur del Lago de Maracaibo.

3.—*Duración del contrato.* Tres (3) años para la exploración y veinte (20) años a partir del período exploratorio o de la fecha en que se inicie la explotación anticipada durante el período antes señalado.

4.—*Etapa exploratoria.* Aquí se indican las condiciones a que deberán sujetarse las exploraciones, ya sean geológicas, geofísicas, de perforación de pozos y de otra naturaleza, hasta explorar totalmente el área y evaluar las trampas estructurales o estratigráficas presentes.

5.—*Programa exploratorio mínimo.* Un levantamiento sísmográfico, no menor de 378 kilómetros de líneas sísmicas; y la perforación de dos pozos exploratorios.

6.—*Determinación de la producción comercial.* Se impone a la Contratista la obligación de determinar si ha descubierto petróleo en cantidades comerciales, en cualquier momento y en cualquier lote, durante el período exploratorio y se fija el momento y cómo se determinará esa producción comercial.

7.—*Selección alternada del área de explotación.* Se vuelve al sistema que había sido abandonado en la Ley de 1943 consistente en la selección alternada del área de explotación, mediante la escogencia de lotes en el bloque explorado, hasta alcanzar una área no mayor del 20%. La contratista seleccionará el primero y la CVP el segundo; aquella un nuevo lote y éste junto con el primero, formará el área de explotación del contrato.

8.—*Participación Operativa de la CVP.* Para la elaboración, ejecución y supervisión de los planes, programas y presupuestos requeridos para el desarrollo, la CVP tendrá una amplia participación operativa, la cual ejercerá mediante el funcionamiento de Comités y Sub-Comités integrados paritariamente con representantes de la CVP y de la Contratista. Existirán los Comités Coordinador y Supervisor de Alto Nivel y los Sub-Comités Técnico, de Mercadeo de Petróleo y Productos Derivados, Administrativo-Financiero y Legal. Sus decisiones obligarán a la Contratista. Esta deberá también presentar programas anuales de actividades, información sobre las realizadas, medidas de conservación, convenios de unificación y de operación, personal de la Contratista que deberá ser venezolano, salvo el caso de que se requiera personal técnico especializado y no disponible en Venezuela, y salvo lo que dispongan los Contratos Colectivos al respecto; compras y servicios locales; inspección y fiscalización estarán sometidas a lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley de Hidrocarburos.

9.—*Mercadeo.* La Contratista se compromete a colocar en los mercados internacionales todo el petróleo que reciba de la CVP de conformidad con lo establecido en el párrafo 1.1 del numeral 1 de las Bases.

10.—*Refinación en el País.* Se celebrarán contratos, por propia iniciativa o a instancia del Ejecutivo Nacional, entre la CVP y la Contratista, para la refinación en el territorio nacional de la totalidad o parte del petróleo entregado a la Contratista conforme al párrafo 1.1 de las Bases. El proyecto de convenio requerirá la autorización del Ejecutivo Nacional y la aprobación del Congreso.

11.—*Intransferibilidad de los derechos de exploración y explotación.* De conformidad con lo previsto en el artículo 3º de la Ley de Hidrocarburos y 4º de los Estatutos de la CVP, la Contratista no adquiere derechos sobre las reservas descubiertas y la CVP no enajena ni grava los derechos de exploración y explotación de hidrocarburos que le fueron transferidos y los cuales tampoco pueden ser objeto de ejecución por parte de terceros.

12.—*Cesión o traspaso del contrato.* La Contratista se obliga a no ceder o traspasar total o parcialmente el contrato, sin la previa autorización de la CVP y aprobación del Ejecutivo Nacio-

nal, ambas otorgadas por escrito. Ello, por cuanto se ha tomado muy en cuenta la capacidad técnica y la experiencia de la Contratista, tanto en operaciones de la industria petrolera, como en actividades relacionadas con la misma, así como el respaldo económico y financiero comprobado por ésta. Podrá sub-contratar operaciones individuales con autorización del Comité respectivo.

13.—*Reversión.* En el contrato se estipulará, conforme al artículo 3º, ordinal segundo, numeral 5º, de la Ley de Hidrocarburos, que las tierras y obras permanentes, incluyendo instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas y cualesquiera otros bienes adquiridos con destino al objeto del convenio, sea cual fuere el título de adquisición, deberán ser conservados para entregarse en propiedad a la Nación al extinguirse por cualquier causa el respectivo convenio.

14.—*Obligaciones financieras.* La empresa seleccionada en la concurrencia de ofertas, deberá constituir o domiciliar en el país una compañía anónima, la cual aportará por su exclusiva cuenta, el capital necesario para efectuar las inversiones, gastos de operación y cualesquiera otras erogaciones. Para respaldar tal cumplimiento, deberá prestar las garantías suficientes a juicio de la CVP. En condición expresa que tales inversiones, pagos y gastos quedarán sujetos al riesgo exclusivo de la Contratista y que ésta convendrá en que si resultaren pérdidas en sus operaciones, ni ella ni sus accionistas podrán deducirlas en ningún momento de otros ingresos gravables en el país.

15.—*Régimen impositivo.* La Contratista se obliga a pagar al Fisco Nacional, en nombre, por cuenta y orden de la CVP, los impuestos, contribuciones y demás obligaciones fiscales establecidas en la Ley de Hidrocarburos, con las limitaciones contempladas al final de la primera parte del artículo 46 de dicha Ley, y los cargará como costos en la producción del petróleo. El impuesto de explotación se pagará conforme al ordinal 1 del artículo 41 de la Ley de Hidrocarburos; y si el Ejecutivo opta por recibirlo en efectivo, dicho impuesto se calculará tomando como base los *precios de referencia* para regalía de los convenios vigentes para hidrocarburos similares, siendo entendido que los *precios de realización* obtenidos por encima de los valores determinados de acuerdo con los referidos convenios, privarán sobre tales va-

lores. El impuesto sobre la renta lo pagará la Contratista por su cuenta y en su nombre.

16.—*Participación financiera de la CVP.* La Contratista reconocerá a la CVP una participación financiera constituida por: a) *bonos de contratación*, o sea, en el momento de firmarse el contrato, representados por una bonificación en efectivo no menor de un millón de dólares de los Estados Unidos de América; b) *bonos de producción*, consistentes en una bonificación por un monto no menor de quinientos mil dólares en efectivo a la CVP, al establecerse la producción comercial; y un bono en efectivo no menor de 680.000 dólares cuando la tasa de producción de los lotes seleccionados por la Contratista alcance por primera vez a 9.000 barriles diarios. Además, bonificaciones en efectivo según el monto de la producción acumulada de dichos lotes, a partir de los 5.000.000 de barriles de petróleo inclusive y hasta alcanzar treinta millones de barriles inclusive, por un montante no menor cada una de 210.000 dólares por cada incremento de 5 millones de barriles; c) por concepto de *agotamiento*, pagará la Contratista a la CVP una cantidad equivalente a un 5% de la regalía pagada; d) una *participación adicional* en base al nivel mínimo de utilidad por barril, y conforme a la tabla consignada en las Bases; e) Finalmente, la CVP tendrá una *opción para participar en el capital social* de la Contratista, una vez determinada la producción comercial y dentro de los 180 días siguientes a la selección por parte de la Contratista del primer lote, a cuyo efecto, podrá adquirir acciones del capital social mediante el pago a los otros accionistas del valor nominal correspondiente a las acciones adquiridas, según el convenio respectivo.

17.—*Aplicación de la Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos.* Serán aplicables a los convenios en cuanto sean compatibles.

18.—*Jurisdicción de los Tribunales Venezolanos.* La cláusula constitucional y legal que rige en las concesiones sobre "dudas y controversias que puedan suscitarse con motivo de la ejecución de las concesiones" se aplicará también a los Contratos de Servicio. Según ésta, cuando las diferencias no puedan ser resueltas amigablemente, conocerán los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Con ligeras diferencias, estas Bases rigen también para los bloques "B", "C", "D" y "E", tal como aparece de la Gaceta arriba

citada. Ellas ponen de manifiesto las diferencias entre las concesiones y los contratos de servicio.

SITUACION ACTUAL DE LOS CONTRATOS DE SERVICIO

El lapso para la presentación de los sobres contentivos de las ofertas relativas a los primeros Contratos de Servicio quedó cerrado el 14 de octubre de 1970.

De las once (11) empresas que habían manifestado previamente interés en los aludidos Contratos, solamente cuatro (4) presentaron ofertas y proposiciones relativas a nueve modalidades diferentes; las restantes dejaron de hacer postulación. Esas Empresas, son: Compañía Shell de Venezuela, Mobil de Venezuela, Occidental de Venezuela y Venezuela City Service Incorporated.

La Corporación Venezolana de Petróleo va a realizar el estudio y análisis, muy detallado, de las distintas proposiciones, así como el Consejo Nacional de Energía, cuyo procesamiento, análisis y estudio, se harán en forma reservada por la CVP.

Las Empresas que manifestaron en un principio interés y luego no concurrieron a presentar ofertas, una vez aprobadas las Bases de Contratación, fueron: Agip, Phillips, Creole, el Sindicato Europeo constituido por: Elf-Erap, Compañía Alemana-Española y Petrofina; Mene Grande, Pan-American de Venezuela, Sinclair, Texas y Venezuelan Sun Oil (Carta Semanal del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, N° 42 del 17-10-70).

PAPEL FUNDAMENTAL DE LOS CONTRATOS DE SERVICIO

Una gruesa monografía podría escribirse sobre los Contratos de Servicio en sus variados aspectos; pero para los conocimientos mínimos que debe tener un cursante de Legislación Minera en el Cuarto Año de Derecho, la síntesis que de los mismos dejamos hecha nos parece suficiente. No queremos, sin embargo, con-

cluir nuestro estudio sin consignar el papel que los Contratos de Servicio desempeñarán en nuestra industria petrolera y en la política que la misma conlleva. A este respecto, nada mejor que reproducir la exposición que el Dr. HUMBERTO PEÑALOZA, hizo ante la Comisión Bicameral de Minas e Hidrocarburos del Congreso de la República, y quien apuntó, además de las ventajas de los Contratos frente a las concesiones, los siguientes papeles importantes que aquéllos están llamados a desempeñar, a saber:

- 1) Servirán como elemento reanimador de las inversiones en la industria del petróleo venezolano.
- 2) Servirán como elemento vigorizador de las reservas.
- 3) Servirán como elemento acelerador de la CVP. De arrancada, la CVP percibirá bonos de riesgo o de producción por parte de la Contratista en los momentos iniciales de la vida del contrato.
- 4) Servirán como elemento fortalecedor de la posición del petróleo venezolano en el cuadro mundial energético.
- 5) Por último, servirán como elemento dinamizador de la política petrolera caracterizada por la participación directa del Estado Venezolano en la explotación de sus propias riquezas minerales.

JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

Por Ramón José López Cordero
Profesor de Derecho Constitucional de la
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO

INDICATORIA

A. M. PÉREZ, GILBERT M. GARCÍA DE EL DERECHO DE
LOS MINERALES COMO BIENES PÚBLICOS Y SU EXPLOTACIÓN
EN VIRTUD DE UN PATENTEAMIENTO Y REGULA

MARKED

1. LA EXPROPIACIÓN COMO EXERCICIO DE LA FACULTAD
DE LA LEY DE LAS MINAS. El artículo de la Ley de las
Minas que establece la obligación de declarar las zonas
de explotación de las minas como bienes públicos y su explotación
en virtud de un patenteamiento y regulación.

2. LA EXPLOTACIÓN DE LAS MINAS COMO EXERCICIO DE
LA DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA DE LA INDUSTRIA
MINERA. Al ser declaradas zonas de explotación de las
minas como bienes públicos y su explotación en virtud de un
patenteamiento y regulación, se convierte en un ejercicio de
la facultad de declarar zonas de utilidad pública de la
industria minera.

3. LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTAR EN VIRTUD DE UN
PATENTEAMIENTO Y REGULACIÓN DE LAS ZONAS DE
EXPLORACIÓN. El artículo de la Ley de las Minas que
establece la obligación de declarar las zonas de explotación
de las minas como bienes públicos y su explotación en virtud
de un patenteamiento y regulación, se convierte en un ejercicio
de la facultad de declarar zonas de utilidad pública de la
industria minera.

4. LA SUPLENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL DERECHO DE
EXPROPIACIÓN Y LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTAR. Al ser declaradas
las zonas de explotación de las minas como bienes públicos y su
explotación en virtud de un patenteamiento y regulación, se convierte
en un ejercicio de la facultad de declarar zonas de utilidad pública
de la industria minera.

LA OBLIGACION DE EXPLOTAR DEL CONCESIONARIO DE MINAS EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Por *Román José Duque Corredor*
Profesor de Derecho Administrativo de la
U.C.A.B.

DEDICATORIA :

A MI PADRE, QUIEN ME INICIÓ EN EL CONOCIMIENTO
DEL DERECHO MINERO Y QUIEN PERMANENTEMENTE
ME ESTIMULA EN SU PROFUNDIZACIÓN Y ESTUDIO.

El autor.

SUMARIO :

1.—LA EXPLOTACION COMO EXIGENCIA DE LA NATURALEZA Y ESENCIA DE LAS MINAS. A) Carácter de las minas. B) Importancia de la industria minera: financiera y económica-social. C) Fundamento primigenio de la obligación de explotar las minas dadas en concesión.

2.—LA EXPLOTACION DE LAS MINAS COMO IMPOSICION DE LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PUBLICA DE LA INDUSTRIA MINERA. A) La noción de utilidad pública en la industria minera. B) Razones que justifican la declaratoria de utilidad pública. C) La Utilidad Pública fundamento de los privilegios y prerrogativas que se otorgan a los concesionarios. D) Conclusión: La obligación de explotar esencia misma de la concesión.

3.—LA OBLIGACION DE EXPLOTAR COMO SISTEMA VENEZOLANO DE CONSERVACION DE LA PROPIEDAD MINERA. A) Característica especial de la propiedad minera. B) Sistemas de amparo de la propiedad minera. C) Evolución histórica de los sistemas de amparo de la propiedad minera en nuestra legislación: a) Etapa del sistema de amparo por el trabajo. b) Etapa del sistema de amparo por el pago de un impuesto. c) Etapa del sistema mixto. D) Conclusión: La obligación de explotar como consecuencia de la interpretación histórica de la legislación de minas.

4.—LA APARENTE CONTRADICCION ENTRE EL DERECHO DE EXPLOTAR Y LA OBLIGACION DE EXPLOTAR. A) Derechos y obligaciones que confiere la concesión minera. B) Ratio legis de la

obligación de explotar. C) Carácter y amplitud del derecho de explotar: a) Caracteres específicos del derecho de explotar.

5.—LA APLICACION INMEDIATA DE LAS NORMAS DE DERECHO MINERO A LAS CONCESIONES EN VIGOR. A) Planteamiento del problema. B) Las normas de derecho minero inter-temporal: a) La figura de la adaptación. C) El efecto inmediato y el principio de la no retroactividad de las leyes. D) Régimen legal de las relaciones jurídico-mineras. E) Aplicación inmediata de las normas limitativas del derecho de propiedad: a) El principio de la no retroactividad y el principio de la función social.

6.—LA FUNCION SOCIAL DE LA MINA. A) Concepto de Función Social: Doctrina y Jurisprudencia. B) La obligación de explotar como manifestación de la función social de la propiedad minera: a) Concepto legal de la obligación de explotar. b) Concepto doctrinario de la obligación de explotar. c) Criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre los términos y condiciones de la obligación de explotar.

INTRODUCCION

La explotación de las minas dadas en concesión, además de ser el modo normal de desenvolvimiento de la actividad minera, constituye junto con el pago de los impuestos, la principal obligación del concesionario. En la actualidad, tal obligación se encuentra establecida en el artículo 24 de la vigente Ley de Minas del 28 de diciembre de 1944, y su incumplimiento se sanciona con la declaratoria de caducidad de la respectiva concesión, tal como lo dispone el Artículo 55 ejusdem. Pues bien, sobre el alcance de la obligación de explotar y sobre la posibilidad de aplicar la sanción de caducidad a concesiones otorgadas bajo el imperio de leyes que no contemplaban tan sanción, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, en reciente sentencia de 21 de diciembre de 1967. En efecto, el objeto del litigio causado por la demanda de nulidad intentada contra la Resolución N° 253 de 4 de mayo de 1961 del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, por medio de la cual se declaró la caducidad de una concesión otorgada bajo la vigencia de la Ley de Minas de 1928, que expresamente no contemplaba la obligación de explotar, ni la referida sanción, se reducía concretamente, a determinar si a concesiones mineras otorgadas bajo el régimen de la citada ley de 1928, les es aplicable la declaración de caducidad por falta de explotación prevista en la Ley de Minas actualmente en vigor. La Corte consi-

deró a la resolución demandada, ajustada a las disposiciones legales y constitucionales vigentes, y en consecuencia declaró que, es posible que pueda ser declarada la caducidad de una concesión, aunque en la ley bajo cuya vigencia fue otorgada, no se hubiera contemplado a la caducidad como pena o sanción a la falta de explotación.

La mencionada sentencia de 21 de diciembre de 1967, junto con otra también muy importante de la misma Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, de fecha 7 de noviembre de 1962, que definió claramente los términos de la exigencia legal de mantener explotada la mina, constituyen un valioso e importante aporte a las ciencias jurídico-mineras de nuestro país, en lo que respecta a la obligación de explotar y a la sanción de caducidad por falta de explotación. De tal manera, que se puede perfectamente hablar de toda una doctrina de origen jurisprudencial sobre esta materia concretamente. Acerca de la motivación y justificación de la Corte para dictar el referido fallo de diciembre de 1967, así como también acerca de otras interesantes cuestiones relativas al tema que nos ocupa, trataremos de seguidas sistematizando la doctrina sobre el particular.

Caracas, mayo de 1968.

1.—LA EXPLOTACION COMO EXIGENCIA DE LA NATURALEZA Y ESENCIA DE LAS MINAS

A) *CARACTER DE LAS MINAS*

Según un clásico criterio diferenciador de las cosas, éstas pueden ser naturales o derivadas del trabajo del hombre, así se habla de bienes naturales o de productos. Las minas, como es fácil comprender, son bienes esencialmente naturales, por cuanto en su formación no ha intervenido para nada la mano del hombre. Constituyen por lo tanto, un bien natural de la tierra. Este reconocimiento acerca del carácter o de la naturaleza de las minas, al contrario de lo que pudiera pensarse, presenta un gran interés, por cuanto, sobre ese carácter natural, descansa toda la justificación de los actuales sistemas que otorgan la propiedad minera al Estado, ya que evidentemente, las minas pueden ser consideradas junto con la tierra, como base de subsistencia de los pueblos.

Este carácter existencial de las minas, le es reconocido expresamente por la Corte Suprema de Justicia, en su reciente fallo de 21 de diciembre de 1967, en los siguientes términos: "Consideradas objetivamente las cosas, no se requiere mayor esfuerzo para comprender, que constituyendo las minas una riqueza natural, en cuanto para su creación en nada ha intervenido la mano del hombre, y de una riqueza pública, en cuanto, según nuestro Derecho, la propiedad de las minas y su administración corresponden al Estado, es natural y lógico esperar que esa riqueza sea aprovechada, de manera racional y satisfactoria, por la comunidad social toda". Ese carácter natural de las minas, lleva parejo, como puede verse, el que también puedan considerarse como bienes sociales, es decir, que pertenecen a la comunidad social, vale decir, al Estado. Concepto éste del cual participa la doctrina administrativa nacional, cuando declara que, "Las minas son bienes sociales y los particulares que las reciben en concesión no pueden considerarse más que como administradores de esas riquezas que están obligados a trabajar técnica y económicamente conveniente"¹

**B) IMPORTANCIA DE LA INDUSTRIA MINERA:
FINANCIERA Y ECONOMICA-SOCIAL**

Fuera de toda discusión, se admite que las minas en nuestro país revisten suprema importancia, o en palabras de la Corte, "la industria minera no sólo tiene importancia fiscal o financiera, en cuanto provee directamente al Estado de recursos de tal naturaleza, sino que la tiene también, y en menor grado, bajo el doble aspecto económico y social, en cuanto contribuye, directa o indirectamente, al desarrollo de la economía de la nación y al bienestar general de sus habitantes". En el caso

¹ Memoria del Ministerio de Minas e Hidrocarburos de 1960, N° 13, Pág. 24. Obsérvese que el Ministerio califica a los concesionarios como administradores, opinión ésta, que no es compartida por el Dr. J. R. DUQUE SÁNCHEZ, quien en su Manual de Derecho Minero Venezolano, pág. 162, asienta: "Compartimos los anteriores principios salvo el que considera a los concesionarios como simples administradores, pues mal pueden ser administradores quienes adquieren el subsuelo en propiedad particular (Art. 17 Ley de Minas); o un derecho real inmueble de explotar, susceptible de hipoteca (Art. 3 Ley de Hidrocarburos). Imaginamos que ese carácter será posible cuando se celebren los proyectados Contratos de Servicios".

nuestro, el principal renglón de ingresos rentísticos de los fondos públicos proviene de la industria minera y petrolera.

Por esta razón, el desprendimiento por parte del Estado de la propiedad minera mediante el acto de la concesión, no debe realizarse en perjuicio de esa doble perspectiva económica y social de las minas. De modo, que tal como lo ha precisado la doctrina administrativa nacional, "La concesión no es un privilegio ni una expectativa que se otorga para el sólo beneficio individual del concesionario, sin tomar en cuenta el interés colectivo"². Igualmente, la Corte Suprema en la citada sentencia de 21 de diciembre de 1967, considera que a pesar de que el Estado estimula el descubrimiento y "premia a quien primero denuncia minas, otorgándole, mediante el acto concesional, el derecho a explotarlas y de apropiarse sus frutos y productos, en justa compensación a sus trabajos, a sus esfuerzos, a sus investigaciones, a sus riesgos, el Estado también aspira a obtener, para í, de la consiguiente explotación de las minas así concedidas una razonable participación en esa riqueza, que originalmente le pertenece, y, para la comunidad, los beneficios, directos o indirectos, que desde el punto de vista económico y social, se derivan naturalmente del desarrollo y gestión de la riqueza minera del país."

En razón de lo expuesto, se explica perfectamente la preocupación lógica de los Estados a participar cada vez más en los beneficios de la industria minera, lo cual, entre otras cosas, debe perseguir también el altísimo fin de que la comunidad entera participe de tales beneficios, y no tanto el de aumentar los ingresos del Tesoro Nacional. O sea, que la idea de la concesión como un bien exclusivamente de renta tanto para los particulares como para el Estado, debe erradicarse de toda la materia minera o petrolera. Sobre esta idea referida a los particulares, la citada doctrina administrativa ha dicho: "Las concesiones se otorgan, pues, para que el concesionario desprenda las sustancias y las ponga en circulación de bienes, con la sola limitación del interés público, y no dan por tanto derecho a retener los yacimientos con ánimo de intermediación o en espera de condiciones ventajosas de especulación".

² Memoria citada, pág. 24.

C) *FUNDAMENTO PRIMIGENIO DE LA OBLIGACION DE EXPLOTAR LAS MINAS DADAS EN CONCESION*

La Corte Suprema de Justicia e igualmente la doctrina administrativa, derivan del carácter natural de las minas y de su doble importancia económica y social, el fundamento primigenio de la obligación de tener la mina en producción que corre a cargo del concesionario. Nuestro Máximo Tribunal, en una certera y decisiva afirmación, sistematiza esta idea, cuando dice: "En síntesis, la explotación de las minas viene impuesta, más que por el Derecho, por la naturaleza misma de las cosas: más aún, por su esencia. De modo que, una vez otorgada la concesión minera, su explotación debe empezarse dentro del término que para ello señale la Ley o el título, o de inmediato o dentro del término que exija la naturaleza de las cosas, si la Ley o el título no lo han fijado expresamente". De manera pues, que la obligación de explotar, más que una verdadera obligación legal, constituye una exigencia natural, impuesta por el propio carácter de las minas. De esta forma, una circunstancia natural, el carácter de riqueza pública y de bien no producido por el hombre que ostentan las minas, se erige en fuente propiamente del Derecho Minero; cuestión ésta que no debe extrañar, por cuanto, en dicha Ciencia, "las condiciones necesarias e invariables que la naturaleza impone a la ley escrita, determinan las especialísimas relaciones de derecho que nacen y se desenvuelven en estas condiciones naturales"; y además, por cuanto, "el derecho de minas tiene base distinta del derecho común, y una fisonomía propia, fundada en la especial naturaleza de las cosas sobre que versan los derechos y acciones de los hombres que se dedican a su explotación".³

La doctrina administrativa por su parte, deriva de ese especial interés colectivo que presentan las minas, el fundamento primario de la obligación de explotar por parte del concesionario. Ese especial interés, se traduce, según la referida doctrina, en "la capacidad de los yacimientos de producir riqueza y otros elementos susceptibles de satisfacer múltiples necesi-

³ DUQUE SÁNCHEZ, J. R., "Manual de Derecho Minero Venezolano", pág. 22.

dades humanas". Todo esto, configura un interés social de que "los minerales sean explotados racionalmente, y constituye "el fundamento de que vuelvan a manos del Estado cuando éste los otorga a los particulares y no son debidamente laborados".⁴

2.—LA EXPLOTACION DE LAS MINAS COMO IMPOSICION DE LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PUBLICA DE LA INDUSTRIA MINERA

A) LA NOCION DE UTILIDAD PUBLICA EN LA INDUSTRIA MINERA

Social y jurídicamente el orden de las necesidades determina el orden de utilidades. Cuando se satisfacen necesidades colectivas, existe utilidad social en un sentido general, y cuando esas necesidades son vitales para la buena marcha del orden social, existe también utilidad pública. En base a esta consideración, el legislador declaró en el artículo 1º de la Ley de Minas, que todo lo relacionado con la explotación de las minas es de utilidad pública. De la misma forma, la Ley de Hidrocarburos en su artículo 1º, declara de utilidad pública todo lo relativo a la exploración, explotación, manufactura, transporte y almacenamiento de los hidrocarburos. Tales declaratorias tienen como finalidad, el hecho de que "en todo momento la industria minera y petrolera esté al servicio de la colectividad y no se ejerza en exclusivo interés de los particulares", y se hacen necesarias, "para que la industria no sufra inconvenientes ni encuentre obstáculos en su desarrollo por obra de intereses particulares, con el consiguiente perjuicio para la colectividad y la Nación".⁵

Este concepto de utilidad pública, según CATALANO, es "el instrumento más poderoso que se ha puesto en manos de los concesionarios para posibilitarles el desarrollo de su industria";⁶ y "es, sin duda, el más importante concepto elaborado para salvar las dificultades que de ordinario surgen entre los explotadores y los titulares de la propiedad superficial". Mediante la

⁴ Memoria citada, pág. 24.

⁵ DUQUE SÁNCHEZ, Obra citada, pág. 95.

⁶ Citado por BONNEMAISON W. JOSÉ LUIS, en su trabajo "Consideraciones en torno de la naturaleza y al régimen de las servidumbres mineras", pág. 26.

declaratoria de utilidad pública, dice BONNEMAISON, "el derecho venezolano favorece la adopción de los elementos de la superficie requerida por el concesionario y la subordinación de aquella a los trabajos mineros y a las eventuales necesidades de la industria, en cuya regularidad y fomento está interesada la nación".⁷ Por último, la Corte Suprema de Justicia en su ya mencionado fallo de 21 de diciembre de 1967, considera que "además de la exigencia de explotar las concesiones mineras, debe atenderse también a la noción de utilidad pública que caracteriza a la industria minera". La misma Corte Suprema, encuentra que, la "conservación de la propiedad originaria de las minas como propiedad pública es el mejor medio de poner al alcance de todos la introducción al comercio de esas riquezas, por lo cual su fin es la utilidad pública".

Este argumento de la Corte, que podríamos decir que atiende a la conservación de las minas como de propiedad pública, es el mismo que el autor argentino ENRIQUE RODRÍGUEZ sostiene para fundamentar el concepto que nos ocupa. Dice RODRÍGUEZ, que "mientras las minas sean consideradas como una propiedad especial y se las tenga revestidas del carácter de interés público que las dota de privilegios elevados por encima del nivel de la propiedad común, es forzoso concluir que siempre habrá utilidad pública en la misma medida en que haya utilidad verdadera para la explotación de los yacimientos".⁸

El concepto de utilidad pública ha sido definido por el Dr. LUIS GONZÁLEZ BERTI como "aquel principio de derecho público, en virtud del cual el Estado dicta normas de suprema eficacia a fin de realizar sus altos fines". Según este mismo autor, de esta definición se deriva que tal principio sea de naturaleza de derecho público, y que el Estado sea quien pueda ponerlo en ejecución, e igualmente, que las normas que el Estado dicte en ejecución de aquel principio sean de suprema eficacia, y por último, que con él se pretenda alcanzar altísimos fines sociales.⁹

⁷ BONNEMAISON W., obra citada, pág. 26.

⁸ Citado por BONNEMAISON en su indicada obra, pág. 26.

⁹ GONZÁLEZ BERTI, LUIS. "Compendio de Derecho Minero Venezolano", Tomo I, pág. 63.

B) RAZONES QUE JUSTIFICAN LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PUBLICA

La Corte Suprema de Justicia en el fallo señalado, indica como buenas y poderosas razones que justifican la calificación legal de utilidad pública de la industria minera, a las siguientes:

- 1ª) La administración uniforme de las minas por el Poder Nacional, que viene desde la Constitución de 1881.
- 2ª) La atribución, también constitucional, al Tesoro Nacional, del producto de la administración de las minas, el cual configura un cuantioso rubro en el Presupuesto de Ingresos; y
- 3ª) La importancia que para el país reviste la industria minera desde el doble punto de vista económico y social.

Para DUQUE SÁNCHEZ, dos principales razones ha tenido en cuenta el legislador para la declaratoria de utilidad pública de la actividad minera y petrolera, a saber:

- a) que las minas estén al servicio de la colectividad; y
- b) que los particulares no entraben esa actividad. (Obra citada, pág. 96).

Por su parte, GONZÁLEZ BERTI,¹⁰ explica que, fuera de las teorías que tratan de fundamentar este principio, tales como la que pretende fundarlo en la figura misma que da el nombre a la institución, o como las que quieren afincarlo en el concepto de interés social o de función social de los bienes, existen dos factores que especialmente determinan la declaratoria de utilidad pública. Esos factores, según el nombrado autor, no son otros que el factor económico y el factor fiscal, que son inherentes a la explotación minera.

Por último, otro autor nacional, EZEQUIEL MONSALVE CASADO, resume en los siguientes hechos las razones para atribuir a la industria minera el privilegio de la utilidad pública: El hecho

¹⁰ GONZÁLEZ BERTI, LUIS, Obra citada, Tomo I, pág. 68. En igual sentido se pronuncia ANGEL AGUERREVERE en su obra "Elementos de Derecho Minero y Petrolero", pág. 36.

de que la propiedad de las minas pertenezca originariamente a los Estados de la Unión; el hecho de que la administración de las minas esté a cargo del Ejecutivo Nacional; el hecho de que tal administración se haga de conformidad con leyes administrativas, por tanto de derecho público, y el hecho de que la renta de las minas ingrese al Tesoro Nacional y constituya buena parte del presupuesto del Estado ("Manual de Ciencia Jurídico-Minera", pág. 100).

C) LA UTILIDAD PUBLICA COMO FUNDAMENTO
DE LOS PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS
QUE SE CONFIEREN A LOS CONCESIONARIOS

El concesionario de minas disfruta de una serie de derechos, que sin la declaratoria de utilidad pública de la industria minera, no se encontraría razón alguna para conferírseles, tales como la expropiación, la ocupación temporal y las servidumbres. En palabras de un autor nacional, "Se tiene irrevocablemente admitido que la expropiación, la ocupación temporal y la constitución de servidumbres son las emanaciones principales del principio de utilidad pública que campea en nuestro Derecho Minero"¹¹. Para el Dr. AGUERREVERE, obra citada, página 38, la facultad condicionada de proceder inmediatamente a la ejecución de trabajos en terrenos de terceros y la exoneración de derechos arancelarios, son también privilegios conferidos a los concesionarios.

Por su parte, la Jurisprudencia que hemos venido glosando, ha precisado ese fundamento de los derechos de los concesionarios, cuando asienta: "Y si bien es cierto que sólo las Leyes de Minas de 1893 (artículo 3º), 1904 (artículo 3º), 1909 (artículo 6º), 1910 (artículo 6º), y 1944 (artículo 1º) han declarado expresamente de utilidad pública la explotación de las minas, como lo hicieron las cuatro primeras de dichas Leyes, o todo lo concerniente a las minas, criaderos, depósitos y yacimientos minerales, como lo hace la Ley en vigor, no es menos cierto que, desde el primer Código de Minas, 1854 (artículos 1º y 19 de su Ley III y 6º y 14 de su Reglamento), la Legislación Minera Nacional ha conferido siempre al concesionario el derecho de expropiar. Ahora bien, confor-

¹¹ BONNEMAISON, obra citada, págs. 24 y 25.

me a las Constituciones que han estado vigentes, sólo la noción de utilidad pública ha autorizado la expropiación en el Derecho Patrio. Luego, si el legislador en materia minera ha conferido sistemáticamente al concesionario el derecho de expropiar, ha sido, lógicamente, porque ha reputado de utilidad pública la industria minera, puesto que, constitucionalmente, sólo la utilidad pública ha de autorizar la expropiación".

Sin embargo, la doctrina igualmente ha aclarado que los derechos y privilegios que se confieren a los concesionarios en base a esa especial declaratoria de utilidad pública, no se configuran como unos auténticos derechos adquiridos; fundamentalmente, por cuanto, la declaratoria de utilidad pública que les sirve de base, a quien beneficia es a la comunidad y no directamente a los particulares concesionarios. De tal manera, que una ley posterior puede eliminar algunos de esos derechos, por ejemplo, el de *constituir servidumbres, etc.*¹².

D) CONCLUSION: LA OBLIGACION DE EXPLOTAR ESENCIA MISMA DE LA CONCESION

Si la concesión es el acto administrativo por medio del cual el Estado se desprende de un bien que le es propio, y si el desarrollo mismo de la industria minera es de utilidad pública, forzoso es concluir, que la obligación de explotar es de la esencia misma de la concesión¹³. Igualmente, si las minas son bienes que por su esencia no pueden permanecer inactivas, sin producir beneficios sociales y económicos, está más que justificada la sanción de caducidad de las minas. La posibilidad, pues, de que el Estado recupere las minas concedidas y que hubieren sido abandonadas, está íntimamente vinculada, como lo veremos más adelante al hablar de la función social de la mina, al ejercicio mismo de los derechos derivados de una concesión¹⁴.

¹² DUQUE SÁNCHEZ, Obra citada, pág. 96.

¹³ Para el mismo DUQUE SÁNCHEZ, junto con los privilegios y prerrogativas que se otorgan al concesionario en base del principio de la utilidad pública, la exigencia misma de tener la mina en explotación es consecuencia de tal principio (Obra citada, *ibidem*).

¹⁴ En la legislación argentina se dá un recurso a los particulares para denunciar ante la autoridad el estado de abandono de las minas o de despueblo, por la falta de trabajo del minero (Cfr. DUQUE SÁNCHEZ, Obra citada, pág. 130).

Si la obligación de explotar es de la esencia misma de la concesión¹⁵, y si constituye una emanación del principio de la utilidad pública, lógico, es pues, concluir que aun cuando la Ley no estableciere expresamente dicha obligación, tal exigencia pudiera ser exigida al concesionario. Este, en otros términos más exactos, lo afirma la Corte Suprema, cuando declara: "De acuerdo con estos conceptos, la doctrina nacional ha sostenido que la obligación de explotar es de la esencia misma de la concesión y está inspirada en el interés económico y social de la Nación, interés de tanta valía que ha dado lugar a la declaratoria de utilidad pública atribuida a la industria minera, y cuya procedencia es de tal manera evidente que, en el silencio de la Ley, debe concluirse que la obligación de explotar existe desde el mismo día de la celebración del contrato, si la naturaleza de las cosas no hace necesario un término, y durante toda su vigencia, en la forma como es exigible cualquiera obligación en la cual no se estipula un término para el cumplimiento de la misma. Por tanto, afirma la doctrina, sólo podrá gozarse de un término para comenzar la explotación minera, o de un lapso en interrupciones de los trabajos una vez ya comenzados. cuando la propia Ley lo permita puesto que éstas disposiciones, al derogar el derecho común, van en contra del principio de la utilidad pública de la industria minera"¹⁶.

De la doctrina de la Corte es posible deducir los siguientes principios: a) La explotación debe comenzarse de inmediato, o sea, desde la expedición del título de la concesión, salvo, que la naturaleza de las cosas haga necesario un término. Lo que constituye ni más ni menos que la aplicación del artículo 1.212 del Código Civil, que expresamente trata del cumplimiento de las obligaciones a las cuales no se las haya fijado plazo; y b) El concesionario, sólo tendrá derecho a alegar un término para comenzar los trabajos de explotación, cuanto la propia Ley se lo permita.

La misma Corte Suprema concluye expresando, "no puede considerarse armonizable con la naturaleza de las caducidades,

¹⁵ Para el autor argentino J. V. GONZÁLEZ, "la concesión lleva aparejada la condición implícita del trabajo, o sea, según la naturaleza de esta propiedad especial..." (Citado por DUQUE SÁNCHEZ, obra citada, pág. 146).

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema citada de fecha 21 de Diciembre de 1967.

con la naturaleza de las cosas, ni con el principio de la utilidad pública de la industria minera, la carencia de una sanción por el sólo hecho del silencio de la Ley de la concesión, es decir, de aquella bajo cuyo imperio nació, en establecer una forma para aplicar la sanción; o la persistencia de una forma de sanción establecida por la referida Ley de la concesión, después de derogada, cuando la posterior establece otra forma de reclamación de las obligaciones o de aplicación de la sanción prevista más cónsona con el principio de utilidad pública que anima la *industria*".

De manera pues, que la posibilidad de recuperar el Estado la propiedad sobre las minas de que se hubiere desprendido, ya sea en forma de sanción de caducidad o de resolución forzosa del respectivo contrato, o de cualquier otra modalidad de acción de cumplimiento de las obligaciones derivadas de una concesión, estará siempre presente en toda concesión, aunque la Ley no la hubiere previsto. El fundamento de esta aseveración no es otro que el interés social que priva en toda esta materia. Por ello, la Corte en su comentada sentencia asienta, que "al ser autorizado el particular para que explote los bienes de que se trata, el Estado se mueve, no en vista del interés del concesionario, porque entonces volvería al régimen de propiedad privada, sino en vista de ese interés colectivo primordial que es compatible con la apropiación que el concesionario haga de los productos. De aquí deducen los autores que, si por un motivo legal o de hecho deja de cumplirse con la obligación de explotar, dejará de existir concomitantemente el derecho para apropiarse de los productos".

3. LA OBLIGACION DE EXPLOTAR COMO SISTEMA VENEZOLANO DE CONSERVACION DE LA PROPIEDAD MINERA

A) CARACTERISTICA DE LA PROPIEDAD MINERA

La propiedad minera ha sido calificada como un derecho que apareja un complejo de obligaciones para su titular. Pero, lo más característico es precisamente que del cumplimiento de esas obligaciones, depende la existencia del propio derecho; su no cumplimiento lleva consigo la pérdida del mismo. Es pues, una

propiedad condicionada. Este es el criterio de nuestro más alto Tribunal, cuando expresa categóricamente: "La llamada propiedad minera, bien que ella comprenda el derecho real inmueble, tiene, entre otras, como característica esencial y particular suya, la condicionalidad, que hace de ella una propiedad muy especial. Esa condicionalidad consiste en que, para mantener y conservar el derecho que la concesión otorga, su titular, el concesionario, debe cumplir, impretermiblemente, determinadas obligaciones, derivadas, ya de la Ley, ya del título, ya en fin, de la naturaleza de la cosa, cuyo incumplimiento comporta, como sanción fatal y necesaria, la pérdida del derecho".

B) SISTEMA DE AMPARO DE LA PROPIEDAD MINERA

Los sistemas que estalecen y regulan la condicionalidad de la propiedad minera, y los cuales, en razón de su finalidad de mantener y conservar el derecho que se deriva de una concesión, han sido denominados, "Sistemas de amparo de la Propiedad minera", son fundamentalmente, el sistema de amparo por el trabajo, el sistema de amparo por el pago de una contribución (impuesto, cánon, patente), y el sistema mixto, que incluye a los dos anteriores.

Según el primero de dichos sistemas, la existencia, o mejor dicho, la conservación de la propiedad minera está necesariamente sujeta al laboreo o explotación de la mina¹⁷. Por el sistema de amparo por el pago de una contribución, se retiene la propiedad de la mina válidamente, con el pago concretamente de un impuesto. Por último, con el sistema mixto, la propiedad minera se conserva con el trabajo de la mina conjuntamente con el pago de un determinado impuesto.

¹⁷ Sobre este punto, valga una breve digresión. El trabajo, que en el caso del concesionario sería la explotación de su mina, además de título de adquisición de la propiedad, ha sido considerado como elemento conservador de la propiedad. Por ejemplo, la Ley de Reforma Agraria (art. 19, letra b) considera como elemento de la función social al trabajo personal del propietario de las tierras.

C) *EVOLUCION HISTORICA DE LOS SISTEMAS
DE AMPARO DE LA PROPIEDAD
MINERA EN NUESTRA LEGISLACION*

La evolución de nuestra legislación de minas en lo que respecta a la consagración de la obligación de explotar, es posible estudiarla perfectamente a través de los diferentes sistemas de amparo de la propiedad minera que han sido acogidos por nuestra legislación. Así veremos, como en un primer momento, o primera etapa, el sistema adoptado por el legislador fue precisamente, el del amparo por el trabajo; cómo, en una segunda etapa, dicho sistema fue sustituido por el sistema del pago de un impuesto superficial, y cómo en la última etapa, se acoge el sistema mixto, donde la obligación de explotar aparece conjuntamente con el pago del referido impuesto.

Dicho esto, estudiaremos las diferentes etapas por las cuales ha atravesado nuestra legislación, en lo que respecta a los sistemas de amparo de la propiedad minera.

a) *Etapas del sistema de amparo por el trabajo*

Esta etapa corre desde el primer Código de Minas, o sea, de 20 de Mayo de 1854, hasta la Ley de Minas de 26 de Junio de 1915. Veamos.

Si bien, el Código de Minas de 1854, siguiendo su modelo la Ley Francesa de 1810, daba a través del acto de la concesión, la propiedad perpetua de la mina, por otro lado, atribuía a la persona o personas concesionarias, la "carga de tener en actividad el beneficio o laboreo de cada concesión" (art. 8º). Por su parte, el Reglamento de dicho Código de 14 de Enero de 1855, en su artículo 11 precisaba que toda concesión se entendía hecha, con la condición de tener en actividad el beneficio o laboreo de ella. Al referirse a estos textos legales, la Corte Suprema de Justicia, expresa que "aunque tales textos no sancionaban expresamente con la caducidad el incumplimiento, por el concesionario, de esa carga o condición que legalmente pesaba sobre su concesión, no es difícil suponer cuáles habrían de ser, necesari-

riamente conforme a los principios generales del Derecho, los efectos de tal incumplimiento"¹⁸.

Dentro del grupo de normas que contempla al trabajo como sistema de amparo de la propiedad minera, y dentro de esta etapa, se suelen citar al Reglamento de la Explotación de los Terrenos Auríferos de Guayana, que se dictó de acuerdo al artículo 1º del Código de Minas de 1854, y al Decreto Orgánico del Ramo de Minas de 1883, que derogó el Código anterior. En el Reglamento de la Explotación de los Terrenos Auríferos de Guayana de 3 de Julio de 1886, por ejemplo, su artículo 10 dispone que el denunciante debe mantener en constante actividad el beneficio y laboreo de la mina, una vez que hubiere hecho las demarcaciones correspondientes. Y lo que es más interesante, el mismo Reglamento establece como sanción al incumplimiento de la señalada obligación por parte del denunciante, a la pérdida de los derechos concedidos. Igualmente, en el artículo 16 del mismo Reglamento, se señala un término para el comienzo del laboreo o explotación, señalando a renglón seguido, que pasado dicho término, quedará por el mismo hecho "nula la concesión". En realidad, más que una verdadera nulidad, lo que existía era una auténtica caducidad.

Por su parte, el Decreto Orgánico del Ramo de Minas de 1883 que derogó el Código de 1854, mantuvo el mismo sistema, con la salvedad de que dicho Decreto declaró caducas a aquellas concesiones que otorgadas bajo la vigencia del Código anterior, no hubieren sido puestas en explotación en el término que les fijaba dicho Código. Y en cuanto aquellas concesiones a las cuales no se les hubiera fijado término, el Decreto declaró que caducarían en el lapso improrrogable de dos años, contados desde la fecha del Decreto (Arts. 29 y 30).

El Código de Minas de 23 de Mayo de 1885 (arts. 28, 29 y 30), la Ley de Minas de 30 de Mayo de 1887 y su Reglamento, mantuvieron el mismo sistema de amparo de la propiedad minera. Dichos textos, sin embargo, no hablan de caducidades, como hubiera sido lo técnico, sino de prescripción y de abandono.

Los Códigos de Minas de 30 de Junio de 1891 (arts. 56, 60, 61 y 65), de 29 de Marzo de 1893 y 23 de Enero de 1904 (art. 61

¹⁸ Sentencia de 21 de Diciembre de 1967.

en ambos), mantuvieron con atenuaciones el sistema indicado. En igual sentido, la Ley de Minas de 14 de Agosto de 1905 en sus artículos 57 y 58 consagraron dicho sistema.

En cuanto al Código de Minas de 16 de Agosto de 1909, con mucha mejor técnica legislativa; por un lado, establece la obligación de explotar, y por el otro, la sanción de caducidad para su incumplimiento (arts. 52, 53, 54, 55 y 65). El Código de Minas de 29 de Junio de 1910, mantuvo en idéntica forma la obligación de explotar.

Por último, la Ley de Minas de 26 de Junio de 1915, si bien conservó el sistema tal y como venía consagrándose en las Leyes anteriores, agregó en el artículo 43 que el concesionario debía comprobar el comienzo de la explotación, y elevó en el artículo 45 a diez, el número de obreros necesarios para considerar a la mina en explotación, disponiendo al mismo tiempo, que la mitad de dichos obreros debían ser venezolanos.

b) *Etapa del sistema de amparo por el pago de un impuesto*

Esta etapa histórica se ubica desde la Ley de Minas de 26 de Junio de 1918, hasta la Ley de Minas de 21 de Junio de 1934. Durante esta etapa desaparece la obligación de explotar, como sistema de conservación de la propiedad minera y es sustituida por el pago de un impuesto: el superficial.

La Ley de minas de 26 de Junio de 1918, modificó totalmente el sistema que venía desde el Código de 1854, al consagrar al pago del impuesto superficial como sistema de amparo de la concesión. En efecto, por una parte no establece la obligación de explotar, y por otra, en vez de la causal de caducidad a que su incumplimiento daba lugar, introduce como causal, la falta de pago durante un año del impuesto superficial (art. 54, ordinal 1º). Sin embargo, la propia Ley establece que en casos de suspensión de los trabajos de las minas por fuerza mayor, o en los casos en que los trabajos no se hubieran comenzado dentro de los tres años siguientes a la validez del título, el impuesto superficial será de cincuenta céntimos de bolívar por las minas de aluvión y de un bolívar por las de veta (art. 85).

Las Leyes de 26 de Junio de 1920 y de 2 de Junio de 1922, conservan aún bajo el mismo articulado, todo el sistema introducido por la Ley de 1918.

Por su parte, la Ley de Minas de 17 de Julio de 1925, introduce una reforma importante de carácter material, sin modificar el sistema. La reforma consiste en que cuando los depósitos de aluvión se explotaren por sistemas mecánicos, con capacidad para producir una cantidad no menor de 500 metros cúbicos diarios, se eliminará el pago del impuesto superficial, y en su lugar, lo que procedía, era pagar una contribución total de tres por ciento del producto bruto de la mina. En los casos de minas de veta, se obtendría dicho beneficio, cuando se beneficiare una cantidad de mineral no menor de cincuenta toneladas diarias. La misma Ley, condiciona el disfrute de este beneficio a que se haya comenzado la explotación de la mina (art. 86).

La Ley de Minas de 19 de Julio de 1928, conserva en su sustancia el sistema implantado por la Ley de 1918, si bien introduce modificaciones en cuanto a la reducción y simplificación del impuesto superficial, y elimina la reducción del impuesto superficial por la falta de iniciación de la explotación o por suspensión de la misma por fuerza mayor, y precisa el beneficio de exclusión de los impuestos superficiales. Por último, igualmente precisa, que no habrá derecho a acogerse a los beneficios de exclusión de los impuestos superficiales, sino desde el momento en que se empieza la explotación de la mina.

Dentro de esta etapa, se llega a la Ley de Minas de 1934 que derogó a la de 1928, que agrega que para gozar del beneficio de exclusión del impuesto superficial es necesario que comience la explotación de la mina o grupo de concesiones, lo cual deberá ser declarado por el Ministerio de Fomento, previa solicitud razonada del concesionario. Igualmente indica la citada Ley, que en caso de que por cualquier circunstancia cesare la explotación o extracción del mineral, se restablecerá ipso facto el cobro del impuesto superficial (art. 91).

c) *Etapa del sistema mixto de amparo
de la propiedad minera*

Cronológicamente, esta etapa va desde la Ley de Minas de 7 de Agosto de 1936, hasta la Ley actualmente en vigor, o sea, la de 28 de Diciembre de 1944.

La Ley de Minas de 1936 modificó sustancialmente todo el sistema de amparo de la propiedad minera que había establecido la Ley de 1918, ya que adopta uno mixto. Por un lado, restablece expresamente la obligación de explotar y sanciona su incumplimiento con la caducidad de la concesión, que constituye el sistema tradicional; y por otro lado, conserva, como causal de caducidad la falta de pago del impuesto superficial (arts. 28 y 57). La Ley de Minas de 13 de Marzo de 1943, mantuvo en todo su vigor el nuevo sistema introducido y no lo varió en nada.

La Ley actual, claramente sostiene el sistema tradicional de conservar la propiedad minera por el trabajo del concesionario, y por otro lado, establece el pago del impuesto superficial. El artículo 24 ejusdem expresamente determina a cargo del concesionario la obligación de explotar dentro de los lapsos que él mismo señala, e igualmente, concede a los concesionarios, los beneficios de la prórroga para reanudar la explotación. El art. 55, prevé como causal de caducidad la falta de pago de los impuestos durante un año, y el haber transcurrido los lapsos previstos, sin haberse comenzado la explotación (ordinales 1º y 2º), no en forma combinada como en hidrocarburos.

D) CONCLUSION: LA OBLIGACION DE EXPLOTAR COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACION HISTORICA DE LA LEGISLACION DE MINAS

La conclusión a este breve análisis de la evolución de nuestra legislación de minas, en lo que se refiere principalmente a los diferentes sistemas de amparo de la propiedad minera, la haremos con palabras de la Corte Suprema de Justicia.

Asienta la Corte en su comentada sentencia de 21 de Diciembre de 1967: "la interpretación histórica de los textos permite afirmar que de ninguna manera se ha pretendido relevar o eximir al concesionario de su obligación de explotar; antes bien, tal obligación, continuó existiendo, implícita o tácitamente si se quiere, aún más, sin plazo determinado para su cumplimiento y sin sanción expresa para su contravención pero vigente". Más adelante agrega la Corte: "En efecto, si como enseña la doctrina, la concesión de minas, amparada por el pago del impuesto superficial, podría ser considerada como "una pura concesión

dominial, otorgada en beneficio concreto del concesionario para satisfacer abstractamente el interés general", si "el fin primordial y justificativo de la concesión" ha sido siempre la explotación de las minas: y si ésta es un derivado necesario de la naturaleza de las cosas y una racional expresión de la noción de utilidad pública que ha caracterizado en nuestro Derecho a la industria minera; es obligado considerar que la adopción del mencionado sistema de amparo, por nuestra Ley de Minas de 1918 (pago del impuesto superficial), no pudo tener otro efecto que excluir la falta de explotación de la concesión como causal de caducidad de la misma; pero de ello no se sigue, en buena lógica jurídica, que el concesionario haya resultado exento o liberado de la obligación de explotar. Juzgamos que la Ley misma no podría eximir al concesionario de la obligación de explotar, dice, con su especial acierto, nuestro ilustrado tratadista Doctor José RAMÓN AYALA, porque las Leyes no podrían ir contra el interés público, sino antes bien fomentarlo cuanto sea en pro".

4. LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL DERECHO DE EXPLOTAR Y LA OBLIGACIÓN DE EXPLOTAR

En criterio de la Corte Suprema de Justicia, hay que estudiar el carácter y amplitud del derecho que la concesión confiere principalmente, o sea, el derecho de explotar. La razón de este particular interés, radica, en que existiría una aparente contradicción en cuanto "a que la explotación de las minas concedidas sea, al mismo tiempo, una obligación y un derecho"¹⁹.

A) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE CONFIERE LA CONCESIÓN MINERA

Es ya tradicional la clasificación que hacen nuestros autores de los derechos que se derivan de una concesión minera, de principales, derivados o complementarios²⁰, y de las obligaciones

¹⁹ Sentencia de 21 de Diciembre de 1967.

²⁰ Cfr. MONSALVE CASADO, obra citada, págs. 186 y ss. Igualmente, ver GONZÁLEZ BERTI, obra citada, Tomo I, pág. 357, quien distingue entre derechos originarios y derechos derivados. Por su parte, ANGEL

en principales y complementarias²¹. Dentro de esas clasificaciones, el derecho de explotar y la obligación de explotar, son clasificadas como principales, respectivamente, de la siguiente forma: El Dr. MONSALVE CASADO, clasifica los derechos que emanan de una concesión así:

- a) Principales: el derecho de explotar, la reducción de las concesiones, la renuncia de las mismas, la adaptación, conversión y purga, la renovación, y por último, la prórroga de las concesiones.
- b) Derivados: La cesión o enajenación de la concesión, la hipoteca y el arrendamiento.
- c) Complementarios: La expropiación, la ocupación temporal, la constitución de servidumbres, y la exoneración de derechos arancelarios.

Por su parte, otro autor, el Dr. J. R. DUQUE SÁNCHEZ en lo atinente a las obligaciones que existen a cargo del concesionario, realiza la siguiente clasificación:

1. Obligaciones principales: La de explotar y la de pagar impuestos; y
2. Obligaciones complementarias: Las establecidas en el artículo 94 y siguientes de la Ley de Minas.

B) *RATIO LEGIS DE LA OBLIGACION DE EXPLOTAR*

Con lo expuesto, es perfectamente posible concluir que la concesión minera, otorga un derecho principal y arroja sobre el concesionario, también, una obligación principal, o sea, el derecho de explotar y la obligación de explotar.

De manera pues, que tal derecho y tal obligación son correlativos²². Ese derecho a explotar, autoriza al concesionario para apropiarse de los frutos o productos de las minas, los cuales,

D. AGUERREVERE distingue entre derechos y obligaciones presentes y futuros, facultades, franquicias y privilegios (Obra citada, pág. 77).

²¹ Cfr. DUQUE SÁNCHEZ, obra citada, págs. 160 y ss.

²² Ello, es la razón por la cual, DUQUE SÁNCHEZ opina que, en esta materia, "donde hay un derecho que reclamar, surge una obligación que cumplir" (obra citada, pág. 171).

dice la Corte, "mientras permanezcan en el criadero o yacimiento, pertenecen al Estado"²³. Y en cuanto a la principal obligación del mismo concesionario, resulta que únicamente para su explotación la Ley autoriza al Estado para el otorgamiento de concesiones mineras a los particulares, ya que como atinadamente afirma nuestro máximo Tribunal, "de no ser para que las minas objeto de la concesión sean explotadas, bien habría podido negar la Ley tal autorización, o, sencillamente, no atribuirle expresamente al Estado, o disponer que sólo éste podía explotarla cuándo y cómo lo creyere conveniente a los intereses de la comunidad que él gestiona y tutela".

Siguiendo ese mismo orden de ideas, apunta la Corte en su ya citado fallo que, "al autorizar al particular para que explote los bienes de que se trata, el Estado se mueve, no en vista del interés del concesionario, sino en vista del interés colectivo primordial que es compatible con la apropiación que el concesionario haga de los productos; lo cual es al mismo tiempo una explicación de que el aprovechamiento concedido tenga el doble carácter de derecho y de obligación". En resumen, pues, que el fundamento en sí de la facultad del Estado de desprenderse de la propiedad minera, como lo es el interés público, es por otra parte, la explicación más íntima de la obligación de explotar, lo que permite también ver superada la aparente contradicción entre el derecho a explotar y la obligación de explotar. Definitivamente, al ser la explotación de las minas el motivo determinante del otorgamiento de la concesión minera, concluye la Corte, "el derecho de explotar que ésta confiere, no es, ni puede lógicamente serlo, un derecho de ejercicio potestativo, en el sentido de que el concesionario, titular del mismo, pueda lícitamente optar entre ejercitarlo o no ejercitarlo".

C) CARACTER Y AMPLITUD DEL DERECHO DE EXPLOTAR

El artículo 13 de la Ley de Minas, consagra lo que se conoce en la doctrina como "la necesidad de la concesión", al disponer que "El derecho de explotar los minerales a que se contrae esta

²³ Esto es cierto sólo para los Hidrocarburos, pues en materia de Minas, la concesión otorga el subsuelo en propiedad particular.

Ley, no puede adquirirse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, en las formas previstas por la misma". Este derecho por otra parte, tiene toda la plenitud que por la Ley le corresponde, de tal manera que el concesionario puede disponer de él conforme a los principios generales del derecho y a las disposiciones especiales de la Ley de Minas (art. 14 ejusdem). Por último, tal derecho, es calificado concretamente por la Ley en su artículo 105, como un derecho real inmueble, susceptible de hipoteca.

La plenitud que la Ley atribuye al derecho de explotar, no tiene otro significado, que el últimamente apuntado, es decir, que constituye un derecho real inmueble, y en cuanto a su significado y alcance, que está afectado de utilidad pública, porque así lo determina la propia Ley²⁴. En ningún caso, pues, debe merecer el término utilizado por la Ley de Minas en el artículo 14 ejusdem, la interpretación de un derecho de ejercicio libre o potestativo.

Acerca de la verdadera naturaleza del derecho de explotar, se ha discutido en nuestra doctrina, y a tal efecto, es posible ubicar en dos posiciones contrarias los puntos de vista expuestos sobre el particular. De tal forma, que por un lado están los que atribuyen a ese derecho un verdadero carácter de derecho de propiedad, y los que expresamente le niegan tal carácter. Entre los primeros podemos citar a MONSALVE CASADO, quien sostiene que, cuanto dispone la Ley acerca del derecho que otorga al concesionario, convence de que lo considera como un derecho de propiedad²⁵. En igual sentido se pronuncia GONZÁLEZ BERTI²⁶, quien opina que, el derecho de explotar, "constituye un verdadero derecho de propiedad, con las consecuencias reconocidas por la Ley, y que son las que reviste el derecho de propiedad sobre las cosas y que en el caso concreto, es el que se aplica a las minas". Dentro de esta posición se encuentra el Dr. JOSÉ RAMÓN AYALA, quien en su obra "Epítome de Legislación y Derecho Minero Venezolano", Tomo II, pág. 334, afirma: "un derecho real, inmueble, hipotecable, a que va anexo el derecho de servidumbres activas y la obligación de servidumbres pasivas, que en

²⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de Diciembre de 1967.

²⁵ Obra citada, pág. 292.

²⁶ Obra citada, pág. 359.

ciertos casos prevalece por sobre el de propiedad territorial, como lo demuestra la facultad del concesionario para expropiar al dueño del suelo, tal derecho decimos, no puede ser calificado de otro modo que de propiedad”.

Otro autor, que merece ser ubicado dentro de esta tendencia que atribuye carácter de propiedad al derecho que emerge de la concesión minera, es DUQUE SÁNCHEZ, quien rechaza la calificación que se ha querido hacer de los concesionarios como simples administradores de la riqueza minera, cuando dice que, “mal pueden ser administradores quienes adquieren el subsuelo en propiedad particular (art. 17 de la Ley de Minas); o un derecho real inmueble de explotar, susceptible de hipoteca (art. 105 ejusdem y 3º de la Ley de Hidrocarburos)”²⁷.

En el campo contrario, o sea, entre quienes niegan el carácter de derecho de propiedad al derecho nacido de una concesión minera, se hallan principalmente, la doctrina del Ministerio de Minas y el Dr. ANGEL DEMETRIO AGUERREVERE. El Ministerio de Minas e Hidrocarburos, en su Memoria de 1960 N° 13, página 24, declara que “Las minas son bienes sociales y los particulares que las reciben en concesión no pueden considerarse más que como administradores de esas riquezas que están obligados a trabajar técnica y económicamente conveniente”. Por su parte, el Dr. AGUERREVERE califica al derecho otorgado al concesionario como parte del mismo derecho de goce que tiene el Estado sobre las minas que administra como si fuera propietario, por virtud de una especie de dominio útil que le reconoce la Constitución. El Estado lo que hace es ceder temporalmente al particular su derecho de goce sobre las minas, y concluye: “Muy lejos estamos de la idea, válida en un tiempo, de que el particular quedaba dotado de una verdadera propiedad minera; nos referimos simplemente a la facultad que tiene el concesionario de ejercer el derecho de acesión respecto de las minas y criaderos, de igual modo que lo ejerce el propietario (el Estado)”²⁸.

a) *Caracteres específicos del derecho de explotar*

La Jurisprudencia de la Corte Suprema citada, califica al derecho de explotar como un derecho subjetivo en sentido estricto.

²⁷ DUQUE SÁNCHEZ, obra citada, pág. 162.

²⁸ AGUERREVERE, ANGEL DEMETRIO, obra citada, págs. 75 y 75.

to, o mejor aún, como un derecho público subjetivo patrimonial, y más precisamente, como un derecho subjetivo de carácter patrimonial administrativo.

Dice la Corte, que la patrimonialidad del derecho de explotar le viene impuesta por el hecho de que el concesionario puede disponer de él conforme a los principios generales del derecho y a las disposiciones especiales de la Ley, "puesto que al serle otorgada la concesión se ha incorporado a su patrimonio, pero está condicionado por el interés público, por la utilidad pública de que está legalmente afectado, cuya primera y principal exigencia es su ejercicio".

Atribuye la Corte dos caracteres específicos al derecho de explotar, los cuales son: a) El ser un derecho dependiente, "en el sentido de que se funda en un deber jurídico de su titular, consistente, ese deber, en llevar a cabo la explotación de las minas objeto de la concesión, y b) En un derecho de ejercicio obligatorio, "pues que la existencia del mismo está condicionada por la existencia de un deber jurídico, cuyo cumplimiento exigen e imponen el interés público y la naturaleza misma de las cosas".

5. APLICACION INMEDIATA DE LAS NORMAS DE DERECHO MINERO A LAS CONCESIONES EN VIGOR

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de Diciembre de 1967, resolvió uno de los puntos más controvertidos y controversiales de la doctrina jurídica, como lo es el relativo a la vigencia temporal de las Leyes²⁹. El problema resuelto por la Corte en su memorable sentencia, consistía concretamente en determinar si es posible aplicar la caducidad como sanción a la falta de ejercicio del derecho de explotar, aun cuan-

²⁹ JOAQUÍN SÁNCHEZ COVISA, en su monografía titulada "La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", pág. 147, califica a este problema como "uno de los más confusos y complejos de la Teoría General del Derecho".

do la Ley bajo cuya vigencia se otorgó la concesión, no contemplaba tal sanción. Es decir, si se estaría yendo en contra del principio constitucional de la no retroactividad de las leyes, al declararse caduca una concesión por falta de explotación, a pesar de que la Ley bajo cuyo imperio nació la concesión, no considerara a la no explotación como causal de caducidad.

El problema de la vigencia temporal de las leyes planteado en la materia minera presenta dos facetas perfectamente delimitadas. En primer lugar, implica una cuestión previa, como lo es el estudio de las normas del Derecho Minero Intertemporal y sus principales figuras; y en segundo lugar, se hace necesario distinguir claramente si las normas del Derecho Minero son o no aplicables inmediatamente a las concesiones en vigor. En cuanto a lo primero, su importancia radica en que algunos han sostenido que la figura de la adaptación es la única que hace posible la aplicación del régimen de una nueva Ley de Minas, a concesiones otorgadas bajo leyes anteriores. Por lo que concluyen, que toda violación a las normas que contemplan la adaptación, lleva consigo una violación del artículo 44 de la Constitución Nacional que consagra el principio de la irretroactividad de las leyes. La trascendencia de lo segundo, por el contrario, se fundamenta en la palpitante cuestión de si el Estado puede o no modificar los regímenes jurídicos de las concesiones que ya estuvieran en vigencia.

B) LAS NORMAS DEL DERECHO MINERO INTERTEMPORAL

a) *La figura de la adaptación: limitaciones*

El legislador de casi todas las épocas, ha tenido el interés de que las concesiones mineras se rijan por un sistema legal único, o que su régimen jurídico sea uniforme. Por ello, los Estados han acudido a diferentes figuras jurídicas pertenecientes al llamado Derecho Minero Intertemporal o Transitorio, entre las cuales se encuentra principalmente, sobre todo en nuestro País, la figura de la adaptación, que por lo demás, mayoritariamente, es considerada como uno de los derechos de los concesionarios, aunque hay autores que le niegan tal carácter³⁰.

³⁰ Ver GONZÁLEZ, GODOFREDO, "Derecho Minero Venezolano", pág. 87.

Por medio de la adaptación, el legislador logra uniformar el régimen jurídico minero, a la vez que deja intangibles los derechos adquiridos de los concesionarios, facilitándose así un medio para realizar las transformaciones de dicho régimen jurídico. En concreto, "el concesionario, por la adaptación, somete voluntariamente su concesión a la ley vigente para el momento de la adaptación, mediante manifestación que hará dentro del lapso que señale la Ley al efecto, o en su defecto, en cualquier momento de vigencia de la Ley"³¹. La adaptación en lo relativo a Minas está consagrada en el artículo 204 de la Ley respectiva, y en lo que se refiere a Hidrocarburos, en el artículo 93 de la Ley de la materia.

Pues bien, sostienen algunos que las Leyes de Minas en donde ha aparecido esta figura³² no permiten la aplicación de una ley posterior a concesiones mineras concedidas bajo leyes anteriores, sino en los casos en que sus respectivos titulares hayan solicitado la correspondiente adaptación, y por esta razón llegan a afirmar, que la adaptación es la única figura jurídica que hace posible tal aplicación. Para ello, se basan además, en la declaratoria constitucional de la irretroactividad de las Leyes³³.

La Corte Federal, en una sentencia de 9 de Marzo de 1939 acogió este criterio, cuando expresamente exigió la adaptación para poder aplicar una Ley nueva a una concesión otorgada bajo una ley anterior. Dijo en esa oportunidad la Corte Federal: "No quiso el legislador que hubiese dudas ni vacilaciones acerca del radio de aplicación en cuanto al tiempo, de esta nueva ley; y con esa determinación de evitar litigios sobre el particular, él mismo resolvió expresamente el punto mediante esa disposición transitoria contenida en el artículo 80. En efecto, en este artículo advierte el legislador que esta nueva ley determina los derechos y obligaciones de los concesionarios en las concesiones que se otorguen de conformidad con sus preceptos y en las concesiones o contratos anteriores que se adapten a ella. No hubiera necesitado decir más; ya que eso bastaba para concluir, por argumento

³¹ MONSALVE CASADO, obra citada, pág. 189.

³² La adaptación apareció en la Ley de 1918 (art. 228), y se ha mantenido en las leyes de 1920 (art. 227), 1922 (art. 227), 1925 (art. 227), 1928 (art. 214), 1934 (art. 225), y con algunas reformas en la redacción, en las leyes de 1936 (art. 263), 1943 (art. 263) y 1944 (art. 204).

³³ Artículo 44 de la Constitución Nacional.

a contrario, que el propio legislador ha negado la aplicación inmediata de esta nueva ley a las concesiones anteriores que no se hubiesen adaptado a ella". Sin embargo, en ese mismo fallo se emitió un voto salvado que contradecía lo decidido por la Corte Federal por mayoría. En dicho voto salvado se decía que las normas de Derecho Público, "se aplican desde el momento mismo en que son promulgadas, sin que valga alegar que menoscaban los derechos adquiridos".

Por su parte, la actual Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa en su fallo de 21 de Diciembre de 1967 se pronuncia sobre el particular, en sentido contrario, de la siguiente forma: "Es cierto que la figura de la adaptación, contenida en el artículo 204 de la Ley de Minas vigente, como norma de derecho intertemporal, permite afirmar, al menos como cuestión de principio de carácter general, que las concesiones mineras otorgadas bajo la vigencia de una determinada ley, gozan siempre, en todo caso, de una inmunidad absoluta, por así decirlo, ante cualquiera Ley subsiguiente o posterior. Pero, razonar así equivale a suponer que cuando el Estado otorga una concesión minera, es decir, cuando concede a un particular el derecho de explotar parte de esa riqueza pública que constituyen las minas, enajena también, con ésta, parte de su propia Soberanía, como es la facultad y el poder de legislar para establecer su propia política minera, en la forma que juzgue más adecuada y conveniente a los intereses generales del País. Por tanto, ese principio, continúa diciendo la Corte, contenido en el artículo 204 de la Ley de Minas vigente, ha de sufrir lógicamente, algunos temperamentos, entre los cuales debe mencionarse, ante todo, el que impone la noción de orden público, la cual rectamente entendida, encarna el concepto objetivo de justicia que en un momento dado rige en una determinada colectividad humana". Concluye la Corte expresando: "Las normas o leyes de orden público, imperativas como son, puesto que se las dicta en protección y resguardo de los intereses generales de la comunidad, ante las cuales no es posible invocar derechos adquiridos, constituyen, en efecto, sin lugar a dudas, una necesaria excepción a la intangibilidad original de las concesiones, que de manera tan absoluta en este caso la recurrente ha alegado para las suyas".

En resumen, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en los actuales momentos, acerca de la posibilidad de regir por una

nueva Ley a las concesiones que no hubieren sido adaptadas por sus titulares, es la de permitir la aplicación de las leyes mineras posteriores, por cuanto, ello supone el ejercicio mismo del poder soberano del Estado, en el sentido de fijar su propia política minera de acuerdo a los intereses y necesidades de la colectividad. De manera pues, que la naturaleza de Derecho Público de las normas, y el poder del Estado de legislar, surgen como poderosos límites a la intangibilidad de las concesiones, y a la figura de la adaptación.

C) EL EFECTO INMEDIATO Y EL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

Uno de los verdaderos y positivos aportes a la doctrina jurídica nacional lo constituye, sin lugar a dudas, el criterio acogido por la Corte en su sentencia de diciembre de 1967, de distinguir entre la aplicación inmediata de la ley, y el efecto retroactivo de la misma, no permitido por la Constitución Nacional en su artículo 44 y prohibido por el Código Civil en el artículo 3°.

La jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal en este sentido no había sido uniforme, sino más bien contradictoria y confusa. Así se puede señalar como la Corte Federal y de Casación en una sentencia de fecha 12 de junio de 1933,³⁴ y la Corte de Casación en sentencias de 21 de enero de 1954 y 21 de febrero de 1956,³⁵ asimilaban el efecto inmediato de la ley con el efecto retroactivo. Mientras, que en sentencias de 30 de abril de 1938, 9 de marzo de 1939, 29 de noviembre de 1944 y 18 de diciembre de 1947,³⁶ el Máximo Tribunal, distinguía correctamente entre los conceptos de retroactividad y de aplicación inmediata. Por último, en una decisión de la Corte Federal y de Casación de 15 de enero de 1938,³⁷ se limita a rechazar que el principio de la irretroactividad pueda tener en nuestro sistema excepciones,

³⁴ Memoria de 1934, pág. 305.

³⁵ Estas sentencias pueden verse en la Gaceta Forense N° 3, 2ª Etapa, pág. 313, y N° 11, 2ª Etapa, Vol. II, págs. 49 a 51, respectivamente.

³⁶ Pueden consultarse estos fallos en la Memoria de 1939, Tomo I, págs. 504 y ss., en la Memoria de 1940, Tomo I, págs. 331 y ss.; en la Memoria de 1945, Tomo II, págs. 245 y en la Memoria de 1948, págs. 425, respectivamente.

³⁷ Memoria de la Corte Federal y de Casación de 1939, Tomo I, págs. 145 y ss.

en virtud de ser un mandato constitucional, pero, en todo caso no explicaba lo que debía entenderse por retroactividad.

El planteamiento de la distinción entre lo que es retroactividad y lo que es aplicación inmediata de la Ley, nos lleva a hacer alguna disquisición doctrinaria acerca de este problema. La doctrina ha llegado a realizar una clasificación interesante de los posibles efectos que una ley nueva puede producir, para determinar en definitiva, qué casos constituyen retroactividad y cuáles no. Por ejemplo, se dice que, constituyen retroactividad las siguientes hipótesis: a) La aplicación de la ley nueva a las consecuencias jurídicas anteriores de supuestos también anteriores; y b) La aplicación de la ley nueva no sólo a las consecuencias jurídicas ya producidas antes de su entrada en vigor, sino también su aplicación a los mismos supuestos que produjeron tales consecuencias. Por el contrario, también se ha señalado que no constituyen retroactividad, los casos siguientes: 1) El que la ley posterior rija todos los supuestos de hecho que se produzcan después de su entrada en vigor, así como también, todas las consecuencias de dichos supuestos; y 2) La aplicación de la ley nueva a las consecuencias futuras de los supuestos de hecho cumplidos con anterioridad a su vigencia, mas no a los supuestos mismos.³⁸

Con respecto al caso señalado últimamente en segundo lugar, es donde se ha planteado toda una verdadera controversia. En efecto, unos opinan que la ley no debe afectar las consecuencias futuras de supuestos producidos bajo el imperio de leyes anteriores; otros, por el contrario, afirman, que las leyes pueden modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores. Para los primeros, es terminante la expresión utilizada por el legislador, tanto en la Constitución Nacional como en el Código Civil, y por lo tanto, defienden la no retroactividad con excesivo rigorismo, proclamándolo un principio absoluto. Mientras que los segundos, distinguen el efecto inmediato de la ley de la irretroactividad de la misma, acogiendo de esta manera la tesis del jurista francés PAUL ROUBIER expuesta en su libro "Los Conflictos de Leyes en el Tiempo".

La tesis moderna distingue, como ya se ha dicho, entre lo que es propiamente retroactividad y el efecto inmediato de la

³⁸ Cfr. "Dictámenes de la Procuraduría General de la República, 1964", pág. 207.

Ley, y a tal fin, entiende por él, como "la sumisión a la nueva ley de todas las consecuencias futuras de las situaciones consumadas antes de su entrada en vigor".³⁹ COVIELLO afirmaba que la palabra retroactividad que denota eficacia sobre el pasado, no es lo mismo que aplicación inmediata, y señalaba que "Cuando la ley nueva regula también las consecuencias de un hecho pasado, que se realizarán bajo su imperio consideradas en sí mismas, y no por una razón relativa a aquel hecho, que queda así intocado, no hay retroactividad, sino aplicación inmediata de la ley".⁴⁰

En nuestra Patria los procesalistas están en un todo de acuerdo en que la aplicación de las leyes de procedimiento a los procesos existentes de que hablan la Constitución Nacional y el propio Código de Procedimiento Civil en su artículo 6º, no constituye una retroactividad permitida excepcionalmente por la Constitución, sino un caso de aplicación inmediata de la ley. MARCANO RODRÍGUEZ, por ejemplo, señalaba que en el caso del artículo que consagraba la aplicación de las leyes procesales a los procesos en curso, "No hay tal retroactividad: la misma disposición nos dice que no obran sobre lo pasado; que los actos de sustanciación realizados en los procesos se respetan. Para qué decir entonces que tiene efecto retroactivo?".⁴¹ BORJAS, por otro lado, afirmaba que el texto del artículo (6º del Código de Procedimiento), "no es una excepción del principio de la no retroactividad de las leyes, sino una consecuencia de la recta interpretación del mismo".⁴² Y entre los actuales procesalistas, bástenos citar a PINEDA LEÓN y BRICE,⁴³ quienes están acordes en el sentido de que en el caso de la aplicación de las normas procesales no hay aplicación retroactiva, ni se está en presencia de una excepción a tal principio.

En el resto de la doctrina nacional, el Dr. JOAQUÍN SÁNCHEZ COVISA, en su magnífica obra "La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", páginas 218 y 219, después

³⁹ Dictámenes de la Procuraduría, págs. 209 y ss.

⁴⁰ COVIELLO, NICOLÁS, "Doctrina General del Derecho Civil", pág. 119.

⁴¹ "Apuntaciones Analíticas", págs. 38 y 39.

⁴² Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo I, pág. 36.

⁴³ PINEDA LEÓN, PEDRO, "Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil", Tomo I, pág. 37. BRICE, ANGEL FRANCISCO, "Lecciones de Procedimiento Civil", Tomo I, pág. 59.

de hacer un estudio de las Constituciones de la República desde 1864, declara que, el constituyente, al suprimir la declaratoria de que la aplicación de las leyes de procedimiento a los procesos en curso constituía una excepción a la no retroactividad de la ley, a partir de la Constitución de 1925, recogió las modernas orientaciones científicas, y distinguió la aplicación inmediata de la ley de la aplicación retroactiva. En base a esta consideración, se ha concluido, entonces, que "en Venezuela es forzoso acoger la distinción elaborada por la doctrina moderna, entre efecto retroactivo propiamente dicho y efecto inmediato".⁴⁴

Por último, es necesario, señalar que la Corte Suprema de Justicia en su comentado fallo de 21 de diciembre de 1967, al considerar que sí es posible declarar caduca una concesión por falta de explotación, aunque la ley que dio origen a esa concesión no contemplara tal causal de caducidad, expresamente consagró jurisprudencialmente la distinción entre la retroactividad y el efecto inmediato de las leyes. En esa oportunidad la Corte aclaró: "Precisa, con todo, no confundir la aplicación inmediata de la preceptiva de este carácter (de orden público) con la atribución de supuestos efectos retroactivos de la misma. Tal aplicación inmediata no quebranta el principio constitucional de la irretroactividad de la Ley, siempre y cuando incida sobre situaciones, consecuencias o efectos que se produzcan a partir de la vigencia de esa preceptiva, así sean derivados de hechos pasados; tales normas y tales leyes serían reprobables por retroactivas, si al contrario, se ordenara su aplicación, o se las aplicara, a situaciones, consecuencias o efectos pasados, derivados de hechos también pasados. Una ley de orden público, enseña la doctrina, deberá respetar los actos consumados por el hombre cuando regía una ley de orden público de contenido diverso, mas no podrá respetar una libertad para disfrutar unos derechos o exigir obligaciones que contrastan con el concepto de lo justo, vigente en el momento de su disfrute o de su exigencia".

D) *REGIMEN LEGAL DE LAS RELACIONES JURIDICO-MINERAS*

En la sentencia de 21 de diciembre de 1967, a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable, la Corte Suprema

⁴⁴ Dictámenes de la Procuraduría, pág. 214.

de Justicia, distingue la naturaleza de las diferentes relaciones jurídicas a que da lugar la actividad minera. Señala la Corte dos categorías de relaciones: "las creadas, como consecuencia del acto concesional, entre el Estado, concedente, y el particular, concesionario"; y en segundo lugar, las que pudieran crearse entre el concesionario y los terceros. Hecha esta diferenciación, la Corte a su vez, distingue el diferente régimen jurídico de ambas, cuando afirma, que las primeras relaciones, o sea, las surgidas de la concesión en sí, están regladas por el Derecho Minero, el cual, sin duda alguna, dice la Corte, es Derecho Público, de modo que tales relaciones son también de Derecho Público. En cuanto que a las segundas, es decir, las relaciones del concesionario con los particulares, son relaciones de Derecho Privado, "al menos en principio, ya que todas aquéllas que pudieren surgir como consecuencia del carácter de utilidad pública de que la industria está afectada, como son la expropiación, la constitución de servidumbres y la ocupación temporal, o de la naturaleza misma de la relación original, como las cesiones o trasposos, se rigen por el Derecho Público, en todo o en parte".

Más adelante, al reafirmar el régimen jurídico aplicable a las relaciones existentes entre el Estado y el concesionario, el Supremo Tribunal declara que, las normas de la Legislación Minera, "reguladoras de las relaciones creadas entre el Estado, concedente, y el particular, concesionario, son también de orden público, por ser, como se ha dicho, de Derecho Público, y, por tanto imperativas".

Después de hacer estas interesantes e importantes distinciones, la Corte concluye, que "las concesiones se rigen, fundamentalmente, por la Ley bajo cuyo régimen fueron otorgadas, o por aquella a la cual las hubiere adaptado su titular". Esto no impide por otro lado, que el Poder Legislativo, al trazar las líneas esenciales de la política minera del Estado, introduzca dentro de ese régimen las modificaciones y transformaciones que crea necesario, por cuanto, expresa la Corte citando a la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, "Los contratos aun cuando sean expresos, no pueden dificultar la autoridad constitucional del Congreso". En base a esta consideración, concluye la Corte, fue como el Congreso Nacional, "en ejercicio de poderes constitucionales que le son propios, juzgó necesario

restablecer, de manera expresa, en las Leyes de Minas de 1936, 1943, y 1944, la obligación de explotar, con el fin de imponer su propia política minera”.

Definitivamente, el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al régimen aplicable a las concesiones, es el de que, las mismas se rigen, “en primer lugar, por la Ley de su otorgamiento; en segundo lugar, por aquella a la cual su titular las hubiere adaptado; y en tercer lugar, por aquella o ésta, según el caso y, al mismo tiempo, por aquellas que el Congreso dicte y que, en razón de su propia índole, sean imperativas o de derecho forzoso”. Esta interpretación, arguye el Supremo Tribunal, es la más sana y correcta que puede darse a la expresión que frecuentemente se halla en los títulos de las concesiones mineras, de acuerdo con la cual, el Estado confiere a la concesionaria “el uso y goce de la expresada pertenencia minera, en tanto cumpla con las leyes que le sean aplicables”. Por “leyes que le sean aplicables”, entiende la Corte, no sólo las del otorgamiento y las de adaptación de las concesiones, sino también, a más de éstas, aquellas que sean imperativas o de derecho forzoso.

Por último, termina el Supremo Tribunal afirmando que cuando el Poder Legislativo de nuestro país restableció la obligación de explotar en las Leyes Mineras a partir de 1928, “lo hizo con un fin legítimo, de general relevancia”, y ello, por cuanto, “la explotación de las minas es un derivado necesario de la naturaleza propia de las cosas, de la noción de utilidad pública que informa la industria y de la interpretación histórica de la legislación pertinente, como que la explotación minera es una exigencia permanente del interés público y del bien común y, hoy por hoy, la realización de la función social de la propiedad minera”.

E) LA APLICACION INMEDIATA DE LAS NORMAS LIMITATIVAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

No cabe duda, que en la actualidad la propiedad de las minas constituye una de las llamadas “propiedades especiales” más representativas, junto con la propiedad rural y la propie-

dad industrial.⁴⁵ Pues, bien, expresa la Corte Suprema de Justicia en su comentado fallo que, "teniendo el carácter de normas de orden público las reguladoras de la propiedad en general y de la propiedad minera en particular, en cuanto se refieren unas y otras a su función social; y siendo, además, las segundas, de Derecho Público, el efecto fundamental de las mismas es su aplicación inmediata, puesto que son de Derecho forzoso". Y por cuanto la obligación de explotar, se concibe como una limitación positiva de la propiedad minera, concluye la Corte, "es exigible a los concesionarios a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley que de manera expresa la estableció, en los términos previstos en ella misma, sin que ello implique, de ningún modo, aplicación retroactiva de dicha Ley". Esta aplicación inmediata, dice la Corte, "para excluir cualquier supuesto viso de retroactividad, consiste, pura y simplemente, en que, a partir de la entrada en vigencia de la norma, como si tal fecha fuera la del otorgamiento de la concesión, cuando se tratase de concesiones otorgadas bajo el régimen de leyes anteriores, empezaba a correr el plazo previsto por la misma norma para iniciar la explotación".

Sin embargo, no faltan aún personas que opinen que el ejercicio mismo de los derechos reconocidos legalmente a los propietarios, no pueden ser restringidos, ni en forma positiva, ni en forma negativa, por cuanto constituye en sí mismo, la esencia del propio derecho de propiedad. De esta forma, en algunos países se han hecho severas críticas y objeciones a proyectos de leyes reformistas que pretendieron fijar límites al derecho de propiedad, reconocido en forma absoluta por las leyes civiles.⁴⁶

⁴⁵ En su obra denominada "La Propiedad y Sus Problemas Actuales", págs. 67 a 76, CASTÁN TOBEÑAS, se refiere a la aparición de las propiedades especiales, como consecuencia de la extensión que va adquiriendo la idea de la propiedad; y así distingue entre "propiedad común" y "propiedades especiales", o "tipos de propiedades". En esa misma obra (pág. 73), CASTÁN dice que esta situación ha llevado a autores como JOSSEERAND, a expresar que "es preciso hablar hoy no ya de la propiedad, sino de las propiedades". El mismo CASTÁN opina que "el concepto de la propiedad va dejando el paso al de las diversas propiedades, ya que según sea la naturaleza del objeto y la del negocio jurídico que haya dado origen a la propiedad, la finalidad social que se persiga, tiene aquella en cada caso contenido muy diferente" (Obra citada, pág. 75).

⁴⁶ A este respecto, ver en la obra "Tierra, 10 Ensayos Sobre La Reforma Agraria en Colombia", las críticas que se hicieron al Proyecto de Ley de Reforma Social Agraria Colombiana; y en la Revista

En nuestro país, jurisprudencialmente, en diferentes ocasiones, el Máximo Tribunal, ha sostenido que es posible restringir el ejercicio mismo del derecho de propiedad, una vez incorporado a la Constitución Nacional el principio de la función social. Concretamente, en el fallo de 21 de diciembre de 1967, la Corte argumentó que las normas que impusieron la obligación de explotar a los concesionarios "son de aplicación inmediata", sin que sea posible su confusión con una supuesta retroactividad, en la misma forma en que lo son cualesquiera obligaciones, restricciones o limitaciones que el Legislador imponga a la propiedad, en general, o a cualquier tipo de propiedad, en especial". Y al referirse al caso concreto de la propiedad agraria y a manera de ejemplificar su afirmación anterior, la Corte Suprema, continúa diciendo: "Considerar que la aplicación inmediata de disposiciones de esta naturaleza constituya aplicación retroactiva de las mismas, conduciría al absurdo de que las disposiciones generales que afecten el derecho de propiedad o las condiciones de su ejercicio, sólo serían aplicables a quienes en lo futuro llegaren a ser propietarios y no a los que sean actualmente. Las disposiciones de la Ley de Reforma Agraria, por ejemplo, que en razón de la función social de la propiedad rural obligan al propietario a mantenerla en explotación socialmente útil, de modo que, en su defecto, quedan sujetas a expropiación, son de aplicación inmediata; sin que pueda alegarse contra las mismas derecho adquirido alguno a mantener los fundos incultos y ociosos, por el hecho de que, conforme a la legislación vigente para la fecha de su adquisición, los propietarios no estaban obligados a mantenerlos en ese estado de explotación socialmente útil; otro tanto ocurre, y por igual motivo, con las disposiciones legales antes mencionadas (las de la Ley de Minas), con las diferencias naturales del diverso origen que tienen la propiedad rural y la propiedad minera".

a) *El principio de la no retroactividad y el principio de la función social*

El argumento sostenido por algunos de que las disposiciones legales que restablecieron la obligación de explotar en materia minera, no son aplicables a concesiones otorgadas bajo regíme-

DOCUMENTOS, N° 24 del Instituto de Estudios Políticos de la Fac. de Derecho de la U.C.V., las críticas presentadas al Proyecto de Ley de Reforma Agraria Chilena (págs. 58 a 64).

nes de leyes anteriores, si sus titulares no las hubieren adaptado a las nuevas leyes, no sólo plantea un conflicto en cuanto a la aplicación de dos leyes sucesivas en el tiempo, sino entre dos principios de rango constitucionales, por lo menos a partir de la Constitución Nacional de 1945; es decir, entre el precepto que establece que ninguna ley tendrá efecto retroactivo, y el precepto que dispone que la "propiedad está sujeta a las contribuciones y a las restricciones que establezca la Ley por razones de interés público o social", y que la propiedad está sujeta a tales cargas en virtud de su función social. Luego, entonces, como dice la Corte, "El conflicto se plantea, porque incorporado a la Carta fundamental el principio de la función social de la propiedad, cualquiera que esta sea, puesto que el Constituyente no distingue, no es posible discutir su aplicación inmediata, ya que se trata del orden público constitucional eminente".

En nuestro sistema jurídico, pues, se encuentran dos principios de igual rango y de idéntica jerarquía, que demandan una perfecta armonía de cuanto a su aplicación, por cuanto dentro de un mismo derecho positivo, no pueden plantearse conflictos entre uno y otro precepto, "porque el mismo derecho no puede mandar hacer una cosa en un precepto y en otro mandar no hacerla. Es decir, no puede pensarse que, por respeto al principio constitucional de la irretroactividad de la Ley, no pueda aplicarse a la propiedad minera una Ley nueva que regula su función social, y, al mismo tiempo pretender aplicar esa función social porque el mismo Constituyente así lo dispuso".⁴⁷ El conflicto que pudiera presentarse, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, sería de fácil solución, ya que atendiendo a la más sana hermenéutica, si "todo cambio de la Constitución, cuya aplicación inmediata es irrecusable, trastorna, generalmente, todo el ordenamiento jurídico subordinado, puesto que la norma constitucional es la hipótesis condicionante de todo éste", es cierto, por otro lado, que "conforme a la lógica jurídica, corresponde a los jueces referir, en cada caso, al precepto constitucional condicionante, toda la normativa subordinada".⁴⁸

Siguiendo este orden de ideas, concluye la Corte Suprema que, "rigiéndose las concesiones controvertidas por la Ley de Minas de 1928, la cual por hipótesis, consagrara un concepto

⁴⁷ Sentencia de 21 de Diciembre de 1967.

⁴⁸ Artículo 6º del Código de Procedimiento Civil.

absolutista de la propiedad minera, es obvio que, al modificar una Constitución posterior el concepto de la propiedad privada, aplicable de inmediato a todo género de propiedad, puesto que el Constituyente no distingue, el conflicto se limita a una simple colisión, en el punto, entre la referida Ley y la nueva Constitución; "La colisión, con la Constitución se resuelve de manera absoluta en contra de la vigencia de la Ley, en virtud de derogación, si el precepto constitucional es posterior, y en virtud de anulación, si el precepto constitucional es anterior...". Es interesante destacar este aspecto, continúa proclamando el Tribunal Supremo, "porque muchas veces se citan como colisión entre dos leyes casos en los cuales hay en realidad colisión entre una de ellas y la Constitución. Así, cuando existe la incompatibilidad entre dos preceptos legales, uno de los cuales recoge la Constitución y otro que la infringe, el segundo carece de vigencia, mas no por su colisión con el otro precepto, sino por su colisión con la norma constitucional".

6.—LA FUNCION SOCIAL DE LA MINA

A) *CONCEPTO DE FUNCION SOCIAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*

Si bien la atribución de una función social a la propiedad, constituye una tendencia de los tiempos modernos, la idea en sí es bastante antigua, pues ya existía en algunas concepciones cristianas, y fue puntal importante de la teoría aquiniana sobre el bien común. Posteriormente, las escuelas sociológico-jurídicas del siglo XIX, principalmente con AUGUSTO COMTE, establecieron las bases sobre las cuales se desarrollaría toda la doctrina moderna. Por su parte, LEÓN DUGUIT, dentro del Sociologismo Jurídico y en los campos del Derecho Público, elaboró ya el concepto de la propiedad función; opinión, que también era compartida por el italiano CIMBALI⁴⁹ al estudiar la evolución del Derecho Civil.

A pesar de que el concepto mismo de la función social, ha sido calificado como "un concepto un poco vago y genérico, ade-

⁴⁹ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, "La Propiedad y sus Problemas Actuales", págs. 76 a 79.

más de mudable",⁵⁰ o de "fórmula indeterminada y nebulosa" y hasta misteriosa,⁵¹ es posible, siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, en su obra mencionada, pág. 84, tratar de precisar con mayor detalle lo que se ha entendido modernamente por función social de la propiedad. Dice CASTÁN, la función social, aunque de contenido muy complejo, está "constituída en esencia por los deberes, negativos y positivos, que el vivir social y el bien común imponen al propietario en beneficio de la comunidad". Por su parte, MESSINEO, al estudiar las obligaciones inherentes al derecho de propiedad,⁵² afirma, que en la actualidad las obligaciones del propietario dependen del más amplio concepto del carácter social de la propiedad, y que la innovación del régimen actual del derecho de propiedad, está en que al lado de las abstenciones y de las tolerancias, que son las limitaciones, que antes se imponían a la propiedad, se coloca ahora el de obligación, que es un concepto positivo. Finalmente, para un agrarista colombiano,⁵³ "el desarrollo de la función social no conduce al desconocimiento de la propiedad, sino a su ejercicio. No es sino un concepto de defensa del derecho. Lo que cambia es la incorporación del sentido social en el reconocimiento de la propiedad, que se traduce en obligaciones para el titular. Es un nuevo enfoque a través de la concepción social del Estado para acomodarla a las nuevas tendencias del mundo con el fin de que pueda sostenerse y evitar su desconocimiento por hechos revolucionarios".

La Corte Suprema de Justicia de nuestra hermana República de Colombia, en su Sala Plena, en una interesante sentencia de 10 de marzo de 1938, se pronunció sobre el concepto de la función social de la propiedad consagrado por el constituyente colombiano de 1936, y a tal respecto afirmó lo siguiente: "El constituyente de 1936 relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de ésta a los intereses de la colectividad y con ello la limitación del libre arbitrio del propietario. Este constituyente dio a la propiedad individual el fundamento de la función social que implica obligaciones, conformán-

⁵⁰ PUGLIATTI, citado por CASTÁN en su obra mencionada, pág. 78.

⁵¹ BARASSI, citado por CASTÁN, obra citada, pág. 80.

⁵² MESSINEO, FRANCESCO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III, págs. 262 a 264.

⁵³ AGUILERA CAMACHO, ALBERTO, Derecho Agrario Colombiano, pág. 143.

dose a las teorías modernas de los defensores de aquella...".⁵⁴ En nuestro País, el Máximo Tribunal en su memorable fallo de 21 de diciembre de 1967, y que ha sido objeto de este estudio, al conceptuar la función social, dijo de ella que, "la función social de la propiedad, cualquiera que ésta sea, consiste en la sujeción de la misma a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establece la Ley por razones de interés público o de interés general".

B) *LA OBLIGACION DE EXPLOTAR COMO
MANIFESTACION DE LA FUNCION SOCIAL
DE LA PROPIEDAD MINERA*

Dijimos que las concesiones mineras revisten a sus titulares de una serie de derechos, y entre ellos, principalmente, el de darle el subsuelo en propiedad particular. (En las de Hidrocarburos, un derecho real inmueble). Es decir, que las concesiones mineras constituyen a favor de una determinada persona, la propiedad de las minas, y por ello, son caracterizadas como dentro de las llamadas "concesiones constitutivas".⁵⁵ Pues bien, el minero como propietario de esos yacimientos minerales disfruta de ese derecho plenamente, como dice la Ley de Minas en su artículo 14, y por lo tanto puede disponer de él de acuerdo a los principios del Derecho Común, pero, sujeto claro está, a las especiales regulaciones de la Ley Minera. Ese derecho de propiedad, como lo hemos visto, se reduce fundamentalmente, a aprovechar los productos de las minas, porque lo que caracteriza a ese tipo de propiedad, es el típico derecho de explotar. Sin embargo, a pesar de la amplitud del derecho de propiedad minera, el titular de una concesión, está sujeto, no sólo a limitaciones y restricciones impuestas por la misma Ley, sino que debe cumplir fundamentalmente con una serie de conductas positivas, es decir, con obligaciones, siendo la más característica de ellas, la obligación de explotar, puesto que ni más ni menos, constituye el principal aspecto de la función social de la propiedad minera. Este es el particular criterio de la Corte Suprema

⁵⁴ AGUILERA CAMACHO, Derecho Agrario, pág. 167.

⁵⁵ VID, RENGEL ROMBERG, ARÍSTIDES, en Rev. del Col. de Abogados del Dto. Federal, Nos. 127-128, pág. 147, "El Derecho de Reversión en la Legislación de Minas e Hidrocarburos".

de Justicia, cuando en su comentada sentencia expresó: "Siendo la explotación de las minas de interés público o de interés general; y estando calificada legalmente de utilidad pública la industria minera; es obvio que la obligación de explotar, que la nueva Ley de Minas ha impuesto expresamente a cargo del concesionario, responde precisamente, en la forma más leal, a las "obligaciones que establezca la Ley", a que constitucionalmente está sujeta la propiedad en razón de su función social; es decir, tal obligación, por las referidas razones, constituye una manifestación específica de la función social de este tipo también especial de propiedad que es la propiedad minera".

La explotación constituye, el modo normal de ejercicio del derecho de explotar que confieren las concesiones, y ya se dejó establecido que tal derecho es un derecho de ejercicio obligatorio, y a la vez dependiente, en el sentido de que se funda en un deber jurídico de su titular, consistente, precisamente, en llevar a cabo la explotación de la mina concedida. Es pues, un derecho esencialmente activo, de manera que su inactividad no responde al origen o causa misma de su nacimiento, como lo es, el que las minas produzcan en beneficio de la colectividad. De esta forma, nos encontramos ubicados perfectamente dentro del pensamiento moderno que no concibe a los derechos de naturaleza económica, como derechos inactivos. Recordemos, como "los derechos, tal como han sido entendidos hasta el presente, abstraídos y desligados de las necesidades fundamentales de las que tan sólo son un aspecto, solamente piden a los demás respeto y reconocimiento, un estarse quietos, una abstención, todo lo más una policía y un orden público que los proteja de la intromisión de los que no los disfrutan. No son principios activos, pues aún al mismo sujeto que los detenta no le exigen su realización, ni su ejercicio".⁵⁶ Las nuevas tendencias, al contrario, que se notan y se incorporan ya a las Constituciones Nacionales, tienden a darles a los derechos de carácter económico y social, un contenido más activo, teleológico que los legitime, y así, ya no se permiten que existan derechos que justifiquen su inactividad. En nuestros tiempos, los derechos individuales tienen una doble tarea que cumplir, el disfrute personal y el mejoramiento de la sociedad en general.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE CASTRO, IGNACIO, "Teoría sobre la Revolución", pág. 29.

El fin mismo de los derechos, como el de la propiedad minera, justifica el que se establezcan severas sanciones a su no ejercicio, por ser esencialmente activos y necesarios para la colectividad, tales como la sanción que permita al Estado declarar extinguido el derecho en sí. Esto se ve más claro, sobre todo en las llamadas propiedades derivadas de actos del Estado, como la propiedad minera, o las denominadas adjudicaciones o dotaciones de tierras,⁵⁷ y con menos claridad en las propiedades originarias, como la individual o privada, pero, sin embargo, hoy se ha llegado a prever a la expropiación como sanción, para castigar a los propietarios que mantengan sus predios incultos y ociosos.⁵⁸ Para el administrativista BIELSA, cuando la extinción del contrato que da origen a derechos como los señalados, "se basa en incumplimiento de obligaciones establecidas en razón del fin mismo de la Ley, del interés de las partes, puede llamarse, régimen de caducidad".⁵⁹ Por esta razón, la Ley de Minas en su artículo 55, ordinal 2º, coloca a la falta de explotación como causal de caducidad de la concesión minera, y la Ley de Hidrocarburos en su artículo 76, si bien con una modalidad, también prevé a la no explotación como causa de la extinción de las concesiones petroleras.

a) *Concepto legal de la obligación de explotar*

El legislador, so pena de caer en abstracciones, o en fórmulas vagas e imprecisas, tenía forzosamente que definir lo que a los fines de la materia minera, se entiende por obligación de explotar la mina. O lo que es lo mismo, cómo se tiene una concesión en explotación? Al definir legalmente la obligación de explotar, el legislador evita que tal obligación quede sujeta a las solas necesidades del concesionario, y a la vez, supera el inconveniente de que la administración pública esté a cada momento modificando los términos y condiciones de dicha exigencia legal. Por un lado se evita, que el sólo criterio egoísta del minero se imponga a las verdaderas necesidades de la industria en sí y a los concretos requerimientos de la economía nacional; y por otro, se elimina el perjuicio que representa para la

⁵⁷ Por ejemplo, la Ley de Reforma Agraria establece en su art. 83, numeral 2º, como causal de revocación o extinción de la adjudicación, al abandono injustificado de la parcela.

⁵⁸ Ver arts. 19, 22 y 27, ordinal 1º de la Ley de Reforma Agraria.

⁵⁹ BIELSA, RAFAEL, "Derecho Administrativo", Tomo II, pág. 407.

misma industria el que la obligación de explotar, fuere fijada por el libre arbitrio del Ejecutivo Nacional. Con la fórmula adoptada, el legislador da garantías a unos, los concesionarios, y seguridades a otros, los órganos de la administración, al evitar la intervención exclusiva de ambos.

El artículo 24 de la Ley de Minas fija, según sea la naturaleza del yacimiento minero, diferentes lapsos dentro de los cuales el concesionario deberá comenzar la explotación de su concesión, y así, por ejemplo, determina que para las concesiones de veta o manto, dicho lapso es de cinco años, y para las de aluvión, de tres años, contados a partir de la fecha de publicación del título respectivo en la Gaceta Oficial. Igualmente dispone en el mencionado artículo, que empezada la explotación, ésta no podrá ser suspendida por más de dos años si fuere de veta o por más de un año si fuere de aluvión, salvo caso de fuerza mayor comprobada, y sin perjuicio del derecho de prórroga para reanudar la explotación, que podrá conceder el Ministerio a favor del concesionario.

El primer aparte del artículo 24 ejusdem, nos da el concepto de lo que entiende la Ley por explotación. Dice la Ley: "se entiende que la concesión está en explotación cuando se estuvieren extrayendo de ésta las sustancias a que se refiere la presente Ley, o haciéndose lo necesario para lograr su extracción mediante las obras que según el caso fueren apropiadas a este fin, y siempre que la trabajen por lo menos, cinco obreros por día, para lo cual podrá establecerse la media diaria anual". Esto es lo que consagra la Ley con respecto al concepto de explotación. Sin embargo, es posible que aún nos preguntemos, si sólo basta cualquier explotación por ínfima que ésta sea?, es decir, si a los efectos del concepto legal de explotación, el minero puede conformarse con el simple hecho de estar extrayendo, aunque no en los niveles requeridos por una explotación eficiente? Este no parece ser el concepto de nuestro legislador, puesto que el Reglamento de la Ley de Minas de 28 de diciembre de 1944, específicamente considera en su artículo 120 que, "las concesiones deben trabajarse en conformidad con los principios económicos, de suerte que la explotación minera se efectúe eficientemente, con el mayor rendimiento y hasta la total extracción del mineral, si fuere posible".

De la coordinación de los textos legales citados, es factible que nosotros nos atrevamos a esquematizar los elementos de la obligación de explotar, o dicho en otra forma, de la función social de la mina. Esos elementos en nuestro criterio son los siguientes:

- a) Extracción de los minerales en forma racional y técnica, o lo necesario para lograr su extracción.
- b) Aprovechamiento de los productos de las minas en forma económica.
- c) Explotación eficiente, es decir, con el mayor rendimiento y hasta, si fuere el caso, su total extracción; y
- d) Utilización de por lo menos cinco obreros por día.

En resumen, los elementos de la función social de la mina son principalmente cuatro, a saber: 1) Extracción racional y técnica. 2) Aprovechamiento económico. 3) Explotación eficiente; y 4) Personal necesario.

No ha faltado quien argumente que la obligación de explotar implica la concurrencia de dos circunstancias solamente: 1ª) Que se extraiga mineral, o bien, que se realicen trabajos apropiados a este fin; y 2ª) Que en cada concesión trabajen por lo menos cinco obreros por día. Esta posición ha sido rechazada tanto por la doctrina administrativa, como por la propia Corte Suprema de Justicia, como lo veremos de seguidas.

b) *Concepto doctrinario de la obligación de explotar*

El Ministerio de Minas e Hidrocarburos, al concebir el concepto de la explotación minera, se ha expresado en los siguientes términos:

“La doctrina tiene establecido que para que la extracción del mineral configure la explotación requerida por la Ley, tiene que ser una extracción con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico, actual o futuro, desprovista ya en lo fundamental de la labor de investigación de la sustancia o el yacimiento y proporcionada a la naturaleza y magnitud de éste”.

“Las minas tienen un especial interés colectivo que deriva de su capacidad para producir riqueza y otros elementos susceptibles de satisfacer múltiples necesidades humanas. En el inte-

rior de la tierra los minerales carecen de utilidad, que sólo adquieren al ser extraídos y puestos en circulación. De allí el interés social en que sean explotados racionalmente y el fundamento de que vuelvan a manos del Estado cuando éste los otorga a los particulares y no son debidamente laborados. Las concesiones se otorgan, pues, para que el concesionario desprenda las sustancias y las ponga en circulación de bienes, con la sola limitación del interés, y no dan por tanto derecho a retener los yacimientos con ánimo de intermediación o en espera de condiciones ventajosas de especulación. La concesión no es un privilegio ni una expectativa que se otorga para el solo beneficio individual del concesionario, sin tomar en cuenta el interés colectivo. Las minas son bienes sociales y los particulares que las reciben en concesión no pueden considerarse más que como administradores de esas riquezas que están obligados a trabajar técnica y económicamente conveniente. Esta idea que inspira el sistema minero, estuvo sin consagración expresa en el ordenamiento legal hasta el año de 1936, cuando la Ley de Minas estableció la obligación del concesionario a la explotación del yacimiento so pena de caducidad de la concesión⁶⁰.

Este criterio como se ve, es perfectamente compatible con lo que hemos expuesto, y responde en un todo, al concepto de explotación minera, vertido en el artículo 120 del Reglamento de Minas actualmente vigente.

c) *Criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre los términos y condiciones de la obligación de explotar*

Frente a la opinión de que la obligación de explotar consagrada en el artículo 24 de la Ley de Minas, sólo contiene una simple exigencia de extraer minerales y de que en cada concesión sólo trabajen por lo menos cinco obreros por día, la Corte Suprema de Justicia, en un importante y trascendental fallo de 7 de Noviembre de 1962, sostuvo puntos de vista contrarios, los cuales representan una elaboración jurisprudencial del concepto de explotación minera, acorde con la doctrina administrativa, y que evidentemente sirve de complemento a la sentencia de 21 de Diciembre de 1967, la cual, en su mayor parte ha sido objeto de comentarios en este trabajo.

⁶⁰ Memoria del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, de 1960, N° 13, pág. 24.

El criterio de nuestro Máximo Tribunal es el siguiente:

“Estima la Corte que el concepto de explotación en Derecho Minero no debe apartarse, en forma alguna, de la doble acepción que en dicho concepto ha de comprenderse, esto es, la acción o efecto de explotar en el sentido de extraer racionalmente de las minas la riqueza que contienen, y la de sacar de ellas la mayor utilidad o provecho. De esta manera, no puede admitirse incondicionalmente la interpretación que a la norma analizada dá la actora cuando señala, que los límites que establece la Ley de Minas, tanto para la extracción de mineral como para los trabajos tendientes a ella, se reducen a una inalterable unidad de medida: la actividad que puedan desarrollar por lo menos cinco obreros por día.

En efecto, esta medida determinada en la citada norma legal no puede, en ningún caso, ser aplicación taxativa a toda concesión independientemente del volumen de mineral que en élla exista. Porque el objetivo económico perseguido por el legislador al regular la explotación minera, no pudo ser otro que el de procurar a la Nación el mayor beneficio a través del mayor volumen de explotación, sin dar base para que las minas concedidas permanezcan inactivas o con una extracción de mineral tan insignificante, en proporción a su reserva, que mantenga improductiva una riqueza necesaria para la evolución económica del Estado.

A este respecto, acoge la Corte el criterio sostenido por el Procurador cuando afirma, que el concepto de explotación que se contiene en el artículo 24 de la Ley de Minas, se encuentra desarrollado en el artículo 120 del Reglamento de dicha Ley que establece: “Las concesiones deben trabajarse en conformidad con los principios económicos, de suerte que la explotación minera se efectúe eficientemente, con el mayor rendimiento y hasta la total extracción del mineral, si fuere posible.

Concordando esta disposición con la citada del artículo 24 de la Ley de Minas, fácil es deducir que ésta última viene a constituir un mínimum en la explotación minera, aplicada a una concesión de características tales, que, la sola actividad que puedan desarrollar cinco obreros por día, son suficientes para lograr que la explotación de esa mina se conforme con los principios económicos, sea eficiente, produzca el mayor rendimiento y logre

la total extracción del mineral, si fuere posible, tal como lo prevé el artículo 120 del Reglamento.

Más es claro, que en el caso de una concesión en la que por su volumen ese mínimo de obreros por día no logre las condiciones de efectividad y rendimiento a que aspira la citada norma reglamentaria, no puede aplicarse como medida definitivamente fija y determinada, aquella disposición legal. Los principios económicos que deben regir la explotación para lograr su mayor eficacia y rendimiento hasta lograr la total extracción del mineral, no pueden estar sometidos a una medida mínima uniforme para todas las concesiones; ellos tienen que estar necesariamente proporcionados al volumen de riqueza susceptible de ser explotada. Tal es, en síntesis, lo que se desprende del análisis conjunto de las citadas disposiciones de la Ley y del Reglamento que rigen la explotación minera".

Una última cosa debemos decir, para terminar con estos comentarios, y es la de que el legislador en el aparte final del artículo 24 de la Ley de Minas ha previsto el caso de que una sola persona tenga varias concesiones, las cuales, si no exceden de los límites fijados en el artículo 37 a la propiedad minera, "se considerarán en explotación por el hecho de poderse trabajar económicamente desde una misma instalación, cuando en ésta se utilice la proporcionalidad de obreros indicada en el aparte anterior" del citado artículo.

B I B L I O G R A F I A

- AGUERREVERE, Angel Demetrio. "*Elementos de Derecho Minero y Petrolero Venezolano*". Ediciones del Instituto Tecnológico de la Facultad de Ingeniería, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2ª Edición corregida y aumentada, 1967.
- AGUILERA CAMACHO, Alberto. "*Derecho Agrario Colombiano*". Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1962.
- AYALA, José Ramón. "*Epítome de Legislación y Derecho Minero Venezolano*".
- BORJAS, Arminio. "*Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*".
- BONNEMAISON W. José Luis. "*Consideraciones en torno a la naturaleza y al régimen de las servidumbres mineras*". Publicaciones de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1965.

- BIELSA, Rafael. "*Derecho Administrativo*".
- BRICE, Angel Francisco. "*Lecciones de Procedimiento Civil*". Editorial Nueva Venezuela, S.A., Caracas, 1964.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. "*La Propiedad y sus Problemas Actuales*". Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963.
- COVIELLO, Nicolás, "*Doctrina General del Derecho Civil*".
- DUQUE SÁNCHEZ, José Román. "*Manual de Derecho Minero Venezolano*". Publicaciones de la Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas, 1967.
- FERNÁNDEZ DE CASTRO, Ignacio. "*Teoría sobre la Revolución*". Editorial Taurus, Colección Ser y Tiempo, Madrid, 1962.
- GONZÁLEZ BERTI, Luis. "*Compendio de Derecho Minero Venezolano*". Universidad de Los Andes, Venezuela, 1957.
- GONZÁLEZ, Godofredo. "*Derecho Minero Venezolano*".
- MONSALVE CASADO, Ezequiel. "*Manual de Ciencia Jurídico-Minera*".
- MARCANO RODRÍGUEZ. "*Apuntaciones Analíticas*".
- MESSINEO, Francesco. "*Manual de Derecho Civil y Comercial*".
- PINEDA LEÓN, Pedro. "*Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil*".
- RENGEL ROMBERG, Aristides. "*El Derecho de Reversión en la Legislación de Minas e Hidrocarburos*". Revista del Colegio de Abogados del Dto. Federal, Nos. 127-128.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

- Memoria del Ministerio de Minas e Hidrocarburos de 1960.*
Dictámenes de la Procuraduría General de la República de 1964.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 7 de Noviembre de 1962*
 (Sala Político-Administrativa)
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de Diciembre de 1967*
 (Sala Político-Administrativa)

LEGISLACION

- Constitución Nacional de 1961*
Código Civil de 1942
Ley de Minas de 1944
Ley de Hidrocarburos de 1943.

SEGUROS. UN CASO DE DELEGACION NOVATORIA PASIVA

(Dictamen)

Por
José Muci-Abraham h.
Doctor en Derecho.

En el presente dictamen emito mi opinión sobre un problema que me fue consultado el día 4 del mes de diciembre de 1969, el cual se halla vinculado a la exacta significación jurídica de la causal de revocación de la autorización y cancelación de la inscripción de los intermediarios de seguros prevista en la letra g) del artículo 103 de la vigente Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

La consulta antes mencionada se halla precedida de la siguiente reseña de antecedentes: Las compañías de seguros emiten sus recibos de primas, ya sean de pólizas nuevas o de renovaciones, y los envían a los intermediarios, quienes los registran como emisiones de primas pendientes a favor de las compañías de seguros; los intermediarios, ulteriormente, envían dichos recibos a los asegurados, para su cobro; una vez cobradas las primas, los intermediarios comunican el cobro a las compañías de seguros dentro de los cinco días siguientes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, del 10 de abril de 1969; al cerrarse el mes, los intermediarios envían a las compañías de seguros un estado de cuenta de las primas cobradas durante dicho mes, y abonan a dicha "cuenta corriente" las primas cobradas menos la comisión que deducen por sus servicios, con lo cual se llega a la fijación de un saldo; los saldos son pagados a las compañías de seguros alrededor de mes y medio después de su fijación.

Se desea saber a) si los intermediarios de seguros incurren

en la causal de revocatoria de la autorización y cancelación de la inscripción al utilizar ese sistema de pago de primas a las compañías aseguradoras, consistente en una "cuenta corriente", o lo que es lo mismo, si tal sistema configura disposición del dinero recaudado por concepto de primas, y b) si tendría alguna base legal la pretensión de que lo recaudado por primas debe hallarse en efectivo, o depositado en cuentas corrientes bancarias.

El sistema seguido por los intermediarios —según el parecer del consultante— no tipifica la causal de revocatoria de la autorización y cancelación de la inscripción de los intermediarios prevista en la letra g) del artículo 103 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por tratarse de una "cuenta corriente", la cual permite a las compañías de seguros, en todo caso, conocer el saldo mes a mes.

Al final de la consulta formulada se consigna la aclaratoria de que los asegurados les pagan las primas a los intermediarios parte en dinero, parte en efectos de comercio, pero que en la relación intermediarios-compañías de seguros el pago de la prima se considera hecho al contado.

Después de haber estudiado detenidamente la consulta que me fue formulada, elevo a consideración del consultante el siguiente

P a r e c e r

I

Me permito observar, en primer término, que en la situación descrita no puede jurídicamente hablarse de la existencia de un "contrato de cuenta corriente", pues a) no se dan los supuestos del artículo 503 del Código de Comercio, que configuran el "contrato de cuenta corriente" propiamente dicho, o "cuenta corriente recíproca", básicamente caracterizado por la recíproca concesión de crédito que se hacen las partes intervinientes en el contrato; ni b) tampoco se dan —de manera obvia— las circunstancias que tipifican el "contrato de cuenta corriente bancaria", para cuya existencia es requisito *sine qua non* la calidad bancaria de la parte concedente de crédito o receptora de fon-

dos, según que la cuenta sea "a descubierto" (de crédito) o "con provisión de fondos" (de depósito).

En la legislación venezolana sólo son "cuentas corrientes", jurídicamente hablando, el "contrato de cuenta corriente" (propriadamente dicho) y la "cuenta corriente bancaria", esto es, los dos pactos descritos en los artículos 503 y 521 del Código de Comercio. Al no encuadrar la situación reseñada en ninguno de estos dos pactos, el término "cuenta corriente" no es utilizable en su verdadera significación jurídica. Las cuentas llevadas por los intermediarios con las compañías aseguradoras —descritas por el consultante— no son otra cosa que "cuentas simples" o "de gestión", como las llama el artículo 504 *ejusdem*. Esto significa, ni más ni menos, que las susodichas cuentas no se rigen por las disposiciones contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Título XIII del Libro Primero del Código de Comercio, ni producen los efectos previstos y disciplinados en tales dispositivos, sino que se gobiernan exclusivamente por las estipulaciones que las partes convengan, con las limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres. Lo anterior no constituye óbice, sin embargo, para que las cuentas de los intermediarios con las empresas aseguradoras se lleven mediante el sistema de contabilidad llamado "de cuenta corriente", caracterizado por la agrupación de las partidas de la cuenta en dos columnas, la del "debe" y la del "haber", y el logro de un "saldo" obtenible mediante la sustracción de la cantidad menor de la mayor. Una cosa es el sistema de contabilidad "de cuenta corriente" y otra diferente el "contrato de cuenta corriente"; el "contrato de cuenta corriente" utiliza el sistema de contabilidad llamado "de cuenta corriente", pero no todos los pactos o contratos en cuya ejecución o desenvolvimiento se utilice el sistema de contabilidad llamado "de cuenta corriente" son "contratos de cuenta corriente".

II

La causal de revocatoria de la autorización y de cancelación de la inscripción de los intermediarios de seguros prevista en la letra g) del artículo 103 de la vigente Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es, en mi sentir, una disposición sancionadora establecida por el legislador con la finalidad de proteger

a los asegurados frente a una hipótesis fáctica distinta a la que los intermediarios configuran con las actividades reseñadas por el consultante. El legislador se propuso, al sancionar a los intermediarios de seguros que dispongan en su beneficio del dinero recaudado por concepto de primas, evitar que tales intermediarios hagan un uso indebido de los fondos que reciban de sus clientes para el pago de las primas; estableció, en tal supuesto, una sanción a un mismo tiempo severa y radical: la revocación de la autorización y la cancelación de la inscripción del respectivo intermediario. Y aunque esta sanción pueda —de primer intento— aparecer como un tanto excesiva, la verdad es que ella tiende de plano a conjurar una situación de muy indeseable acaecimiento: que los clientes de los intermediarios de seguros sean defraudados y no lleguen —no obstante haber cancelado la prima— a obtener la protección del seguro, en procura de la cual ocurrieron al intermediario; tal situación comportaría el descrédito mismo de la intermediación en un negocio como el de seguros, que debe revestir tanta seriedad, puesto que la falta incurrida por un intermediario se traduce, a no dudarlo, en un perjuicio para los intermediarios que proceden honestamente.

El legislador, al concebir la disposición que se comenta, lo repito, tuvo en mente al intermediario de seguros que recibe fondos de sus clientes para hacer entrega de dichos fondos a las respectivas compañías aseguradoras, a fin de que éstas, una vez en posesión de los susodichos fondos, emitan las pólizas respectivas y extiendan los correspondientes recibos acreditativos del pago de las primas. La disposición analizada no es aplicable, por tanto, a quienes actúan como lo señala el consultante. En la situación descrita por éste, respecto de la cual se ha inquirido mi parecer, los clientes (los asegurados) no corren riesgo alguno, pues obtienen del intermediario el recibo que acredita el pago de la prima emanado directamente de la correspondiente empresa aseguradora. Los intereses que el legislador quiso proteger (los de los asegurados) al través de la normativa sancionadora que analizo, durante el interregno que media desde la entrega que el asegurado hace al intermediario de las cantidades constitutivas de la prima hasta la ulterior entrega que el intermediario hace a su vez a la empresa aseguradora de las referidas cantidades, no están sujetos a la eventualidad de ninguna lesión o agravio con la manera de proceder descrita por

el consultante; aquí no hay solución de continuidad entre la entrega efectuada por el asegurado y el logro del recibo acreditativo del pago de la prima extendido por la respectiva empresa aseguradora. Si el interés jurídicamente protegido por la disposición legal que se examina no se halla presente en la especie, su aplicación resulta entonces imposible.

La forma como actúan los intermediarios, descrita al comienzo de este dictamen, es difícil suponer que fue el punto de partida del legislador y la hipótesis a la cual fue dirigida la sanción prevista en la letra g) del artículo 103 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, pues no parece muy ortodoxo partir de una situación en la cual los intermediarios obtienen de las empresas aseguradoras recibos acreditativos del pago de primas que aún no han llegado a poder de éstas.

Las empresas aseguradoras generalmente conocen a la perfección —porque de otro modo les sería imposible subsistir, dada la complejidad y el tecnicismo del ramo en el cual operan— los meandros del negocio que les sirve de objetivo, y si son capaces para medir los riesgos que aseguran desde luego que también lo son para sopesar los riesgos patrimoniales que ellas mismas pueden correr al valerse de intermediarios. A dichas empresas aseguradoras corresponde, en la medida que tengan por conveniente, disciplinar sus relaciones con los intermediarios y procurarse las garantías que juzguen pertinentes, si fuere del caso. Parece meridiano, por ello, que la disposición sancionadora prevista en la letra g) del artículo 103 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros —y esto tiende simplemente a reforzar mi ya expuesto punto de mira sobre la cuestión analizada— fue dictada en protección de los asegurados frente a los intermediarios de seguros, y no en protección de las empresas aseguradoras —diestras en protegerse a sí mismas— frente a los susodichos intermediarios.

III

Es mi parecer que, en la situación que me ha sido planteada, la aplicación de la letra g) del artículo 103 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es absolutamente improcedente, no sólo por virtud y en mérito de las razones y alegatos aducidos con precedencia, sino además, y muy especialmente,

porque si, *ex hypothesi*, los intermediarios dispusieran de algo en beneficio propio, en ningún caso se trataría "del dinero recaudado por concepto de primas"; basta pensar, en este orden de ideas, para percatarse de ello, que las empresas aseguradoras dan por recibidas las primas en los comprobantes, emanados de ellas, que los intermediarios entregan a los asegurados, y que, de consiguiente, las citadas empresas jamás podrían alegar, como causa eximente del cumplimiento de las obligaciones asumidas en la respectiva póliza, que las primas no han sido satisfechas. Si en la relación asegurador-asegurado las primas se tienen por canceladas, sería un contrasentido, una verdadera *contradictio in terminis*, decir ulteriormente que las primas nunca llegaron a poder del asegurador y que se hallan en manos del intermediario, quien ha dispuesto de ellas en su beneficio. Y es que en la especie ocurre que la obligación de pago de la prima se extingue a consecuencia y por efecto de una *delegación novatoria pasiva*: el asegurado (*delegante*), deudor del asegurador (*delegatario*), indica a éste un tercero (*el intermediario*) para que pague la deuda (*delegado*). La obligación primitiva (*pago de la prima*) entre el *delegante* (*asegurado*) y el *delegatario* (*asegurador*) se extingue al ser desplazada o sustituida por la obligación que surge a cargo del *delegado-intermediario* para con el *delegatario-asegurador*. El efecto novatorio de la delegación en el caso que se examina es evidente, pues el recibo que el *asegurador* (*delegatario*) le extiende al *asegurado* (*delegante*) es, si se quiere, aún más que una declaración expresa de la voluntad del acreedor (*asegurador*) de libertar al deudor que ha hecho la delegación (*asegurado*), que es el requisito al cual se halla supeditado el efecto novatorio de la delegación, por ministerio de lo dispuesto en el artículo 1.317 del Código Civil. Claro está que la delegación que nos ocupa tiene su asiento y soporte en sendos convenios subyacentes (a la delegación) que celebran el *intermediario* y el *asegurador*, de un lado, con relación al cumplimiento de la obligación sustitutiva del pago de la prima, y el *asegurado* y el *intermediario*, de otro lado, con relación a la prestación con que el *asegurado* retribuye la obligación asumida por el *intermediario* frente al *asegurador*. Si por virtud de la "delegación novatoria pasiva" la obligación de pago de la prima queda *extinguida*, desde luego que ya no se puede decir, en lo adelante, que el *intermediario* —en el supuesto de que hubiera alguna dispo-

sición de fondos de su parte— dispone en su beneficio “*del dinero recaudado por concepto de primas*”, pues la prima fue cancelada (lo dice el *asegurador* en el recibo extendido al *asegurado*), y sobre el adeudo que pueda tener el *intermediario* con el *asegurador* no puede hacerse recaer la calificación jurídica de “*prima*” (de una *prima* que ya fue pagada), aunque para su determinación cuantitativa se parta del monto de dicha *prima*, pues —como se sabe— la cuantía de tal obligación es igual al monto de la *prima* menos la comisión del *intermediario*. Aunque sería interesante determinar la naturaleza jurídica de la obligación, sustitutiva del pago de la *prima*, que ata al *intermediario* con el *asegurador*, por efecto y a consecuencia de la *delegación*, la verdad es que esa determinación —para los efectos específicos que se persiguen— resulta totalmente inocua; basta subrayar, a los fines del presente dictamen, que la obligación que asume el *intermediario* frente al *asegurador* no es la de pagar la *prima*, que ya el *asegurador* confesó documentalmente haber sido cancelada por el *asegurado*.

Con fundamento en todo lo anteriormente considerado y expuesto opino que en la situación consultada, descrita en el encabezamiento de este dictamen, no se configura el supuesto de hecho que hace procedente la aplicación de la norma sancionadora contenida en la letra g) del artículo 103 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Este es mi parecer sobre el asunto consultado, el cual extiendo, a mi leal saber y entender, y salvo mejor juicio, en Caracas, a los doce días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve.

CRONICA DE LA FACULTAD

NOVIEMBRE UNIVERSITARIA

El día 1 de noviembre de 1966 se celebró la "Jornada de Estudios sobre el

Problema de la Educación en el campo de la Pedagogía" en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza. En ella participó el profesor Dr. Gregorio Rodríguez Domínguez.

La jornada se abrió con un discurso de bienvenida leído por el profesor Dr. Gregorio Rodríguez Domínguez, en el que se abordó el problema de la educación en el campo de la Pedagogía.

Después de esto se celebró una

reunión en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza, en la que se abordó el problema de la educación en el campo de la Pedagogía.

Después de esto se celebró una

reunión en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza, en la que se abordó el problema de la educación en el campo de la Pedagogía.

El día 15 de noviembre de 1966 se celebró la "Jornada de Estudios sobre el Problema de la Educación en el campo de la Pedagogía" en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza.

Después de esto se celebró una

reunión en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza, en la que se abordó el problema de la educación en el campo de la Pedagogía.

El día 20 de noviembre de 1966 se celebró la "Jornada de Estudios sobre el Problema de la Educación en el campo de la Pedagogía" en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza.

Después de esto se celebró una

reunión en el aula magna de la Facultad de Educación de la Universidad de Zaragoza, en la que se abordó el problema de la educación en el campo de la Pedagogía.

AÑO 1970: JULIO - NOVIEMBRE

SINTESIS INFORMATIVA

Colación de grados de la Promoción "Reynaldo Rodríguez Navarro"

El día 3 de agosto se realizó el acto de graduación de los abogados que integran la promoción 1970 de la Escuela de Derecho de Caracas y que lleva el nombre de Dr. Reynaldo Rodríguez Navarro.

En nombre de sus compañeros habló el nuevo abogado Carolina Coello. El discurso de orden fue pronunciado por el padrino de la promoción.

Premio de la AE-UCAB

El nuevo abogado León Cottin N., además de graduarse "cum laude", obtuvo el Premio de la Asociación de Egresados para el alumno más destacado de la promoción de abogados de 1970.

Congreso de F.I.U.C.

En los últimos días del mes de agosto se celebró en Boston College, Boston (Mass.), el Congreso de la Federación Internacional de Universidades Católicas. Asistió como delegado de la UCAB, en representación del R. P. Rector, el Decano de la Facultad, Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, quien fue electo Vocal de la Directiva de la Federación.

El tema general del Congreso fue el mismo del Congreso celebrado por la Organización de Universidades de América Latina en octubre de 1969, "Universidad y Desarrollo".

Traslado de la Facultad

A partir del 1º de setiembre la Facultad de Derecho se trasladó de su sede original, Jesuítas a Mijares, a la nueva sede de la UCAB en la Urbanización Montalbán - La Vega. Su nueva dirección postal es Apartado 29068, Caracas.

Publicación de la "Anotaciones sobre Derecho de Familia" del Profesor Francisco López Herrera

El 29 de setiembre apareció la obra "Anotaciones sobre Derecho de Familia" de la cual es autor el Catedrático doctor Francisco López

Herrera, profesor fundador de la cátedra en la UCAB. Se trata de una nueva publicación de nuestro Fondo de Publicaciones Jurídicas que viene a enriquecer la colección "Manuales de Derecho de la UCAB".

En nuestro próximo número esperamos publicar la correspondiente recensión bibliográfica de obra.

Colación de grados de la Promoción "Alfonso Méndez Carrero"

El día 2 de octubre se realizó el acto de graduación de los abogados que integran la promoción 1970 de la Escuela de Derecho de San Cristóbal y que lleva el nombre del Dr. Alfonso Méndez Carrero.

En nombre de sus compañeros habló el nuevo Abogado Braulio Aguilar Centeno. El discurso de orden fue pronunciado por el padrino de la promoción.

Presidieron el acto S.E.R. Monseñor Alejandro Fernández Feo, Obispo de San Cristóbal y creador de la Extensión Táchira, junto con el Rector de la Universidad y el Vicerrector de la Extensión. Asistieron el Gobernador del Estado, doctor Jorge Francisco Rad, y numerosas autoridades civiles, militares, eclesiásticas y universitarias.

Comienzo de los cursos de pregrado 1970-71

El día 5 de octubre se iniciaron los cursos de pregrado en las Escuelas de Derecho de Caracas y San Cristóbal.

En Caracas, de acuerdo con los datos provisionales de que se dispone, las inscripciones alcanzaron las siguientes cifras:

1º año	441	alumnos
2º año	167	"
3º año	79	"
4º año	64	"
5º año	61	"

En San Cristóbal, la inscripción total fue de 260 alumnos.

Cursos de Postgrado 1970-71

Los cursos de postgrado en las especialidades de Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Penal, iniciaron sus actividades del presente año académico el día 9 de noviembre con una inscripción total de 60 abogados y el siguiente plan:

Derecho Privado

Curso monográfico en Impuesto sobre la Renta.
Profesor: Dr. Iur. Ricardo Sillery-López de Ceballos.

Curso monográfico en Derecho Civil Superior.
Profesor: Dr. Angel Cristóbal-Montes.

Curso monográfico en Derecho Mercantil Superior.
Profesor: Dr. Isidro Morales Paúl.

Derecho Social

Derecho Internacional del Trabajo.
Dr. Alfredo Tarre Murzi.

Derecho de Cooperativas.
Dr. James Daly Guevara.

Derecho Especial del Trabajo.
Dr. Fernando Amores Fiol.

Seguridad Social.
Dr. Luis Mijares Ulloa.

Derecho Penal

Psiquiatría Criminal I.
Dr. José Luis Vethencourt.

Psiquiatría Criminal II.
Dr. José Luis Vethencourt.

Derecho Procesal Penal.
Dr. Carmelo Lauría.

Criminología.
R. P. Fernando Pérez-Llantada.

Medicina Legal II.
Dr. Alfredo González Carrero.

*Permisos, reincorporaciones y nuevos profesores
en la Escuela de Derecho de Caracas*

Han obtenido permiso para separarse de sus cátedras durante el presente año lectivo los profesores Tulio Chiossone y Francisco Manuel Mármol. Continúan en goce de permiso los profesores José Antonio Abreu, Andrés Aguilar, Rafael Caldera, René De Sola, Carlos D'Empaire, Ernesto Faría Galán, Oswaldo Padrón, Enrique Pérez Olivares y Tomás Polanco.

A su vez han sido designados nuevos catedráticos o llenan vacantes, los siguientes profesores: en 1er. año León Cottin; en 2do. año, Julio Chaparro, Vicente Puppio, Gustavo Roosen y Carmen L. Valbuena de Silva; 4to. año, Alejandro Rodríguez Cirimele; en 5to. año, Konrad Fergau, y en Post-grado, Isidro Morales Paúl y Dr. Ricardo Sillery López de Ceballos.

Reediciones de Manuales

En los meses de octubre y noviembre, respectivamente, aparecieron dos reediciones de "Manuales de Derecho de la UCAB": la 3ª edición de "Derecho Civil-Personas" y la 2ª edición de "Contratos y Garantías". El autor de ambas obras es el doctor José Luis Aguilar Gorronzona.

Elecciones profesoriales para el Consejo de Facultad

De acuerdo con la reforma del Estatuto Orgánico de la UCAB y el nuevo Reglamento para la Constitución de Consejos, los profesores eligieron el día 11 de noviembre dos miembros principales y dos suplentes.

Para primer miembro principal resultó electo el Profesor Leopoldo Márquez Añez. Para segundo miembro principal hubo empate entre los profesores J. R. Duque Sánchez y Carmelo Lauría L., pero, de acuerdo con el Reglamento respectivo, correspondió el cargo al Profesor Duque Sánchez por tener mayor jerarquía en el escalafón. El profesor Lauría a su vez fue escogido para integrar el Consejo como miembro principal por designación del Rector, de modo que los suplentes por elección resultaron ser los profesores Jorge Sosa Chacín y Jorge Aguilar Gorronzona.

La representación de los profesores de acuerdo con el nuevo Estatuto está compuesta por 2 principales y 2 suplentes electos por el personal docente o de investigación y de 3 principales y 3 suplentes designados por el Rector.

Representantes de los Egresados en el Consejo de la Facultad

Por oficio de fecha 12 de noviembre, la Asociación de Egresados participó la designación de los abogados Bernardo Paúl y Germán Acedo Payares como representante principal y suplente de los egresados en el Consejo de Facultad respectivamente.

Promoción "Gonzalo Pérez Luciani - 1971"

Los integrantes de la Promoción de abogados 1971 que egresará de la Escuela de Caracas eligieron al doctor Gonzalo Pérez Luciani, epó-

nimo de su promoción. El doctor Pérez Luciani es el primer profesor que ha recibido dos veces esta distinción en la misma Escuela, dentro de nuestra Facultad.

Publicación de trabajo del Br. Luis Alfredo Araque

La Facultad, en atención a sus méritos, decidió publicar el trabajo presentado por el Br. Luis Alfredo Araque B., "La Incapacidad de la Iglesia y los ministros del culto católico para recibir por testamento y donación".

El trabajo en cuestión fue presentado por el Br. Araque en cumplimiento de sus funciones como Preparador de la Cátedra "Derecho Civil IV-Contratos y Garantías" y se encuentran en prensa.

PROMOCION "REYNALDO RODRIGUEZ NAVARRO"

ESCUELA DE DERECHO DE CARACAS

1 9 7 0

Alcalay Mircovich, Milos
Algarra Cadenas, Betssy Coromoto
Alvarez de Lugo Azpúrua, Luis F.
Amaré Caballero, María Eugenia
Amengual Brauget-M., Ricardo
Argentina Ippolito, Cosimo
Atencio Atencio, Alvaro
Barrios Yaselli, Antonieta María
Becerra de Martínez, Anna Gisela
Betancourt González, María M.
Betancourt Vásquez, Humberto
Cárdenas Sánchez, Nubia Consuelo
Cardona de Quintana, Rocío
Carrasquero Martínez, Otto
Castillo Atencio, Leopoldo
Castillo Brandt, Mina
Coello Ramos, Carolina
Cottin Núñez, León Henrique
Domínguez Gómez, Celso Rafael
Echenagucia Lovera, Lilián
Fagúndez Ortega, Milagros
Ferragonio Ippolito, Matteo
Flores Liucci, Magaly

Flores Martínez, José Alfredo
García Machado, Guillermo
Giménez Campins, José
González Briceño, Minerva
Hueck Henríquez, Luis
Infante Gómez, Rita Inés
Itriago Alfonzo, Enrique
Lazzari Gordils, Charles Antonio
Martínez Méndez, Valmore
Martínez Pérez, Gustavo
Martínez de Puigbó, Carmen T.
Mogollón Alvarez, Elizabeth
Monterrey Müller, Leopoldo
Montilla Sanz, Meraly
Morón Cisneros, Freddy Julio
Murillo Vivas, Miguel
Natera Natera, Eulisis
Olive Melo, Leonte Gustavo
Ovalles de Mata, Martina
Oxford Lucena, Elizabeth
Oxford Murati, Antonio
Padilla Hernández, Nancy M.
Parra Pitaluga, Mayra Josefina
Perera Oropeza, Alicia Josefina
Pietrini Malavé, Zully María
Prieto de Del Sol, Rhaiza
Puigbó Quiñones, Jorge Pascual
Quintana Urrutia, Luken
Rodríguez Galarra, María L.
Rodríguez Mora, Edgar José
Rodríguez Moret, Haydée M.
Rojas Marte, Jesús Rafael
Rosas Arias, Ana Sofía
Sánchez González, Rafael
Sánchez Petit, Iván Rafael
Valdivieso Jaspe, Héctor
Velásquez Betancourt, Ramón I.
Velutini Octavio, Julio Bernardo
Vernet de Ascanio, María J.
Villegas Ascanio, Rafael José
Viloria Vera, Roberto Enrique

Zambrano Ramos, María Mercedes
Zamora Hernández, Raúl Enrique

ESCUELA DE DERECHO DE SAN CRISTOBAL
PROMOCION "ALFONSO MENDEZ CARRERO" - 1970

Aguilar Centeno, Braulio Alberto
Barrientos Castellanos, Victor Julio
Contreras Sánchez, José Ramón
Marciales de Marggioro, Mariana
Omaña Porras, María Elodia
Otero, Ramón Ignacio
Pernía García, Carmen Yolanda
Sánchez Zambrano, Mario Orlando
Serrano Ramirez, Héctor Samuel
Varda Contreras, Ana de Jesús
Varela Méndez, Benito Andrónico
Fernández García, José Olivo

Revista

Consejo de Redacción:

El Decano

DR. JOSÉ MUCI ABRAHAM

DR. JOSÉ ALBERTO ZAMBRANO V.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

FACULTAD DE DERECHO

Apartado 422 - Caracas-Venezuela

SE SOLICITA CANJE