UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

SOLUCIONES JURIDICAS A LAS SITUACIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA EJECUCION DE SENTENCIAS DE NO HACER

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Goncalves G. Ines Maria.
Asesor: Magnolia Gómez Martínez

Caracas, febrero 2010

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

SOLUCIONES JURIDICAS A LAS SITUACIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA EJECUCION DE SENTENCIAS DE NO HACER

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Goncalves G. Ines Maria.
Asesor: Magnolia Gómez Martínez

Caracas, febrero 2010

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogada Goncalves Goncalves Ines Maria**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título tentativo es: **Soluciones jurídicas a las situaciones que pueden plantearse en la ejecución de sentencias de no hacer**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los quince días del mes de enero de 2010.

_____
Magnolia Gómez Martínez
C.I. V-8.858.583

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL JURADO

DEDICATORIA

Este trabajo esta dedicado a mis padres y hermanas, a quienes les debo lo que tengo y lo que soy, simplemente gracias.

RECONOCIMIENTOS

Deseo hacer un especial agradecimiento al Dr. Francisco Andara, quien me incentivo a iniciar y culminar este proyecto. Y a la Dra. Magnolia Gómez M., por su tiempo y dedicación.

INDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR.	iii
APROBACIÓN DEL JURADO.	iv
DEDICATORIA.	v
RECONOCIMIENTOS.	vi
RESUMEN.	ix
INTRODUCCION.	1
CAPITULO I.	14
LAS OBLIGACIONES DE NO HACER.	
Concepto.	
Naturaleza Jurídica.	15
Características.	17
CAPITULO II.	18
LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LAS OBLIGACIONES DE NO HACER.	

Configuración de las condenas de no hacer.

Estructura de la ejecución de las sentencias de las obligaciones de no hacer. 20

CAPITULO III. 26

LA REALIDAD PRACTICA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO FRENTE A LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE NO HACER.

Análisis practico del ordenamiento jurídico venezolano.

Vacíos legales del ordenamiento jurídico venezolano frente a la ejecución de las sentencias de las obligaciones de no hacer. 28

CAPTULO IV. 32

LA REALIDAD JURISPRUDENCIAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO FRENTE A LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE NO HACER.

Análisis de casos jurisprudenciales que regulan la forma actual de ejecutar las sentencias de no hacer.

CAPTULO V. 35

PASOS PARA LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE NO HACER.

Nuevas tendencias en la ejecución de las sentencias de no hacer.

El Procedimiento de ejecución. 48

CONCLUSION. 50

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 56

ANEXOS. 58

Exp. Nro. AA20-C-2004-000212.

Exp. Nro. AA20-C-2006-000839. 118

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

SOLUCIONES JURÍDICAS A LAS SITUACIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE NO HACER

Autor: Goncalves Inés María
Asesor: Magnolia Gómez Martínez
Fecha: Noviembre, 2009.

RESUMEN

La Ejecución de una Sentencia, consiste en el cumplimiento inevitable, efectivo, voluntarioso o forzoso, de lo establecido en la dispositiva del fallo. En consecuencia, si los sujetos de la relación procesal han seguido un proceso, con la finalidad de obtener una decisión judicial, que resuelva la controversia y que satisfaga sus pretensiones personales, ajustadas a derecho; es un hecho innegable, que el sistema judicial venezolano, implica una excesiva inversión de tiempo entre el debate y la expectativa de materialización del fallo, obvio es concluir, que se agrava la fase final del proceso al existir un vacío jurídico que impida al Estado cumplir la función de impartir justicia, debido a que la parte ejecutada, asume una actitud rebelde y contumaz, a cumplir voluntariamente lo condenado en la sentencia, menoscabándose así, el desenlace de la denominada tutela judicial efectiva. De allí, que a través de la presente investigación se persiga puntualizar estos vacíos existentes, en busca de soluciones viables, que eviten el desamparo de las partes, y la eficacia de la administración de justicia. Este trabajo, se ubica en una investigación científica, que según el nivel de los conocimientos buscados, encuadra como descriptiva, lo que se traduce, en un estudio monográfico, de tipo teórico y documental; que se encamina a establecer las soluciones, que podría implementar un juez, al encontrarse con la incomoda situación de no poder ejecutar una sentencia definitivamente firme, en la cual el mandato, es una conducta de no hacer; por lo que el objetivo general, es analizar las soluciones jurídicas a las situaciones que pueden plantearse en la fase de ejecución de sentencias de no hacer.

Descriptores: Sentencia, Ejecución, Sentencias de no hacer, Obligaciones.

INTRODUCCION

La realidad jurídica del país, presenta una disyuntiva que lleva a pensar dos veces antes de poner en marcha un proceso judicial, debido a que la inversión de tiempo y dinero a veces no se ve satisfecha, con la Ejecución de una Sentencia.

En consecuencia, cuando los ciudadanos han seguido un proceso, con la finalidad de obtener una decisión judicial, que resuelva su controversia y satisfaga sus pretensiones personales; se conoce como un hecho innegable, que el sistema judicial venezolano, implica una inversión de tiempo entre el debate y la expectativa de materialización del fallo, por lo al llegar a este fin último, se agrava la fase final del proceso al existir un vacío jurídico que impida al Estado cumplir la función de impartir justicia, cuando la parte ejecutada, asume una actitud rebelde y contumaz, a cumplir voluntariamente lo condenado en la sentencia, menoscabándose así, el desenlace de la denominada tutela judicial efectiva.

De allí, que a través de la presente investigación se persiga puntualizar estos vacíos existentes, en busca de soluciones viables, que eviten el desamparo de las partes, y la eficacia de la administración de

justicia. Este trabajo, se ubica en una investigación científica, que según el nivel de los conocimientos buscados, encuadra como descriptiva, lo que se traduce, en un estudio monográfico, de tipo teórico y documental; que se encamina a establecerle al juez, como director del proceso, una solución al encontrarse con la incomoda situación de no poder ejecutar una sentencia definitivamente firme, en la cual el mandato, es una conducta de no hacer; por lo que el objetivo general, es analizar las soluciones jurídicas a las situaciones que pueden plantearse en la fase de ejecución de sentencias de no hacer.

La Sentencia, es el acto procesal emanado del órgano jurisdiccional que decide la causa o puntos controvertidos sometidos a su conocimiento, en consecuencia, es la instancia que pone fin al pleito civil o causa criminal, que adquiere el valor de cosa juzgada cuando queda firme, bien, por no haber sido apelada, o por no ser susceptible de apelación.

La Ejecución, es el cumplimiento efectivo, voluntarioso o forzoso, de lo establecido por una Sentencia, por tanto, la ejecución forzosa, se lleva a término por el órgano público competente, y por sumisión a un procedimiento previsto para cada supuesto, es su última etapa, por lo que se puede definir como el objeto del proceso, el cual se ha seguido solamente para obtener una decisión, sobre los puntos controvertidos, y para que ella tenga

efectividad práctica, ya sea en el caso de no se estime procedente la acción si la demanda fuera declarada sin lugar, o para que se cumpla la con obligación demandada en caso contrario. Con el pasar del tiempo se establecen diferentes tipos o formas de ejecutar sentencias, dependiendo de casos concretos, el Código de Procedimiento Civil, es el encargado de desarrollar cada una de ellas, según el tipo de obligación.

Cuando se trata por ejemplo, de obligaciones de hacer, no existe problema la Sentencia, se convierte en un mandato, y llegado el caso de que la parte perdedora en el proceso no cumpliere con dicho mandato, el justiciable podrá de manera fácil solicitar al juez, quien es el director del proceso, se valga de la fuerza pública para de una u otra manera se cumpla con lo decretado en la sentencia.

El inconveniente se presenta cuando se habla de una obligación de no hacer, ya que cómo obligas coactivamente, a una persona a que no haga determinada cosa, o no tenga una conducta específica, ya que si bien, en cierto momento se podría controlar al sujeto, bajo que forma se puede controlarlo definitivamente, para así evitar que cause un daño.

La modernidad y el modo acelerado en que se desarrollan las naciones, acarrea como consecuencia que la disciplina del Derecho, en

algunos aspectos se atrase, debido a que resulta sumamente complicado para el Estado vivir en una constante derogación y actualización de leyes, encontrando que leyes modernas para la época en que nacieron, como por ejemplo, el caso del Código de Procedimiento Civil venezolano, el cual creó un proceso civil, que debería resolver la controversia en un máximo de dieciocho meses, en nuestra práctica actual y real, nos encontramos con que eso es completamente falso, debido a que una controversia judicial, puede pasar años en los tribunales venezolanos esperando ser resuelta.

En consecuencia, la vía judicial debería ser el último camino que tome una persona para defender sus derechos, esa es la utopía de todo Estado, que debería garantizarle a sus administrados, el resguardo de su esfera de derechos, pero cuando ya agotadas todas las vías extrajudiciales con la que una persona cuenta, se debe llegar a un litigio. El ciudadano común encuentra que en Venezuela accionar el sistema judicial implica un gran desgaste, tanto físico como emocional, debido a que en el momento en que una persona decide entablar un proceso, no sabe de antemano la inversión monetaria y de tiempo a la que se somete, y si a ello le agregamos un vació jurídico, frente a la ejecución de una sentencia especifica, el resultado es una gran frustración para el administrado, que se traduce en una ineficaz tutela judicial de parte del Estado, quien no cumple con su función.

Por todo lo anteriormente explicado, es que a través de este trabajo se establece ¿Cuales son las soluciones jurídicas a las situaciones que pueden plantearse en la ejecución de sentencias de no hacer?

El Objetivo General de la investigación, es analizar las soluciones jurídicas a las situaciones que pueden plantearse en la ejecución de sentencias de no hacer. Y los específicos, se desglosan en: a. Analizar las obligaciones de no hacer; b. Analizar la Ejecución de Sentencias de las obligaciones de no hacer; c. Determinar la realidad práctica del ordenamiento jurídico venezolano frente a la ejecución de sentencias de no hacer; d. Precisar los vacíos jurídicos que se encuentran en la ejecución de las sentencias de no hacer; e. Analizar la realidad jurisprudencial del ordenamiento jurídico venezolano frente a la ejecución sentencias de no hacer; f. Establecer los pasos para la ejecución de sentencias de no hacer.

De allí, que al tener claro que la finalidad de los procesos judiciales, es resolver un conflicto entre personas, que se creen con iguales derechos frente una situación especifica, se hace más claro entender, la justificación e importancia, de la presente investigación viene dada por la trascendencia de una etapa tan primordial en el proceso judicial, como lo es la ejecución de sentencia, debido a que es ella, el fin último que persigue el justiciable, en su camino hacia la tutela judicial efectiva.

El futuro judicial de todo país depende de la efectividad de sus leyes, y la efectividad de las mismas se mide por su capacidad de resolver en forma adecuada los conflictos que se presentan, es decir, por el grado de satisfacción que las personas logran, al poner en marcha el mecanismo judicial, por lo que es necesario crear o adecuar las leyes a las realidades de los países, para que como consecuencia, de investigaciones serias se llegue a las soluciones reales que todo Estado necesita.

Cualquier vacío legal, que se encuentre en el ordenamiento jurídico de una nación, menoscabada la finalidad para la que se crean las leyes, los vicios y lagunas legales, hacen ineficaz al sistema judicial, por lo que a través de esta investigación se persigue puntualizar los vacíos existentes en el ordenamiento jurídico venezolano, al momento de ejecutar un sentencia definitivamente firme, en la que se concluye con el despliegue de conducta de no hacer, para así encontrar soluciones viables, y evitar de este modo el total desamparo de los administrados, quienes luego de afrontar el tortuoso camino de un proceso judicial y de obtener una sentencia favorable, se encuentran frente a la triste realidad de no poderla ejecutar.

Por todo lo anterior esta investigación se encamina a establecer las soluciones que podría implementar un juez al encontrarse con la incomoda situación de no poder ejecutar una sentencia definitivamente firme en la cual

el mandato es una conducta de no hacer, para de esta manera beneficiar a cualquier administrado que este afrontando la terrible situación de estar frente a una sentencia, que cumple con todos los requisitos legales, le otorga todos los derechos exigidos por él, pero se hace inejecutable por un vacío, laguna u omisión del ordenamiento jurídico.

Como fundamentos teóricos, en principio, cuando se habla de sentencias de no hacer, se refiere a todo aquello que sea no hacer, es sinónimo de inactividad de omisión de actividad. Por lo que las sentencias de no hacer, son de naturaleza infungibles, son personalísimas, puesto que la persona del condenado es la única que las puede cumplir, la sola omisión del condenado, implicará una verdadera inejecución.

En este tipo de sentencias el factor tiempo juega un papel fundamental, a parte de su papel clásico de elemento accidental, cuando las partes así lo quieran, estableciendo una condición, término o plazo, cumple además otra función, y es que singulariza la actividad omisiva frente a las demás positivas, conformando la propia condena y constituyéndose como un elemento estructural de la misma.

En Venezuela, la legislación deja una inmensa cantidad de situaciones y supuestos en el aire, ¿qué pasa si el condenado volviera a reconstruir lo

que se le ordeno derribar?, o ¿sí no lo derribará o no permitiera que el demandante lo haga, o sí el demandante lo derribara y el demandado se niegue ha resarcir los costos?; ¿qué pasa en el caso en que se pida no revelar un secreto profesional?; y éste sea revelado, o se pida no tener determinada conducta, como se observan son muchas situaciones que podrían presentarse en un momento dado y el sujeto demandante no posee forma legal de conminar al demandado a que cumpla con la sentencia de inmediato, como que mantenga el cumplimiento en el tiempo.

El derecho venezolano, no se ha preocupado por desarrollar este tema existiendo un gran vacío tanto legal como jurisprudencial, de hecho, se resume un tema tan importante a un único artículo, que ni siquiera permite explanar de manera general otros supuestos, por el contrario encasilla las obligaciones de no hacer en la construcción de una cosa, o a lo sumo en un supuesto bastante general, calcularlo en dinero.

La investigación se divide de la siguiente manera:

- INTRODUCCION.

- Capitulo I. Las obligaciones de no hacer.

a. Concepto.

b. Naturaleza jurídica.

b. Características.

- Capitulo II. La Ejecución de Sentencias de las obligaciones de no hacer.

a. Configuración de las condenas de no hacer.

b. Estructura de la ejecución de las Sentencias de las obligaciones de no hacer.

- Capitulo III. La realidad práctica del ordenamiento jurídico venezolano frente a la ejecución de sentencias de no hacer.

a. Análisis practico del ordenamiento jurídico venezolano.

b. Vacíos legales del ordenamiento jurídico venezolano frente a la ejecución de sentencias de no hacer.

- Capitulo IV. Realidad jurisprudencial del ordenamiento jurídico venezolano frente a la ejecución de sentencias de no hacer.

a. Análisis de casos jurisprudenciales que regulan la forma actual de ejecutar las sentencias de no hacer.

- Capitulo V. Pasos para la ejecución de sentencias de no hacer.

a. Nuevas tendencias en la ejecución de sentencias de no hacer.

b. El procedimiento de ejecución.

- CONCLUSIONES.

- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- ANEXOS.

La parte metodológica del presente trabajo, se encuadra como una investigación teórica y analítica, fundada en una vasta revisión bibliográfica, que busca puntualizar los componentes empíricos del tema que se esta desarrollando, a través del análisis y comprensión critica, de los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales.

De allí que se ubica como una investigación científica, que según el nivel de conocimientos buscados, encuadra como descriptiva, lo que se traduce, en un estudio monográfico, de tipo teórico y documental; de acuerdo a lo establecido en el Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista (UCAB,1997), que lo establece taxativamente, entendiéndose que "el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza con apoyo principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, conclusiones, recomendaciones y, en general el pensamiento del autor" (p.1). La investigación será reforzada por el análisis de contenido de naturaleza cualitativa y comparativa.

Basado en que la investigación es monográfica a un nivel descriptivo, las técnicas usadas fueron las de la investigación documental, entre ellas: el análisis de contenido de la naturaleza cualitativa, la observación documental,

la lectura evaluativa, el resumen lógico, el subrayado y las fichas de trabajo. Por lo que respecta a la investigación documental, se enmarcó en el concepto de Balestrini, (2002), que explica que ella se usa "... como punto de partida en el análisis de las fuentes documentales, mediante una lectura general de los textos, se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para esta investigación" (p. 152).

La clasificación de la información recolectada, fue a través del análisis de contenido de naturaleza cualitativa, para ello se seguirá lo estipulado por Krippendorf (1980, citado por Hernández y otros, 2003), quien afirma que el análisis de contenido es "... una técnica de investigación para hacer inferencias válidas y confiables de datos con respecto a su contexto" (p. 412), por lo que el instrumento adecuado para su desarrollo será una matriz de análisis de contenido, con la cual se analizará la información recolectada, asegurando su validez al someterla a la consideración de dos expertos en contenido, los cuales serán seleccionados tomando en cuenta: especialización, experiencia docente y laboral; y que deberán tomar en cuenta: el contenido y la secuencia lógica de las ideas, si a su criterio permite recolectar la información que facilita cumplir los objetivos de trabajo, y por último el vocabulario.

Por otro lado, se uso la lectura evaluativa, buscando esencialmente criticar los diferentes aspectos a investigar, recolectando los datos a través de la técnica del resumen, tomando muy en cuenta las ideas principales, de cada autor o texto legal, para luego filtrarlo a través de un análisis exhaustivo. Entre los puntos fuertes de la investigación, se tiene la clasificación de la información, que se realizo tomando en cuenta las preguntas que forman parte del trabajo, y se especificarán de acuerdo a la relación lógica que exista entre ellos, partiendo de la lectura evaluativo, el resumen lógico y las fichas de trabajo. Al hacer uso del análisis de contenido de naturaleza cualitativa, los datos y la información se clasificaran en conjuntos parciales y subordinados, de acuerdo con la relación lógica que exista entre ellos.

El análisis en general, que se realizó en la investigación es definido por Fernández, 1997, citado por Alfonso 1999, p. 146 como "... un proceso mediante el cual, usando un conjunto de informaciones pertinentes como elementos de juicio, raciocinamos con la finalidad de descubrir causas, efectos, cualidades, motivos, posibilidades, riesgos, etcétera, como base para la acción o para el conocimiento de una situación". Siguiendo al mismo autor, por lo que la información respecta, será sometida a un análisis interno referido al contenido, de carácter racional, localizando los rasgos fundamentales de la información, conectándolos con sus aspectos

secundarios, para establecer una relación lógica de las ideas; y subjetivo, debido a que se interpretará la información recabada de la forma más objetiva posible.

Por lo que respecta al análisis jurídico, de la información se hará de acuerdo al argumento de interpretación objetiva, que tiene por base declarar el sentido de la norma jurídica, utilizando la misma norma, sin importar los motivos que tuvo el legislador, para así deducir los axiomas teleológicos que el legislador estaba presuponiendo, y observar la coordinación y complementación que existe entre la interpretación subjetiva y objetiva.

CAPITULO I

LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

Concepto

Jurídicamente la obligación, esta constituida por una conducta o actividad determinada, cuya ejecución se le impone a una persona en contra de su voluntad, lo cual conlleva implícita una noción de coercibilidad, y puede ser de la más variable índole, según sea regulable por las diversas normas del Derecho: civiles, penales, fiscales, etcétera. En la modernidad, se considera a la Obligación, como un vínculo jurídico, en virtud del cual una persona, denominada deudor, se compromete frente a otra, denominada acreedor, a ejecutar en su beneficio una determinada prestación de dar, hacer o no hacer. En consecuencia la obligaciones de no hacer, son las que imponen al deudor una abstención, por lo que la prestación en este caso es negativa, la obligación de no hacer, dice Colmo (1990, citado por La Enciclopedia Jurídica Opus, 1995, p.653) no reviste mayor importancia en el Derecho Civil, ante lo elemental de su juego, que estriba en una actitud puramente negativa, reduciéndose todo a determinar las consecuencias de la violación del no hacer, como por ejemplo, no derribar un árbol o levantar una pared, no revelar un secreto profesional o industrial.

Naturaleza Jurídica

En el incumplimiento de las obligaciones de no hacer, el deudor realiza un hecho a cuya abstención se obligó, pero cómo el acreedor podrá exigir se destruya lo que esta hecho, si ya no es posible, por la naturaleza de la infracción, volviendo al ejemplo de no revelar un secreto industrial, en el cual al juez solo le quedará la indemnización de daños y perjuicios, o para los otro casos dictar las medidas necesarias para que la contravención cese: destruir lo ya construido, pero si el incumplimiento se debe a un caso fortuito, la obligación se extingue, y ya no proceden los daños y perjuicios. En este tipo de obligaciones no existe la mora, ya que no cabe otra alternativa, o se cumplen o no, por lo que tampoco proceden jamás, los daños y perjuicios moratorios, derivados del retardo culposo en el cumplimiento, la obligación se incumple cuando el deudor realiza aquello que le estaba prohibido, en ese momento hay un incumplimiento total y absoluto, por lo que no existe en este caso el retardo en el cumplimiento.

El jurista Maduro Luyando (1997, p.85) sostiene que según el ordenamiento jurídico venezolano, en el artículo 1.268 del Código Civil vigente, las formas de cumplimiento de las obligaciones de no hacer, se pueden subdividir de dos maneras:

a) El cumpliendo en especie de las obligaciones de no hacer, que se efectúa destruyendo lo que el deudor haya hecho, en contravención con la obligación, siempre y cuando, esto sea susceptible de ser destruido o eliminado de la realidad, por ejemplo, en el caso de que la obligación consista en no construir una edificación que obstruya el paso de un camino, si esto se incumple, dicha construcción deberá destruirse, tal y como lo prevé el artículo 1268 del Código Civil Vigente: “El acreedor puede pedir que se destruya lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, y puede ser autorizado para destruirlo a costa del deudor, salvo el pago de los daños y perjuicios”.

b) El cumplimiento por equivalentes de las obligaciones de no hacer. En los casos que no es posible la ejecución en especie, de las obligaciones de no hacer, bien porque tal cumplimiento no sea procedente, o bien porque el acto efectuado por el deudor, no sea susceptible de ser destruido o borrado en el terreno de la realidad, como por ejemplo, la obligación de un empleado a no revelar un secreto industrial, en caso de esta ser incumplida, no hay forma de reversar el incumplimiento, por lo que procede entonces, el cumplimiento por equivalente mediante el pago de daños y perjuicios, y así lo expresa el Código Civil Vigente en el artículo 1.266 en su

segundo párrafo: "…Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniere a ella quedará obligado a los daños y perjuicios sólo por la contravención".

Se debe destacar que en este tipo de obligaciones la procedencia de los daños y perjuicios, son siempre compensatorios, están destinados a resarcir al acreedor el no cumplimiento en especie de la obligación.

Características

- La prestación debe ejecutarse de buena fé.
- En caso de incumplimiento por imposibilidad sin culpa, se extingue la obligación.
- Cuando el incumplimiento es por culpa grave, se impone el cumplimiento forzado, u si no es posible por la necesidad de ejercer violencia sobre el deudor se puede ordenar a un tercero que destruya lo que no debió hacerse a costa del deudor.
- Se puede solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

CAPITULO II

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

Configuración de las condenas de no hacer

La Ejecución de la Sentencia es la última etapa del procedimiento, es el objeto del proceso, el se sigue únicamente para obtener una decisión sobre los puntos controvertidos, y para que esta tenga efectividad practica.

La condena de no hacer, es aquella que impone al condenado la observancia de un comportamiento negativo, una omisión la cual impide realizar actos específicos, su núcleo sustancial radica en un cumplimiento omisivo, que es él que permite obtener el fin pretendido.

En principio, cuando se habla de sentencias de no hacer, se refiere a todo aquello que sea no hacer, es sinónimo de inactividad de omisión de actividad. Por lo que las sentencias de no hacer, son de naturaleza infungibles, son personalísimas, puesto que la persona del condenado es la

única que las puede cumplir, la sola omisión del condenado, implicará una verdadera inejecución.

Para Cátala (1998, p.336), las condenas de no hacer admiten diversos supuestos, el primero denominado: de non facere, que consiste en que la actividad que el condenado deberá prestar será la abstención de un acto, o de una serie de ellos, los cuales habría podido realizar libremente sino se lo impidiera una sentencia, este es un derecho de omisión, es decir, a que el condenado se abstenga. El segundo, integrado por las condenas ad patiendum, este es un derecho de omisión, es decir, a que el condenado se abstenga. El segundo, integrado por las condenas ad patiendum, según las cuales el condenado ha de soportar actividades, que de otro modo hubiera podido repeler o impedir, por ejemplo, el paso de una servidumbre por su inmueble.

Es necesario recalcar, que por su naturaleza infungibles, las condenas de no hacer son personalísimas, nadie sino el condenado, puede no hacer por otro, solamente la omisión de él, implicará verdaderamente la ejecución.

En este tipo de sentencias, el factor tiempo juega un papel fundamental, a parte de su papel clásico de elemento accidental, cuando las

partes así lo quieran, estableciendo una condición, término o plazo, cumple además otra función, y es que singulariza la actividad omisiva frente a las demás positivas, conformando la propia condena y constituyéndose como un elemento estructural de la misma.

En la práctica se constata que se puede distinguir entre aquellas condenas de no hacer, que imponen omitir actos materiales o tangibles, como no hacer ruido, no construir; de aquellas en el que el comportamiento excluido son actos de ejercicio de un derecho, como no pedir la división de una cosa común, o no impedir el paso por una propiedad privada.

Estructura de la ejecución de las sentencias de las obligaciones de no hacer

Por lo que respecta a la estructura de la ejecución de sentencias de no hacer, el primer punto es la intimación formal, de lo que autores como Moreno (citado por Catalá, 1998 p. 345) sostiene que la misma sentencia ya actúa por si misma como intimación al condenado, para que se abstenga de realizar cierta conducta actividad ejecutiva, quebrantamiento de la condena, mientras que para otros, como Montero (citado por Catalá, 1998 p.346), es idóneo realizar la intimación formal al condenado, este requerimiento será

verdaderamente, el mandamiento conminatorio judicial, ejerciendo una ejecución preventiva.

El requerimiento, tiene mayor importancia cuando contiene el apercibimiento, de que de ser desoído, podrá incoarse un juicio penal por delito o por falta de obediencia, por lo que este, requerimiento suele ser efectivo para impedir una segunda contravención de la sentencia.

Existen medidas posibles ante el quebrantamiento de la condena, y su finalidad será evitar el incumplimiento, para lo cual son válidos los medios objetivos que persigan la ejecución en sus propios términos; pero si aquel llega a producirse habrá que averiguar cuales van a ser las medidas posibles a adoptar. Pueden agruparse en torno a los propósitos que pueden ser necesarios tutelar y conseguir: obtener el cese de la actividad prohibida y evitar nuevas violaciones, por ejemplo, o eliminar los efectos producidos e indemnizar en sentido amplio los daños y perjuicios originados.

La ejecución de la sentencia, que contenga una condena de no hacer es una exigencia legal, para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La ejecución in natura, estriba en impedir la realización de la conducta prohibida y, si esta se produce, se busca minimizar sus efectos. Por tanto, él contenido que interesa se integra por las necesidades de impedir el

quebrantamiento de la condena, obtener el cese de la actividad prohibida y evitar nuevas contravenciones, por un lado, y, eliminar los efectos producidos e indemnizar, por otro, pero en ningún caso se trata de una reparación específica.

El impedir el quebrantamiento de la condena, es la prioridad básica de esta modalidad de ejecución; y no obstante no está prevista por el legislador. Sin embargo, de considerarlo necesario el ejecutante, podrá solicitar al juez el empleo de las medidas ejecutivas idóneas para asegurar que el condenado acatará o seguirá acatando la sentencia. Esta finalidad se obtiene principalmente a través del requerimiento formal, al ejecutado para que se abstenga de realizar la conducta prohibida, junto al mismo puede reputarse oportuno, añadir la advertencia de poder incurrir en el delito de desobediencia grave a la autoridad, en caso de contravención.

No han de surgir reparos en el momento de aplicar esta medida, por cuanto el delito de desobediencia grave a la autoridad encaja perfectamente en el supuesto de hecho del condenado a no hacer, que realiza el hacer prohibido. E incluso encaja con mayor motivo al implicar la desobediencia una actuación positiva, por tanto, voluntaria y consciente.

Las medidas de carácter compulsorio, son las principales para terminar de convencer al condenado en que no quebrante la sentencia; pero no son necesariamente las únicas. De la misma manera como existen diversos tipos de condenas de no hacer, las mismas pueden incumplirse de distintos modos, y así la violación puede deberse a la realización de actos de eficacia continuada o instantánea, que resulten susceptibles o no de ser repetidos en el tiempo.

Cuando el quebrantamiento de la condena, es debido a un acto de eficacia continuada, este puede concretarse en un solo hecho, ejemplo, levantar un muro más alto de lo permitido, o en una actividad, comercializar un producto, en este último caso la eficacia continuada, querrá decir que se sigue realizando la conducta prohibida, por lo que la medida a adoptar debe pasar, sin duda, por intentar lograr el cese de la actividad prohibida, como primer paso para obtener la mayor efectividad, de la sentencia que condena precisamente a no hacer.

Las medidas concretas dependen de cada caso y quedan a la iniciativa e imaginación de la parte proponente, y al buen criterio del juez que admita su adopción, no existiendo más límites que los generales de la ejecución.

Grandes autores como Fenech (1986, p.587) y Fernández (1993, p. 272), no excluyen el empleo de medios coercitivos de la voluntad ante la infungibilidad de las conductas; son además los supuestos en que más comúnmente se han acordado.

Evitar un nuevo quebrantamiento, es decir, la realización de un nuevo acto contrario a una obligación de no hacer implica el total incumplimiento de la obligación, puesto que se consideran indivisibles. Ahora bien, desde el momento en que lo quebrantado es una condena contenida en un título ejecutivo, la afirmación anterior, aunque fuera cierta en su esencia, no puede dar lugar a las mismas consecuencias. Los ejes de coordenadas son distintos; y al variar el punto de referencia, varía lo demás.

El quebrantamiento de una condena negativa de tracto único o mediante un acto de eficacia instantánea, no es susceptible de repetirse en el tiempo, así por ejemplo, si se puja en la subasta a la que no se debía asistir, no será necesario adoptar otra medida, que no sea la de resarcir el daño.

En cambio si la conducta prohibida es susceptible de reproducirse, porque por ejemplo, pueden volver a impedir el paso o pueden seguir ejerciendo la competencia desleal, entonces para obtener la mayor efectividad posible de la sentencia, además de resarcir el daño, interesará

garantizar al máximo que no se vuelva a producir otra contravención. En este último caso convendrá adoptar medidas compulsivas, para inducir al ejecutado a cumplir la condena y abstenerse de realizar o permitir al ejecutante actuar. Algunos ejemplos, podrían ser el requerimiento de que se abstenga de realizar actuaciones contrarias a la ejecutoria con apercibimiento, de que de reincidir podrá seguirse contra él un juicio penal por delito de desobediencia grave a la autoridad. También se ha propuesto que el juez ordene a la policía judicial que garantice el derecho de paso protegiendo al ejecutante.

Por lo tanto, competerá al juez en cada caso decidir acerca de la solicitud del ejecutante y la eventual oposición que muestre el ejecutado. Tendrá en particular que atender a la posibilidad más o menos objetiva de que pueda volver a producirse un nuevo incumplimiento, a la idoneidad de la medida solicitada para evitar dicha contravención futura, y a la valoración de la voluntad de las partes, especialmente del ejecutante, que juzgue de su interés en seguir intentando el cumplimiento o renuncie al mismo por considerarlo imposible de obtener.

CAPITULO III

LA REALIDAD PRACTICA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO FRENTE A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE NO HACER

Análisis práctico del ordenamiento jurídico venezolano

Para los casos en que se tratan de bienes inmuebles, existe un procedimiento especial regulado en la Parte Primera, Titulo III, Capítulo II, del Código de Procedimiento Civil, denominado Interdicto, el cual busca que el poseedor de un bien, o un derecho solicite al Estado se le proteja su derecho posesorio ante un despojo, una perturbación o el daño posible que se desprenda de una obra nueva o vieja que le perjudique y a tal fin se tome las medidas precautelativas necesarias, hasta la conclusión del procedimiento, en este caso es requisito que el demandante sea poseedor legítimo del bien inmueble, es un procedimiento que busca evitar la consumación de un daño futuro, o la perturbación que en la actualidad se le realiza al sujeto que inicia el procedimiento.

Las Obligaciones de no hacer, se encuentran reguladas en el Código Civil venezolano, en el Capitulo III, de los efectos de las obligaciones, en el artículo 1266, segundo aparte, cuando sostiene:"… Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniere a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención". Y en el artículo 1268, ejusdem: "El acreedor puede pedir que se destruya lo que se haya hecho en contravención de la obligación de no hace, y puede ser autorizado para destruirlo a costa del deudor, salvo el pago de los daños y perjuicios".

Por lo que respecta a los fundamentos legales del proceso de ejecución de sentencia, el código de procedimiento civil venezolano, lo desarrolla a partir del título cuarto, artículo 523, cuando explica que la ejecución, corresponderá al Tribunal que haya conocido la causa en primera instancia.

De la misma forma desarrolla cada parte del proceso en forma muy específica, hasta llegar al artículo 529, que explana:

> ...Si en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el Juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer a costa del deudor.
> En caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, se

> determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527.
>
> Artículo 527: Si la condena hubiera recaído sobre cantidad liquida de dinero, el Juez mandará a embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución. No estando liquida la deuda, el Juez dispondrá lo conveniente para que se practique la liquidación con arreglo a lo establecido en el artículo 249. Verificada la liquidación, se procederá al embargo de que se trata en este artículo. (…)

Vacíos legales del ordenamiento jurídico venezolano

frente a la ejecución de las sentencias de no hacer

De todo lo anterior, se puede discernir que el legislador, en su espíritu, no desarrolla de manera eficaz este punto, ya que de forma muy general se limita a suponer el caso de que si el condenado no destruye la cosa que se prohibió hacer, lo destruya el mismo acreedor a expensas del deudor o condenado en la demanda; y el caso de que si la naturaleza de la obligación no permitiera su ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, el juez determinará la ejecución en dinero.

El ordenamiento jurídico actual ha dejado con el pasar del tiempo, una inmensa cantidad de situaciones y supuestos en el aire, qué pasa si el condenado volviera a reconstruir lo que se le ordeno derribar, o sí no lo derribará o no permitiera que el demandante lo haga, o sí el demandante lo

derribara y el demandado se niegue ha resarcir los costos. Y en el caso en que se pida no revelar un secreto profesional y éste sea revelado, o se pida no tener determinada conducta.

Como se puede observar son muchas situaciones que podrían presentarse en un momento dado y el sujeto demandante no posee forma legal de conminar al demandado a que cumpla con la sentencia de inmediato, como que mantenga el cumplimiento en el tiempo.

El derecho venezolano, no se ha preocupado por desarrollar este tema existiendo un gran vacío tanto legal como jurisprudencial, de hecho, se resume un tema tan importante a un único artículo, que ni siquiera permite explanar de manera general otros supuestos, por el contrario encasilla las obligaciones de no hacer en la construcción de una cosa, o a lo sumo en un supuesto bastante general, calcularlo en dinero.

Todo lo anterior genera, la insatisfacción del administrado al obtener, luego que del desarrollo de un proceso, obtiene una sentencia a su favor en la se decide una obligación de no hacer, cómo se llega a su ejecución de manera inmediata, a sabiendas de que la realidad práctica de nuestro ordenamiento jurídico, es la perdida de tiempo incalculable, y se satisface realmente al demandante con el resarcimiento de daños y perjuicios, hasta

qué punto el afectado prefiere la indemnización pecuniaria sobre el devolver las cosas al momento exacto antes del incumplimiento de la obligación, como en nuestra realidad jurídica se satisface al acreedor en esta petición, cómo se obliga al deudor. Como se puede observar existen vacíos legales que tampoco han sido cubiertos por la jurisprudencia.

Se hace importante resaltar que dada la configuración temporal de las condenas de no hacer, el momento de hacer efectiva la tutela, alcanza una importancia relevante, ya que la mayoría de las actuaciones ejecutivas en general se suelen producir para obtener un cumplimiento positivo ante la resistencia del condenado, o para lograr una indemnización que palíe los daños y perjuicios originados por el incumplimiento. Por lo tanto se hace prioritario evitar que el incumplimiento se produzca, por lo que se debe asegurar el acatamiento de la sentencia de condena, debido a que el interés tutelar, reside en el mantenimiento o iniciación de un comportamiento omisivo, y la efectividad se logrará en la medida en que no se haga aquello a que la sentencia condena a no hacer.

Por lo tanto, según Cátala (1998, p.344) hay dos maneras posibles de enfrentarse a este problema, una es esperar los acontecimientos y otra es adelantarse a ellos, si se opta por la actitud pasiva, la actividad ejecutiva no se iniciara hasta que se produzca la contravención, y allí será cuando se

ponga en marcha para eliminar los efectos negativos, pero en este caso puede ser que sea demasiado tarde, ya que ha sido incumplido el interés del ejecutante, el daño no puede repararse totalmente y nadie asegura que no se vuelva a producir otra infracción, sí por el contrario se opta, por una postura más precavida, para evitar que el evento fatal se produzca, se dispondrá de mayor posibilidad efectiva para tutelar al ejecutante.

CAPITULO IV

LA REALIDAD JURISPRUDENCIAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO FRENTE A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE NO HACER

Análisis de casos jurisprudenciales que regulan la forma actual de ejecutar las sentencias de no hacer

Para el desarrollo de este capítulo, se tomaron en cuenta dos jurisprudencias, que pueden por analogía ser usadas como ejemplo para el caso en desarrollo. En el Recurso de Casación ejercido en el Expediente número AA20-C-2004-000212, Ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, de fecha 14 de junio de 2005, se denuncia el incumplimiento de una obligación de no hacer, cuando una empresa había pactado con otra que determinado producto no podría ser comercializado por ella hasta que no se cumpliera determinada condición, la empresa demandante consideró que el contrato había sido incumplido, en el momento en que la demandada incumplió con una obligación de no hacer, por lo que la demandante consideraba lesionado su derechos, y reclamaba la indemnización de daños y perjuicios contenida en la cláusula penal del contrato suscrito por ambas

partes, del análisis de los autos el Magistrado Ponente declara sin lugar el recurso ejercido e improcedente la denuncia de infracción del artículo 1.168, 1.198 y 1.205 del Código Civil, en consecuencia no se generan los daños y perjuicios solicitados por la demandante, y tampoco el incumplimiento de la obligaciones de no hacer.

En este caso no se materializo problemas en la ejecución, ya que se determino que no existía incumplimiento de la obligación de no hacer. Por lo tanto, para el desarrollo de este objetivo, se hace imprescindible recurrir a la analogía, verificando así el tratamiento jurisprudencial que se le da a las obligaciones de hacer.

En el Recurso de Casación ejercido en el Expediente número AA20-C-2006-000839, Ponencia de la Magistrada Isbelia Pérez Velásquez, de fecha 25 de julio de 2007, se trata en cumplimiento de una obligación de hacer, consistente en hacer efectiva la venta de un inmueble, la cual fue ordenada por el Tribunal, y al ser imposible la materialización del fallo, debido a que los condenados no podían cumplir con los requisitos legales exigidos por el Registro Inmobiliario (la protocolización de un documento de condominio), la parte vencedora solicita al Juez el cumplimiento por equivalentes, a lo cual el juez decide realizar un avaluó del inmueble para así determinar el costo del mismo, y establecer dicho cumplimiento por equivalentes, al ser imposible

cumplimiento la ejecución del fallo en la forma prevista en principio, y luego de este cumplimiento las cosas deberían volver al estado en que se hallaban antes del negocio jurídico que origino la litis. Al obtener el fallo que establecía el monto resultante del peritaje la parte condenada, consigno en el tribunal el monto establecido en la experticia, dicho monto fue retirado por la otra parte, la cual luego se negaría a entregar el inmueble, sin percatarse que al retirar el monto consignado daba cumplimiento a la sentencia condenatoria a su favor, por lo que la Sala desestima la denuncia de infracción de los artículos 527,529, y 249 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, se observa que al ser imposible la ejecución de la sentencia se busca hacerla cumplir a través del cumplimiento por equivalentes, donde se equivale el cumplimiento inicial a una indemnización en dinero, además de que las cosas vuelvan al estado inicial antes de originarse la situación que da inicio a la controversia.

CAPITULO V
PASOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE NO HACER

Nuevas tendencias en la ejecución de sentencias de no hacer

Cuando se habla de la ejecución de condenas de hacer, lo primero es requerir al condenado señalarle el plazo para que cumpla con la sentencia, pero en el caso de la ejecución de las sentencias de no hacer, este requerimiento no es necesario, ya que como señala Catalá (1998, p. 345), la sentencia ya actúa por sí misma, como una intimación al condenado, para que se abstenga de realizar cierta conducta, o permita a otro llevarla a cabo, por lo tanto la actividad ejecutiva solo se instará cuando se haya producido un real quebrantamiento de la condena; por otra parte, Goméz de Liaño (1990, p. 1083), sostiene que sí es idóneo efectuar el requerimiento o intimación formal al condenado para que se abstenga o permita, siendo esta una practica forense, ya que dicho requerimiento es un acto de ejecución verdadero, y su finalidad es reforzar el mandato conminatorio judicial, ejerciendo una función preventiva.

Por lo que se refiere al plazo para cumplir, es necesario saber que si la condena tiene eficacia inmediata y no fija un término para la exigencia del cumplimiento, es inmediata, y cualquier demora en no hacer, porque se está haciendo, comportará incumplimiento. En el caso de que se establezca un término, deberá cumplirse.

Tendrá mayor importancia el requerimiento, en el caso, de que contenga el apercibimiento de que al ser desoído podrá incoarse un juicio penal por delito o por desobediencia, esté suele ser muy efectivo para impedir una segunda contravención de la sentencia.

Para Catalá (1998, p.346), el primer objetivo es evitar el incumplimiento, para lo cual son válidos los medios ejecutivos que persigan la ejecución en sus propios términos. Pero si el incumplimiento llegaré a producirse, existen medidas posibles que adoptar, ellas pueden agruparse en torno a los propósitos que puede ser necesario tutelar y conseguir: obtener el cese de la actividad prohibida y evitar nuevas violaciones, eliminar los efectos producidos, e indemnizar en sentido amplio los daños y perjuicios originados.

En países como España, existen medidas concretas, que impiden la realización de la conducta prohibida, y si está se produce, buscan por lo

menos minimizar sus efectos, por lo tanto lo que se busca es impedir el quebrantamiento d la condena, obtener el cese de la actividad prohibida y evitar nuevas contravenciones, por un lado, y eliminar los efectos producidos e indemnizar por el otro.

Para impedir el quebrantamiento de la condena, podrá el Juez solicitar el empleo de medidas ejecutivas idóneas, para asegurar que el condenado acatará o seguirá acatando la sentencia, al momento de aplicar estas medidas no hay limites, ya que el delito de desobediencia grave a la autoridad, encaja en el supuesto de hecho, de que el condenado realice lo prohibido. Estas medidas de carácter compulsorio son excelentes para terminar de convencer al condenado para que no quebrante la sentencia.

Existen otros casos, en donde la condena de no hacer, es incumplida con la realización de actos de efectos continuados, es decir, que el condenado sigue realizando la conducta prohibida, por ejemplo, la comercialización de un producto, o la construcción de un muro, de allí que la medida a adoptar deba pasar por intentar lograr el cese de la actividad prohibida, estas medidas que podrían ser adoptadas dependen de cada caso, y quedan a la iniciativa de la parte proponente y al buen criterio del Juez, que admite su adopción, no existiendo límites generales para su

aplicación, entre ellas podría proponerse la destrucción de de los medios empleados para realizar la actividad prohibida, entre tantas otras.

Para Catalá (1998, p.112), existen ciertos medios coercitivos en derecho comparado, que permiten la ejecución de condenas de hacer infungible, que buscan lograr la ejecución en los mismos términos en que fue dictada la sentencia, es decir, la ejecución in natura. Dichos medios coercitivos son diferentes dependiendo del ordenamiento jurídico de los países, así se encuentran:

a. Astreintes o Astricciones.

b. El contempt of court o desacato

c. Los medios intermedios.

Para el mismo autor Catalá (1998, p.113), las Astricciones (astreintes), implican una medida conminatoria impuesta por el juez a un sujeto, para constreñirle al cumplimiento del mandato contenido en una resolución judicial, y consiste en la condena a pagar una cantidad de dinero por día u período de atraso, aunque también puede consistir en una suma fija por cada violación en que incurra. Lo que quiere decir, que en el transcurso del tiempo sin que se produzca el cumplimiento in natura, va aumentando indefinidamente la suma a satisfacer. El juez, atendido la finalidad de la

medida, puede, en función de las circunstancias, modificar la cuantía o dejarla sin efecto. En consecuencia, se busca lograr el cumplimiento in natura, de una condena por parte del propio condenado y para ello intenta forzar la voluntad de éste, mediante la coacción que supone el costo económico progresivo de su inactividad.

Por lo tanto, se trata de una medida de ejecución de naturaleza jurisdiccional, indirecta, patrimonial y coercitiva, a la que se le atribuyen los caracteres de discrecionalidad, conminatoriedad, accesoriedad y modificabilidad. Últimamente también se destaca su tendencia a la generalización o el carácter expansivo, como una institución general, aplicable a todo caso, porque no hay situación en la que la orden del juez, no pueda ser asistida por las astricciones.

Así es como la astricción, se ha empleado para conseguir el cumplimiento de condenas de hacer, también se ha utilizado para compeler al cumplimiento de las condenas de no hacer. La necesidad de esta medida se vuelve más patente en aquellos supuestos en que, por ser las condenas infungibles, la compulsión del ejecutado deviene como el mejor, si no el único, remedio posible para lograr el cumplimiento. Las condenas a no hacer son un supuesto típico, especialmente en los casos que presentan una prolongación en el tiempo.

Actualmente se ha comprobado que como mínimo las legislaciones de Argentina, Bélgica, Brasil, Francia, Holanda, Luxemburgo y Uruguay; permiten su adopción también para las condenas de no hacer, algunas incluso de forma expresa. Existen algunos ejemplos ilustrativos recogidos de la jurisprudencia francesa, aún antes de su plasmación legislativa, muestran como se impusieron astricciones:

- Para obtener de un actor el cumplimiento de su promesa de no actuar en la escena de un teatro de la competencia (París, 21 de agosto de 1896);
- Para obligar a una mujer casada a cesar un concubinato notorio (Toulouse, 29 de julio de 1864);
- Para impedir el uso del nombre de otro (casación civil de 6 de enero de 1859);
- Para asegurar el respeto de una cláusula de exclusiva (19 de abril de 1928).

Por otra parte, Catalá (1998, p.143), manifiesta que El contempt of court o desacato, es una institución anglosajona que cubre una amplia gama de actividades que interfieren u obstruyen el curso de la justicia. Es la

desobediencia a un tribunal por actuar en oposición a su autoridad, a su justicia o a su dignidad.

La persona que incurre en él puede quedar sujeta a una multa, a un arresto o prisión o bien a una medida de secuestro o intervención de sus bienes, y ello perdura hasta que purgue su ofensa, el tribunal lo exonere o alcance los máximos legales. En su aspecto de civil contempt, consiste en la desobediencia o resistencia a, o el intento de impedir, la ejecución de un legítimo proveído judicial, es decir, dejar de hacer algo que el tribunal ordena hacer al ofensor o hacer algo que le ha prohibido. Esta naturaleza civil le confiere un carácter predominantemente coercitivo aunque sea en ciertos casos también punitivo.

Se tramita como un incidente de ejecución dentro del mismo juicio en que se dictó la resolución infringida. Y se usa tanto para prevenir el incumplimiento de las partes como para remediar incumplimientos. Su propósito es, pues, coaccionar la obediencia.

Se trata, por tanto, de una medida jurisdiccional, de ejecución, coercitiva e indirecta, con los mismos caracteres que las astricciones, salvo que puede imponer también medidas de carácter personal. Junto a la finalidad propia de toda medida coercitiva, de conseguir el respeto y

cumplimiento de las resoluciones judiciales, dictadas en favor de otro litigante, destaca el afán de proteger el prestigio de la administración de justicia.

Y por ultimo, en lo que concierne a los medios intermedios, Catalá (1998, p.165), destaca el desarrollo que algunos países como Alemania, Portugal, Italia y España, han manifestado.

En Alemania, la ejecución forzosa se destaca sobre todo por el muy elevado grado de rigor sistemático y cuidado analítico, por lo que no es una institución general del tipo de las astricciones francesas, o del desacato zanjón. El ordenamiento germánico, persigue la idea fundamental, de que el valor prioritario, es realizar el cumplimiento coactivo específico, de las varias condenas, pero se estructura a base de una rígida clasificación de los varios tipos de condena, a cada uno de los cuales les hace corresponder una particular forma de ejecución.

La legislación alemana, cuando trata las condenas de no hacer, dice que si el deudor contraviniere la obligación de abstenerse de realizar un acto o de permitir la realización de una acción, por cada contravención se le condenará por el Tribunal de primer grado, a requerimiento del acreedor, a una multa, y de no poderse hacer efectiva, a prisión de hasta seis meses. El

importe de cada multa no puede sobrepasar los quinientos mil marcos, el conjunto de las penas de prisión no puede exceder los dos años. Antes de imponer la condena se hará al deudor una conminación penal, que, si no va incluida en la sentencia que haya pronunciado la obligación, se realizará a requerimiento de parte, el Tribunal de primer grado.

Por lo tanto, el deudor podrá ser condenado, a petición del acreedor, a prestar caución por tiempo determinado, para responder de los daños de nuevas contravenciones. Es de apreciar como se especifica claramente el posible doble contenido de estas condenas: abstenerse y permitir. Igualmente se le dedica una regulación bastante completa.

El modo como los alemanes instrumentan la ejecución de las condenas de no hacer es a través de dos medios indirectos de coerción: la multa y la prisión. Efectivamente, el incumplimiento de la condena conlleva una multa, cuyo impago determina el encarcelamiento, o bien una estancia en prisión.

En consecuencia, el citado autor Catalá (1998, p.170), afirma que como órgano de ejecución actúa, el Tribunal de Primer Grado, quien está obligado a imponer alguna de las medidas indicadas para procurar la ejecución específica; aunque conserva su discrecionalidad en la elección de

la más adecuada, multa o prisión. En cualquier caso, se requiere siempre instancia de parte y además, que se haya apercibido al condenado de la posibilidad genérica de imponerle alguna de estas penas, circunstancia que no era necesaria para la ejecución de condenas de hacer infungible. La conminación penal puede figurar en la sentencia; de no ser así será preciso que el ejecutante solicite previamente al tribunal que la emita. Recuérdese que la medida concreta se determinará sin necesidad de debate previo, pero después de oído el ejecutado.

En relación a las medidas, importa decir que se han previsto por cada contravención que se realice, por tanto, no parece que puedan establecerse con una función preventiva a priori. Pueden llegar a ser cuantiosas. Es decir, la pena pecuniaria puede alcanzar hasta los quinientos mil marcos, y puede reiterarse sin límite por cada contravención, no consta cuáles son los criterios que el tribunal ha de valorar para fijar el monto en cada caso, por cada contravención el tribunal puede condenar a una pena de prisión de hasta seis meses, la cual podrá reiterarse hasta sumar un total de dos años. Esta pena no puede conmutarse ni ser objeto de indulto. También prevé que si el condenado opusiere resistencia contra la realización de un acto que haya de sufrir, el ejecutante puede requerir el auxilio de un ejecutor judicial para vencer tal resistencia.

En cualquiera de los supuestos, el ejecutante podrá reclamar el resarcimiento de perjuicios. Ahora bien, el ordenamiento alemán llega aun más lejos. En efecto, el ejecutado puede ser condenado a prestar caución para responder de los daños de nuevas contravenciones. Es decir, no solo sufrirá una multa o prisión por haber incumplido una sentencia, resarcirá los perjuicios ocasionados y será conminado con la posibilidad que se reitere la multa o la prisión, sino que cabe que le exijan una fianza para responder de una futura contravención; lo que implica un reforzamiento de la coerción. Los únicos límites a esta posibilidad son la petición del ejecutante y el establecimiento de una duración determinada para las mismas; aunque de resultar necesario podrá solicitarse su reiteración.

Por otra parte, Sarmiento (2005, p.315), manifiesta que desde 1983 Portugal dispone de un medio compulsivo para la ejecución de sentencias denominado “Sancáo pecuniária compulsória”. Esta medida coercitiva prevista en su Código Civil es aplicable tanto a la ejecución de condenas de hacer como a las de no hacer.

En el supuesto ahora examinado, no rige la restricción salvo las que exigen especiales cualidades científicas o artísticas del obligado, puesto que para abstenerse o tolerar no se requiere ninguna capacidad especial. La medida puede operar de dos maneras diferentes: Puede establecerse una

sanción por cada infracción de la sentencia, es decir, por cada quebrantamiento de la condena de no hacer, que será lo más probable en este caso; o bien, fijarse por cada día de atraso en el cumplimiento. Esta última posibilidad podrá ser adecuada en el supuesto en que en realidad se condene a dejar de hacer alguna actividad, como no seguir causando ruido o no tapar la vista. La elección queda en todo caso limitada a lo más conveniente a las circunstancias.

En consecuencia, para la ejecución de una sentencia con condena de no hacer, el ejecutante puede solicitar del juez la aplicación de esta medida coercitiva de carácter pecuniario para intentar impedir que contravenga la sentencia o que tarde en cumplirla. El monto se fija atendiendo a criterios de razonabilidad y se destina a partes iguales al ejecutante y al Estado. La medida es compatible con la indemnización de daños y perjuicios.

El ordenamiento portugués, también prevé el supuesto del quebrantamiento de la condena de no hacer, en este caso se faculta al ejecutante a exigir que la obra sea demolida a costa del condenado, no obstante, el Código Civil, que es el que regula la previsión normal, limita la posibilidad de ordenar deshacer lo hecho en contravención de una condena a no hacer y concede solamente una indemnización cuando el perjuicio de la

demolición sea para el ejecutado considerablemente superior al perjuicio sufrido por el ejecutante.

Por otra parte, Italia se inspiro en el modelo normativo francés de la época napoleónica, concretamente la regulación de la ejecución de sentencias con condena de no hacer, es parca, y en conclusión, no prevé medios indirectos de coacción, por lo que en casos de condena a un no hacer, se ha de acudir al cumplimiento por equivalente, mediante el resarcimiento de daño.

Ahora bien, el ordenamiento italiano, a diferencia del español que si contempla la posibilidad de destruir lo realizado en violación de una condena de no hacer, esa es la modalidad que establece para la ejecución forzosa, de sentencias de condena de este tipo.

Realmente no es fácil establecer cuando se entrecruzan el derecho privado y la economía nacional. Queda a la discrecionalidad del juez valorar en cada caso la importancia que el bien realizado en violación de una condena a no hacer puede tener para la economía nacional. Si considera que su destrucción la perjudicará, no podrá ordenar su demolición sino solo el resarcimiento de perjuicios.

Con todo, en Italia también se está tendiendo hacia la aceptación de técnicas indirectas de ejecución para lograr el cumplimiento específico de sentencias con condena a no hacer, las cuales pasan por ir incorporando medidas de coerción indirecta en hipótesis específicas, y por ir tomando cuerpo la posibilidad de apercibir de poder iniciar actuaciones penales por delito de desobediencia.

Henríquez (2005, p.271), comenta que en España, no están reguladas específicamente medidas de ejecución indirecta para compeler al cumplimiento en sus propios términos de una sentencia con condena a no hacer.

El Procedimiento de Ejecución

Las sentencias firmes, con condena de no hacer, requerirán para su ejecución la excitación de una de las partes, la cual deberá estar legitimada para hacer la solicitud, por ejemplo, las partes litigantes en el juicio, sus causahabientes o sucesores, inclusive los terceros que demuestren un interés legítimo, respecto de cuando debe solicitarse la ejecución de la sentencia, se desprende del ordenamiento jurídico venezolano, en el artículo 524 del Código de procedimiento civil, que una vez firme la sentencia y a petición de la parte interesada, el Tribunal, pondrá un decreto ordenando la

ejecución voluntaria por parte del deudor, en donde se le fijará un lapso de tiempo, que no podrá ser menor de tres días ni mayor de diez, una vez vencido este lapso sin que se haya dado el cumplimiento voluntario, podrá activarse la ejecución forzada.

Como se preciso con anterioridad, es el artículo 529 del mismo texto legal, el que desarrolla el caso de la ejecución de una obligación de no hacer, y la solución legislativa que da este artículo al incumplimiento por parte del deudor de la sentencia, es que en el primer caso el acreedor, ejecute el mismo la sentencia, o destruya lo construido, sino debió construirse, a costa del deudor, o en otro caso plantea la ejecución por equivalentes, cuando la naturaleza de la obligación no permita la ejecución en especie, o la hiciere demasiado onerosa. No se tratan específicamente casos importantes como la no revelación de un secreto, o de una acción especifica, derivando el incumplimiento del deudor en estos casos, a la indemnización de daños y perjuicios.

En países como España, existe la posibilidad, según Calderón citado por Cátala (1998, p. 405) de adoptar medidas cautelares en fase ejecutiva, ya que estas mantendrían la instrumentalizad del proceso, ya que servirían para garantizar la tutela judicial efectiva.

CONCLUSION

Como se ha mencionado en el desarrollo del presente trabajo, la realidad jurídica del país, por diferentes motivos, hace pensar a los administrados antes de poner en marcha un proceso judicial, debido a que él mismo, requiere de una gran inversión de tiempo y dinero, y al momento de obtener las resultas, la pretensión, a veces no se ve satisfecha, con la ejecución de la sentencia, pudiendo encontrarse el sujeto, con un vacío jurídico que impida al Estado cumplir con su función de impartir justicia, debido a que la parte ejecutada, asume una actitud rebelde y contumaz, a cumplir voluntariamente lo condenado en la sentencia, menoscabándose así, el desenlace de la denominada tutela judicial efectiva.

De allí, que como conclusiones de esta investigación se busque presentar al juez, posibles soluciones, al encontrarse con la incomoda situación de no poder ejecutar una sentencia definitivamente firme, en la cual el mandato, es una conducta de no hacer; o mantener en el tiempo el cumplimiento de dicha sentencia.

Si se tiene en cuenta que la Sentencia, es la instancia que pone fin al pleito civil o causa criminal, que adquiere el valor de cosa juzgada cuando queda firme, bien, por no haber sido apelada, o por no ser susceptible de apelación. La Ejecución, es el cumplimiento efectivo, voluntarioso o forzoso, de lo establecido por una Sentencia, por tanto, la ejecución forzosa, se lleva a término por el órgano público competente, y por sumisión a un procedimiento previsto para cada supuesto. Con el pasar del tiempo se establecen diferentes tipos o formas de ejecutar sentencias, dependiendo de casos concretos, el Código de Procedimiento Civil, es el encargado de desarrollar cada una de ellas, según el tipo de obligación.

Para el caso que compete a esta investigación, el inconveniente se presenta cuando se habla de una obligación de no hacer, ya que cómo se obliga coactivamente, a una persona a que no haga determinada cosa, o no tenga una conducta específica, ya que si en cierto momento se podría controlar al sujeto, bajo que forma se puede controlarlo definitivamente, para así evitar que cause un daño. Hablar de sentencias de no hacer, es sinónimo de inactividad de omisión de actividad, por lo que las sentencias de no hacer, son de naturaleza infungibles, son personalísimas, puesto que la persona del condenado es la única que las puede cumplir, la sola omisión del condenado, implicará una verdadera inejecución. En este tipo de sentencias el factor tiempo juega un papel fundamental, a parte de su papel clásico de elemento

accidental, cuando las partes así lo quieran, estableciendo una condición, término o plazo, cumple además otra función, y es que singulariza la actividad omisiva frente a las demás positivas, conformando la propia condena y constituyéndose como un elemento estructural de la misma.

En Venezuela, el legislador no desarrolla de manera eficaz los fundamentos legales, en este tipo de ejecución, ya que de forma muy general se limita a suponer ciertos casos: sí el condenado no destruye la cosa que se prohibió hacer, lo destruya el mismo acreedor a expensas del deudor o condenado en la demanda; y el caso de que si la naturaleza de la obligación no permitiera su ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, el juez determinará la ejecución en dinero; Dejando de esta forma una inmensa cantidad de situaciones y supuestos en el aire, qué pasa si el condenado volviera a reconstruir lo que se le ordeno derribar, o sí no lo derribará o no permitiera que el demandante lo haga, o sí el demandante lo derribara y el demandado se niegue ha resarcir los costos; en el caso en que se pida no revelar un secreto profesional y éste sea revelado, o se pida no tener determinada conducta, como se observan son muchas situaciones que podrían presentarse en un momento dado y el sujeto demandante no posee forma legal de conminar al demandado a que cumpla con la sentencia de inmediato, como que mantenga el cumplimiento en el tiempo.

En consecuencia, se debe decir que el legislador no se ha preocupado por desarrollar este tema existiendo un gran vacío tanto legal como jurisprudencial, de hecho, se resume un tema tan importante a un único artículo, que ni siquiera permite explanar de manera general otros supuestos. La Doctrina extranjera, (Cátala (1998, p.344)) específicamente la española, plantea hay dos maneras posibles de enfrentarse a este problema, una es esperar los acontecimientos y otra es adelantarse a ellos, si se opta por la actitud pasiva, la actividad ejecutiva no se iniciara hasta que se produzca la contravención, y allí será cuando se ponga en marcha para eliminar los efectos negativos, pero en este caso puede ser que sea demasiado tarde, ya que ha sido incumplido el interés del ejecutante, el daño no puede repararse totalmente y nadie asegura que no se vuelva a producir otra infracción, sí por el contrario se opta, por una postura más precavida, para evitar que el evento fatal se produzca, se dispondrá de mayor posibilidad efectiva para tutelar al ejecutante.

De allí a que se haga necesario en Venezuela, legislar este punto con mayor profundidad, tomando en cuenta todos lo casos y circunstancias que podrían presentarse, desarrollar aspectos importantes como medidas cautelares que permitan resguardar el cumplimiento de una sentencia de este estilo, que de manera inequívoca obliguen al deudor a cumplir con esta obligación, y a abstenerse de hacer aquello que le fue prohibido, lo cual en

muchos casos es mejor para la parte acreedora en la sentencia, que una indemnización pecuniaria.

En países como Alemania, el ejecutado puede ser condenado a prestar caución para responder de los daños de nuevas contravenciones, es decir, no solo sufrirá una multa o prisión por haber incumplido una sentencia, resarcirá los perjuicios ocasionados y será conminado con la posibilidad que se reitere la multa o la prisión, sino que cabe que le exijan una fianza para responder de una futura contravención; lo que implica un reforzamiento de la coerción. El ordenamiento portugués, también prevé el supuesto del quebrantamiento de la condena de no hacer, en este caso se faculta al ejecutante a exigir que la obra sea demolida a costa del condenado, no obstante, el Código Civil, que es el que regula la previsión normal, limita la posibilidad de ordenar deshacer lo hecho en contravención de una condena a no hacer y concede solamente una indemnización cuando el perjuicio de la demolición sea para el ejecutado considerablemente superior al perjuicio sufrido por el ejecutante. Las nuevas tendencias en Italia conllevan a la aceptación de técnicas indirectas de ejecución para lograr el cumplimiento específico de sentencias con condena a no hacer, las cuales pasan por ir incorporando medidas de coerción indirecta en hipótesis específicas, y por ir tomando cuerpo la posibilidad de apercibir de poder iniciar actuaciones penales por delito de desobediencia.

Es así, como se debe tomar en cuenta entre las nuevas reformas que se le realicen al actual Código de Procedimiento Civil, la inclusión de nuevas medidas y procedimientos que permitan garantizar el cumplimiento de este tipo de sentencias, bien a través de medidas cautelares, de establecimiento de fianzas, o de penalización del incumplimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alfonso,l. (1999). **Técnicas de investigación bibliográfica** (8va. ed.) Caracas: Contexto.

Balestrini,M. (2002).**Cómo se elabora un proyecto de investigación** (6ta. ed) Caracas: BL Consultores Asociados.

Balsan, J. (1986). **Lecciones de derecho procesal civil** (2da. ed.) Caracas: Sulibro C.A.

Baudin P. (2004). **Código de Procedimiento Civil** (1ra. ed.) Caracas: Editorial Justice

Cátala, C. (1998). **Ejecución de condenas de hacer y no hacer.** (1ra. ed.) Barcelona: José Maria Bosh Editor.

Código de procedimiento civil. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** No. 3694 (Extraordinaria). Enero 22 de 1986.

Enciclopedia jurídica Opus. (1994). Caracas: Libra.

Fenech, N. (1986). **Derecho procesal civil.** (1ra. ed.) Madrid: Agesa.

Fernández, M. (1993). **Derecho procesal civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares.** (1ra. ed.) Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.

Gómez, G. (1990). **Abogacía y proceso.** (2 da. ed.) Oviedo: Forum.

Hernández, R., et al. (2003). **Metodología de la investigación** (3ra. ed.) México: Mc Graw- Hill.

Henriquez, R. (2005). **Instituciones del Derecho Procesal** (1ra. ed.) Caracas: Ediciones Liber.

Maduro, E. (1997). **Curso de Obligaciones** (10 ma. ed.) Caracas: UCAB.

Sarmiento, C. (2005). **Estudios Iberoamericanos del Derecho Procesal** (1ra. ed.) Colombia: Legis.

Anexos:

http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/rc-00377-140605-04212.htm

http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00571-250707-06839.htm

ANEXOS

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ponencia del Magistrado: ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ.

En el juicio por indemnización por daños y perjuicios, seguido por **DANIMEX C.A., VIKING INTERNATIONAL COMPANY C.A. e INDUSTRIAS DANATEC C.A.**, representadas judicialmente por los abogados José Domingo Paoli, Manuel A. Pérez Luna, Pedro Luis Planchart, Oliver Laprea, Raif El Arigie, Emilio Luis Berrizbeitia y Yolenny Ramos contra **MAVESA S.A. y PRODUCTORA EL DORADO C.A.,** representadas por los abogados Luis García Montoya, Andrés Ramírez Díaz, Alonso Rodríguez Pittaluga, Ángel Gabriel Viso, Alexander Preziosi, Álvaro Prada y María Carolina Solórzano; el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia en fecha 6 de febrero de 2004, mediante la

cual declaró sin lugar la demanda de incumplimiento de cobro de daños y perjuicios, la falta de cualidad e interés de parte de la demandada y de la actora, y con lugar la apelación interpuesta contra la decisión de fecha 16 de octubre de 2002 dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Contra el referido fallo de la alzada la representación judicial de las codemandantes, anunciaron recurso extraordinario de casación, formalizados oportunamente ambos en fecha 20 de abril de 2004, los cuales fueron impugnados y ejercieron réplicas respectivamente. No hubo contrarréplicas.

Concluida la sustanciación del recurso de casación y cumplidas las formalidades legales, siendo la oportunidad para decidir, lo hace esta Sala bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo, previas las consideraciones siguientes:

PUNTO PREVIO

La Sala debe aclarar el orden en que conocerá los escritos de formalización presentados por las codemandantes, contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2004, dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y, en este sentido, expresa que el análisis de los mismos se hará de acuerdo con el orden de consignación tomando en cuenta la hora pues ambos fueron consignados en la misma fecha 20 de abril de 2004, entonces, en primer término, conocerá de las denuncias por defecto de actividad del escrito de formalización presentado a las 8:41 am, por DANIMEX C.A., VIKING INTERNATIONAL COMPANY C.A.,en caso de no

existir o no prosperar ninguna de ellas, procederá al análisis de las denuncias por defecto de actividad del escrito de formalización presentado por la codemandantes, INDUSTRIAS DANATEC C.A., a la 1:28 pm; de no prosperar ninguna de las denuncias de actividad, conocerá el recurso por infracción de ley de cada uno de los escritos, siempre en el orden de presentación.

RECURSO DE CASACIÓN POR DEFECTO DE ACTIVIDAD INTENTADO POR LAS CODEMANDANTES DANIMEX C.A., VIKING INTERNATIONAL COMPANY C.A.

ÚNICA

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 243 ordinal 4° *eiusdem* , por incurrir en inmotivación.

El formalizante alega textualmente lo siguiente:

> "...En los párrafos precedentemente transcritos se destaca uno en el que se afirma que **"tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DANIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que entre ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto "imitación de leche"** (subrayado nuestro) y **mal puede la misma haber sido incumplida por dicha codemandada"**. Ahora bien, se puede advertir en las motivaciones de la sentencia, que no existen ni siquiera una exigua declaración del sentenciador en la que se explique por qué la obligación de no comercializar estaba sujeta a una condición, por decirlo así el contrato, pues la sentencia que ha venido examinando la obligación de vender y distribuir nada dice que permita, por ejemplo, comprender, cuál es la relación que existe entre obligaciones como vender y distribuir un producto con la prohibición de no comercializar o, por lo menos, que se explique la relación entre ambas obligaciones, de manera que pueda conocerse cómo del examen de una, pueden obtenerse conclusiones para la otra. Es decir, en síntesis, no se sabe cuales son los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el juez, para concluir, que la obligación de no comercializar era condicional.

> Por otra parte, la sentencia menciona los artículos 1.206, 1.208 y 1.212 del Código Civil, pero no existe explicación alguna de la que se pueda inferir cuál es su aplicación al caso concreto y cuáles los hechos que ha subsumido en ellas...". (Resaltado del formalizante).
>
> Para decidir, la Sala observa:

Alega el recurrente que el *ad quem* no expresó porqué la obligación de no comercializar estaba sujeta a una condición, y tampoco explicó que relación tienen los artículos 1.206, 1.208 y 1.212 del Código Civil con el caso concreto, en consecuencia, -dice el formalizante-, incurrió en inmotivación y en la consecuente infracción del artículo 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil.

Para verificar las aseveraciones expuestas por el formalizante la Sala pasa a transcribir lo pertinente de la sentencia recurrida:

> "...En el "TERCER CONTRATO", cuya existencia y contenido tampoco son hechos controvertidos, antes bien, son hechos especialmente convenidos, las partes acuerdan en fecha primero (1°) de julio de mil novecientos noventa (1990) con otro tercer grupo, el cual fue "SANOVO", y lo cual constituye un hecho convenido entre las partes actora y demandada en este juicio. Interesa señalar la fecha de este "TERCER CONTRATO" por cuanto las codemandantes han alegado que el incumplimiento hecho de la obligación de no competencia por parte de las codemandadas, lo fue a partir del año 1992, por lo que para tal oportunidad ya regía lo estipulado en ese "TERCER CONTRATO" el cual es interpretado por esta alzada como un acuerdo de compra de accionaria en el capital social de PRODUCTOS DANIMEX C.A., pues se le dio entrada en dicho capital a otro grupo económico el cual lo fue "SANOVO" para lo cual los otros grupos, DAMINEX y MAVESA, ofrecen ciertas garantías e informan el estatus de la compañía y respecto del cual "SANOVO" también asumió obligaciones en interés de la negociación; obligaciones éstas que tampoco constituyen hecho controvertido alguno.
>
> En el anexo 1 del referido acuerdo accionario, el cual es parte integrante del mismo, todas las partes acordaron modificar al "SEGUNDO CONTRATO" y expresamente establecieron que tales modificaciones obedecen y "...se acuerdan en virtud de la incorporación de SANOVO como socio de Productos Danimex, julio

de 1990...". Así pues, se convino que a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" se le agregaría la siguiente estipulación:

...Omissis...

Observa este juzgador que el agregado acordado para la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" trata específicamente para el producto que las partes llamaron "imitación de leche", para lo cual asignaron su desarrollo a PRODUCTOS DANIMEX C.A. quien, en virtud de este nuevo acuerdo, podría venderlo directamente en el mercado internacional y de exportación a través del "GRUPO DANIMEX". Al "GRUPO MAVESA" se le asignó la venta y distribución del producto en la producción obtenida del referido producto en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. esto es, la venta y distribución del producto por parte de MAVESA, sería hecha en función de lo que lo PRODUCTOS DANIMEX, C.A. produjera en su planta de ese mismo producto en particular y observa este juzgador que en ninguna parte de "LOS CONTRATOS" se estipuló plazo alguno para que comenzase a elaborar dicho producto. Entonces, si no produce nada PRODUCTOS DANIMEX C.A., el "GRUPO MAVESA" no podría estar a cargo de su venta y distribución en el mercado al detal y durante la vigencia de duración de la compañía, tal y como se estipuló originalmente en el "SEGUNDO CONTRATO". Esto es, pues se trata de una obligación que se contrajo bajo una condición suspensiva –que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca y para lo cual no se fijó plazo- que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado, lo cual sería reputado nulo de haberse quedado únicamente como ley entre las partes lo acordado en el "SEGUNDO CONTRATO". Pero, al ser añadida por el "TERCER CONTRATO" la estipulación arriba transcrita, al "GRUPO MAVESA" se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado local, a que la planta de producción de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tuviese capacidad y se llegase a un acuerdo en los precios. Si no se cumple esta condición conjuntiva: Capacidad y Acuerdo en los precios, el "GRUPO MAVESA" no queda obligada a vender y distribuir en el mercado al detal el producto que PRODUCTOS DANIMEX C.A. elaborarse, por lo que operaría la **"excepción non adimpleti contractus"** contenida en el artículo 1.168 del Código Civil. Más aún, al "GRUPO MAVESA" se le otorgó la opción de construir su propia planta de producción del producto "imitación de leche" en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. tuviese una insuficiente capacidad, lo

que sería aun más permitido en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. no produjese producto alguno “imitación de leche”, ó bien, que aun cuando estuviese operativa toda su capacidad para cubrir el mercado, no llegase a un acuerdo respecto a los precios para su venta y distribución.

Así las cosas, y a los fines de decidir acerca del hecho controvertido del incumplimiento de la obligación de no competencia respecto al producto “imitación de leche”, resulta evidente para quien aquí sentencia, que ya para el 1° de julio de 1990 le fue conferida al “GRUPO MAVESA S.A.” la opción de producir sus propios productos de “imitación de leche”, al no haberse consumado las condiciones suspensivas conjuntivas o copulativas que se agregaron a la cláusula tercera del “SEGUNDO CONTRATO “por el acuerdo logrado en el “TERCER CONTRATO” entre los grupos económicos accionistas de PRODUCTOS DANIMEX C.A.

Los artículos 1.168, 1.202, 1.205, 1.208 y 1.212 del Código Civil, establecen los siguientes:

...Omissis...

En consecuencia, la cláusula penal indemnizatoria que se estipula en la cláusula tercera del “SEGUNDO CONTRATO” sólo se aplicaría en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca suficiente producto “imitación de leche “ y se llegase a un acuerdo con MAVESA S.A. en los precios de tal producto, y aún así, el “GRUPO MAVESA” hubiese procedido a elaborar y comercializar por su cuenta, lo que evidentemente hubiese podido configurar lo que en el contrato de marras se ha denominado “fraude”.

Toca ahora analizar las pruebas aportadas en el proceso, a los fines de poder evidenciar o no si para 1992 –fecha en la cual la parte actora ha alegado que las demandadas incumplieron con su obligación de no competencia respecto al producto “imitación de leche” y si PRODUCTOS DANIMEX C.A. se encontraba produciendo el referido producto, así como si se hubiese llegado entre las partes a un acuerdo en los precios. Lo que es lo mismo, para que las demandantes puedan demostrar el incumplimiento alegado por ellas en cuanto al producto de “imitación leche”, éstas deben probar en los autos que para la fecha alegada del comienzo del incumplimiento, el mismo se estaba produciendo de manera suficiente en la planta de PRODUCTOS

> DANIMEX C.A. ya que pretender que las demandadas tuviesen la carga probatoria de demostrar que dicha compañía no estaba produciendo, constituye un hecho negativo absoluto que invierte la carga de la prueba a la parte actora quien para demostrar el incumplimiento de las demandas debe demostrar que PRODUCTOS DANIMEX C.A. estaba produciendo productos "imitación de leche" y que se produjo un acuerdo en los precios.
>
> En efecto, luego que este tribunal procediera a apreciar y valorar las pruebas aportadas en el presente proceso, habiéndose negado por las demandadas el cumplimiento de las antes referidas condiciones suspensivas, correspondía a las actoras la prueba de los hechos por ellas alegados, a tenor de lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, las actoras –como resultado de la valoración probatoria aquí hecha y muy particularmente de las deposiciones hechas por el testigo Oscar Baca- no demostraron que haya estado y está operativa la planta a cargo de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tanto para elaborar como para empacar el producto de "imitación de leche" como para atender los requerimientos del mercado que se confío a MAVESA S.A. Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DENIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto de "imitación de leche" y mal puede la misma haber incumplido por dicha codemandada, por lo que le es forzoso a esta Alzada decidir que a MAVESA S.A. del "GRUPO MAVESA" le era potestativo ejecutar la opción estipulada a su favor en el agregado contenido en el "TERCER CONTRATO" que amplió lo estipulado en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO", por lo que el incumplimiento alegado de no competencia para estos productos "imitación de leche" no puede prosperar siendo procedente la excepción de contrato no cumplido..."

De la precedente transcripción se desprende, que el juez precisó que los hechos no controvertidos eran que en el segundo contrato se había agregado al Grupo Sanovo, y que la cláusula tercera prevista en el segundo contrato había sido agregada al tercer contrato suscrito entre las partes, en la cual se acordó que la producción y venta del producto "imitación de leche" se le había asignado al Grupo

Mavesa S.A., bajo la condición suspensiva de que ello iba a depender de que la producción del mismo se hiciera en la Planta de Productos Danimex C.A..

Agregó el *ad quem*, que con esa cláusula tercera se condicionó de manera conjuntiva al Grupo Mavesa S.A. al hecho de que para la venta y distribución del producto dependía de que la produjera el Productos Danimex C.A., y en el caso de que no produjera nada el grupo Mavesa S.A. no quedaba obligada.

En virtud de ello concluyó el *ad quem*, que al no haberse cumplido la condición suspensiva, el 1 de julio de 1990, le fue conferida al Grupo Mavesa S.A. la opción de producir y vender sus propios productos de "imitación de leche", motivo por el cual consideró que el alegado incumplimiento de no competencia para esos productos no podía prosperar, y en consecuencia, declaró procedente la excepción de contrato no cumplido.

Ahora bien, respecto de la motivación de hecho la doctrina considera que esto comienza cuando el juez establece los hechos alegados por el actor que sustentan la pretensión y los controvertidos como resultado de la contestación de la demanda. (Alirio A. Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal. La casación Civil. Caracas, 2000, Pág. 284).

En cuanto a la motivación de derecho, esta tiene que ver con el deber del juez que surge una vez que precisa los hechos convenidos y los controvertidos en el proceso, procede a subsumir los hechos en la norma, para determinar la consecuencia jurídica aplicable a la controversia planteada. En este caso el juez debe expresar en el fallo los motivos de derecho que lo sustentan, explicación que conforma la premisa mayor de la síntesis lógica de la sentencia. (Alirio A. Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal. La casación Civil. Caracas, 2000, pág 296).

"...La fundamentación de derecho no significa necesariamente, ni es sólo la cita de la disposición legal. No carecería de motivos el fallo que, por ejemplo determina que se causó un daño, y que tal resultado fue consecuencia de la conducta negligente del demandado, sin citar la correspondiente norma del Código Civil; <u>en tanto que será inmotivado el fallo que se limite a decir que en aplicación del artículo 1.185 del Código Civil, el demandado debe reparar el daño, sin establecer cuál fue la conducta demostrada del demandado que se subsume en alguno de los supuestos de dicha regla legal</u>..." (Alirio A. Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal. La casación Civil. Caracas, 2000, Pág. 296).

En aplicación al caso de autos los razonamientos doctrinarios, precedentemente expuestos, observa la Sala que el juez superior estableció claramente los hechos no controvertidos y los controvertidos, los cuales tenían que ver con la competencia en la venta y producción de los productos "imitación de leche", cuya opción tenía el Grupo Mavesa C.A., siempre que no se cumpliera la cláusula suspensiva prevista en el segundo contrato y agregada en el tercero, razón por la cual concluyó el juez superior, que al no haberse cumplido la condición suspensiva referida a que Productos Danimex C.A., tuviera la capacidad para producir los productos de imitación de leche y hubiese acuerdo en el precio, consideró que el alegado incumplimiento de no competencia para esos productos no podía prosperar, y en virtud de ello declaró procedente la excepción de contrato no cumplido. En consecuencia, el *ad quem* no incurrió en inmotivación de hecho, y así se decide.

En el caso de autos, en cuanto al alegato de inmotivación de derecho, observa la Sala que el *ad* quem no menciona el artículo 1.206 del Código Civil, en consecuencia, no puede incurrir en inmotivación de derecho, en cuanto a los artículos 1.208 y 1.212 del Código Civil, aún cuando no se refiere de manera específica a cada uno de ellas sin embargo, de la lectura del contenido de la motivación del fallo se evidencia que fue en estas normas en las que se fundamentó para decidir, que se había cumplido la condición que no estaba sometida a plazo, tal y como lo prevé dichas normas, en consecuencia, tampoco incurrió en inmotivación de derecho del fallo. Y así se decide.

Por todo lo anteriormente expuesto, se declara improcedente la denuncia de infracción del ordinal 4° artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Y así se decide.

RECURSO DE CASACIÓN POR DEFECTO DE ACTIVIDAD INTENTADO POR LA CODEMANDANTE INDUSTRIAS DANATEC C.A.

I

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción del ordinal 4° del artículo 243 *eiusdem*, por inmotivación.

Alega textualmente el formalizante, lo siguiente:

> "...De este modo, se ha verificado en el caso de marras una evidente contradicción sobre el mismo punto, como lo es la declaración del testigo Oscar Baca, porque o bien el testigo le merece fe y certeza en cuanto a sus dichos o incurrió en contradicción, ya que ambas situaciones son contrarias una respecto a la otra. Tampoco es posible que el sentenciador establezca que el testigo es contradictorio y al mismo tiempo aprecie sus deposiciones.
> Ello comporta una de las modalidades del vicio de inmotivación -anteriormente indicamos- ya que los motivos dados por el sentenciador se destruyen unos a otros y ello se equipara a la falta absoluta de fundamentos..."

Para decidir, la Sala observa:

Alega el formalizante que el juez de alzada incurrió en motivación contradictoria al analizar el testimonio del testigo Oscar Baca, pues primero dice que le merece fe y certeza y luego expuso que era contradictoria su declaración.

Para verificar las aseveraciones del formalizante la Sala pasa a transcribir lo pertinente de la sentencia recurrida:

> "...En cuanto a la testimonial rendida por el ciudadano Oscar Baca este Tribunal las aprecia por cuanto sus deposiciones le merecen fe y certeza de los hechos controvertidos. El testigo Oscar Baca declaró: (...) El tribunal aprecia el dicho del testigo Oscar Baca en prueba de que realizó un trabajo técnico para determinar la posibilidad de producir "imitación de leche" en la planta de "Productos Danimex C.A.", con las resultas a las que se refiere su deposición. Si bien es cierto que el testigo reconoció haber elaborado y suscrito un informe sobre la mencionada prueba piloto, es también cierto que, al dar contestación a las repreguntas dijo no haber constatado su existencia en los autos, motivo por el cual es imposible establecer la equivalencia entre el documento consignado y el que el testigo dice haber elaborado. Por otra parte, el deponente declaró igualmente que la planta industrial de Productos Danimex C.A., carece ciertas máquinas requerida para el procesamiento final de "imitación de leche" y, particularmente de la máquina envasadora a los fines de la venta de ese producto al mercado, motivo por el cual el tribunal considera que lo declarado por el señor Oscar Baca no provee prueba de que

> Productos Danimex C.A., tuviese la capacidad para elaborar el producto "imitación de leche" o que lo hubiese elaborado industrialmente en las cantidades y con la calidad requeridas, como tampoco como para entregarlo a la codemandada MAVESA S.A., en los envases necesarios para su comercialización. En consecuencia, esta Alzada aprecia sus deposiciones conforme a lo establecido en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil...".

De la precedente transcripción se desprende que el juez de alzada al momento de motivar el análisis de las declaraciones del testigo Oscar Baca, lo que expresa es que le merece fe y certeza, y que no provee prueba en cuanto a que Productos Danimex C.A. tuviese la capacidad para elaborar el producto "imitación de leche", y que dicha declaración es apreciada conforme a lo previsto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, lo cual no refleja ninguna contradicción en los motivos de análisis de la prueba testimonial.

En consecuencia, y de acuerdo a los razonamientos anteriormente expuestos, se observa que el *ad quem* no incurrió en motivación contradictoria al momento de analizar las declaraciones del testigo Oscar Baca, motivo por el cual se declara improcedente la denuncia de infracción del artículo 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil, y así se decide.

II

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 12 y 243 ordinal 5° *eiusdem*, por incongruencia positiva.

Alega textualmente el recurrente, lo siguiente:

> "...En efecto entre las múltiples defensas opuestas por las codemandadas Mavesa S.A. y Productora El Dorado C.A., se encuentra la excepción del contrato no cumplido.
> Ambas codemandadas expusieron esta defensa en idénticos términos de la manera siguiente:
> ...Omissis...
> Así pues, se trata de una defensa opuesta de manera subsidiaria para ser considerada -única y exclusivamente- en caso de que se estimaran válidas y exigibles las obligaciones demandadas.
> ...Omissis...
> En el caso de marras el sentenciador consideró procedentes las defensas anteriormente alegadas, pero igualmente se pronunció sobre la excepción de cumplimiento de las obligaciones recíprocas simultáneas, a que se refiere el artículo 1.168 del Código Civil, y con ello, tergiversó los términos en que fue planteada dicha defensa, ya que la misma fue opuesta en forma subsidiaria, y no como una defensa pura y simple como fue considerada por la recurrida.
> En el caso de marras, la sentencia recurrida consideró que no existía incumplimiento por parte de las obligaciones que correspondían a la parte demandada, y que mal podía la misma haber sido incumplida.
> ...Omissis...
> Cabe destacar que con dicho pronunciamiento del sentenciador se estaban acogiendo las defensas de la demandada esgrimidas con anterioridad a la excepción non adimpleti contractus, en cuanto a que aún no habían nacido las obligaciones.
> ...Omissis...
> Así pues, al haber sido acogida por la recurrida una anterior defensa de las demandadas, el sentenciador no debía pronunciarse sobre la excepción del contrato no cumplido opuesta de manera subsidiaria, ya que las demandadas expresamente señalaron que la excepción non adimpleti contractus era para el **supuesto negado que las referidas obligaciones se estimen válidas y exigibles.**
> No obstante lo anterior, la sentencia recurrida, además de establecer que las obligaciones no eran exigibles y que aún no habían nacido, declara procedente la excepción non adimpleti contractus (página 32 y 33), opuesta por las codemandadas de manera subsidiaria.
> Con ello, incurrió la recurrida en el vicio de incongruencia positiva, ya que tergiversó los términos (entiéndase carácter subsidiario con que fue opuesta dicha defensa), y se pronunció sobre una defensa subsidiaria cuando había acogido una defensa anterior de las codemandadas, y por ello no debió pronunciarse respecto a la

> excepción. La recurrida no se atuvo a lo alegado y nada más que lo alegado.
> ...Omissis...
> Por tanto, la recurrida infringe el requisito de congruencia de la sentencia, previsto en el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, al no existir la debida congruencia entre la excepción opuesta de manera subsidiaria y la forma en que fue decidida por el juez (como si se tratara de una excepción pura y simple)...”

Para decidir, la Sala observa:

Alega el formalizante que el juez de alzada incurrió en incongruencia positiva al pronunciarse sobre la excepción subsidiaria referida a la excepción nom adimpleti contractus y la forma en que la misma fue decidida por el juez, apartándose de lo alegado y probado por las partes.

Respecto de la congruencia la Sala en reiteradas decisiones entre otras la sentencia de fecha 27 de julio de 2004, N° 715, Caso: Banco Latino S.A.C.A., c/ María Auxiliadora Bencosme Dávila**,** estableció lo siguiente:

> “...Al respecto, la Sala ha sostenido de manera reiterada que la congruencia en el lenguaje procesal, consiste en la correspondencia formal entre la sentencia dictada y las contrarias pretensiones de las partes, por ende, en su proceder el juzgador debe limitar su decisión a sólo lo alegado, para acatar así el principio dispositivo que domina la estructura de nuestro proceso civil, y al mismo tiempo, se encuentra obligado a fallar sobre todo lo alegado para dar cumplimiento al principio que la moderna teoría procesal ha denominado exhaustividad. Así, en sentencia Nº 142, de fecha 22 de mayo de 2001, expediente Nº 00-352, la sala estableció lo siguiente:
>
> “...Podemos encontrar que en ambas figuras (ultrapetita e incongruencia positiva), el vicio se consolida en la conducta del sentenciador de acordar más de lo reclamado; sin embargo, la

> incongruencia positiva surge cuando se exhorbite el thema decidendum, cuando la sentencia va más allá de 'solo lo alegado por las partes' cuando no se ajusta a la exigencia de exhaustividad. 'Quiere la ley que la decisión no solo sea manifiesta, definitiva e indubitable sino que guarde relación o consonancia con los términos en que fue planteada la pretensión del actor y con los términos en que fue propuesta la defensa del demandado'. En cambio hay ultrapetita –como antes se expresó- cuando se da al demandante más de lo pedido, en otras palabras, cuando se condena al demandado a pagar o hacer una cosa mayor a la reclamada por el demandante'. Se considera también que hay ultrapetita en los pronunciamientos sobre cosas no demandadas, extrañas al problema judicial debatido entre las partes; estos son los casos de extrapetita que reiterada doctrina de esta Sala ha comprendido dentro del marco de la ultrapetita...".

En aplicación del precedente jurisprudencial al caso bajo análisis, observa la Sala que el *ad quem* no incurrió en incongruencia positiva, por pronunciarse respecto a la excepción nom adimpleti contractus, pues en el caso que no lo hubiera hecho hubiese incurrido en incongruencia negativa, ya que este fue un alegato de la parte demandada que debía ser atendido por el juez tal cual como lo hizo, en virtud del deber que tiene todo juez de pronunciarse sobre todo lo alegado y probado en autos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, y en virtud de los razonamientos anteriormente expuestos se declara improcedente la denuncia bajo análisis, y así se decide.

III

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 243 ordinal 4° *eiusdem*, por motivación contradictoria.

Alega textualmente el recurrente, lo siguiente:

> "...La sentencia recurrida considera que estamos en presencia de una obligación sujeta a condición suspensiva, señalando expresamente que "**se trata de una obligación que se contrajo bajo una condición suspensiva".**(página 32 de la recurrida).
> ...Omissis...
> Como puede apreciarse la sentencia recurrida considera que estamos en presencia de un contrato con condiciones suspensivas, esto es, según el artículo 1.168 del Código Civil, una condición que hace depender la obligación de un acontecimiento futuro e incierto, o como ha dicho esta Sala de Casación Civil, en el caso de la condición suspensiva el derecho a exigir el cumplimiento del contrato no ha nacido, encontrándose en suspenso, hasta que el hecho "futuro e incierto" se verifique (sentencia N° 30 del 24/01/02).
> Igualmente, considera la recurrida que era carga de las acoras (sic) demostrar el cumplimiento de esa condición suspensiva y al no haberse cumplido con esa carga resulta evidente que no ha nacido la obligación y mal puede la misma haber sido incumplida.
> Pero en una total contradicción con el establecimiento de la existencia de una condición suspensiva, se pronuncia sobre la procedencia de la excepción de contrato no cumplido, lo cual implica una contradicción sobre un mismo aspecto.
> En efecto, ya nos hemos referido a las implicaciones de la existencia de una condición suspensiva, esto es, que la obligación aún no ha nacido, y no es exigible, como fue indicado por el sentenciador, mientras que por el contrario la excepción non adimpleti contractus, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.168 del Código Civil, implica el reconocimiento de la existencia de la obligación, pero el deudor justifica su propio incumplimiento en el incumplimiento del actor.
> Entonces, o estamos en presencia de una condición suspensiva y por ello aún no ha nacido la obligación, o la obligación ya nació y existe pero el demandado se excusa por el incumplimiento del actor. Esto significa que en el primero de los casos la obligación no ha nacido, mientras que en el segundo la obligación existe y el demandado reconoce su incumplimiento solo que lo justifica por el incumplimiento de la parte actora, pero es obvio que ambas

> situaciones no pueden ser concurrentes por lo que es evidente la contradicción de la motivación de la sentencia, al señalar por una parte que estamos en presencia de una condición suspensiva y por la otra declarar la procedencia de la excepción non adimpleti contractus.
> Debemos aclarar que la presente denuncia no se refiere en forma alguna a un error de juzgamiento respecto al artículo 1.168 del Código Civil, es decir, no le imputamos a la recurrida su infracción, ya que ello debe realizarse a través de una denuncia de fondo, sino que le imputamos a la recurrida contener motivos contradictorios que se destruyen unos a otros, pues no es compatible que se este en presencia de una condición suspensiva, y al mismo tiempo sea procedente la excepción nom adimpleti contractus, y la mención hecha a la señalada disposición, lo ha sido con la única intención de ilustrar aún más la contradicción contenida en la motivación de la sentencia.

Para decidir, la Sala observa:

Alega el formalizante que la sentencia recurrida adolece de motivación contradictoria, porque en el análisis del contrato expresa que éste está sometido a una condición suspensiva y posteriormente en una total contradicción se pronuncia sobre la excepción nom adimpleti contractus o de contrato no cumplido.

De las transcripciones que se han hecho en el presente fallo del contenido de la sentencia recurrida, se desprende que cuando el *ad quem* se refiere a que hay una condición suspensiva que estaba en la cláusula tercera, justificando el hecho de que si Productos Danimex C.A. no producía el producto de imitación de leche suficiente o no se ponían de acuerdo respecto del precio de la venta con Mavesa C.A., ésta tenía la opción de establecer su propia planta de producción,pero al propio tiempo precisó que ésta condición no estaba sometida a un lapso y en aplicación del artículo 1.212 del Código Civil, consideró que se había cumplido.

Ahora bien, en virtud de lo anterior el *ad quem* prosiguió al análisis de la excepción nom adimpleti contractus, lo cual fue de acuerdo al alegato hecho por el demandado, que expuso que como Danimex C.A. no cumplió con su obligación de producir el producto imitación de leche, ni hubo acuerdo con respecto al precio del producto Mavesa C.A. procedió a producir y vender el producto imitación de leche.

En consecuencia, y en virtud de los razonamientos anteriormente expuesto, observa la Sala que el *ad quem* en ningún momento incurrió en motivación contradictoria con respecto al análisis del contrato objeto de la controversia bajo análisis, motivo por el cual se declara improcedente la denuncia por infracción del artículo 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil, y así se decide.

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY INTENTADO POR LA CODEMANDANTES DANIMEX C.A., VIKING INTERNATIONAL COMPANY C.A.

I

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 320 *eiusdem*, se denuncia la infracción de los artículos 1.168, 1.202, 1.205, 1.208 y 1.212 del Código Civil por falsa aplicación y por falta de aplicación los artículos 1.167, 1.257 y 1.264 *ibidem*, por incurrir en el primer caso de suposición falsa.

Textualmente alega el formalizante lo siguiente:

> "...En la sentencia de segunda instancia contra la cual se recurre queda establecido que no fue controvertida la existencia de los contratos suscritos entre las partes, aceptando que los mismos configuran un acuerdo de accionistas; el problema (**error facti in iudicando)** se presenta al interpretar la cláusula tercera (del segundo contrato y su

modificación-agregado-en el tercer contrato) fundamento de esta acción. La cláusula tercera de los contratos, que fueron acompañadas a la demanda marcadas con las letras “E” y “F” de los anexos, insertas en la primera pieza del expediente, en donde se puede advertir que dispone lo siguiente:...

...Omissis...

Como puede advertirse de la transcripción que precede, es un hecho que las partes en la cláusula tercera del contrato establecieron unas categóricas prohibiciones de no hacer: **no comercializar y no producir los productos de la nueva empresa.** Es otro hecho de la cláusula mencionada, que con respecto al producto **imitación de leche,** las partes, luego de ratificar que la producción corresponde a la nueva empresa, sin hacer mención alguna a la prohibición de no comercializar, establecieron una excepción a la obligación de no producir, que consiste en declarar que si ocurre uno de dos eventos escogidos por las partes (que la capacidad de la planta no fuera suficiente para producir o que no se llegase a un acuerdo en los precios), podía entonces **MAVESA** producir el producto imitación de leche, en una planta construida para ese propósito. En otras palabras el hecho que se deriva de la lectura de la cláusula tercera, es que **las partes establecieron una condición suspensiva, sólo con respecto a la obligación de no producir** y en relación, exclusivamente, con el producto imitación de leche. Pero, de lo que no queda duda posible, es de que la prohibición de no comercialización con respecto al producto imitación de leche, subsiste aun cuando se hubiera producido uno de dos eventos, que deban a **MAVESA** la posibilidad de producirlo.

Contiene la sentencia las siguientes consideraciones, que se encuentran en los folios ciento sesenta y nueve (169) y ciento setenta (170), que corresponden a las páginas treinta y uno (31) y treinta y dos (32) de la sentencia, se pueden advertir las siguientes declaraciones del sentenciador:

...Omissis...

Los hechos positivos y concretos que el Juzgador dio por ciertos, basándose en menciones que no contienen las actas –en este caso la cláusula tercera del contrato- (con lo cual se configura **el primero de los supuestos de suposición falsa, señalando en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil)** son los siguientes:

El primero de los hechos falsamente establecidos por el sentenciador, fue señalar que en el contrato se condiciona la obligación de vender y distribuir el producto imitación de leche en el mercado al detal, a que ocurran en forma simultánea los dos eventos escogidos por las partes para establecer la condición. En efecto el sentenciador afirma que **al ser añadido por el "TERCER CONTRATO" la estipulación arriba transcrita, al "GRUPO MAVESA" se lo condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado local, a que la planta de producción de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tuviese capacidad y se llegase a un acuerdo en los precios.** Pero esto no es cierto, al Grupo **MAVESA** no se le condicionó su obligación de vender y distribuir en el mercado al detal, se le condicionó la obligación de no producir, sólo con respecto al producto imitación de leche, como claramente se infiere de los dichos de la mencionada cláusula cuando se establece que **"En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene en lo siguiente: El producto será desarrollado por PRODUCTOS DANIMEX, quien también lo producirá y venderá para el mercado industrial y de exportación a través de DANIMEX conforme a la Cláusula Cuarta. MAVESA estará a cargo de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basado en la producción obtenida en la planta de PRODUCTOS DANIMEX, siempre y cuando esta planta tenga suficiente capacidad y se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; sin embargo MAVESA tiene la opción de construir una planta propia separada, siempre y cuando la capacidad de la planta de PRODUCTOS DANIMEX sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios".**

Como se puede advertir, en la cláusula tercera, del referido contrato, los eventos escogidos se utilizan para condicionar la posibilidad de permitir a **MAVESA** la **producción** del producto, que tiene que vender y distribuir en el mercado local, los cuales no tienen que ocurrir en forma simultánea, sino que basta que haya ocurrido uno de los dos eventos escogidos, para que **MAVESA**, para cumplir su posibilidad de vender y distribuir el producto imitación de leche lo produzca en una planta propia.

El otro hecho declarado falsamente por el sentenciador, es que la opción de producir el producto imitación de leche, le había sido concedida a **MAVESA** por haberse producido los eventos que le permitían hacer su propia planta para producirlo. Ese falso hecho lo

fija la recurrida cuando dice que: **"Así las cosas y a los fines de decidir acerca del hecho controvertido del incumplimiento de la obligación de no competencia respecto al producto "imitación de leche" resulta evidente para quien aquí sentencia, que ya para el 1ero de julio de 1990 de "imitación de leche", le fue conferida al "GRUPO MAVESA S.A." la opción de producir sus propios productos de "imitación de leche" AL NO HABERSE CONSUMADO LAS CONDICIONES SUSPENSIVAS CONJUNTIVAS O COPULATIVAS.** Pero No es esto lo que se deduce de la cláusula tercera, por el contrario, en ella se fijan dos hechos que demuestran la falsedad del hecho establecido por el sentenciador, ya que, en ella se dice, por una parte que "**En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene en lo siguiente: El producto será desarrollado por PRODUCTOS DANIMEX, quien también lo producirá y venderá para el mercado industrial y de exportación a través de DANIMEX conforme a la Cláusula Cuarta;** y, por otra, que **MAVESA tiene la opción de construir una planta propia separada, siempre y cuando la capacidad de la planta de PRODUCTOS DANIMEX sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios"**. De todo lo cual resulta evidente, que no se le concedió opción de producir a **MAVESA** el producto imitación de leche, por no ser suficiente la producción de la empresa creada y no haberse llegado a un acuerdo en los precios, sino, en el caso, y sólo en el caso, de que uno de los dos eventos llegara a ocurrir. No es entonces, como pretende el sentenciador, un presupuesto de la cláusula tercera, que habían ocurrido los eventos que se fijaron como condiciones para que **MAVESA** tuviera el derecho a producir, el producto imitación de leche.

Otro hecho establecido falsamente por el sentenciador, es el vínculo que dice existe entre la prohibición de no comercializar y los eventos señalados como condición para que **MAVESA** pueda producir imitación de leche. Tiene al respecto la sentencia una declaración sobre este hecho en la que dice: "**Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DANIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que entre ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto "imitación de leche" y mal puede la misma haber sido incumplida por dicha codemandada.** Ahora bien, no existe en la cláusula tercera ningún texto del que pueda derivarse el hecho de que la obligación de

no comercializar se encontraba condicionada. Por el contrario, el texto de la mencionada cláusula demuestra que única y exclusivamente, la prohibición de no producir, con respecto a éste producto, se encontraba condicionada cuando se dice que **MAVESA tiene la opción de construir una planta propia separada, siempre y cuando la capacidad de la planta de PRODUCTOS DANIMEX sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los preciso".**

Por último, el sentenciador establece como un hecho del contrato que la venta y distribución en el mercado al detal, del producto imitación de leche estaba a cargo de **MAVESA** durante la vigencia de la duración de la empresa, cómo, se había previsto en el "segundo contrato". En efecto dice la sentencia que **Entonces, si no produce nada PRODUCTOS DANIMEX, C.A., el GRUPO MAVESA no podría estar a cargo de su venta y distribución en el mercado al detal y durante la vigencia de duración de la compañía, tal y como se estipuló originalmente en el "SEGUNDO CONTRATO".** Pero este hecho es falso, pues el encabezamiento de la cláusula tercera sólo hace referencia a las obligaciones de no comercializar y no producir, sin que se haga mención a ninguna otra obligación, ya que en ella se dice que **"ambas partes se comprometen a no producir ni comercializar directa o indirectamente los productos a ser elaborados por la nueva empresa, por un período igual a la duración de esa sociedad, salvo los productos elaborados por la nueva compañía conjunta.**

III.1.2. En seguimiento de los criterios señalados por esta Sala para la formulación de esta denuncia, indicamos que estas desviaciones ideológicas han sido determinantes en el dispositivo del fallo llevando al Juzgado Superior a la **falsa aplicación** de preceptos legales que no le correspondían, contenidos en los artículos 1.168, 1.202, 1.205, 1.208 y 1.212 del Código Civil, tal como lo estableció la sentencia recurrida y hemos reproducido. Los artículos antes transcritos y utilizados por el *ad quem* son los que establecen los preceptos legales que deben aplicarse a los contratos que posean una condición, término o excepción de contrato no cumplido, ninguno de cuyos supuestos encajan en el presente caso. Por el contrario el *ad quem* dejó de aplicar los artículos 1.167, 1.257 y 1.264 del Código Civil los cuales contienen los preceptos relativos a las obligaciones en general, la

obligación de cumplirlas tal como fueron contraídas, el derecho a reclamar su ejecución, junto con los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento y el derecho a establecer cláusulas penales para asegurar el cumplimiento en caso de infracción.

La decisión respecto de estas **falsas suposiciones** denunciadas son sin duda determinantes en el dispositivo del fallo ya que: 1) al no ser condicional la obligación de no comercializar el producto "imitación de leche", el supuesto fáctico -no controvertido- de esta demanda: **la comercialización por parte del GRUPO MAVESA del producto "imitación de leche" denominado La Colina, "envasado y distribuido " por ella,** genera la indemnización contractual prevista. En efecto, al no hacer distinción entre las dos obligaciones prohibitivas (o de no hacer) -producir y comercializar- que establece el contrato, asumiéndolas como una misma y única obligación y, como consecuencia, categorizar equivocadamente una de ellas como condicional, sin serlo. Por dos motivos diferentes llega a la conclusión de que las obligaciones señaladas en el contrato son condicionales, a saber: que constituye un hecho futuro la determinación de los productos que elaborará la empresa común (el hecho futuro es su elaboración, no su determinación) y no distinguir claramente entre las dos obligaciones de no hacer allí estipuladas.

Como hemos señalado, la cláusula referida establece, en su primer párrafo, dos prohibiciones: la primera consiste en **no producir** y la segunda **no comercializar** (ni directa ni indirectamente), textualmente dice así el primer párrafo:

...Omissis...

La primera obligación **no producir** sí está condicionada mediante las expresas regulaciones que establece la cláusula en análisis en su añadido o agregado del **TERCER CONTRATO**, la cual a su vez regula la comercialización del producto (ese sí futuro) a elaborar por **PRODUCTOS DANIMEX, C.A.** lo cual igualmente hace la cláusula cuarta del contrato). Pero la segunda prohibición, la de **no comercializar**, no está sujeta a condición alguna, es una obligación pura y simple ya que prohíbe comercializar los productos (expresamente descritos en el objetivo social de la compañía, punto 1.3 de la cláusula primera del segundo contrato y específicamente señalado en la cláusula tercera para el caso del producto "imitación de leche") desde la suscripción de los contratos, de forma general y sin

> condicionamiento alguno. En la cláusula no existe restricción ni regulación a esta obligación prohibitiva que impide comercializar los distintos productos señalados como objetivo social de la nueva compañía.
>
> ...Omissis...
>
> Por el contrario la sentencia -como hemos visto- en primer lugar señala la determinación de los productos a ser desarrollado constituye un hecho futuro -apreciación errónea del contrato-y luego mezcla las dos obligaciones prohibitivas, desarrollando su línea de argumentación como si las condiciones establecidas para el **desarrollo y producción** del producto imitación de leche, se aplicaran de igual modo a la **prohibición de su comercialización,** atribuyéndole claramente a la obligación de no comercializar, la mención -o categoría-de condicional que el contrato no contiene...". (Negrillas y Subrayado del formalizante).

Para decidir, la Sala observa:

Alega el recurrente que el juez de alzada al analizar las cláusulas del contrato incurre en una suposición falsa, al mezclar las dos obligaciones prohibitivas al considerar que las condiciones establecidas para el desarrollo y producción del producto imitación de leche, se aplica de la misma manera a la prohibición de su comercialización, atribuyéndole a la obligación de no comercializar la mención de condicional que no contiene.

Para verificar las aseveraciones expuestas por el formalizante la Sala pasa a transcribir lo pertinente de la sentencia recurrida:

> "...En el "TERCER CONTRATO", cuya existencia y contenido tampoco son hechos controvertidos, antes bien, son hechos especialmente convenidos, las partes acuerdan en fecha primero (1°) de julio de mil novecientos noventa (1990) con otro tercer grupo, el cual fue "SANOVO", y lo cual constituye un hecho convenido entre las partes actora y demandada en este juicio. Interesa señalar la fecha de este "TERCER CONTRATO" por cuanto las codemandantes han alegado que el incumplimiento hecho de la obligación de no competencia por parte de las codemandadas, lo fue a partir del año 1992, por lo que para tal oportunidad ya regía lo estipulado en ese "TERCER CONTRATO" el cual es interpretado por esta Alzada como un acuerdo de compra de accionaria en el capital social de

PRODUCTOS DANIMEX C.A., pues se le dio entrada en dicho capital a otro grupo económico el cual lo fue "SANOVO" para lo cual los otros grupos, DAMINEX y MAVESA, ofrecen ciertas garantías e informan el estatus de la compañía y respecto del cual "SANOVO" también asumió obligaciones en interés de la negociación; obligaciones estas que tampoco constituyen hecho controvertido alguno.

En el anexo 1 del referido acuerdo accionario, el cual es parte integrante del mismo, todas las partes acordaron modificar al "SEGUNDO CONTRATO" y expresamente establecieron que tales modificaciones obedecen y "...se acuerdan en virtud de la incorporación de SANOVO como socio de Productos Danimex, julio de 1990...". Así pues, se convino que a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" se le agregaría la siguiente estipulación:

> "...En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene lo siguiente:
>
> El producto será desarrollado por Productos Danimex, quien también lo producirá y venderá para el mercado internacional y de exportación a través de Danimex conforme a la cláusula 4.
>
> Mavesa estará a cargo de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basada en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex, siempre y cuando esta planta tenga suficiente capacidad **y** se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; **sin embargo, Mavesa tiene la opción de construir una planta de Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios..."** (Remarcado y subrayado de la Alzada).

Observa este juzgador que el agregado acordado para la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" trata específicamente para el producto que las partes llamaron "imitación de leche", para lo cual asignaron su desarrollo a PRODUCTOS DANIMEX C.A. quien, en virtud de este nuevo acuerdo, podría venderlo directamente en el mercado internacional y de exportación a través del "GRUPO DANIMEX". Al "GRUPO MAVESA" se le asignó la venta y distribución del producto en la producción obtenida del referido producto en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. esto es, la venta y distribución del producto por parte de MAVESA, sería hecha

en función de lo que lo PRODUCTOS DANIMEX, C.A. produjera en su planta de ese mismo producto en particular y observa este juzgador que en ninguna parte de "LOS CONTRATOS" se estipuló plazo alguno para que comenzase a elaborar dicho producto. Entonces, si no produce nada PRODUCTOS DANIMEX C.A., el "GRUPO MAVESA" no podría estar a cargo de su venta y distribución en el mercado al detal y durante la vigencia de duración de la compañía, tal y como se estipuló originalmente en el "SEGUNDO CONTRATO". Esto es, pues se trata de una obligación que se contrajo bajo una condición suspensiva –que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca y para lo cual no se fijó plazo- que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado, lo cual sería reputado nulo de haberse quedado únicamente como ley entre las partes lo acordado en el "SEGUNDO CONTRATO". Pero, al ser añadida por el "TERCER CONTRATO" la estipulación arriba transcrita, al "GRUPO MAVESA" se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado local, a que la planta de producción de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tuviese capacidad y se llegase a un acuerdo en los precios. Si no se cumple esta condición conjuntiva: Capacidad y Acuerdo en los precios, el "GRUPO MAVESA" no queda obligada a vender y distribuir en el mercado al detal el producto que PRODUCTOS DANIMEX C.A. elaborase, por lo que operaría la **"excepción non adimpleti contractus"** contenida en el artículo 1.168 del Código Civil. Más aún, al "GRUPO MAVESA" se le otorgó la opción de construir su propia planta de producción del producto "imitación de leche" en el evento que PRODUCTO DANIMEX C.A. tuviese una insuficiente capacidad, lo que sería aun más permitido en el evento que productos DANIMEX C.A. no produjese producto alguno "imitación de leche", ó bien, que aun cuando estuviese operativa toda su capacidad para cubrir el mercado, no llegase a un acuerdo respecto a los precios para su venta y distribución.

Así las cosas, y a los fines de decidir acerca del hecho controvertido del incumplimiento de la obligación de no competencia respecto al producto "imitación de leche", resulta evidente para quien aquí sentencia, que ya para el 1° de julio de 1990 le fue conferida al "GRUPO MAVESA S.A." la opción de producir sus propios productos de "imitación de leche", al no haberse consumado las condiciones suspensivas conjuntivas o copulativas que se agregaron a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO "por el acuerdo logrado en el "TERCER CONTRATO" entre los grupos económicos accionistas de PRODUCTOS DANIMEX C.A.

Los artículos 1.168, 1.202, 1.205, 1.208 y 1.212 del Código Civil, establecen lo siguiente:

...Omissis...

En consecuencia, la cláusula penal indemnizatoria que se estipula en la cláusula tercera del “SEGUNDO CONTRATO” sólo se aplicaría en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca suficiente producto “imitación de leche “ y se llegase a un acuerdo con MAVESA S.A. en los precios de tal producto, y aún así, el “GRUPO MAVESA” hubiese procedido a elaborar y comercializar por su cuenta, lo que evidentemente hubiese podido configurar lo que en el contrato de marras se ha denominado “fraude”.

Toca ahora analizar las pruebas aportadas en el proceso, a los fines de poder evidenciar o no si para 1992 -fecha en la cual la parte actora ha alegado que las demandadas incumplieron con su obligación de no competencia respecto al producto “imitación de leche” y si PRODUCTOS DANIMEX C.A. se encontraba produciendo el referido producto, así como si se hubiese llegado entre las partes a un acuerdo en los precios. Lo que es lo mismo, para que las demandantes puedan demostrar el incumplimiento alegado por ellas en cuanto al producto de “imitación leche”, éstas deben probar en los autos que para la fecha alegada del comienzo del incumplimiento, el mismo se estaba produciendo de manera suficiente en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. ya que pretender que las demandadas tuviesen la carga probatoria de demostrar que dicha compañía no estaba produciendo, constituye un hecho negativo absoluto que invierte la carga de la prueba a la parte actora quien para demostrar el incumplimiento de las demandas debe demostrar que PRODUCTOS DANIMEX C.A. estaba produciendo productos “imitación de leche” y que se produjo un acuerdo en los precios.

En efecto, luego que este tribunal procediera a apreciar y valorar las pruebas aportadas en el presente proceso, habiéndose negado por las demandadas el cumplimiento de las antes referidas condiciones suspensivas, correspondía a las actoras la prueba de los hechos por ellas alegados, a tenor de lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, las actoras -como resultado de la valoración probatoria aquí hecha y muy particularmente de las deposiciones hechas por el testigo Oscar Baca- no demostraron que haya estado y está operativa la planta a cargo de PRODUCTOS

> DANIMEX C.A. tanto para elaborar como para empacar el producto de "imitación de leche" como para atender los requerimientos del mercado que se confío a MAVESA S.A. Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DENIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto de "imitación de leche" y mal puede la misma haber incumplido por dicha codemandada, por lo que le es forzoso a esta Alzada decidir que a MAVESA S.A. del "GRUPO MAVESA" le era potestativo ejecutar la opción estipulada a su favor en el agregado contenido en el "TERCER CONTRATO" que amplió lo estipulado en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO", por lo que el incumplimiento alegado de no competencia para estos productos "imitación de leche" no puede prosperar siendo procedente la excepción de contrato no cumplido...".

En este mismo sentido el contrato firmado el 1° de julio de julio de 1990, que corre a los folios del 78 al 82 de la primera pieza del expediente, que contiene la referida cláusula tercera, expresa textualmente lo siguiente:

> "...En el caso específico del producto "Imitación de leche", se conviene en lo siguiente:
>
> El producto será desarrollado por Productos Danimex, quien también lo producirá y venderá para el mercado industrial y de exportación a través de Danimex conforme a la cláusula 4.
>
> <u>Mavesa estará a cargo de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basada en la producción obtenida en la Planta de Productos Danimex, siempre y cuando esta planta tenga suficiente capacidad y se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; sin embargo, Mavesa tiene la opción de construir una planta propia separada, siempre y cuando la capacidad de la planta de Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios</u>...." Subrayado de la Sala).

De la comparación que hiciera la Sala entre lo expuesto por el *ad quem* respecto a la cláusula tercera del Contrato suscrito por las partes y la Cláusula tercera que constan en el citado contrato, se evidencia que de la misma se desprende tal y como lo arguye el juzgador, el hecho de que al Grupo Mavesa S.A., se le asignó la venta y distribución del producto imitación de leche en la producción obtenida en la planta

de Productos Danimex C.A., elemento este que el juez denominó condición suspensiva, asimismo, concluyó con fundamento en la citada cláusula, que al Grupo Mavesa S.A., se le otorgó la opción de construir su propia planta de producción del producto imitación de leche en el caso de que Productos Danimex C.A. tuviese una insuficiente capacidad en la producción, lo que sería aun mas permitido en caso de que no produjese nada o no llegaran a un acuerdo en cuanto al precio para su venta y distribución.

De acuerdo a lo antes expuesto, observa la Sala que el juez de alzada no incurrió en el primer caso de suposición falsa alegado por el recurrente y menos aún en la falsa aplicación de los artículos 1.202, 1.205, 1.212 y 1.168 del Código Civil, en consecuencia se declara improcedente la denuncia bajo análisis, y así se decide.

II

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1.168 del Código Civil por falsa aplicación y por falta de aplicación del artículo 1.271 del Código Civil, por incurrir en el segundo caso de suposición falsa.

El formalizante, textualmente alega lo siguiente:

> "...el juez de la recurrida dice en el folio ciento setenta y uno (171) de la pieza III del expediente, que corresponde a la página treinta y tres (33) de la sentencia, que corre a los autos que:
>
> ...Omissis...
>
> En un párrafo anterior teniendo presente el sentenciador de Alzada el vínculo que establece entre la condición y la obligación de no comercializar afirma que:
>
> ...Omissis...
>
> De las transcripciones que preceden, se puede advertir como el sentenciador de alzada, establece como un hecho que existe un vínculo entre la obligación de no comercializar y las condiciones establecidas en la cláusula tercera del contrato, para concluir de esto que no habiendo ocurrido la condición, no ha nacido la obligación de no comercializar.

En la cláusula tercera del contrato, que corre inserto en la primera pieza, marcado con la letra “F” de los anexos consignados en el expediente, dice lo que sigue:

De las precedentes transcripciones se puede concluir, indiscutiblemente, que el hecho establecido por el sentenciador de alzada, es inexacto pues el vínculo que establece entre la prohibición de no comercializar y los eventos señalados como condición para que **MAVESA** pueda producir el producto imitación de leche, se encuentra desvirtuado por la redacción de la mencionada cláusula. En efecto, tiene al respecto la sentencia una declaración sobre este hecho en la que dice que **tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DANIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que entre ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que <u>aún no no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto de “imitación de leche”</u> y mal puede la misma haber sido incumplida por dicha codemandada.** Ahora bien, no existe en la cláusula tercera ningún texto del que pueda obtenerse el hecho de que la obligación de no comercializar, se encontraba condicionada. Por el contrario, el texto de la mencionada cláusula demuestra que única y exclusivamente, la prohibición de no producir, con respecto al producto imitación de leche, y sólo con respecto a este producto, se encontraba condicionada cuando se dice que **<u>MAVESA tiene la opción de construir una planta propia separada, siempre y cuando la capacidad de la planta de PRODUCTOS DANIMEX sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios”.</u>** Más aún, es obvio que la cláusula hace la excepción con respecto a la obligación de no producir, para darle oportunidad a **MAVESA,** de que pueda cumplir con su obligación de vender y distribuir el producto imitación de leche. Pero, es obvio también, que subsiste la obligación de no comercializar, para impedir que este hecho pueda crear una violación al intento de las partes de impedir competencias con la empresa constituida. Lo cual, evidentemente, era una obligación que nació en el momento en que se suscribió el contrato, por no estar sujeta a condición ni plazo.

Por lo demás, si examinamos la cláusula tercera, particularmente su encabezamiento y su primer párrafo, no puede concluirse otra cosa que la indemnización se establece para las violaciones de las obligaciones de no comercializar y no producir. Circunstancia que no es modificada por las previsiones con respecto al producto imitación de leche, ya

> que, evidentemente, sólo se crea una excepción a la obligación de no producir a favor de **MAVESA**, para garantizar que pueda cumplir con su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado al detal.
>
> En consecuencia, es falso el vínculo que se establece entre la prohibición de no comercializar y las condiciones establecidas para que pudiera producir por cuenta propia **MAVESA** el producto imitación de leche, para cumplir con su obligación de venderlo y distribuirlo en el mercado al detal, resulta falsa la aplicación del artículo 1.168 del Código Civil, por ser falso el hecho que se utilizó para declarar para declarar que era aplicable la excepción de contrato no cumplido.
>
> ....Omissis...
>
> La norma que debió ser aplicada es la del artículo 1.271 del Código Civil, pues como no demostró el demandado que una causa extraña no imputable justificó su actuación, debía ser condenado en daños y perjuicios.

Para decidir, la Sala observa:

Alega el formalizante que el juez de alzada establece una condición en la comercialización del producto imitación de leche por parte de Mavesa cuando la condición está dirigida es a la obligación de no producir el producto sino cuando lo que produzca Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo en los precios.

Asimismo, alega el formalizante que del encabezado y primer párrafo de la cláusula tercera del contrato no puede concluirse otra cosa sino que la indemnización se estableció para la violación de las obligaciones de no comercializar y no producir, por ello resulta falso el vínculo que establece el juez de alzada entre la prohibición de no comercializar y las condiciones establecidas para que pudiera producir por cuenta propia Mavesa el producto imitación de leche, para cumplir con su obligación de venderlo y distribuirlo en el mercado al detal, en consecuencia, considera el recurrente que el juez incurrió en la falsa aplicación del artículo 1.168 del Código Civil, por ser falso el hecho que se utilizó para declarar que era aplicable la excepción de contrato no cumplido.

Al respecto resulta pertinente pasar a transcribir los siguientes extractos de la sentencia recurrida, a fin de determinar las aseveraciones expuestas por el formalizante:

"...Llegada la oportunidad de interpretar la cláusula tercera del referido "SEGUNDO CONTRATO", el cual es del tenor que más adelante se transcribe, esta Alzada aprecia claramente que la misma contiene la intención y acuerdo entre las partes de no desplegar cada una por su cuenta actividades productivas ni comerciales respecto a los productos que la nueva empresa PRODUCTOS DANIMEX C.A. procederá a elaborar, lo que constituye un hecho futuro, obligación ésta respecto de la cual se determinó su tiempo de duración por el mismo tiempo de duración de la nueva empresa, salvo que esa producción y/o comercialización se hiciese de manera conjunta con tal compañía, PRODUCTOS DANIMEX C.A., ó que se trate de productos que para la fecha de su constitución los socios ya estuviesen produciendo o comercializando; al respecto se estableció una cláusula penal indemnizatoria por concepto de daños y perjuicios en caso de violación, lo que las partes denominaron "fraude". A saber:

> "TERCERA: Ambas partes se comprometen a no producir ni comercializar directa o indirectamente los productos a ser elaborados por la nueva empresa, por un período igual a la duración de esa Sociedad, salvo los productos elaborados por la nueva compañía conjunta.
>
> En caso de que una de las partes incurra en fraude con respecto a lo estipulado en ésta Cláusula, la parte que defraude deberá pagar a la parte defraudada el 100% de las sumas de dinero obtenidas por la venta de los productos en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior.
>
> Queda entendido que aquellos productos que para la fecha de este contrato sean comercializados o producidos por los socios de la Compañía nueva o sus filiales, quedan exceptuados de lo previsto en esta cláusula."

"En el "TERCER CONTRATO", cuya existencia y contenido tampoco son hechos controvertidos, antes bien, son hechos especialmente convenidos, las partes acuerdan en fecha primero (1°) de julio de mil novecientos noventa (1990) con otro tercer grupo, el cual fue "SANOVO", y lo cual constituye un hecho convenido entre las partes actora y demandada en este juicio. Interesa señalar la fecha de este "TERCER CONTRATO" por cuanto las codemandantes han alegado que el incumplimiento hecho de la obligación de no competencia por parte de las codemandadas, lo fue a partir del año 1992, por lo que para tal oportunidad ya regía lo estipulado en ese "TERCER

CONTRATO" el cual es interpretado por esta Alzada como un acuerdo de compra de accionaria en el capital social de PRODUCTOS DANIMEX C.A., pues se le dio entrada en dicho capital a otro grupo económico el cual lo fue "SANOVO" para lo cual los otros grupos, DAMINEX y MAVESA, ofrecen ciertas garantías e informan el estatus de la compañía y respecto del cual "SANOVO" también asumió obligaciones en interés de la negociación; obligaciones éstas que tampoco constituyen hecho controvertido alguno.

En el anexo 1 del referido acuerdo accionario, el cual es parte integrante del mismo, todas las partes acordaron modificar al "SEGUNDO CONTRATO" y expresamente establecieron que tales modificaciones obedecen y "...se acuerdan en virtud de la incorporación de SANOVO como socio de Productos Danimex, julio de 1990...". Así pues, se convino que a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" se le agregaría la siguiente estipulación:

> "...En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene lo siguiente:
>
> El producto será desarrollado por Productos Danimex, quien también lo producirá y venderá para el mercado internacional y de exportación a través de Danimex conforme a la cláusula 4.
>
> Mavesa estará a cargo de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basada en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex, <u>siempre y cuando</u> esta planta tenga suficiente capacidad **<u>y</u>** se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; **<u>sin embargo, Mavesa tiene la opción de construir una planta de Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios..."</u>** (Remarcado y subrayado de la Alzada).

Observa este juzgador que el agregado acordado para la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" trata específicamente para el producto que las partes llamaron "imitación de leche", para lo cual asignaron su desarrollo a PRODUCTOS DANIMEX C.A. quien, en virtud de este nuevo acuerdo, podría venderlo directamente en el mercado internacional y de exportación a través del "GRUPO DANIMEX". Al "GRUPO MAVESA" se le asignó la venta y distribución del producto en la producción obtenida del referido producto en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. esto es, la

venta y distribución del producto por parte de MAVESA, sería hecha en función de lo que lo PRODUCTOS DANIMEX, C.A. produjera en su planta de ese mismo producto en particular y observa este juzgador que en ninguna parte de "LOS CONTRATOS" se estipuló plazo alguno para que comenzase a elaborar dicho producto. Entonces, si no produce nada PRODUCTOS DANIMEX C.A., el "GRUPO MAVESA" no podría estar a cargo de su venta y distribución en el mercado al detal y durante la vigencia de duración de la compañía, tal y como se estipuló originalmente en el "SEGUNDO CONTRATO". Esto es, pues se trata de una obligación que se contrajo bajo una condición suspensiva –que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca y para lo cual no se fijó plazo- que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado, lo cual sería reputado nulo de haberse quedado únicamente como ley entre las partes lo acordado en el "SEGUNDO CONTRATO". Pero, al ser añadida por el "TERCER CONTRATO" la estipulación arriba transcrita, al "GRUPO MAVESA" se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado local, a que la planta de producción de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tuviese capacidad y se llegase a un acuerdo en los precios. Si no se cumple esta condición conjuntiva: Capacidad y Acuerdo en los precios, el "GRUPO MAVESA" no queda obligada a vender y distribuir en el mercado al detal el producto que PRODUCTOS DANIMEX C.A. elaborarse, por lo que operaría la **"excepción non adimpleti contractus"** contenida en el artículo 1.168 del Código Civil. Más aún, al "GRUPO MAVESA" se le otorgó la opción de construir su propia planta de producción del producto "imitación de leche" en el evento que PRODUCTO DANIMEX C.A. tuviese una insuficiente capacidad, lo que sería aun más permitido en el evento que productos DANIMEX C.A. no produjese producto alguno "imitación de leche", ó bien, que aun cuando estuviese operativa toda su capacidad para cubrir el mercado, no llegase a una acuerdo respecto a los precios para su venta y distribución.

Así las cosas, y a los fines de decidir acerca del hecho controvertido del incumplimiento de la obligación de no competencia respecto al producto "imitación de leche", resulta evidente para quien aquí sentencia, que ya para el 1° de julio de 1990 le fue conferida al "GRUPO MAVESA S.A." la opción de producir sus propios productos de "imitación de leche", al no haberse consumado las condiciones suspensivas conjuntivas o copulativas que se agregaron a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO "por el acuerdo

logrado en el “TERCER CONTRATO” entre los grupos económicos accionistas de PRODUCTOS DANIMEX C.A.

Los artículos 1.168, 1.202, 1.205, 1.208 y 1.212 del Código Civil, establecen los siguiente:

...Omissis...

En consecuencia, la cláusula penal indemnizatoria que se estipula en la cláusula tercera del “SEGUNDO CONTRATO” sólo se aplicaría en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca suficiente producto “imitación de leche “ y se llegase a un acuerdo con MAVESA S.A. en los precios de tal producto, y aún así, el “GRUPO MAVESA” hubiese procedido a elaborar y comercializar por su cuenta, lo que evidentemente hubiese podido configurar lo que en el contrato de marras se ha denominado “fraude”.

Toca ahora analizar las pruebas aportadas en el proceso, a los fines de poder evidenciar o no si para 1992 –fecha en la cual la parte actora ha alegado que las demandadas incumplieron con su obligación de no competencia respecto al producto “imitación de leche” y si PRODUCTOS DANIMEX C.A. se encontraba produciendo el referido producto, así como si se hubiese llegado entre las partes a un acuerdo en los precios. Lo que es lo mismo, para que las demandantes puedan demostrar el incumplimiento alegado por ellas en cuanto al producto de “imitación leche”, éstas deben probar en los autos que para la fecha alegada del comienzo del incumplimiento, el mismo se estaba produciendo de manera suficiente en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. ya que pretender que las demandadas tuviesen la carga probatoria de demostrar que dicha compañía no estaba produciendo, constituye un hecho negativo absoluto que invierte la carga de la prueba a la parte actora quien para demostrar el incumplimiento de las demandas debe demostrar que PRODUCTOS DANIMEX C.A. estaba produciendo productos “imitación de leche” y que se produjo un acuerdo en los precios.

En efecto, luego que este tribunal procediera a apreciar y valorar las pruebas aportadas en el presente proceso, habiéndose negado por las demandadas el cumplimiento de las antes referidas condiciones suspensivas, correspondía a las actoras la prueba de los hechos por ellas alegados, a tenor de lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, las actoras –como resultado de la

> valoración probatoria aquí hecha y muy particularmente de las deposiciones hechas por el testigo Oscar Baca- no demostraron que haya estado y está operativa la planta a cargo de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tanto para elaborar como para empacar el producto de "imitación de leche" como para atender los requerimientos del mercado que se confío a MAVESA S.A. Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DENIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializa el producto de "imitación de leche" y mal puede la misma haber incumplida por dicha codemandada, por lo que le es forzoso a esta Alzada decidir que a MAVESA S.A. del "GRUPO MAVESA" le era potestativo ejecutar la opción estipulada a su favor en el agregado contenido en el "TERCER CONTRATO" que amplió lo estipulado en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO", por lo que el incumplimiento alegado de no competencia para estos productos "imitación de leche" no puede prosperar siendo procedente la excepción de contrato no cumplido..."

De la precedente transcripción se evidencia que el juez de alzada con respecto al primer párrafo de la cláusula tercera concluye que las partes establecieron una cláusula penal indemnizatoria por concepto de daños y perjuicios denominada fraude, la cual se activa en caso de violación de la obligación de no comercializar y producir el producto de manera conjunta y no separada.

Asimismo, respecto del agregado que se le hiciera a la tercera cláusula en el tercer contrato, el juez superior estableció: 1) que el Grupo Danimex C.A. podría vender directamente en el mercado internacional y nacional el producto. 2) Que al Grupo Mavesa se le asignó la venta y distribución del producto en el mercado al detal, para lo cual de manera muy específica se estipuló que sería basado en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex C.A.. 3) igualmente precisó en base a esa cláusula, que si no produce nada Productos Danimex C.A., el Grupo Mavesa no podría estar a cargo de su venta y distribución, esto de acuerdo a lo que se estipuló en el segundo contrato.

En el tercer contrato, de acuerdo con la sentencia recurrida, al Grupo Mavesa, se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado siempre que Productos Danimex C.A. tuviese capacidad en la producción o se llegase a un acuerdo en los precios, adicionalmente se agregó, 4) Que si no se llegase a un acuerdo o no hubiese suficiente capacidad para la producción, el Grupo Mavesa no queda obligada a vender y distribuir el producto

caso en el cual operaría la excepción nom adimpleti contractus en aplicación del artículo 1.168 del Código Civil.

En ese mismo sentido precisó que en esa misma cláusula tercera se le otorgó una opción al Grupo Mavesa de construir su propia planta de producción del producto imitación de leche en el supuesto de que Productos Danimex C.A. no produjese producto alguno o aun cuando estuviese operativa no llegase a un acuerdo respecto a los precios.

Más adelante concluye el *ad quem* que en virtud de la cláusula penal indemnizatoria que se estipula en la cláusula tercera del "segundo contrato", "*...sólo se aplicaría en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca suficiente producto "imitación de leche " y se llegase a un acuerdo con MAVESA S.A. en los precios de tal producto, y aún así, el "GRUPO MAVESA" hubiese procedido a elaborar y comercializar por su cuenta, lo que evidentemente hubiese podido configurar lo que en el contrato de marras se ha denominado "fraude"..."*

En efecto, la citada cláusula tercera establece lo siguiente:

> "...<u>TERCERA:</u> Ambas partes se comprometen a no producir ni comercializar directa o indirectamente los productos a ser elaborados por la nueva empresa, por un período igual a la duración de esa Sociedad, salvo los productos elaborados por la nueva compañía conjunta.
>
> En caso de que una de las partes incurra en fraude con respecto a lo estipulado en ésta Cláusula, la parte que defraude deberá pagar a la parte defraudada el 100% de las sumas de dinero obtenidas por la venta de los productos en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior.
>
> Queda entendido que aquellos productos que para la fecha de este contrato sean comercializados o producidos por los socios de la Compañía nueva o sus filiales, quedan exceptuados de lo previsto en esta cláusula.
>
> "...En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene lo siguiente:
>
> El producto será desarrollado por Productos Danimex, quien también lo producirá y venderá para el mercado internacional y de exportación a través de Danimex conforme a la cláusula 4. Mavesa estará a cargo

> de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basada en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex, siempre y cuando esta planta tenga suficiente capacidad y se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; sin embargo, Mavesa tiene la opción de construir una planta de Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios...”

Finalmente, la Sala por razones didácticas considera prudente observar, en todo caso, que la inexistencia y la falta de exigibilidad son conceptos diferentes y que si una obligación ha sido pactada contractualmente la misma existe. En el presente caso, el Juez de la recurrida confunde inexistencia con falta de exigibilidad y lo conceptualmente correcto es afirmar que la obligación de distribución de MAVESA existe pero no es exigible hasta tanto DANIMEX cumpliera la obligación de producir la imitación de leche, lo que en definitiva no es determinante en el dispositivo del fallo, y por lo cual la norma a aplicar es el artículo 1.168 del Código Civil.

En consecuencia y en virtud de lo antes expuesto, se declara improcedente la denuncia de infracción del artículo 1.168 del Código Civil, y así se decide.

-III-

De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 320 *eiusdem*, se denuncia la falsa aplicación de los artículos 506 *eiusdem*, y 1.354 del Código Civil, ambos por falta de aplicación.

Al respecto, alega la recurrente:

> "...El Juez de la sentencia recurrida invirtió la carga de la prueba en el caso de autos cuyo objeto es el cobro de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación (de no hacer), estableciendo que mi mandante tenía la carga no solo de probar la existencia de la obligación y del incumplimiento (la existencia y vigencia de los contratos y la comercialización, por parte de **MAVESA** del producto 'imitación de leche', todo lo cual quedó ampliamente probado), sino que debía probar igualmente la prueba de su liberación o extinción al establecer en la sentencia recurrida que las co-demandadas no podían probar el evento que las liberaría de dicha obligación de no hacer, por ser un hecho negativo absoluto...".

La Sala para decidir observa:

Se acusa en este caso la falta de aplicación de las reglas concernientes a la carga probatoria por inversión indebida de las mismas, lo cual según sostiene la formalizante, impuso a las actoras la prueba de la excepción de contrato no cumplido que integra las defensas de las codemandadas.

Observa la Sala que, independientemente de que la recurrida haya establecido que no correspondía a las demandadas la carga de demostrar hechos negativos absolutos, establece igualmente que, a pesar de haber negado las demandadas los hechos en que se funda la demanda, las actoras no demostraron el cumplimiento de las obligaciones de hacer asumidas por Productos Danimex C.A., que condicionan la exigibilidad de la obligación de no hacer que atribuyen al Grupo Mavesa. Por este motivo, cuando la recurrida decide que el cobro de la cláusula penal es improcedente lo hace basada en la ausencia de prueba de hechos constitutivos de la pretensión demandada, es decir en la falta de prueba de la exigibilidad de la

obligación reclamada, conforme exige el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto expresa la recurrida al folio 33:

> "...En efecto, luego de que este Tribunal procediera a apreciar y valorar las pruebas aportadas en el presente proceso, y habiéndose negado por las demandadas el cumplimiento de las antes referidas condiciones suspensivas, correspondía a las actoras la prueba de los hechos por ellas alegados, a tenor de lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, las actoras -como resultado de la valoración probatoria aquí hecha y muy particularmente de las deposiciones hechas por el testigo Oscar Baca- no demostraron que haya estado y está operativa la planta a cargo de PRODUCTOS DANIMEX C.A., tanto para elaborar como para empacar el producto "imitación de leche" como para atender los requerimientos del mercado que se confió a MAVESA S.A. Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DANIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que entre ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto "imitación de leche" y mal puede la misma haber sido incumplida por dicha codemandada, por lo que le es forzoso a esta Alzada decidir que a MAVESA S.A, del "GRUPO MAVESA" le era potestativo ejecutar la opción estipulada a su favor en el agregado contenido en el "TERCER CONTRATO" que amplió lo estipulado en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO", por lo que el incumplimiento alegado de no competencia de para estos productos "imitación de leche" no puede prosperar siendo procedente la excepción de contrato no cumplido …Como consecuencia de ello, tampoco procede el pretendido pago indemnizatorio …. la (sic) cual tiene como necesaria ocurrencia, la realización de los eventos condicionales antes mencionados para que se diese el incumplimiento alegado y, **así se decide...**".

Los textos transcritos, en criterio de esta Sala revelan, independientemente de que el criterio jurídico adoptado por la recurrida sea acertado, -lo que será objeto de examen posterior en este fallo- que, conforme a los motivos expuestos por la recurrida, las normas cuya infracción se acusa fueron aplicadas para declarar

improcedente la acción propuesta. En consecuencia, no es procedente la denuncia de infracción de ley por falta de aplicación de los artículos 506 *eiusdem*, y 1.354 del Código Civil.

En consecuencia y de acuerdo a lo antes expuesto se declara improcedente la denuncia bajo análisis, y así se decide.

RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR LA CODEMANDANTE INDUSTRIAS DANATEC, C.A.

DENUNCIAS POR INFRACCION DE LEY

-I-

De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción por errada interpretación, de los artículos 506 *eiusdem* y 1.354 del Código Civil.

Al respecto, alega la recurrente:

> "...Como puede apreciarse no es correcto el señalamiento procedentemente transcrito, con relación a la distribución de la carga de la prueba, ya que la recurrida reconoce que se trata de la prueba de un alegato realizado por las demandas (sic), sólo que pretende indicar que estamos en presencia de un hecho negativo absoluto y por ello, había una inversión de la carga de la prueba hacía la parte actora. (…)
>
> La infracción cometida por el sentenciador fue determinante en el dispositivo del fallo, pues invirtió la carga de la prueba, con lo cual las demandantes sufrieron las consecuencias de la falta de prueba de los hechos alegados por las demandadas, lo que llevó a la recurrida a declarar sin lugar la demanda, por cuanto las demandantes no demostraron el cumplimiento de las condiciones, y por ello no resultaba procedente el incumplimiento alegado, cuando en realidad eran las demandadas las que debían cumplir con la carga de demostrar

> esos hechos, que la liberaban de su obligación, y en caso contrario, debía considerarse el incumplimiento y la procedencia de la pretensión. Si los alegatos en que se fundamentó la defensa de las demandadas para desvirtuar la pretensión, no fueron probados por la parte a quien correspondía, la pretensión no resultó enervada, y por ello, habiéndose producido una conducta de las demandada que ponía en ellas la carga de la prueba, la demanda no podía ser rechazada por falta de pruebas imputables a las demandantes...".

De otra parte puntualiza la recurrente que:

> "(…)indicamos a la Sala que la recurrida contiene todos los señalamientos necesarios para decidir la presente denuncia, siendo innecesario descender a la revisión de las actas del expediente, y por ello, no fundamentamos la denuncia en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, ya que se trata de una situación de mero derecho."

Para decidir la Sala observa:

Sostiene el formalizante que el *ad quem* incurrió en un error de interpretación de los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, por invertir indebidamente la carga de la prueba de los hechos alegados, lo que condujo que se declarase sin lugar la demanda.

Para verificar las aseveraciones expuestas por el formalizante, la Sala pasa a transcribir los fundamentos pertinentes de la recurrida, en la cual se indica al folio 32:

"…al "GRUPO MAVESA" se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado local, a que la planta de producción de "PRODUCTOS DANIMEX C.A" tuviese capacidad y se llegase a un acuerdo en los precios...".

Afirma igualmente que, de no cumplirse tal "condición conjuntiva":

> "...el "GRUPO MAVESA" no queda obligada (sic) a vender y distribuir en el mercado al detal el producto que PRODUCTOS DANIMEX C.A., elaborase, por lo que operaría la "**excepción non adimpleti contractus"** contenida en el artículo 1.168 del Código Civil...".

Es también cierto que la misma recurrida al folio 8, al relacionar las defensas opuestas por la demandada, deja constancia de que ésta, en primer lugar y como defensa previa, niega el cumplimiento de dos condiciones suspensivas de las que depende el nacimiento de la obligación cuya ejecución se demanda y, en segundo lugar, se excepciona alegando la *non adimpleti contractus*. Dice en efecto la recurrida que los demandados:

> "...**4)** Como defensa de fondo alegaron que no existen los incumplimientos de las obligaciones que se citan en el libelo de la demanda, por cuanto en el "TERCER CONTRATO" se estipularon especiales aspectos para la comercialización de un producto "imitación de leche". A saber: i) Que sería desarrollada, producida y vendida por PRODUCTOS DANIMEX C.A." ii) Que la venta al mercado al detal correspondería a "GRUPO MAVESA" siempre y cuando (obligación condicional) la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tenga suficiente capacidad y las partes puedan llegar a un acuerdo sobre precios.... Por lo que el incumplimiento en cabeza del "GRUPO MAVESA" sólo nacería en el supuesto de que se cumplan las dos condiciones suspensivas …. Por lo que alegó que a partir del 16 de agosto de 1990, dicha compañía *"... no ha desarrollado en forma alguna las instalaciones y tecnología necesarias para la elaboración del referido producto, no posee capacidad instalada para elaborarlo, ni ha producido hasta la fecha un solo gramo de "imitación de leche" para su venta. En consecuencia, es obvio que no ha nacido aún respecto de las codemandadas la obligación que reclaman las demandantes en su libelo, por aplicación del artículo 1.197 del Código Civil..."*.

En orden consecutivo, y con posterioridad a la defensa transcrita, la recurrida afirma que la demandada:

> "...**5**) Opuso la exceptio non adimpleti contractus prevista en el artículo 1.168 del Código Civil, pues para exigir a las codemandadas la no comercialización de producto "imitación de leche" era indispensable que PRODUCTOS DANIMEX C.A." hubiese cumplido con su obligación de suministrar dicho producto al "GRUPO MAVESA", cosa que no se ha producido hasta la fecha...".

Finalmente, cuando la recurrida llega a la conclusión de que el cobro de la cláusula penal es improcedente, lo hace basándose en la negativa genérica que impone a las demandantes la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión demandada, en este caso relativos a la prueba de exigibilidad de la obligación reclamada, conforme al artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto expresa la recurrida al folio 33:

> "...En efecto, luego de que este Tribunal procediera a apreciar y valorar las pruebas aportadas en el presente proceso, y habiéndose negado por las demandadas el cumplimiento de las antes referidas condiciones suspensivas, correspondía a las actoras la prueba de los hechos por ellas alegados, a tenor de lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, las actoras -como resultado de la valoración probatoria aquí hecha y muy particularmente de las deposiciones hechas por el testigo Oscar Baca- no demostraron que haya estado y está operativa la planta a cargo de PRODUCTOS DANIMEX C.A., tanto para elaborar como para empacar el producto "imitación de leche" como para atender los requerimientos del mercado que se confió a MAVESA S.A. Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DANIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que entre ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializar el producto "imitación de leche" y mal puede la misma haber sido incumplida por dicha codemandada, por lo que le es forzoso a esta Alzada decidir que a MAVESA S.A, del "GRUPO MAVESA" le era potestativo ejecutar la opción estipulada a su favor en el agregado contenido en el "TERCER CONTRATO" que amplió lo estipulado en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO", por lo que el incumplimiento alegado de

> no competencia de para estos productos "imitación de leche" no puede prosperar siendo procedente la excepción de contrato no cumplido …Como consecuencia de ello, tampoco procede el pretendido pago indemnizatorio …. la (sic) cual tiene como necesaria ocurrencia, la realización de los eventos condicionales antes mencionados para que se diese el incumplimiento alegado y, **así se decide.**"

Los textos transcritos, en criterio de esta Sala, revelan que, para declarar improcedente el cobro de la cláusula penal reclamada, la recurrida se fundamenta primordialmente en el hecho de que las demandadas negaron que PRODUCTOS DANIMEX C.A. hubiese cumplido con las dos (2) condiciones de las que depende el nacimiento de la obligación disputada y, por tanto, la exigibilidad de los daños fijados contractualmente y las demandantes no demostraron el nacimiento de esa obligación conforme al artículo 506 del Código de Procedimiento Civil y, una vez establecido que *"resulta evidente que aún no ha nacido la obligación de MAVESA S.A."*, deja constancia adicionalmente de que, en su criterio, la falta de prueba hace procedente igualmente la excepción de contrato no cumplido, opuesta por las demandadas.

Esta Sala ha abundado sobre los principios que regulan la carga de la prueba en circunstancias que resultan apropiadas para el caso bajo examen. En efecto, la doctrina de esta Sala ha dejado sentado que:

> "...El recurrente alega que la recurrida aplicó falsamente los artículos 1.168 y 1.354 del Código Civil, pues intentada una acción de resolución de contrato bilateral, la excepción de contrato no cumplido carece de efecto, y el único camino que quedaba al demandado era demostrar su cumplimiento.
>
> Ahora bien, el contrato bilateral se caracteriza por generar obligaciones contrapuestas entre las cuales existe un nexo de

> interdependencia, es decir, la obligación de una de las partes constituye el presupuesto inevitable de la obligación o de las obligaciones de la otra parte contratante. En virtud de ello, cada una de las partes se hace a la vez acreedora y deudora de la otra; en otras palabras, el contrato genera crédito y deuda para cada una de las partes contratantes.
>
> De esa manera, bajo el contrato bilateral la parte puede demandar la resolución del contrato por incumplimiento culpable de una de las partes, **siempre y cuando no pueda imputársele a quien demanda haber incumplido su obligación**; en ese caso, podría oponerse la excepción de contrato no cumplido, que consiste en que una de las partes puede negarse a cumplir su obligación mientras su contraparte no cumpla la suya.

Estas figuras están contempladas en los artículos 1.167 y 1.168 del Código Civil, que respectivamente señalan:

> "...En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello".
>
> "En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones...".

Al respecto, José Melich-Orsini dice lo siguiente:

> "... A) **La acción de *resolución por incumplimiento*** (Art. 1.167) y la *excepción non adimpleti contractus* (Art. 1.168), sólo se conciben en los contratos bilaterales.
> **La primera consiste en el derecho que tiene la parte a la cual no puede imputársele haber incumplido la obligación a su propio cargo de demandar judicialmente a la parte incumplidora para obtener que una sentencia le desligue de sus compromisos recíprocos**, si es que aún no los ha ejecutado, o que disponga la restitución de lo que ella misma haya ya dado, si en cambio éste fuere el caso.
> La segunda consiste en el derecho de esa misma parte inocente a negarse a cumplir mientras su contraparte no cumpla, conforme al

> enunciado principio "dando y dando", siempre y cuando la exigibilidad de la obligación recíproca de su contraparte no esté suspendida por un término o una condición" (*Doctrina General del Contrato*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, pp. 44 y 45). (Cursivas del autor). (Negritas de la Sala).

Ante la defensa de la parte demandada, debía entonces la actora probar sus distintas alegaciones, de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil.

En efecto, el artículo 1.354 del Código Civil establece lo siguiente:

> "...Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación...".

La mencionada norma regula la distribución de la carga de la prueba, es decir, determina a quién corresponde suministrar la prueba de los hechos en que se fundamenta la acción o la excepción; de allí que incumbe al actor probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos que crean o generan un derecho a su favor, y se traslada la carga de la prueba al demandado en relación con los hechos extintivos, modificativos e impeditivos de la pretensión. (Sent. 30-11-2000. Caso: Seguros La Paz, C.A. c/ Banco Provincial de Venezuela SAICA).

Respecto a la carga de la prueba sobre el actor cuando la demandada alega un hecho negativo, es decir, "*la negación de haber recibido dicha prestación*", el autor Hernando Devis Echandía sostiene:

> "(...) Naturalmente, cuando exista una presunción de cumplimiento o incumplimiento, la carga de probar el hecho contrario corresponde a la otra parte.
> 5°) *El caso de la excepción de incumplimiento (exceptio nom adimpleti contractus)*. Este caso se sujeta asimismo a la regla general. Si **dicha excepción se refiere a una obligación del demandante de dar, hacer**

> **o entregar, al demandado le basta probar su nacimiento, y aquél le corresponderá la carga de demostrar que cumplió exactamente como si el demandado obrara como actor y éste como demandado**; si se trata de una obligación de no hacer, la carga de probar su incumplimiento recae sobre el demandado que lo alega.
> 6°) *La carga de la prueba en el caso de las negaciones*. La regla general que hemos enunciado para distribuir la carga de la prueba, tiene aplicación absoluta al caso de las negaciones, tanto definidas como indefinidas. Corresponde la prueba del hecho negativo no indefinido a quien persiga los efectos jurídicos consagrados en ella, pero cuando se trate de una negación indefinida, hay exención de prueba ... lo cual debe ser apreciado por el juez con criterio riguroso ... (Compendio de Derecho Procesal. Bogotá, Editorial ABC, Octava Edición, 1984, pp. 165)...". (Negritas de la Sala).

Al respecto, en sentencia N° 1.012 de fecha 1° de diciembre de 1994, caso: Terminales Maracaibo C.A. y otras c/ Fondo de Inversiones de Venezuela, la Sala Político-Administrativa señaló lo siguiente:

> "...El artículo 506 del Código de Procedimiento Civil señala que:
> "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho"
> En base a esta premisa, le corresponde probar a la parte actora el hecho de que para las fechas en que se hicieron los balances no existían esos soportes contables. Sin embargo, **es un principio de derecho probatorio que los hechos negativos no son objeto de prueba, es decir que la carga de la prueba se invierte** y le corresponde a la parte demandada probar que si existían esos soportes y la prueba por excelencia para ello sería presentar dichos soportes contables...". (Negritas de la Sala).

En el presente caso, la demandada negó haber recibido los servicios telemáticos, por tanto no hubo desplazamiento de la carga de la prueba hacia la demandada y, por tanto, correspondía a la actora probar sus alegaciones, pues conforme autorizada doctrina "…*los hechos negativos indefinidos son de imposible prueba ... Los hechos negativos indefinidos están exentos de prueba por quien los*

alega, quien no tiene sobre ellos la carga de demostrarlos". (Cabrera Romero Jesús Eduardo. *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*. Caracas, Editorial Jurídica Alva S.R.L., Tomo I, 1997, p. 78).

Por consiguiente, el juez superior no infringió el artículo 1.354 del Código Civil por falsa aplicación, cuando expresó que correspondía a la demandante comprobar la veracidad de las afirmaciones en que fundamentó la demanda, es decir, probar aquellos hechos que crean o generan un derecho a su favor, y al no hacerlo, al no acreditar "… *los extremos de su acción*", la demanda debía desestimarse, puesto que la demandada negó haber recibido los servicios telemáticos.

Por estas razones se declara improcedente la denuncia de infracción de los artículos 506 y 1.354 del Código Civil.

II

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *eiusdem*, se denuncia la infracción de los artículos 1.168, 1.198 y 1.205 del Código Civil, por falsa aplicación y por falta de aplicación los artículos 1.167, 1.257, 1.264 y 1.197 *ibidem* e incurrir en el primer caso de suposición falsa.

Textualmente alega el formalizante lo siguiente:

> "...Los incumplimientos alegados por nuestra representada, que fueron objeto de decisión por el tribunal de alzada, se refieren a la violación de la cláusula de no competencia en lo que respecta al producto **"imitación de leche"**, habiendo establecido la recurrida que constituye un hecho aceptado por las partes la celebración de los contratos. (página 29 de la recurrida).

En lo que las partes han denominado el segundo contrato, que fue suscrito en fecha 15 de agosto de 1989, y fue acompañado al libelo de la demanda como anexo "E", se estableció lo siguiente:

...Omissis...

Luego las partes en lo que ellas denominaron el “tercer contrato”, que en realidad contiene –tiene otras estipulaciones- un agregado de la cláusula tercera del segundo contrato, contrato éste último que fue celebrado en fecha 16 de agosto de 1990, tal y como lo indica la recurrida en la página 25, y no en fecha 01 de julio de 1990, contrato que se anexó al libelo de la demanda marcado con la letra “F”, en el cual se convino en el anexo 1, lo que se trascribe a continuación, con relación a la obligación de no competencia, y como añadido de la cláusula antes transcrita del “segundo contrato”.

...Omissis...

Hemos considerado transcribir íntegramente la cláusula tercera del “segundo contrato” con el agregado convenido para ella en el “tercer contrato”, ya que ello pone aún más en evidencia la desnaturalización cometida por el juez de la recurrida.

Es evidente que dicha cláusula contiene una estipulación de “no competencia” respecto a los “grupos de accionistas” con relación a los productos a ser elaborados por la nueva empresa, entiéndase Productos Danimex C.A., previéndose igualmente una penalidad para la parte que incumpliera dicha prohibición.

Igualmente, se excluyó de la prohibición de producción y comercialización cualquier otro producto que para la fecha del “segundo contrato” ya estuviese siendo producido o comercializado por cualquiera de los “grupos de accionistas”.

Ahora bien, en el “tercer contrato” las partes acordaron mantener vigente la estipulación establecida en la cláusula tercera del “segundo contrato”, agregando que en el caso del producto imitación de leche la comercialización del producto en el mercado internacional estaría a cargo de Danimex (Grupo Danimex), mientras que en el mercado nacional dicha comercialización estaría a cargo de Mavesa, siempre y cuando Productos Danimex tenga suficiente capacidad y se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios.

Cabe destacar que esas condiciones son para que Mavesa, proceda a la comercialización en el mercado nacional del producto imitación de leche producido por Productos Danimex, pero en ningún caso señalan los contratos que incidan de alguna manera en la prohibición de no comercialización establecida preventivamente, la cual no puede entenderse dejó de tener vigencia, es decir, que los contratos no señalan que si no se produce el producto imitación de leche por parte de Productos Danimex en determinado plazo, Mavesa puede proceder a comercializar imitación de leche por su cuenta. Es clara la intención de las partes de no competir respecto a los productos a ser elaborados por la nueva empresa, independientemente de cuando comience dicha producción, prohibición que convinieron por el mismo tiempo de duración de la empresa Productos Danimex C.A.

Como única excepción a la prohibición de no producción y comercialización acordada por los grupos de accionistas, se estableció la posibilidad de que Mavesa podría **construir su propia planta separada, siempre y cuando la capacidad de la planta de Productos Danimex fuera insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios**, es decir, que Mavesa no tenía estipulada la posibilidad Danimex fuera insuficiente o no se llegara a un acuerdo sobre los precios, podía entonces (hecho futuro), proceder Mavesa a construir su propia planta, para elaborar por su cuenta el producto y proceder a comercializar el mismo.

Esta intención de las partes fue establecida en la sentencia recurrida de manera cónsona con lo aquí expuesto cuando indica que:

...Omissis...

De los párrafos precedentemente indicados de la sentencia recurrida se denota la desnaturalización acaecida en el caso de marras, ya que el sentenciador claramente estableció que la intención de las partes con la celebración de la cláusula de no competencia, era evitar que los grupos de accionistas elaboraran o comercializaran los productos producidos por la nueva empresa.

...Omissis...

Estos hechos los establece la recurrida en interpretación de los contratos, pero los mismos son falsos y resultan de una desnaturalización del contrato, ya que esas conclusiones del

> sentenciador, no se corresponden con el texto del contrato, no con la intención de las partes.
>
> En efecto, si los grupos de accionistas manifestaron su voluntad de no competir respecto a los productos a ser elaborados por la nueva empresa, desde el mismo momento de la celebración del acuerdo y por el mismo tiempo de duración de la nueva empresa, y acordaron excepcionalmente que Mavesa podía construir su propia planta para producir el producto imitación de leche (hecho futuro), únicamente en caso de que la capacidad de Productos Danimex fuera insuficiente o no se llegase a un acuerdo en cuanto a los precios, constituye un hecho falso producto de la tergiversación del contrato establecer que Mavesa para el mismo momento de la celebración del tercer contrato ya podía producir sus propios productos, al no haberse consumado las condiciones suspensivas, conjuntivas o copulativas que se agregaron en ese mismo tercer contrato.
>
> ...Omissis...
>
> Esas conclusiones del sentenciador respecto a las menciones que interpreta del contrato indudablemente no son compatibles con el texto de los contratos. No se trata de una conclusión jurídica luego de establecidos los hechos, sino de las conclusiones del juez en cuanto a la interpretación del contrato. Esos hechos establecidos por el juez, a los cuales nos hemos referido anteriormente, no resultan compatibles con la voluntad expresada por las partes, ni con el texto de la cláusula contractual, y por ello, nos encontramos en el campo de la desnaturalización.
>
> De esta manera, incurrió la recurrida en lo que la doctrina de la Sala define como suposición falsa por desviación ideológica o desnaturalización del contrato, que se denuncia como suposición falsa, pues equivale a atribuir la existencia a un instrumento de menciones que no contiene, el hecho de desnaturalizar la mención que sí contenga, hasta el punto de hacerla producir efectos distintos a los previstos...” (Negrillas del formalizante).

Para decidir, la Sala observa:

El formalizante alega que el juez de alzada incurrió en la desnaturalización del contrato, al establecer que la intención de las partes al momento de contratar y de establecer la tercera cláusula era evitar que los grupos de accionistas

elaboraran o comercializaran los productos producidos por la nueva empresa, lo cual es falso pues ello no se corresponde con el texto del contrato.

Antes de entrar en el análisis de la presente denuncia es menester indicar que el juez de alzada no pudo incurrir en la falsa aplicación del artículo 1.198 del Código Civil, pues el mismo no fue aplicado para la resolución de la controversia, en consecuencia, mal pudo haber incurrido en la delatada infracción, motivo por el cual se declara improcedente esta parte de la denuncia, y así se decide.

Ahora bien para verificar las aseveraciones expuestas por el formalizante la Sala pasa a transcribir lo pertinente de la sentencia recurrida:

> "...Llegada la oportunidad de interpretar la cláusula tercera del referido "SEGUNDO CONTRATO", el cual es del tenor que más adelante se transcribe, esta Alzada aprecia claramente que la misma contiene la intención y acuerdo entre las partes de no desplegar cada una por su cuenta actividades productivas ni comerciales respecto a los productos que la nueva empresa PRODUCTOS DANIMEX C.A. procederá a elaborar, lo que constituye un hecho futuro, obligación ésta respecto de la cual se determinó su tiempo de duración por el mismo tiempo de duración de la nueva empresa, salvo que esa producción y/o comercialización se hiciese de manera conjunta con tal compañía, PRODUCTOS DANIMEX C.A., ó que se trate de productos que para la fecha de su constitución los socios ya estuviesen produciendo o comercializando; al respecto se estableció una cláusula penal indemnizatoria por concepto de daños y perjuicios en caso de violación, lo que las partes denominaron "fraude". A saber:
>
> "<u>TERCERA:</u> Ambas partes se comprometen a no producir ni comercializar directa o indirectamente los productos a ser elaborados por la nueva empresa, por un período igual a la duración de esa Sociedad, salvo los productos elaborados por la nueva compañía conjunta.
>
> En caso de que una de las partes incurra en fraude con respecto a lo estipulado en ésta Cláusula, la parte que defraude deberá pagar a la

parte defraudada el 100% de las sumas de dinero obtenidas por la venta de los productos en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior.

Queda entendido que aquellos productos que para la fecha de este contrato sean comercializados o producidos por los socios de la Compañía nueva o sus filiales, quedan exceptuados de lo previsto en esta cláusula."

"En el "TERCER CONTRATO", cuya existencia y contenido tampoco son hechos controvertidos, antes bien, son hechos especialmente convenidos, las partes acuerdan en fecha primero (1°) de julio de mil novecientos noventa (1990) con otro tercer grupo, el cual fue "SANOVO", y lo cual constituye un hecho convenido entre las partes actora y demandada en este juicio. Interesa señalar la fecha de este "TERCER CONTRATO" por cuanto las codemandantes han alegado que el incumplimiento hecho de la obligación de no competencia por parte de las codemandadas, lo fue a partir del año 1992, por lo que para tal oportunidad ya regía lo estipulado en ese "TERCER CONTRATO" el cual es interpretado por esta Alzada como un acuerdo de compra accionaria en el capital social de PRODUCTOS DANIMEX C.A., pues se le dio entrada en dicho capital a otro grupo económico el cual lo fue "SANOVO" para lo cual los otros grupos, DAMINEX y MAVESA, ofrecen ciertas garantías e informan el estatus de la compañía y respecto del cual "SANOVO" también asumió obligaciones en interés de la negociación; obligaciones éstas que tampoco constituyen hecho controvertido alguno.

En el anexo 1 del referido acuerdo accionario, el cual es parte integrante del mismo, todas las partes acordaron modificar al "SEGUNDO CONTRATO" y expresamente establecieron que tales modificaciones obedecen y "...se acuerdan en virtud de la incorporación de SANOVO como socio de Productos Danimex, julio de 1990...". Así pues, se convino que a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" se le agregaría la siguiente estipulación:

"...En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene lo siguiente:

El producto será desarrollado por Productos Danimex, quien también lo producirá y venderá para el mercado internacional y de exportación a través de Danimex conforme a la cláusula 4.

Mavesa estará a cargo de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basada en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex, siempre y cuando esta planta tenga suficiente capacidad **y** se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; **sin embargo, Mavesa tiene la opción de construir una planta de Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios...”** (Remarcado y subrayado de la Alzada).

Observa este juzgador que el agregado acordado para la cláusula tercera del “SEGUNDO CONTRATO” trata específicamente para el producto que las partes llamaron “imitación de leche”, para lo cual asignaron su desarrollo a PRODUCTOS DANIMEX C.A. quien, en virtud de este nuevo acuerdo, podría venderlo directamente en el mercado internacional y de exportación a través del “GRUPO DANIMEX”. Al “GRUPO MAVESA” se le asignó la venta y distribución del producto en la producción obtenida del referido producto en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. esto es, la venta y distribución del producto por parte de MAVESA, sería hecha en función de lo que lo PRODUCTOS DANIMEX, C.A. produjera en su planta de ese mismo producto en particular y observa este juzgador que en ninguna parte del “LOS CONTRATOS” se estipuló plazo alguno para que comenzase a elaborar dicho producto. Entonces, si no produce nada PRODUCTOS DANIMEX C.A., el “GRUPO MAVESA” no podría estar a cargo de su venta y distribución en el mercado al detal y durante la vigencia de duración de la compañía, tal y como se estipuló originalmente en el “SEGUNDO CONTRATO”. Esto es, pues se trata de una obligación que se contrajo bajo una condición suspensiva -que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca y para lo cual no se fijó plazo- que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado, lo cual sería reputado nulo de haberse quedado únicamente como ley entre las partes lo acordado en el “SEGUNDO CONTRATO”. Pero, al ser añadida por el “TERCER CONTRATO” la estipulación arriba transcrita, al “GRUPO MAVESA” se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado local, a que la planta de producción de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tuviese capacidad y se llegase a un acuerdo en los precios. Si no se cumple esta condición conjuntiva: Capacidad y Acuerdo en los precios, el “GRUPO MAVESA” no queda obligada a vender y distribuir en el mercado al detal el producto que PRODUCTOS DANIMEX C.A. elaborarse, por lo que operaría la **“excepción non adimpleti contractus”** contenida en el artículo 1.168 del Código Civil. Más aún, al “GRUPO

MAVESA" se le otorgó la opción de construir su propia planta de producción del producto "imitación de leche" en el evento que PRODUCTO DANIMEX C.A. tuviese una insuficiente capacidad, lo que sería aun más permitido en el evento que productos DANIMEX C.A. no produjese producto alguno "imitación de leche", ó bien, que aun cuando estuviese operativa toda su capacidad para cubrir el mercado, no llegase a una acuerdo respecto a los precios para su venta y distribución.

Así las cosas, y a los fines de decidir acerca del hecho controvertido del incumplimiento de la obligación de no competencia respecto al producto "imitación de leche", resulta evidente para quien aquí sentencia, que ya para el 1° de julio de 1990 le fue conferida al "GRUPO MAVESA S.A." la opción de producir sus propios productos de "imitación de leche", al no haberse consumado las condiciones suspensivas conjuntivas o copulativas que se agregaron a la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO "por el acuerdo logrado en el "TERCER CONTRATO" entre los grupos económicos accionistas de PRODUCTOS DANIMEX C.A.

Los artículos 1.168, 1.202, 1.205, 1.208 y 1.212 del Código Civil, establecen lo siguiente:

...Omissis...

En consecuencia, la cláusula penal indemnizatoria que se estipula en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO" sólo se aplicaría en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca suficiente producto "imitación de leche " y se llegase a un acuerdo con MAVESA S.A. en los precios de tal producto, y aún así, el "GRUPO MAVESA" hubiese procedido a elaborar y comercializar por su cuenta, lo que evidentemente hubiese podido configurar lo que en el contrato de marras se ha denominado "fraude".

Toca ahora analizar las pruebas aportadas en el proceso, a los fines de poder evidenciar o no si para 1992 –fecha en la cual la parte actora ha alegado que las demandadas incumplieron con su obligación de no competencia respecto al producto "imitación de leche" y si PRODUCTOS DANIMEX C.A. se encontraba produciendo el referido producto, así como si se hubiese llegado entre las partes a un acuerdo

> en los precios. Lo que es lo mismo, para que las demandantes puedan demostrar el incumplimiento alegado por ellas en cuanto al producto de "imitación leche", éstas deben probar en los autos que para la fecha alegada del comienzo del incumplimiento, el mismo se estaba produciendo de manera suficiente en la planta de PRODUCTOS DANIMEX C.A. ya que pretender que las demandadas tuviesen la carga probatoria de demostrar que dicha compañía no estaba produciendo, constituye un hecho negativo absoluto que invierte la carga de la prueba a la parte actora quien para demostrar el incumplimiento de las demandas debe demostrar que PRODUCTOS DANIMEX C.A. estaba produciendo productos "imitación de leche" y que se produjo un acuerdo en los precios.
>
> En efecto, luego que este tribunal procediera a apreciar y valorar las pruebas aportadas en el presente proceso, habiéndose negado por las demandadas el cumplimiento de las antes referidas condiciones suspensivas, correspondía a las actoras la prueba de los hechos por ellas alegados, a tenor de lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, las actoras –como resultado de la valoración probatoria aquí hecha y muy particularmente de las deposiciones hechas por el testigo Oscar Baca- no demostraron que haya estado y está operativa la planta a cargo de PRODUCTOS DANIMEX C.A. tanto para elaborar como para empacar el producto de "imitación de leche" como para atender los requerimientos del mercado que se confío a MAVESA S.A. Tampoco demostraron las actoras que PRODUCTOS DENIMEX C.A. ha estado produciendo dicho producto, ni han demostrado que ambas partes se haya producido un acuerdo en los precios de venta, por lo que resulta evidente que aún no ha nacido la obligación por parte de MAVESA S.A. de abstenerse de comercializa el producto de "imitación de leche" y mal puede la misma haber incumplida por dicha codemandada, por lo que le es forzoso a esta Alzada decidir que a MAVESA S.A. del "GRUPO MAVESA" le era potestativo ejecutar la opción estipulada a su favor en el agregado contenido en el "TERCER CONTRATO" que amplió lo estipulado en la cláusula tercera del "SEGUNDO CONTRATO", por lo que el incumplimiento alegado de no competencia para estos productos "imitación de leche" no puede prosperar siendo procedente la excepción de contrato no cumplido...".

De la precedente transcripción se evidencia que el juez de alzada con respecto al primer párrafo de la cláusula tercera concluye que las partes establecieron una cláusula penal indemnizatoria por concepto de daños y perjuicios denominada fraude,

la cual se activa en caso de violación de la obligación de no comercializar y producir el producto de manera conjunta y no separada.

Asimismo, respecto del agregado que se le hiciera a la tercera cláusula en el tercer contrato, el juez superior estableció: 1) que el Grupo Danimex C.A. podría vender directamente en el mercado internacional y nacional el producto. 2) Que al Grupo Mavesa se le asignó la venta y distribución del producto en el mercado al detal, para lo cual de manera muy específica se estipuló que sería basado en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex C.A.. 3) igualmente precisó en base a esa cláusula, que si no produce nada Productos Danimex C.A., el Grupo Mavesa S.A. no podría estar a cargo de su venta y distribución, esto de acuerdo a lo que se estipuló en el segundo contrato.

En el tercer contrato, de acuerdo con la sentencia recurrida, al Grupo Mavesa S.A., se le condicionó de manera conjuntiva su obligación de vender y distribuir el producto en el mercado siempre que Productos Danimex C.A. tuviese capacidad en la producción o se llegase a un acuerdo en los precios, adicionalmente se agregó, 4) Que si no se llegase a un acuerdo o no hubiese suficiente capacidad para la producción, el Grupo Mavesa S.A., no queda obligada a vender y distribuir el producto caso en el cual operaría la excepción nom adimpleti contractus en aplicación del artículo 1.168 del Código Civil.

En ese mismo sentido precisó que en esa misma cláusula tercera se le otorgó una opción al Grupo Mavesa S.A. de construir su propia planta de producción del producto imitación de leche en el supuesto de que Productos Danimex C.A. no produjese producto alguno o aun cuando estuviese operativa no llegase a un acuerdo respecto de los precios.

Más adelante concluye el *ad quem* que en virtud de la cláusula penal indemnizatoria que se estipula en la cláusula tercera del "segundo contrato", "*...sólo se aplicaría en el evento que PRODUCTOS DANIMEX C.A. produzca suficiente producto "imitación de leche " y se llegase a un acuerdo con MAVESA S.A. en los precios de tal producto, y aún así, el "GRUPO MAVESA" hubiese procedido a elaborar y comercializar por su cuenta, lo que evidentemente hubiese podido configurar lo que en el contrato de marras se ha denominado "fraude"...".*

En efecto, la citada cláusula tercera establece lo siguiente:

> "...<u>TERCERA:</u> Ambas partes se comprometen a no producir ni comercializar directa o indirectamente los productos a ser elaborados por la nueva empresa, por un período igual a la duración de esa

> Sociedad, salvo los productos elaborados por la nueva compañía conjunta.
>
> En caso de que una de las partes incurra en fraude con respecto a lo estipulado en ésta Cláusula, la parte que defraude deberá pagar a la parte defraudada el 100% de las sumas de dinero obtenidas por la venta de los productos en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior.
>
> Queda entendido que aquellos productos que para la fecha de este contrato sean comercializados o producidos por los socios de la Compañía nueva o sus filiales, quedan exceptuados de lo previsto en esta cláusula.
>
> "...En el caso específico del producto "imitación de leche", se conviene lo siguiente:
>
> El producto será desarrollado por Productos Danimex, quien también lo producirá y venderá para el mercado internacional y de exportación a través de Danimex conforme a la cláusula 4. Mavesa estará a cargo de la venta y distribución del producto en el mercado al detal, basada en la producción obtenida en la planta de Productos Danimex, siempre y cuando esta planta tenga suficiente capacidad y se pueda llegar a un acuerdo sobre los precios; sin embargo, Mavesa tiene la opción de construir una planta de Productos Danimex sea insuficiente o no se pueda llegar a un acuerdo respecto a los precios..."

De los razonamientos precedentemente expuestos, puede colegir la Sala que el juez superior, no desnaturalizó el contenido del contrato ni la tan comentada cláusula tercera, pues interpretó exactamente lo que de ella se desprende, es decir que Productos Danimex C.A. estaba encargado de producir el producto imitación de leche y el Grupo Mavesa S.A., sería la que se encargaría de vender y distribuir el producto, siempre que Productos Danimex C.A. tuviese la capacidad suficiente de producción o se pusieran de acuerdo con respecto al precio, y en el caso que esto no se diera el Grupo Mavesa S.A. tenía la opción por disposición de la

cláusula tercera, de proceder a construir su propia planta para la producción del producto.

De acuerdo a los razonamientos antes expuestos, la Sala concluye que el *ad quem* no incurrió en la desnaturalización del contrato como lo alegó el formalizante, pues el análisis y conclusiones esgrimidas por el juez de alzada esta complemente ajustadas a lo previsto en el contrato.

En consecuencia esta Sala declara improcedente la denuncia de infracción del artículo 1.168, 1.198 y 1.205 del Código Civil, y así se decide.

D E C I S I Ó N

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: **SIN LUGAR** los recursos de casación propuesto por la representación judicial de la codemandante **DANIMEX C.A., VIKING INTERNATIONAL COMPANY C.A.**, **e INDUSTRIAS DANATEC C.A** contra la decisión dictada el 6 de febrero de 2004, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. En consecuencia, se confirma el fallo recurrido.De conformidad con lo establecido en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, se condena al pago de las costas del recurso al recurrente.Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al Juzgado de Primera Instancia y notificar la decisión al

Superior antes referido, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los catorce (14) días del mes de junio de dos mil cinco. 195º de la Independencia y 146º de la Federación.

Presidente de la Sala,

_____
CARLOS OBERTO VÉLEZ

Vicepresidenta,

_____
YRIS PEÑA DE ANDUEZA

Magistrado Ponente,

_____
ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

Magistrada,

_____
ISBELIA PÉREZ DE ANDUEZA

Magistrado,

_____
LUIS ANTONIO ORTÍZ HERNÁNDEZ

Secretario,

_____
ENRIQUE DURÁN FERNÁNDEZ

Exp. Nro. AA20-C-2004-000212

Fuente: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Junio/rc-00377-140605-04212.htm

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ponencia de la Magistrada **ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ.**

En el juicio por resolución de contrato de arrendamiento, seguido por **ARNOLFO MARCIALES MACÍAS**, representado por el abogado Pedro Antonio Sánchez Chacón, contra **CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ**, representado judicialmente por los abogados Patricia Ballesteros Omaña, Martha Beatriz Gómez de Albertini y Arnaldo Urbina Ostos, en el cual hubo reconvención por cumplimiento de contrato de compra-venta contra el mencionado demandante y su cónyuge **ISABEL TERESA CHACÓN DE MARCIALES**; el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, con sede en San Cristóbal, dictó sentencia el día 5 de abril de 2006, mediante la cual declaró sin lugar la apelación interpuesta por la demandada reconviniente, contra el auto dictado en

ejecución de sentencia por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial, en fecha 8 de noviembre de 2005, que declaró compensado al demandado reconviniente, con el retiro, por parte de su apoderada judicial, de la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000,00), consignados ante el tribunal *a-quo*, por la demandante reconvenida.

Contra la referida decisión de la alzada, el demandado reconviniente anunció recurso de casación, el cual fue declarado inadmisible mediante auto de fecha 26 de abril de 2006. Interpuesto el recurso de hecho ante el Juzgado Superior y remitido el expediente a esta Sala de Casación Civil, el mismo fue declarado con lugar en fecha 8 de agosto de 2006, y luego fue formalizado el recurso de casación en tiempo oportuno. Hubo impugnación.

Concluida la sustanciación del recurso de casación y cumplidas las demás formalidades, la Sala procede a dictar sentencia bajo la ponencia de la Magistrada que con tal carácter la suscribe, en los términos siguientes:

PUNTO PREVIO

Consta del cómputo realizado por la Secretaría de esta Sala, que el plazo para consignar el escrito de réplica culminó el 27 de noviembre de 2006. La representación judicial del demandado reconviniente, CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, presentó su escrito en fecha 29 de noviembre de 2006, es decir, después de haber vencido los diez días que le concede el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

Por tanto, la Sala tiene como no presentado el escrito de réplica, por extemporáneo. Así se establece.

RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD

I

De conformidad con el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 12, 244 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, con el siguiente fundamento:

> "...En fecha 8 de noviembre de 2005 el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira se pronunció al efecto en los siguientes términos:
>
> > '...Así las cosas y de la interpretación del dispositivo de las Sentencias proferidas por éste Tribunal y por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario, Protección del Niño y del Adolescente de esta Circunscripción Judicial, se sobreentiende que la intención del Juzgador al ordenar la realización del peritaje sobre el inmueble en litigio, fue resarcir al demandado reconviniente por la imposibilidad del demandante reconvenido de efectuar el otorgamiento del documento de condominio y por ende del documento de venta.
> >
> > Dado que el Informe de Avalúo arrojó como valor del inmueble la cantidad de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS BOLÍVARES (Bs. 32.223.700,00), el demandante reconvenido consignó ante éste Tribunal mediante dos (2) cheques de gerencia la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 35.000.000,00), discriminados así: 1.- TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS BOLÍVARES (Bs. 32.223.700,00), que comprende el valor del inmueble según el Informe de Avalúo y DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS BOLÍVARES (Bs. 2.776.300,00), por concepto de costas de ejecución de la sentencia, tal como lo expresa el

apoderado de la parte demandante reconvenida en su diligencia de fecha 1 de julio de 2005, que riela al folio 638.
El primer aparte del artículo 529 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 527, señalan:
"…En caso…que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como lo señala el artículo 527".
"Artículo 527: Si la condena hubiere recaído sobre una cantidad líquida de dinero, el juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución…".
En el caso de autos, por cuanto el demandante reconvenido dio cumplimiento voluntario a la sentencia, tal como se desprende de la diligencia de fecha 1 de julio de 2005 (f. 638), es improcedente decretar el embargo de bienes, mucho más, cuando la demandada reconviniente retiró y aceptó los cheques de gerencia consignados, por concepto de pago de todos los conceptos derivados de la sentencia interlocutoria y de la sentencia emanada del Juzgado Superior Primero de ésta Circunscripción, incluidas las costas de ejecución de la sentencia.
Con la cantidad de dinero consignada a través de los cheques de gerencia ya identificados, se evidencia que hubo un excedente consignado por la parte demandante reconvenida, al colocar a disposición del demandado reconviniente, tanto el monto que arrojó el avalúo del inmueble, como también una suma por concepto de costas; sumas éstas que fueron retiradas por la parte demandada reconviniente, expresando con ello su conformidad con el dispositivo de la sentencia, cuando en la diligencia de fecha 1 de julio de 2005 (f. 640), expresa: "solicito la entrega de los cheques que consignó la parte demandante para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia…"; solicitud que sin lugar a dudas se interpreta como su conformidad con el dispositivo de la sentencia y así se decide. (Las negritas y el subrayado son propios).
El Tribunal, analizadas las circunstancias antes expuestas, entiende e interpreta, que una vez consignada la antes referida cantidad de dinero, mediante los aludidos cheques de gerencia y que los mismos fueron retirados por la apoderada de la parte demandada reconviniente Abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI y por ende aceptados, como ella misma lo expresó "para dar cumplimiento a lo ordenado en la

sentencia", significa que una vez recibido el pago como en efecto lo hizo, se le compensó la imposibilidad de efectuar el otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta, dado el impedimento para protocolizar ante el registro inmobiliario respectivo tales documentos, debiendo CONSECUENCIALMENTE hacer entrega del inmueble. Se entiende que el pago efectuado, es una contraprestación para mantener a las partes en igualdad de condiciones, tal como lo prevén los artículos 15 del Código de Procedimiento Civil y 21 de la Carta Magna; admitir lo contrario, implicaría aceptar que la demandada reconviniente, además de preservar para sí el monto del avalúo más el de las costas, continúe en posesión del inmueble objeto de litigio, cuando ella misma aceptó recibir el precio, "para dar cumplimiento a la sentencia", asentimiento que interpreta este Juzgador, como la misma demandada reconviniente lo expresó en el acto conciliatorio (f. 659) que es el "equivalente por el no cumplimiento …de la parte demandante de una obligación de hacer como lo era el otorgamiento del documento de condominio del inmueble en donde se encuentra ubicado el consultorio y el documento de propiedad del mismo"; es decir, que fue una compensación por la falta de otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta y así se decide. (Las negritas y el subrayado son propios).

Es importante puntualizar, reiterar y enfatizar, que lógica y jurídicamente la intención de la Juzgadora (Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil en decisión de fecha 22.9.2004, folio 485 y 486) fue hacer que la parte demandante al no poder cumplir con la obligación de protocolizar el documento de condominio y subsiguiente venta, le fue establecida dicha obligación en forma líquida y exigible. En consecuencia, al existir tal imposibilidad, el inmueble objeto de litigio sigue siendo propiedad del demandante reconvenido, previo pago del monto que arrojó el avalúo, con la consecuencia lógica que el demandado reconviniente debe hacer entrega del inmueble, ya que, resulta injusto para éste Juzgador, que la demandada reconviniente, además de recibir y aceptar, como en efecto lo hizo, la suma de dinero ya señalada, quede también en posesión del inmueble, considerándose cumplida la ejecución de la sentencia del Tribunal Superior Primero de ésta Circunscripción Judicial proferida en fecha 18.4.2005 (fs. 612 al 618), con la entrega del dinero por parte del demandante

reconvenido y su aceptación por la parte demandada reconviniente y procedente la entrega del inmueble en cuestión.
Por los razonamientos de hecho y de Derecho anteriormente expuestos, este Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Administrando e Impartiendo Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley declara:
PRIMERO: Se declara compensado al demandado reconviniente: CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, venezolano, mayor de edad, con cédula de identidad Nº 4.089.932, de este domicilio y hábil, con el retiro por parte de su apoderada judicial: Abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI, con cédula de identidad Nº 11.951.301, inscrita en el I.P.S.A. bajo el Nº 48.137, de la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 35.000.000,00), discriminados así: 1.- TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS BOLÍVARES (Bs. 32.223.700,00), que comprende el valor del inmueble según el Informe de Avalúo y 2.- DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS BOLÍVARES (Bs. 2.776.300,00), por concepto de costas de ejecución de la sentencia emanada del Juzgado Superior Primero de esta Circunscripción Judicial, en fecha 18.4.2005, consignados por la parte demandante reconvenida, como consecuencia de la inejecutabilidad de la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil Mercantil, Tránsito, Trabajo, Estabilidad Laboral y Protección del Niño y del Adolescente de ésta Circunscripción Judicial, en fecha 27 de agosto de 2003 (f. 438 al 462), dada la imposibilidad de los demandantes-reconvenidos ARNOLFO MARCIALES MACIAS y su cónyuge ISABEL TERESA DE MARCIALES, venezolanos, mayores de edad, con cédulas de identidad Nº V-3.193.347 y V- 3.793.794 respectivamente, de éste domicilio y hábil, en otorgar el documento de condominio y consecuente venta del inmueble.
SEGUNDO: Como consecuencia de lo decidido en el punto anterior y a los fines de mantener el equilibrio e igualdad de las partes, se declara con lugar la solicitud de entrega del inmueble formulada por el Abogado PEDRO ANTONIO SÁNCHEZ CHACÓN, con cédula de identidad V-1.524.013, inscrito en el I.P.S.A bajo el Nº 6.690, en su carácter de Apoderado Judicial de los ciudadanos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS e

> ISABEL TERESA DE MARCIALES, venezolanos, mayores de edad, con cédulas de identidad Nº 3.193.347 y V- 3.793.794, en su orden, de este domicilio y hábiles. En consecuencia, una vez quede firme la presente decisión, el ciudadano CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, venezolano, mayor de edad, con cédula de identidad Nº V-4.089.932, de este domicilio y hábil, debe entregar el inmueble adquirido por el ciudadano ARNOLFO MARCIALES MACÍAS, según documento protocolizado ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito San Cristóbal, en fecha 27 de abril de 1987, bajo el Nº 24, Tomo 8, Protocolo 1, consistente en un local para consultorio médico, cuyos datos constan en documento reconocido cursante de los folios 49 al 60, identificado con el Nº 1-03, ubicado en la calle 14, Nº 22-36, planta baja, de un inmueble que forma parte de su propiedad, de ésta ciudad de San Cristóbal, alinderado así: NORTE: Con pasillo y escalera interna que conduce a la planta alta del inmueble. SUR: Con pared que divide al Consultorio Nº 1-05. ESTE: Con pasillo de retiro del inmueble y OESTE: Con pasillo central que divide el consultorio 1-02, a los ciudadanos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA DE MARCIALES, antes identificados, haciéndose uso para ello, si fuere necesario de la Fuerza Pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 528 (sic) del Código de Procedimiento Civil...'.

Contra esta decisión fue interpuesto por mi representado el correspondiente recurso de apelación, habiendo sido confirmada en todas sus partes en fecha 5 de abril de 2006 por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Táchira contra la cual se interpone el presente Recurso de Casación, mediante la cual se decidió lo siguiente:

> '...en el presente caso el Tribunal observa que no se puede ejecutar la obligación, razón por la cual en aplicación a la jurisprudencia transcrita y a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 529 del Código de procedimiento Civil, se dispone determinar el crédito en una cantidad de dinero, debiendo realizarse previamente el avalúo del inmueble. En consecuencia, se fija…para que tenga lugar el acto de nombramiento de peritos avaluadores, los cuales deberán determinar el valor del inmueble objeto del presente litigio, a la fecha 27 de agosto de 2003, en que fue dictada la Sentencia por el Juzgado Superior. En cuanto al planteamiento hecho por la

parte demandada en las diligencias arriba indicadas, referentes a la determinación de las costas e indexación, el Tribunal los niega por cuanto con el justiprecio que se haga del inmueble se tomará en cuenta el valor del mismo para el momento de la Sentencia, actualizándose de ésta manera el valor de la obligación cuya indexación se pide la cual está incluida en esa actualización. En cuanto al requerimiento de las costas, cabe observar que en la Sentencia dictada por el Juzgado Superior no hubo condenatoria en costas.

Asimismo, observa esta Alzada que dicha sentencia es modificada por el Juzgado Superior Primero en fecha 18 de abril de 2005, solo en lo que respecta a que consideró procedentes las costas de ejecución de sentencia; que luego de practicado el avalúo, el demandante reconvenido voluntariamente consignó dos (2) cheques de gerencia por la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000) a fin de dar cumplimiento con lo sentenciado. Ahora bien, al haber retirado la representación del demandado reconviniente los cheques de gerencia continentes de la suma arriba indicada, se hizo efectivo el fin último de todo juicio cual es su ejecución, siendo satisfecho en su pretensión, por lo que no ha lugar a dudas que lo único que resta en el presente caso es que el demandado reconviniente desocupe el local que utiliza como Consultorio en el "Centro Médico en Especialidades San Román", pues ante la improcedencia del cumplimiento en especie se resolvió un cumplimiento por equivalente, debiendo volver las cosas al estado en que se hallaba, antes del negocio jurídico que originó la presente litis, es decir, el local que funge como consultorio en el "Centro Médico de Especiales San Román" sigue siendo de la propiedad del ciudadano Arnolfo Marciales Macías.

El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la obligación en que se hallan los jueces de conocer y decidir las causas sometidas a su conocimiento, y a más de eso, ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, ya que como bien se dejó sentado en jurisprudencia del 3 de diciembre de 2003, la misma invocada en la decisión del 22 de septiembre de 2004 corriente en este expediente: "Resultaría un flaco servicio a la justicia, que los fallos no pudieran ejecutarse, a pesar que declaren con lugar la demanda, cuando lo establecido en el dispositivo sufre transformaciones o se hace inaprensible. Ante tal iniquidad, a menos que lo decidido y ordenado trate de algo sumamente puntual e insustituible, el Código de

> Procedimiento Civil contempla en la fase de ejecución de la sentencia, los artículos citados que permiten la sustitución del objeto del dispositivo del fallo"; por lo que en criterio de esta operadora de justicia el fallo apelado debe confirmarse en todas sus partes, ya que en razón de las precedentes consideraciones el Tribunal a quo no violó la cosa juzgada, Y ASÍ SE DECIDE.
>
> III
>
> DISPOSITIVO
>
> Por los fundamentos anteriormente expuestos, este JUZGADO SUPERIOR CUARTO EN LO CIVIL, MERCANTIL, DEL TRÁNSITO, DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, AGRARIO Y AGRARIO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO TÁCHIRA, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, DECIDE:
>
> PRIMERO: Se declara SIN LUGAR, la apelación interpuesta por la abogada MARTHA GÓMEZ DE ALBERTINI, en su carácter de coapoderada judicial de la parte demandada ciudadano CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, en contra de la decisión dictada en fecha 8 de noviembre de 2005, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira.
>
> SEGUNDO: Se CONFIRMA la decisión apelada dictada en fecha 8 de noviembre de 2005, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira.
>
> TERCERO: Se CONDENA en costas a la parte demandada, por haber resultado totalmente vencida, conforme lo disponen los artículos 274 y 281 del Código de Procedimiento Civil...'.

De la transcripción de la recurrida se evidencia que la ciudadana Juez Superior confirmó en todas sus partes lo decidido por el Juez de la causa, incurriendo en el vicio de ultrapetita, al excederse de lo decidido en la sentencia definitiva cuya ejecución ocasionó el fallo apelado, pues la decisión definitiva que se ejecuta condenó a los ciudadanos ANOLFO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA CHACÓN DE MARCIALES, para que en el término de 90 días calendario continuos, contados a partir que quedara firme la decisión, previo otorgamiento del documento de condominio, otorgaran por ante la Oficina Subalterna de registro correspondiente el documento por medio del cual dan en venta a mi representado CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ el bien inmueble objeto de controversia,

pero nunca se ordenó que la parte demandada reconviniente tuviera que desocupar el referido inmueble, y hacerle entrega del mismo a los demandantes. En efecto, en ninguna parte de la sentencia cuya ejecución originó la decisión que se recurre determina que mi mandante tenga que entregar el referido inmueble.
Como se ha dicho, el fallo recurrido en casación confirmó en todas sus partes lo decidido por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, el cual se estableció lo siguiente:

> '...El Tribunal, analizadas las circunstancias antes expuestas, entiende e interpreta, que una vez consignada la antes referida cantidad de dinero, mediante los aludidos cheques de gerencia y que los mismos fueron retirados por la apoderada de la parte demandada reconviniente Abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI y por ende aceptados, como ella misma lo expresó "para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia", significa que una vez recibido el pago como en efecto lo hizo, se le compensó la imposibilidad de efectuar el otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta, dado el impedimento para protocolizar ante el registro inmobiliario respectivo tales documentos, debiendo CONSECUENCIALMENTE hacer entrega del inmueble. Se entiende que el pago efectuado, es una contraprestación para mantener a las partes en igualdad de condiciones, tal como lo prevén los artículos 15 del Código de Procedimiento Civil y 21 de la Carta Magna...'.

El fallo recurrido, a su vez expresó lo siguiente:

> '...Ahora bien, al haber retirado la representación del demandado reconviniente los cheques de gerencia continentes de la suma arriba indicada, se hizo efectivo el fin último de todo juicio cual es su ejecución, siendo satisfecho en su pretensión, por lo que no ha lugar a dudas que lo único que resta en el presente caso es que el demandado reconviniente desocupe el local que utiliza como Consultorio en el "Centro Médico en Especialidades San Román", pues ante la improcedencia del cumplimiento en especie se resolvió un cumplimiento por equivalente, debiendo volver las cosas al estado en que se hallaba, antes del negocio jurídico que originó la presente litis, es decir, el local que funge como consultorio en el "Centro

> Médico de Especiales San Román" sigue siendo de la propiedad del ciudadano Arnolfo Marciales Macías.
> El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la obligación en que se hallan los jueces de conocer y decidir las causas sometidas a su conocimiento, y a más de eso, ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, ya que como bien se dejó sentado en jurisprudencia del 3 de diciembre de 2003, la misma invocada en la decisión del 22 de septiembre de 2004 corriente en este expediente: "Resultaría un flaco servicio a la justicia, que los fallos no pudieran ejecutarse, a pesar que declaren con lugar la demanda, cuando lo establecido en el dispositivo sufre transformaciones o se hace inaprensible. Ante tal iniquidad, a menos que lo decidido y ordenado trate de algo sumamente puntual e insustituible, el Código de Procedimiento Civil contempla en la fase de ejecución de la sentencia, los artículos citados que permiten la sustitución del objeto del dispositivo del fallo"; por lo que en criterio de esta operadora de justicia el fallo apelado debe confirmarse en todas sus partes, ya que en razón de las precedentes consideraciones el Tribunal a quo no violó la cosa juzgada, Y ASÍ SE DECIDE...'.

Con tal pronunciamiento se viola el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, incurriendo en el vicio de ultrapetita y, en consecuencia se viola el artículo 12 *ejusdem*, al no atenerse a lo alegado en autos. En efecto, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone, entre otras cosas, que el juez debe decidir conforme a lo alegado en autos, sin suplir excepciones o argumentos de hecho no formulados por las partes, lo cual constituye una reiteración del principio dispositivo que caracteriza el procedimiento civil en nuestro ordenamiento jurídico.
Las disposiciones citadas sujetan el pronunciamiento del juez a todos los alegatos formulados por las partes, sin que le sea posible dejar de decidir alguno de ellos (incongruencia negativa), o por el contrario, extender su decisión sobre excepciones o argumentos de hechos no formulados en el proceso (incongruencia positiva), incurriendo de tal manera en el vicio denunciado.
Es claro entonces que la decisión recurrida incurre en el vicio de ultrapetita, pues al pronunciarse sobre una cuestión ajena al problema planteado en la sentencia que se ejecuta, como lo es que se ordene a los demandados reconvinientes que resultaron victoriosos en la decisión que se ejecuta, a que le hagan entrega a la parte perdidosa, el bien objeto del litigio, lo cual no estaba establecido en el dispositivo

> del fallo. Por tanto, la recurrida contiene el vicio de ultra-petita, violando así el artículo 244, in fine, del Código de Procedimiento Civil.
>
> **...Omissis...**
>
> ...los jueces no deben incurrir en ultrapetita, que viene a ser una manifestación particular del principio general de la congruencia de la sentencia con la pretensión del actor y la defensa. También es importante destacar que este vicio sólo puede cometerse en el dispositivo de la sentencia, pronunciándose sobre aspectos que no formaban parte del *thema decidendum*...".

La Sala para decidir observa:

El formalizante plantea que el juez de la recurrida cometió el vicio de ultrapetita, con fundamento en que éste se excedió en el pronunciamiento dictado en la sentencia recurrida, dado que la sentencia que puso fin al juicio y adquirió fuerza de cosa juzgada, condenó a los ciudadanos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA CHACÓN DE MARCIALES, para que en el término de 90 días calendario continuos, contados a partir de que quedara firme la decisión, previo otorgamiento del documento de condominio, otorgaran por ante la Oficina Subalterna de Registro correspondiente, el documento de compra-venta a CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ del bien inmueble objeto de la presente controversia, pero no ordenó que la parte demandada reconviniente tuviera que desocupar el referido inmueble para hacerle entrega del mismo al demandante.

En relación con ello, la Sala observa que el formalizante equivoca el enfoque de su denuncia, por cuanto lo pretendido es alegar que el auto dictado

en ejecución de sentencia ordenó el cumplimiento de una obligación de hacer no contenida en la decisión que adquirió fuerza de cosa juzgada, lo que en modo alguno se corresponde con el vicio de incongruencia, sino que constituye el fundamento propio de una denuncia de violación de la cosa juzgada, establecida en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la ultrapetita se determina por la comparación entre lo pedido en el libelo y el dispositivo de la decisión, con base en lo cual se determina si existe correspondencia, so pena de que la sentencia esté viciada de nulidad, por haber sido concedido más de lo pedido.

Lo expuesto evidencia que el vicio de ultrapetita consagrado en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, constituye una reiteración del principio dispositivo, previsto en el artículo 12 *eiusdem*, de conformidad con el cual el juez debe decidir sobre lo alegado y sólo sobre lo alegado, igualmente incorporado en el artículo 243 ordinal 5° *ibidem*, en cumplimiento del cual la decisión debe ser congruente con los hechos alegados en sustento de la pretensión y aquellos formulados en su rechazo, en razón de la cual esta Sala ha establecido que entre el vicio de incongruencia y el de ultrapetita existe una relación de género a especie.

Por consiguiente, la determinación de la existencia del vicio de ultrapetita deviene de la comparación entre el acto que contiene la petición del demandante y el acto del juez que la decide.

En sintonía con ello, la Sala en sentencia del 2 de marzo de 2006, Caso: Inversiones Y C.A. c/ Fiamar C.A. y otras, expediente N° 2005-000705, estableció:

> "...la *ultrapetita* es un vicio contenido en el dispositivo del fallo que consiste en exceder los términos de la litis, decidiendo cuestiones extrañas a los pedimentos del libelo y las defensas planteadas en la contestación...".

Asimismo, en fallo de fecha 3 de mayo de 2005, Caso: Tadeo Párraga y otros c/ Alejandro Camacho Berrios y otros, la Sala dejó sentado que:

> "...El vicio de ultrapetita se configura en los casos en que se acuerda más de lo pedido por el demandante, es decir, cuando se condena al demandado a pagar o hacer una cosa mayor que la reclamada por el actor, o cuando la condena versa sobre un objeto diferente del señalado en el libelo, extraño al problema judicial debatido entre las partes (extrapetita). De manera que basta comparar el *petitum* de la demanda con el dispositivo del fallo o con el pronunciamiento que contiene la condena, para determinar si la sentencia adolece del señalado vicio de forma. (Vid. Sent. 27/4/04, Roger J. Miró, contra Bernardo Antonio Cubillán Molina).
> La Sala Civil ha elaborado una doctrina que ha sido aplicada de manera constante y pacífica, que sostiene:
>
> > '...Los jueces cumplen con el deber de decidir con arreglo a la acción deducida y a las excepciones o defensas opuestas con sólo atenerse a los reclamos del libelo y a los alegatos hechos en la contestación de la demanda. Es con los elementos que surgen de ambos actos como queda establecida la relación procesal sobre la cual los jueces deben dejar recaer su decisión. De ahí que no estén obligados a decidir cualesquiera otros reclamos del actor que debiendo haber sido consignados en el petitorio del libelo fueron hechos en oportunidades distintas del juicio, ni los alegatos del demandado que debiendo haber sido hechos en el acto de la contestación de la demanda fueron deducidos fuera de él...'. (Sent. de 11–7–67 - Gaceta Forense No. 57, Pág. 23 cita No. 23.- Sent. 11–7–67, Gaceta Forense No. 57, Pág. 155).

La Sala reitera los precedentes jurisprudenciales y deja sentado que en el caso concreto, los alegatos expuestos por el formalizante, tienen por soporte la comparación entre dos actos judiciales: la sentencia que pone fin al juicio y el auto que es dictado en su ejecución, con el fundamento de que este último se aparta de lo establecido en la primera, lo que en todo caso, no constituye ultapetita, sino –como fue señalado con anterioridad- el fundamento propio de una denuncia de infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, relacionado con la cosa juzgada.

Por las razones que anteceden, la Sala desestima, por inadecuada fundamentación, la denuncia de infracción de los artículos 12, 244 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

II

De conformidad con el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, sustentado en lo siguiente:

> "...En fecha 8 de noviembre de 2005 el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira se pronunció al efecto en los siguientes términos:
>
> > '...Así las cosas y de la interpretación del dispositivo de las Sentencias proferidas por éste Tribunal y por el Juzgado Superior Primero en lo Civil Mercantil, Tránsito, Bancario, Protección del Niño y del Adolescente de ésta Circunscripción Judicial, se sobreentiende que la intención del Juzgador al ordenar la realización del peritaje sobre el inmueble en litigio, fue resarcir al demandado reconviniente por la imposibilidad

del demandante reconvenido de efectuar el otorgamiento del documento de condominio y por ende del documento de venta.
Dado que el Informe de Avalúo arrojó como valor del inmueble la cantidad de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS BOLÍVARES (Bs. 32.223.700,00), el demandante reconvenido consignó ante éste Tribunal mediante dos (2) cheques de Gerencia la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 35.000.000,00), discriminados así: 1.- TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS BOLÍVARES (Bs. 32.223.700,00), que comprende el valor del inmueble según el Informe de Avalúo y DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS BOLÍVARES (Bs. 2.776.300,00), por concepto de costas de ejecución de la sentencia, tal como lo expresa el apoderado de la parte demandante reconvenida en su diligencia de fecha 1 de julio de 2005, que riela al folio 638.
El primer aparte del artículo 529 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 527, señalan:
"… En caso…que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como lo señala el artículo 527".
"Artículo 527: Si la condena hubiere recaído sobre una cantidad líquida de dinero, el juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución…".
En el caso de autos, por cuanto el demandante reconvenido dio cumplimiento voluntario a la sentencia, tal como se desprende de la diligencia de fecha 1 de julio de 2005 (f. 638), es improcedente decretar el embargo de bienes, mucho más, cuando la demandada reconviniente retiró y aceptó los cheques de gerencia consignados, por concepto de pago de todos los conceptos derivados de la sentencia interlocutoria y de la sentencia emanada del Juzgado Superior Primero de ésta Circunscripción, incluidas las costas de ejecución de la sentencia.
Con la cantidad de dinero consignada a través de los cheques de gerencia ya identificados, se evidencia que hubo un excedente consignado por la parte demandante reconvenida, al colocar a disposición del demandado reconviniente, tanto el monto que arrojó el avalúo del inmueble, como también una suma por concepto de costas; sumas éstas que fueron retiradas por la

parte demandada reconviniente, expresando con ello su conformidad con el dispositivo de la sentencia, cuando en la diligencia de fecha 1 de julio de 2005 (f. 640), expresa: “solicito la entrega de los cheques que consignó la parte demandante para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia…”; solicitud que sin lugar a dudas se interpreta como su conformidad con el dispositivo de la sentencia y así se decide. (Las negritas y el subrayado son propios).

El Tribunal analizadas las circunstancias antes expuestas, entiende e interpreta, que una vez consignada la antes referida cantidad de dinero, mediante los aludidos cheques de gerencia y que los mismos fueron retirados por la apoderada de la parte demandada reconviniente Abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI y por ende aceptados, como ella misma lo expresó “para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia”, significa que una vez recibido el pago como en efecto lo hizo, se le compensó la imposibilidad de efectuar el otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta, dado el impedimento para protocolizar ante el registro inmobiliario respectivo tales documentos, debiendo CONSECUENCIALMENTE hacer entrega del inmueble. Se entiende que el pago efectuado, es una contraprestación para mantener a las partes en igualdad de condiciones, tal como lo prevén los artículos 15 del Código de Procedimiento Civil y 21 de la Carta Magna; admitir lo contrario, implicaría aceptar que la demandada reconviniente, además de preservar para sí el monto del avalúo más el de las costas, continúe en posesión del inmueble objeto de litigio, cuando ella misma acepto recibir el precio, “para dar cumplimiento a la sentencia”, asentimiento que interpreta éste Juzgador, como la misma demandada reconviniente lo expresó en el acto conciliatorio (f. 659) que es el “equivalente por el no cumplimiento …de la parte demandante de una obligación de hacer como lo era el otorgamiento del documento de condominio del inmueble en donde se encuentra ubicado el consultorio y el documento de propiedad del mismo”; es decir, que fue una compensación por la falta de otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta y así se decide. (Las negritas y el subrayado son propios).

Es importante puntualizar, reiterar y enfatizar, que lógica y jurídicamente la intención de la Juzgadora (Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil en decisión de fecha 22.9.2004, folio 485 y 486) fue hacer que la parte demandante al no poder

cumplir con la obligación de protocolizar el documento de condominio y subsiguiente venta, le fue establecida dicha obligación en forma líquida y exigible. En consecuencia, al existir tal imposibilidad, el inmueble objeto de litigio sigue siendo propiedad del demandante reconvenido, previo pago del monto que arrojó el avalúo, con la consecuencia lógica que el demandado reconviniente debe hacer entrega del inmueble, ya que, resulta injusto para éste Juzgador, que la demandada reconviniente, además de recibir y aceptar, como en efecto lo hizo, la suma de dinero ya señalada, quede también en posesión del inmueble, considerándose cumplida la ejecución de la sentencia del Tribunal Superior Primero de ésta Circunscripción Judicial proferida en fecha 18.4.2005 (fs. 612 al 618), con la entrega del dinero por parte del demandante reconvenido y su aceptación por la parte demandada reconviniente y procedente la entrega del inmueble en cuestión.

Por los razonamientos de hecho y de Derecho anteriormente expuestos, éste Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Administrando e Impartiendo Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley declara:

PRIMERO: Se declara compensado al demandado reconviniente: CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, venezolano, mayor de edad, con cédula de identidad Nº 4.089.932, de éste domicilio y hábil, con el retiro por parte de su apoderada judicial: Abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI, con cédula de identidad Nº 11.951.301, inscrita en el I.P.S.A bajo el Nº 48.137, de la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 35.000.000,00), discriminados así: 1.- TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS BOLÍVARES (Bs. 32.223.700,00), que comprende el valor del inmueble según el Informe de Avalúo y 2.- DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS BOLÍVARES (Bs. 2.776.300,00), por concepto de costas de ejecución de la sentencia emanada del Juzgado Superior Primero de ésta Circunscripción Judicial, en fecha 18.4.2005, consignados por la parte demandante reconvenida, como consecuencia de la inejecutabilidad de la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil Mercantil, Tránsito, Trabajo, Estabilidad Laboral y Protección del Niño y del Adolescente de ésta Circunscripción Judicial, en fecha 27 de

agosto de 2003 (f. 438 al 462), dada la imposibilidad de los demandantes-reconvenidos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS y su cónyuge ISABEL TERESA DE MARCIALES, venezolanos, mayores de edad, con cédulas de identidad Nº V-3.193.347 y V- 3.793.794 respectivamente, de éste domicilio y hábil, en otorgar el documento de condominio y consecuente venta del inmueble.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo decidido en el punto anterior y a los fines de mantener el equilibrio e igualdad de las partes, se declara con lugar la solicitud de entrega del inmueble formulada por el Abogado PEDRO ANTONIO SÁNCHEZ CHACÓN, con cédula de identidad V-1.524.013, inscrito en el I.P.S.A bajo el Nº 6.690, en su carácter de Apoderado Judicial de los ciudadanos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA DE MARCIALES, venezolanos, mayores de edad, con cédulas de identidad Nº 3.193.347 y V- 3.793.794, en su orden, de éste domicilio y hábiles. En consecuencia, una vez quede firme la presente decisión, el ciudadano CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, venezolano, mayor de edad, con cédula de identidad Nº V-4.089.932, de éste domicilio y hábil, debe entregar el inmueble adquirido por el ciudadano ARNOLFO MARCIALES MACÍAS, según documento protocolizado ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito San Cristóbal, en fecha 27 de abril de 1987, bajo el Nº 24, Tomo 8, Protocolo 1, consistente en un local para Consultorio médico, cuyos datos constan en documento reconocido cursante de los folios 49 al 60, identificado con el Nº 1-03, ubicado en la calle 14, Nº 22-36, Planta baja, de un inmueble que forma parte de su propiedad, de ésta ciudad de San Cristóbal, alinderado así: NORTE: Con pasillo y escalera interna que conduce a la planta alta del inmueble. SUR: Con pared que divide al Consultorio Nº 1-05. ESTE: Con pasillo de retiro del inmueble y OESTE: Con pasillo central que divide el consultorio 1-02, a los ciudadanos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA DE MARCIALES, antes identificados, haciéndose uso para ello, si fuere necesario de la Fuerza Pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 528 (sic) del Código de Procedimiento Civil...'.

Contra esta decisión fue interpuesto por mi representado el correspondiente recurso de apelación, habiendo sido confirmada en todas sus partes en fecha 5 de abril de 2006 por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado

Táchira contra la cual se interpone el presente Recurso de Casación, mediante la cual se decidió lo siguiente:

> '...en el presente caso el Tribunal observa que no se puede ejecutar la obligación, razón por la cual en aplicación a la jurisprudencia transcrita y a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, se dispone determinar el crédito en una cantidad de dinero, debiendo realizarse previamente el avalúo del inmueble. En consecuencia, se fija…para que tenga lugar el acto de nombramiento de peritos avaluadores, los cuales deberán determinar el valor del inmueble objeto del presente litigio, a la fecha 27 de agosto de 2003, en que fue dictada la Sentencia por el Juzgado Superior. En cuanto al planteamiento hecho por la parte demandada en las diligencias arriba indicadas, referentes a la determinación de las costas e indexación, el Tribunal los niega por cuanto con el justiprecio que se haga del inmueble se tomará en cuenta el valor del mismo para el momento de la Sentencia, actualizándose de ésta manera el valor de la obligación cuya indexación se pide la cual está incluida en esa actualización. En cuanto al requerimiento de las costas, cabe observar que en la Sentencia dictada por el Juzgado Superior no hubo condenatoria en costas.
>
> Asimismo, observa esta Alzada que dicha sentencia es modificada por el Juzgado Superior Primero en fecha 18 de abril de 2005, solo en lo que respecta a que consideró procedentes las costas de ejecución de sentencia; que luego de practicado el avalúo, el demandante reconvenido voluntariamente consignó dos (2) cheques de gerencia por la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000) a fin de dar cumplimiento con lo sentenciado. Ahora bien, al haber retirado la representación del demandado reconviniente los cheques de gerencia continentes de la suma arriba indicada, se hizo efectivo el fin último de todo juicio cual es su ejecución, siendo satisfecho en su pretensión, por lo que no ha lugar a dudas que lo único que resta en el presente caso es que el demandado reconviniente desocupe el local que utiliza como Consultorio en el "Centro Médico en Especialidades San Román", pues ante la improcedencia del cumplimiento en especie se resolvió un cumplimiento por equivalente, debiendo volver las cosas al estado en que se hallaba, antes del negocio jurídico que originó la presente litis, es decir, el local que funge como consultorio en el "Centro Médico de Especiales San

Román" sigue siendo de la propiedad del ciudadano Arnolfo Marciales Macías.

El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la obligación en que se hallan los jueces de conocer y decidir las causas sometidas a su conocimiento, y a más de eso, ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, ya que como bien se dejó sentado en jurisprudencia del 3 de diciembre de 2003, la misma invocada en la decisión del 22 de septiembre de 2004 corriente en este expediente: "Resultaría un flaco servicio a la justicia, que los fallos no pudieran ejecutarse, a pesar que declaren con lugar la demanda, cuando lo establecido en el dispositivo sufre transformaciones o se hace inaprensible. Ante tal iniquidad, a menos que lo decidido y ordenado trate de algo sumamente puntual e insustituible, el Código de Procedimiento Civil contempla en la fase de ejecución de la sentencia, los artículos citados que permiten la sustitución del objeto del dispositivo del fallo"; por lo que en criterio de esta operadora de justicia el fallo apelado debe confirmarse en todas sus partes, ya que en razón de las precedentes consideraciones el Tribunal a quo no violó la cosa juzgada, Y ASÍ SE DECIDE.

III

DISPOSITIVO

Por los fundamentos anteriormente expuestos, este JUZGADO SUPERIOR CUARTO EN LO CIVIL, MERCANTIL, DEL TRÁNSITO, DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE, AGRARIO Y AGRARIO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO TÁCHIRA, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, DECIDE:

PRIMERO: Se declara SIN LUGAR, la apelación interpuesta por la abogada MARTHA GÓMEZ DE ALBERTINI, en su carácter de coapoderada judicial de la parte demandada ciudadano CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, en contra de la decisión dictada en fecha 8 de noviembre de 2005, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira.

SEGUNDO: Se CONFIRMA la decisión apelada dictada en fecha 8 de noviembre de 2005, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira.

> TERCERO: Se CONDENA en costas a la parte demandada, por haber resultado totalmente vencida, conforme lo disponen los artículos 274 y 281 del Código de Procedimiento Civil...'.

De la transcripción de la recurrida se evidencia que la ciudadana Juez Superior confirmó en todas sus partes lo decidido por el Juez de la causa, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira.
Con tal pronunciamiento se viola el artículo 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia se viola el artículo 12 *ejusdem*, al no atenerse la decisión recurrida a lo alegado en autos. En efecto, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone, entre otras cosas, que el juez debe decidir conforme a lo alegado en autos, lo cual constituye una reiteración del principio dispositivo que caracteriza el procedimiento civil en nuestro ordenamiento jurídico. Las disposiciones citadas sujetan el pronunciamiento del juez a todos los alegatos formulados por las partes, sin que le sea posible dejar de decidir alguno de ellos (incongruencia negativa), o por el contrario, extender su decisión sobre excepciones o argumentos de hechos (sic) no formulados en el proceso (incongruencia positiva). En el presente caso, con la decisión recurrida se confirma lo decidido por el tribunal de la causa, incurriendo de tal manera en el vicio denunciado, toda vez que el juez en su decisión sacó elementos no alegados ni probados que no fueron objeto del dispositivo del fallo que se ejecuta, supliendo excepciones y argumentos no alegados ni probados, expresando en su decisión lo siguiente:

...Omissis...

Es claro entonces que la decisión recurrida incurre en el vicio de incongruencia positiva, al referirse a circunstancias que no han sido alegadas, supliendo con ello argumentos no alegados por las partes, y haciendo una interpretación equivocada de lo acontecido en este caso, de que el apoderado de la parte demandante reconvenida al consignar los cheques al tribunal de la causa, expresó en su diligencia lo siguiente: "La consignación fue solo a los efectos del pago de los conceptos derivados de la sentencia interlocutoria". Es decir, que solo se estaba refiriendo al pago de los gastos ocasionados por la decisión interlocutoria, referida exclusivamente a la ejecución del fallo, ya que fue ordenado por el Juzgado Superior en virtud de la apelación propuesta, el pago de las costas de la ejecución y no a lo decidido en la sentencia definitiva que puso fin al juicio objeto de la ejecución, o

> sea que no se trataba del pago del valor del inmueble como erróneamente lo interpretó el juez en su decisión...”.

Para decidir se observa:

El formalizante realiza los mismos argumentos expresados en la denuncia anterior, pero esta vez enfocados en el vicio de incongruencia positiva, en vez del vicio de ultrapetita.

En relación con ello, es oportuno indicar que si bien la ultrapetita y la incongruencia positiva, constituyen manifestaciones del incumplimiento del deber del juez de dictar sus decisiones con sujeción a lo alegado por las partes, la ultrapetita se delimita al aspecto particular de conceder más de lo pedido, esto es: tiene relación concretamente con la petición contenida en el escrito de demanda, mientras que la incongruencia positiva se refiere a la falta de correspondencia entre lo decidido y la situación fáctica que determina la controversia, esto es: las afirmaciones de hecho en que fue sustentada la pretensión en el escrito de demanda, así como las alegadas en su rechazo (defensas o excepciones) en el escrito de contestación.

Asimismo, es oportuno indicar que la congruencia ha sido extendida respecto de los alegatos formulados en los informes, siempre que éstos se refieran a situaciones conocidas o surgidas luego de trabada la litis y, por ende, de imposible presentación en los actos de determinación de la controversia. Como ejemplo de ello ha sido indicado aquellos alegatos relacionados con la

confesión ficta, o los expuestos en los informes en contra de la prescripción opuesta en la contestación.

En ambas hipótesis, el escrito de informes constituye la sola oportunidad de alegación en ejercicio del derecho de defensa, sin que en modo alguno la extensión del requisito de congruencia pueda comprender alegatos que pueden ser formulados por las partes en otros actos procesales, como es el recurso de casación y su formalización, en cuya hipótesis lo propio es elaborar la respectiva denuncia de forma o fondo, sin que sea permisible su sustitución mediante un alegato de incongruencia, que en definitiva pueda dar lugar a reposiciones inútiles.

Como ejemplo de ello, puede ser citado el alegato de reposición no decretada contenido en el escrito de informes, lo que constituye el fundamento propio de una denuncia por omisión o quebrantamiento de formas procesales con menoscabo del derecho de defensa, prevista en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo conocimiento la Sala determina en definitiva si es útil la reposición, o bien el alegato de prueba irregular, que debe ser formulado en el contexto de una denuncia de infracción de regla de establecimiento de la prueba, comprendida en los artículos 313 ordinal 2° y 320 del Código de Procedimiento Civil.

De igual forma, la Sala deja sentado que la sujeción del juez sólo procede respecto de la situación fáctica planteada por las partes, mas no respecto de los alegatos de derecho formulados por éstas, por cuanto la labor de

determinación de la correcta interpretación y aplicación de la ley corresponde al juez, y no a las partes.

Hechas estas precisiones, la Sala reitera al formalizante los razonamientos expuestos en la denuncia anterior, respecto de que la congruencia prevista como motivo del recurso de casación por defecto de actividad, en los artículos 244 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, resultan de la comparación entre el acto de alegación de la parte y la decisión, mas no entre dos actos judiciales, que han sido dictados uno en ejecución del otro, lo que en todo caso constituye el soporte propio de una denuncia de infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, relacionado con la cosa juzgada.

Por las expresadas precedentemente, la Sala desestima, por inadecuada fundamentación, la denuncia de infracción de los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

I

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil *"por inobservancia de dicha norma"*, con el siguiente fundamento:

> "...el fallo recurrido no solamente contiene los vicios de forma ya denunciados, sino que también violó el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil. Esta infracción constituye el quebrantamiento

de Ley expresa, prevista en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil y así lo denuncio formalmente.
Como se observa, la sentencia recurrida confirma en todas sus partes la decisión de primera instancia y ordena a mi representado la entrega del inmueble en cuestión a los demandantes, quebrantando la cosa juzgada, principio de carácter constitucional desarrollado en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil cuya infracción aquí denuncio, el cual fija los límites a los que debe ceñirse el juez con respecto a la sentencia ya pronunciada y que bajo los efectos de la cosa juzgada, le impide todo nuevo pronunciamiento sobre lo que ya había sido decidido previamente.
Ciudadanos Magistrados, es imposible que se ordene la entrega material del inmueble en cuestión, si esto no ha sido establecido en ninguna parte de la decisión que se ejecuta, pues se estarían agregando elementos nuevos, atentando contra la autoridad de la cosa juzgada que es inmutable e inmodificable, es decir, que en ningún caso otra autoridad puede alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
Ahora bien, en la sentencia definitiva cuya ejecución dio lugar al presente recurso, se condenó a los ciudadanos ARNOLDO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA CHACÓN DE MARCIALES, para que en el término de 90 días calendarios continuos, contados a partir que (sic) quedara firme la decisión, previo el otorgamiento del documento de condominio, otorgaran por ante la Oficina Subalterna de registro correspondiente el documento por medio del cual dan en venta a mi representado CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ el bien inmueble objeto de controversia, **pero nunca se ordenó que la parte demandada reconviniente tuviera que desocupar el referido inmueble, y hacerle entrega del mismo a los demandantes.** En efecto, en ninguna parte de la sentencia cuya ejecución originó la decisión que se recurre, determina que mi mandante tenga que entregar el referido inmueble. Al ordenarse la entrega de dicho inmueble se está vulnerando la autoridad de la cosa juzgada de la decisión definitivamente firme que se ejecuta. Para que se considere vulnerada la autoridad de la cosa juzgada es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior, como fue el caso de autos.
Al respecto, el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, establece:

...Omissis...

> Por lo expuesto necesariamente ha de concluirse que en el presente caso se violó el principio de la cosa juzgada, toda vez que se pronunciaron sobre una sentencia declarada firme y la cual infringió por falta de aplicación del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, que fija los límites a los que debe ceñirse el juez con respecto a la sentencia ya pronunciada y que bajo los efectos de la cosa juzgada le impedían, todo nuevo pronunciamiento sobre lo que ya había sido decidido previamente...". (Negritas del formalizante).

Para decidir, la Sala observa:

El formalizante plantea la infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, en el contexto de una denuncia de infracción de ley.

En relación con ello, la Sala considera oportuno indicar que el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil es una norma de carácter procesal, por cuanto regula los efectos de las decisiones dictadas en ejercicio de la función judicial tanto en el mismo proceso, como en otro distinto.

Ahora bien, respecto de la infracción de las normas procesales, esta Sala reitera el precedente establecido en la sentencia de fecha 15 de marzo de 2005, caso: HENRY ENRIQUE COHENS ADENS, contra HORACIO ESTEVES ORIHUELA, respecto de que la norma procesal puede constituir el fundamento propio de una denuncia de quebrantamiento de forma, si es aplicada por el juez en conocimiento de algún aspecto procesal surgido con motivo de la tramitación del juicio, y puede ser denunciada en el contexto de una denuncia de error de juzgamiento, si la norma fue aplicada por el juez que dictó la sentencia recurrida, para decidir la controversia.

De conformidad con lo expuesto, la Sala determina que la infracción de la norma procesal configura un supuesto del recurso de casación por quebrantamiento de formas, si se refiere al *iter procedimental* o un aspecto del mismo, o bien a la estructura formal de la sentencia, y sólo podría constituir el fundamento propio de una denuncia por infracción de ley, si la norma procesal fue infringida por el juez al resolver la controversia.

Sobre este particular, la doctrina ha aportado razonamientos claros que permiten diferenciar la situación descrita, entre las cuales es acertado citar a Giuseppe Chiovenda, quien ha sostenido "*...hay error de juicio o defecto de juzgamiento cuando se hace* ***a la cuestión controvertida*** *una falsa aplicación de la voluntad de la ley...*". (Citado por Humberto Cuenca, Curso de Casación Civil, pág. 103).

Acorde con ello, Francesco Carneluttti ha afirmado que la diferencia entre errores de actividad y quebrantamiento de ley "*...no está sino en la profunda diferencia entre el orden y el fondo, esto es, entre la conducción del proceso y la decisión de la litis o la administración del negocio...*". (Instituciones del Proceso civil, págs. 249-250).

La doctrina nacional ha expresado que la infracción de la norma procesal constituyen un error de juzgamiento "*...si influye directamente en el dispositivo del fallo, y no en el orden de los actos del proceso...*", lo que sólo ocurre "*...cuando se trata de errores cometidos en la sentencia definitiva que determinan la resolución de la controversia...*", y han hecho referencia al caso

específico de que el juez declare erróneamente la perención, con motivo de lo cual han explicado de forma clara que "*...Se trata de un defecto de actividad, pues el Juez no decidió la controversia sino que se pronunció sobre el orden del proceso y el efecto la eventual casación será de reposición al estado que se encontraba el proceso cuando se declaró su extinción...*". (La Casación Civil, Editorial Jurídica Alva S.R.L., Caracas, 2000, págs. 217, 221 y 255).

Acorde con los criterios expuestos por los nombrados procesalistas, esta Sala ha establecido que el error de juicio está relacionado "*...con cuestiones que constituyen el fondo de la controversia...*". (Sentencia de fecha 24 de febrero de 1994, caso: Efraín Silguera c/ C.A. Fichaza Sociedad de Capitalización).

Hechas estas consideraciones, la Sala observa que el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil establece: "*Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita*".

Esta norma regula los efectos de las sentencias que deciden la controversia, tanto en el mismo juicio, como en cualquier otro.

Ahora bien, es necesario distinguir el supuesto de violación de la cosa juzgada en el mismo proceso, de los alegatos relacionados con la cosa juzgada recaída en otro juicio. Pues en el primer caso se tratará de un aspecto procesal surgido en este proceso, respecto del cumplimiento de la sentencia que le puso fin al juicio, mientras que en el segundo se trata de una situación distinta –no ocurrida ni alegada en el caso concreto-, relacionada con el alegato de que la

pretensión deducida en el nuevo juicio debe ser desechada por cuanto ya fue decidida por sentencia definitivamente firme, en cuya hipótesis se trata de un alegato incorporado en el proceso por el demandado o los terceros, que debe ser probado en ese juicio.

Por consiguiente, en el primer caso la prueba de la violación de la cosa juzgada consta en las mismas actas del expediente, mientras que en el segundo se trata de un hecho nuevo incorporado al proceso, que debe ser probado mediante el traslado al expediente de la copia de la decisión que adquirió fuerza de cosa juzgada.

Lo expuesto permite determinar que de ser irrespetada la cosa juzgada con motivo del cumplimiento de la sentencia definitivamente firme y, por ende, de forma sobrevenida durante la tramitación del mismo juicio, ello da lugar a una incidencia referida a un aspecto netamente procesal surgido en el mismo proceso, cuya solución deriva del examen de las propias actas del proceso. En ese caso, la infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil debe ser encuadrada en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, por haber sido omitido o quebrantadas formas procesales con menoscabo del derecho de defensa.

Por el contrario, si la cosa juzgada es alegada en otro juicio con el propósito de que la nueva pretensión sea desestimada, se trata de un hecho afirmado que debe ser probado, mediante el traslado en copia de la decisión definitivamente firme que puso fin al otro juicio, en cuya hipótesis se trata de

una prueba incorporada en el expediente, y su examen es hecho por el juez para determinar si desestima o no esa nueva pretensión. En esta hipótesis, la infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, constituye el fundamento de una denuncia de infracción de ley, pues de su interpretación o aplicación dependerá la suerte de la nueva demanda respecto de la cual ha sido alegada la existencia de la cosa juzgada.

Hecha esta precisión, la Sala observa que en el caso concreto ha sido invocado el primer supuesto. No obstante, el formalizante encuadró su denuncia en forma inadecuada en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, lo que no impide el conocimiento de la denuncia, por cuanto tiene un soporte claro y preciso como es la violación de la cosa juzgada. Por consiguiente, la Sala conocerá la denuncia en el contexto de un quebrantamiento de forma procesal con menoscabo en el derecho de defensa, por ser este el enfoque correcto y contener la denuncia un fundamento comprensible que se corresponde con ese motivo del recurso de casación.

Hecha esa consideración la Sala observa que el formalizante plantea que en la sentencia definitiva se condenó a los ciudadanos ARNOLDO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA CHACÓN DE MARCIALES, para que en el término de 90 días calendarios continuos, contados a partir que quedara firme la decisión, previo el otorgamiento del documento de condominio, otorgaran por ante la Oficina Subalterna de registro correspondiente el documento de compra venta a CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, y

en tal sentido, alega que dicha sentencia nunca ordenó que la parte demandada reconviniente tuviera que desocupar el referido inmueble para entregarlo a los demandantes, con lo cual la recurrida infringió el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone:

> "Ningún Juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella **o que la ley expresamente lo permita**". (Negrillas y subrayado del texto).

Ahora bien, en el caso concreto lo cuestionado por el formalizante trata sobre el cumplimiento de la sentencia, para lo cual la Sala observa:

El principio general de las obligaciones establece que quien contrae una obligación, cualquiera que fuere su fuente, queda sujeto a su ejecución y a su cumplimiento, el cual puede ser efectuado voluntariamente por el deudor o puede ser impuesto por el acreedor coactivamente, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales. La primera forma, es aquella que tiene lugar cuando el deudor por su propia voluntad y sin que sobre él se hubiese empleado medio coactivo alguno, cumple la obligación contraída. Por ejecución forzosa, se entiende el cumplimiento coactivo que le es impuesto al deudor por los tribunales de justicia, a petición del acreedor, cuando no cumple voluntariamente su obligación. (Eloy Maduro Luyando. Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Fondo Editorial Luís Manojo, Caracas, p. 77).

La doctrina asimila el cumplimiento de la obligación al "pago de la obligación". En este sentido, el pago de la obligación equivale a la ejecución de la obligación asumida, y ésta a su vez da por cumplida aquella que la generó.

Cabe destacar, que toda obligación puede ser cumplida tal como fue contraída; o por equivalente, con el pago por la no ejecución de aquella. Su cumplimiento está sujeto al contenido del artículo 1.264 del Código Civil, cuya norma contrae el principio general en esta materia así:

> "Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas...".

En la norma transcrita, el legislador contempla la forma básica de cumplimiento de una obligación: la ejecución de la obligación tal como ha sido contraída o establecida por el juzgador.

Sin embargo, existen situaciones en las cuales existe imposibilidad de cumplir la obligación como fue contraída, tal es el caso del artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, cuya norma dispone que:

> "Si en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa del deudor.
> En caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de que **la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o <u>la hiciere demasiado onerosa</u>, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527**". (Negritas de la Sala).

Esta segunda situación, de cumplir la obligación por equivalente por la no ejecución de la obligación, no es más que otra forma de cumplimiento de la obligación, que el legislador ha previsto como sanción por la inejecución de la obligación originariamente establecida.

Desde este último punto de vista, el cumplimiento de la obligación por equivalente puede ser sustitutiva y, el efecto fundamental de su cumplimiento, es la extinción de la obligación; de allí que la doctrina sostenga que el cumplimiento de la obligación es el modo de extinción por excelencia de las obligaciones, lo cual comprende: la liberación del deudor, quien queda absolutamente desvinculado de la obligación y; la extinción de las acciones del acreedor de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación.

Hechas estas consideraciones, se debe observar que en el presente caso, el juez superior dejó sentado en el fallo recurrido lo siguiente:

> "...En la incidencia surgida en ejecución de sentencia del juicio que por RESOLUCIÓN DE CONTRATO accionara el ciudadano ARNOLFO MARCIALES MACÍAS, venezolano, mayor de edad, de este domicilio, médico endocrinólogo, titular de la cédula de identidad N° V-3.193.347, representado por el abogado PEDRO ANTONIO SÁNCHEZ CHACÓN, titular de la cédula de identidad N° V-1.524.013, con domicilio procesal en la Carrera 6 con Calle 6, Edificio Márquez, piso 1 oficina 1, San Cristóbal del estado Táchira e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 6.690, contra el ciudadano CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, venezolano, mayor de edad, médico cirujano, de este domicilio, titular de la cédula de identidad N° V-4.089.932, representado por las abogadas MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI y PATRICIA BALLESTEROS OMAÑA, venezolanas, mayores de edad, titulares de las cédulas de identidad Números V-11.951.301 y V-9.218.086, respectivamente, con domicilio procesal en la Carrera 3 con Calle 4, Edificio Centro Colonial Dr. Toto González, Oficina 6, San Cristóbal del estado Táchira e inscritas en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Números 48.137 y 24.427, en su orden; conoce esta Alzada de las presentes actuaciones con motivo del recurso de apelación que ejerciera la abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI, en su carácter de coapoderada judicial de la parte demandada reconviniente el 15 de noviembre de 2005 contra la decisión dictada el 8 de noviembre de 2005 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil,

Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial, la cual declaró compensado al demandado reconviniente CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, con el retiro por parte de su apoderada judicial de la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000,00), que comprende el valor del inmueble según avalúo, y las costas de ejecución de sentencia, así como también declaró con lugar la solicitud de entrega del inmueble formulada por la parte actora.

I

ANTECEDENTES

En fecha 27 de agosto de 2003 el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y otras materias de esta Circunscripción Judicial, dictó decisión mediante la cual en razón de haber declarado parcialmente con lugar la reconvención, condenó a la parte demandante reconvenida para que previo el otorgamiento del documento de condominio otorgara ante la Oficina de Registro correspondiente el documento de venta sobre un local para Consultorio Médico (folios 438 al 462).
Mediante diligencia de fecha 6 de octubre de 2003, la coapoderada judicial de la parte demandada, solicitó al aquo decretara la ejecución voluntaria de la sentencia (folio 466). El 15 de abril de 2004 la coapoderada judicial de la parte demandada, solicitó la ejecución forzosa de la sentencia y a tales fines con fundamento en los artículos 527 y 529 del Código de Procedimiento Civil pidió que se ordenará determinar en cantidad de dinero líquida el precio actual del local objeto de la causa. Por diligencia del 26 de mayo de 2004 ratifica tal pedimento y solicita además las costas de la ejecución.
El Juzgado *aquo* el 22 de septiembre de 2004 acordó en conformidad lo solicitado, salvo las costas y la indexación (folios 485 y 486). Apelado el mismo el 18 de noviembre de 2004 (folio 497), el Juzgado Superior Primero en lo Civil y otras materias de esta Circunscripción Judicial en fecha 18 de abril de 2005 declaró parcialmente con lugar la apelación interpuesta y modificó el auto del 22 de septiembre de 2004, consecuencia de lo cual ordenó que el avalúo de los peritos designados por el Tribunal de la Instancia debe hacerse conforme el valor real para el 27 de agosto de 2003, fecha de la sentencia del Juzgado Superior Segundo y declaró procedente el pedimento de costas de la ejecución (folio 652 al 658). Anunciada casación contra la misma, fue negada el 6 de mayo de 2005 (folios 662 y 663).
El avalúo se practicó y fue consignado al expediente el 10 de enero de 2005 (folio 506 al 518), estimando el valor del inmueble (oficina) en la suma de treinta y dos millones doscientos veintitrés mil setecientos bolívares (Bs. 32.223.700,00).

Mediante diligencia de fecha 1 de julio de 2005, el apoderado judicial de la parte actora como cumplimiento voluntario de la sentencia definitiva y firme del 9 de septiembre de 2003, y como pago de todos los conceptos derivados de la sentencia interlocutoria que la ejecuta, dictada por ese Tribunal el 16 de septiembre de 2004, y de la sentencia del Juzgado Superior Primero que la modifica, incluida las costas de ejecución de la sentencia, depositó por ante el aquo dos (2) cheques de gerencia a la orden de Carlos Javier Albertini Bermúdez, por la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000,00), para ser entregados a la parte demandada reconviniente, dando así por terminada la etapa de ejecución del presente juicio (folios 678 y 679).

En esa misma fecha, la coapoderada judicial de la parte demandada solicita la entrega de los cheques consignados por la parte actora (folio 680). Por auto de fecha 4 de julio de 2005, el a quo acuerda hacer entrega a la abogada Martha Gómez de Albertini, coapoderada judicial de la parte demandada, de los dos (2) cheques consignados por la parte actora (folio 681).

En fecha 28 de septiembre de 2005, el apoderado judicial de la parte actora consignó escrito de solicitud de entrega material del consultorio ocupado por Carlos Albertini en forma indebida, ratificado tal pedimento el 5 de octubre de 2005 y 17 de octubre de 2005 (folios 685 y 688).

Por auto de fecha 18 de octubre de 2005, el a quo dispone que se lleve a cabo un acto conciliatorio entre las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 257 del Código de Procedimiento Civil (folios 689).

En fecha 8 de noviembre de 2005, el a quo dictó la decisión ya relacionada ad initio. Contra dicha decisión, la coapoderada judicial de la parte demandada ejerció recurso de apelación en fecha 11 de noviembre de 2005 (folio 718), el cual es oído en ambos efectos por auto de fecha 22 de noviembre de 2005, siendo remitido al Juzgado Superior Distribuidor. Este Tribunal el 9 de enero de 2006 recibe el expediente, le da entrada e inventario bajo el N° 1267 y el curso de ley correspondiente (folios 726 al 729). En la oportunidad correspondiente, ambas partes presentaron tanto escrito de informes como de observaciones (folios 731 al 770).

Por auto de fecha 6 de marzo de 2006, este Tribunal acordó el diferimiento del pronunciamiento de la sentencia por un lapso de treinta (30) días continuos (folio 771), por lo que hallándose la causa dentro de la oportunidad legal para dictar sentencia, lo hace de seguidas previas las siguientes observaciones.

II

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El caso sometido al conocimiento de esta Alzada, versa sobre la apelación interpuesta por la abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI, contra la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de esta Circunscripción Judicial en fecha 8 de noviembre de 2005, la cual dispuso:

"…El Tribunal analizadas las circunstancias antes expuestas, entiende e interpreta, que una vez consignada la antes referida cantidad de dinero, mediante los aludidos cheques de gerencia y que los mismos fueron retirados por la apoderada de la parte demandada reconviniente Abogada MARTHA BEATRIZ GÓMEZ DE ALBERTINI y por ende aceptados, como ella misma lo expresó "para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia", significa que una vez recibido el pago como en efecto lo hizo, se le compensó la imposibilidad de efectuar el otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta, dado el impedimento para protocolizar ante el registro inmobiliario respectivo tales documentos, debiendo CONSECUENCIALMENTE hacer entrega del inmueble. Se entiende que el pago efectuado, es una contraprestación para mantener a las partes en igualdad de condiciones, tal como lo prevén los artículos 15 del Código de Procedimiento Civil y 21 de la Carta Magna; admitir lo contrario, implicaría aceptar que la demandada reconviniente, además de preservar para sí el monto del avalúo más el de las costas, continúe en posesión del inmueble objeto de litigio, cuando ella misma aceptó recibir el precio, "para dar cumplimiento a la sentencia", asentimiento que interpreta este Juzgador, como la misma demandada reconviniente lo expresó en el acto conciliatorio…que es el "equivalente por el no cumplimiento... de la parte demandante de una obligación de hacer como lo era el otorgamiento del documento de condominio del inmueble en donde se encuentra ubicado el consultorio y el documento de propiedad del mismo"; es decir, que fue una compensación por la falta de otorgamiento del documento de condominio y subsiguiente venta… Es importante puntualizar, reiterar y enfatizar, que lógica y jurídicamente la intención de la Juzgadora (Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil en decisión de fecha 22.9.2004, folio 485 y 486) fue hacer que la parte demandante al no poder cumplir con la obligación de protocolizar el documento de condominio y subsiguiente venta, le fue establecida dicha obligación en forma líquida y exigible. En consecuencia, al existir tal imposibilidad, el inmueble objeto de litigio sigue siendo propiedad del demandante

reconvenido, previo pago del monto que arrojó el avalúo, con la consecuencia lógica que el demandado reconviniente debe hacer entrega del inmueble, ya que, resulta injusto para éste Juzgador, que la demandada reconviniente, además de recibir y aceptar, como en efecto lo hizo, la suma de dinero ya señalada, quede también en posesión del inmueble, considerándose cumplida la ejecución de la sentencia del Tribunal Superior Primero de esta Circunscripción Judicial proferida en fecha 18.4.2005…con la entrega del dinero por parte del demandante reconvenido y su aceptación por la parte demandada reconviniente y procedente la entrega del inmueble en cuestión…".

Estando dentro de la oportunidad legal para presentar informes la parte demandada reconviniente y apelante, realiza en la misma una síntesis de la controversia, y arguye a su vez que la decisión objeto de la presente apelación viola el principio de la cosa juzgada, toda vez que, el ciudadano Juez se pronunció sobre una sentencia declarada firme y ya ejecutada y la cual infringió por falta de aplicación del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, que fija los límites a los que debe ceñirse el juez con respecto a la sentencia ya pronunciada y que bajo los efectos de la cosa juzgada le impedían, todo nuevo pronunciamiento sobre lo que ya había sido decidido previamente.

Igualmente estando dentro de la oportunidad legal para presentar informes la parte actora hizo un resumen de las actuaciones cumplidas en la controversia, indicando que una vez hecho el pago de la condenatoria del dispositivo de la sentencia, según lo ordenado por el Tribunal, y recibido a satisfacción por la parte demandada reconviniente, transcurrió un período de tiempo de tres meses, y a pesar de que su conferente esperó un tiempo prudencial para que dicho ciudadano consiguiera otro local para su trabajo, Carlos Albertini no dio muestras de proceder a desocupar. En tales circunstancias, el día 28 de septiembre de 2005 se solicitó al tribunal la entrega material del mismo, la cual fue acordada y ordenada en la sentencia que motiva la presente apelación.

Observa esta juzgadora de las actas que conforman el presente expediente, que en virtud de considerar el a quo inejecutable la sentencia del Superior Segundo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante auto de fecha 22 de septiembre de 2004 resolvió:

"…este Tribunal en atención a Sentencia dictada en fecha 3 de diciembre de 2004, por el Tribunal Supremo de Justicia-Sala Constitucional, que dispone: "…si se considera que los dispositivos de las sentencias firmes de condena pueden ser variados mediante experticia complementaria, en los casos de los artículos 527, 528,

529, 530 del Código de Procedimiento Civil, casos en que los parámetros de las experticias no conste en la sentencia firme, sino en autos posteriores a ella, se debe concluir que siempre que el dispositivo de un fallo sea una condena, si la liquidación de la misma se ejecutare mediante experticia complementaria, las exigencias del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, podrán cumplirse posteriormente si es que no constan en el fallo, y siempre que con ellas no se desmejore debido al transcurso del tiempo la situación del perdidoso con respecto a la fecha de la decisión. …en el presente caso el Tribunal observa que no se puede ejecutar la obligación, razón por la cual en aplicación a la jurisprudencia transcrita y a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, se dispone determinar el crédito en una cantidad de dinero, debiendo realizarse previamente el avalúo del inmueble. En consecuencia, se fija…para que tenga lugar el acto de nombramiento de peritos avaluadores, los cuales deberán determinar el valor del inmueble objeto del presente litigio, a la fecha 27 de agosto de 2003, en que fue dictada la Sentencia por el Juzgado Superior. En cuanto al planteamiento hecho por la parte demandada en las diligencias arriba indicadas, referentes a la determinación de las costas e indexación, el Tribunal los niega por cuanto con el justiprecio que se haga del inmueble se tomará en cuenta el valor del mismo para el momento de la Sentencia, actualizándose de esta manera el valor de la obligación cuya indexación se pide la cual está incluida en esa actualización. En cuanto al requerimiento de las costas, cabe observar que en la Sentencia dictada por el Juzgado Superior no hubo condenatoria en costas… (Negrillas y subrayado de este Tribunal).

Asimismo, observa esta Alzada que dicha sentencia es modificada por el Juzgado Superior Primero en fecha 18 de abril de 2005, solo en lo que respecta a que consideró procedentes las costas de ejecución de sentencia; que luego de practicado el avalúo, el demandante reconvenido voluntariamente consignó dos (2) cheques de gerencia por la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000) a fin de dar cumplimiento con lo sentenciado. Ahora bien, al haber retirado la representación del demandado reconviniente los cheques de gerencia continentes de la suma arriba indicada, se hizo efectivo el fin último de todo juicio cual es su ejecución, siendo satisfecho en su pretensión, por lo que no ha lugar a dudas que lo único que resta en el presente caso es que el demandado reconviniente desocupe el local que utiliza como Consultorio en el “Centro Médico en Especialidades San Román”, pues ante la improcedencia del cumplimiento en

> especie se resolvió un cumplimiento por equivalente, debiendo volver las cosas al estado en que se hallaba, antes del negocio jurídico que originó la presente litis, es decir, el local que funge como consultorio en el "Centro Médico de Especiales San Román" sigue siendo de la propiedad del ciudadano Arnolfo Marciales Macías.
> El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la obligación en que se hallan los jueces de conocer y decidir las causas sometidas a su conocimiento, y a más de eso, ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, ya que como bien se dejó sentado en jurisprudencia del 3 de diciembre de 2003, la misma invocada en la decisión del 22 de septiembre de 2004 corriente en este expediente: "Resultaría un flaco servicio a la justicia, que los fallos no pudieran ejecutarse, a pesar que declaren con lugar la demanda, cuando lo establecido en el dispositivo sufre transformaciones o se hace inaprensible. Ante tal iniquidad, a menos que lo decidido y ordenado trate de algo sumamente puntual e insustituible, el Código de Procedimiento Civil contempla en la fase de ejecución de la sentencia, los artículos citados que permiten la sustitución del objeto del dispositivo del fallo"; por lo que en criterio de esta operadora de justicia el fallo apelado debe confirmarse en todas sus partes, ya que en razón de las precedentes consideraciones el Tribunal a quo no violó la cosa juzgada, Y ASÍ SE DECIDE...".

Como se evidencia, el Juez Superior confirmó la decisión del Juez de Primera Instancia, que estableció que en virtud de ser inejecutable la sentencia definitivamente firme de fecha 27 de agosto de 2003, los peritos nombrados por el tribunal determinaron el cumplimiento de la obligación en una cantidad de dinero, siendo equivalente para ello el valor del inmueble objeto del presente litigio para el momento de dictada la sentencia por el órgano superior.

Asimismo, dejó sentado que luego de que los peritos practicaron el avalúo al inmueble, y establecieron su valor en dinero, el demandante reconvenido voluntariamente consignó dos (2) cheques de gerencia por la suma de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000), en el que se incluyó el

cumplimiento de la sentencia por equivalente y las costas procesales; que al haber la representación del demandado reconviniente retirado los cheques de gerencia con la suma arriba indicada, se hizo efectivo el fin último de todo juicio cual es su ejecución, quedando satisfecha la pretensión, siendo procedente la desocupación del Consultorio en el "Centro Médico en Especialidades San Román" ubicado en la ciudad de San Cristóbal, pues ante la improcedencia del cumplimiento en especie se resolvió un cumplimiento por equivalente, debiendo volver las cosas al estado en que se hallaba antes del negocio jurídico que originó la presente litis.

Ahora bien, el cumplimiento por equivalente procede en todos los casos en que no es posible o se hiciere muy oneroso el cumplimiento en especie. Esto está apoyado en el primer aparte del artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

> "...en caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de **que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa**, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527...". (Negritas de la Sala).

Asimismo, la Sala encuentra que las formas de cumplimiento de una obligación no son de orden público, por cuanto las partes, conforme a sus particulares intereses y deseos, pueden decidir la forma de cumplimiento que más les convenga, lo cual permite que las partes (deudor y acreedor) convengan en que la obligación de hacer se ejecute mediante un cumplimiento por equivalente. Esto fue lo ocurrido en el presente caso, en el que la abogada

MARTHA BEATRIZ GÓMEZ en representación de CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ, solicitó al *a quo* la ejecución forzosa por equivalente de la sentencia definitivamente firme de fecha 27 de agosto de 2003, con soporte en que era muy oneroso otorgar el documento de condominio, en virtud de que la Ley de Propiedad Horizontal establece el cumplimiento de una serie de requisitos que sólo pueden ser cumplidos por el vendedor, y en tal sentido, pidió al tribunal *a quo* establecer una cantidad de dinero líquida como precio del local objeto de la presente causa, con el nombramiento de dos peritos.

La doctrina sostiene que existen situaciones en las cuales no es procedente el cumplimiento en especie de la obligación establecida en la sentencia, natural o jurídicamente. En tales situaciones, el cumplimiento en especie debe ser reemplazado o sustituido por el cumplimiento por equivalente, tal como sucede cuando las partes convienen en que la obligación se ejecute mediante un cumplimiento distinto al inicialmente pautado, conforme a sus intereses, pudiendo decidir ellos finalmente que es lo que más les conviene.

Esto fue lo que ocurrió en el presente juicio, en el que el demandado reconvincente, al no ver satisfecha la sentencia condenatoria contra del demandante reconviniente, solicitó su ejecución por equivalente, con el pago de una cantidad líquida de dinero calculada en base al valor del inmueble para ese momento, lo cual fue acogido por el demandante reconvenido con la consignación de los dos cheques de gerencia consignados al expediente, y

conforme al artículo 529 del Código de Procedimiento Civil dicha decisión es ajustada a derecho.

El formalizante señala además que con la decisión del juez superior de que fue satisfecha la ejecución por equivalente de la sentencia condenatoria, se violó la cosa juzgada porque la sentencia del 27 de agosto de 2003, no ordena la entrega del inmueble.

El artículo 272 del Código de Procedimiento Civil dispone que:

> "Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella **o que la ley expresamente lo permita**". (Negritas de la Sala).

Precisamente la Ley, a través del artículo 529 *eiusdem*, permite expresamente modificar el cumplimiento de la obligación contenida en la sentencia, al establecer que si en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer, el juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa del deudor, **y en caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero**.

Esta norma establece una de las excepciones establecidas expresamente por el legislador al principio general de que ningún juez no podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, pues permite a las partes establecer la forma de cumplimiento de la sentencia.

La Sala reitera que las formas de cumplimiento de la sentencia no son de orden público. Esto quiere decir, que el sentenciador a solicitud de las partes puede modificar la forma de cumplimiento de la obligación, sin incurrir en la violación de la cosa juzgada, por cuanto la ley expresamente se lo permite, por lo que esta prestación distinta ejecutada por el deudor viene a compensar al acreedor por la falta de ejecución de la sentencia en la forma en que se establecida la condena, lo que equivale a su vez al pago por cumplimiento de la obligación y a la extinción de la misma.

En el presente caso, el sentenciador estableció que era posible modificar, conforme a los particulares intereses de las partes, el cumplimiento de la obligación de otorgar el documento de condominio y el de compra venta, por el pago de una cantidad líquida, de conformidad con el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, la Sala evidencia que una vez acordado por el tribunal el cumplimiento de la sentencia por equivalente, la parte legitimada no apeló contra dicho auto, lo que quiere decir que estuvo de acuerdo con lo decidido, quedando la misma firme.

La Sala no puede finalizar el análisis de la presente denuncia, sin antes aclarar lo siguiente:

En Venezuela no existe una norma expresa que consagre el principio de prioridad de la ejecución en especie; sin embargo, no debe concluirse que el principio no existe, por el contrario, el artículo 1.264 del Código Civil dispone

que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, y el deudor es responsable de los daños y perjuicios, en caso de contravención.

La previsión de esta norma se confirma de un modo más directo en el artículo 1.290 Código Civil, que consagra el principio de identidad en el cumplimiento, cuando dispone que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor sea igual o superior, pero sucede que en el caso concreto, el acreedor solicitó al Tribunal de Primera Instancia el cumplimiento de la obligación por equivalente de la sentencia, razón por la cual no hay motivos para su desestimación.

Para finalizar, la Sala observa que en las obligaciones de hacer el legislador señala que en caso de no ejecución de esas obligaciones, el acreedor puede ser autorizado a hacerlas ejecutar él mismo a costa del deudor. De la sentencia recurrida, no hay evidencia de que el acreedor haya solicitado al tribunal "hacerse autorizar" para ejecutar la obligación él mismo, a costa del deudor, por lo que se debe concluir, una vez más, que se conformó con la ejecución por equivalente ocurrida en el juicio.

En consecuencia, no puede pretender el formalizante aprovecharse del pago de dinero obtenido por la ejecución de la sentencia, y a la vez aprovecharse del inmueble, impidiendo su desocupación, con la excusa de que el pago de ese dinero es por el equivalente por el no cumplimiento de la obligación de hacer por parte del demandante reconvenido, es decir, como indemnización

por los daños y perjuicios, lo que sí constituye una pretensión distinta a la dirimida en el presente juicio.

Por las razones expresadas precedentemente, la Sala desestima la denuncia de infracción del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil. Así se establece.

II

De conformidad con el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 527, 529 y 249 *eiusdem*, por falta de aplicación, sustentado en lo siguiente:

> "...la sentencia recurrida al ordenar a mi representado la entrega del inmueble en cuestión a los demandantes, quebrantó por inobservancia los articulo 527, 529 Y 249 del Código de Procedimiento Civil cuya infracción aquí denuncio. En efecto, la decisión definitiva cuya ejecución dio lugar a la sentencia interlocutoria que originó el presente recurso, se condenó a los ciudadanos ARNOLFO MARCIALES MACÍAS e ISABEL TERESA CHACÓN DE MARCIALES, para que en el término de 90 días calendario continuos, contados a partir que (sic) quedara firme la decisión, previo el otorgamiento del documento de condominio, otorgaran por ante la Oficina Subalterna de Registro correspondiente el documento por medio del cual dan en venta a mi representado CARLOS JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ el bien inmueble objeto de la controversia. Posteriormente, en fecha 22 de septiembre de 2004, el Juzgado de la causa decidió que por cuanto la Sentencia era inejecutable, dispuso determinar el crédito en una cantidad de dinero, debiendo realizarse previamente el avalúo del inmueble, fijándose la oportunidad para que tuviese lugar el nombramiento de los peritos. Igualmente negó el pedimento de costas e indexación. Contra esta decisión interlocutoria de fecha 22 de septiembre de 2004, se interpuso Recurso de Apelación y el Juzgado Superior Primero en lo Civil Mercantil, Tránsito, Bancario, Protección del Niño y del Adolescente de esta Circunscripción Judicial en fecha 18 de abril de 2005, fue quien conoció de la decisión y declaró: 1.- Parcialmente con lugar la apelación interpuesta por mi representado CARLOS

JAVIER ALBERTINI BERMÚDEZ. 2.- Modificó el auto apelado de fecha 22 de septiembre de 2004, ordenando que el avalúo de los Peritos designados por el Tribunal de la Instancia, se haga de acuerdo al valor real para la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil Mercantil, Tránsito, Trabajo Estabilidad Laboral y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Táchira en fecha 27 de agosto de 2003. 3.- Declaró procedente el pedimento de costas del procedimiento de ejecución de la sentencia definitivamente firme dictada por el antes referido Juzgado, vale decir el Juzgado Superior Segundo. 4. Negó la indexación.

En fecha 10 de enero de 2005 la Arquitecto María Edilia Jaimes, en su carácter de Perito designada para practicar el avalúo del inmueble en cuestión, consigna el Informe de Avalúo. En fecha 13 de enero de 2005 la parte demandada reconviniente representada por la abogada Martha Gómez de Albertini impugna el avalúo presentado por los peritos designados, por haberse omitido hechos y detalles importantes para la determinación del valor del inmueble. En fecha 24 de enero de 2005 el apoderado de la parte demandante reconvenida se opone a la impugnación hecha por la Abogado Martha Gómez de Albertini. En fecha 25 de enero de 2005 los peritos designados para practicar el avalúo, rinden un informe en relación a la impugnación hecha al avalúo presentado por ellos. En fecha 19 de mayo de 2005 el apoderado de la parte demandante reconvenida solicita se mantenga con todos sus efectos el avalúo presentado por los peritos y se tenga sin efecto la impugnación que hiciera al mismo la abogada Martha Gómez de Albertini. Sin embargo, luego de ello, el juez de la causa dicta la decisión que fue confirmada en todas su partes por el Juzgado Cuarto Superior que aquí se recurre en la cual no se hizo ningún pronunciamiento con respecto a la impugnación hecha al avalúo por la parte demandada reconviniente, habiéndose decidido tener por válido dicho avalúo sin haberse pronunciado previamente por la impugnación hecha al mismo.

Ciudadanos Magistrados, es evidente que al haberse impugnado el avalúo, correspondía entonces, por aplicación de lo previsto en el artículos 529 del Código de Procedimiento Civil, proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 527 y 249 *ejusdem*, en los cuales se establece lo siguiente:

...Omissis...

Como se observa, en el presente caso, una vez impugnado el avalúo por considerar la estimación mínima, lo procedente era continuar con lo establecido en el artículo 249 antes trascrito oyendo a otros peritos y luego fijar la estimación definitiva, lo cual no ocurrió ya que la

> decisión que origina el presente recurso, dio por válido este avalúo sin pronunciarse sobre la impugnación propuesta, dejando de aplicar las normas antes mencionadas, incurriendo con ello en violación de los artículos 527, 529 y 249 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, lo cual constituye una infracción por quebrantamiento de Ley expresa...".

La Sala, para decidir observa:

El formalizante en esta oportunidad delata el quebrantamiento de la forma procesal del juicio, al sostener que *"...es evidente que al haberse impugnado el avalúo, correspondía entonces, por aplicación de lo previsto en el artículos 529 del Código de Procedimiento Civil, proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 527 y 249 ejusdem..."*.

La Sala ha establecido reiteradamente que el quebrantamiento de la forma procesal del juicio, debe ir enmarcada en las denuncias por defecto de actividad, al amparo del ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la Sala reitera nuevamente, que en sentencia del 15 de marzo de 2005, caso: Henry Enrique Cohens Adens c/ Horacio Esteves Orihuela y otros, expediente 1999-000133, modificó el criterio jurisprudencial sentado en decisión de fecha 30 de noviembre de 2001, caso Perisponio, C.A. c/ Ismael Benito Silva, en el cual dejó sentado que: la infracción de la norma procesal configura un supuesto del recurso de casación por quebrantamiento de formas, si se refiere al *iter* procedimental o un aspecto del mismo, o bien a la estructura formal de la sentencia, y sólo podría constituir el fundamento propio de una

denuncia por infracción de ley, si la norma procesal fue infringida por el juez al resolver la controversia.

En el caso concreto, la denuncia está referida a la falta de pronunciamiento de la impugnación del avalúo en la etapa de ejecución de sentencia, lo que debió ser denunciado a través del ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, por quebrantamiento de la forma procesal del juicio y no por infracción de derecho, por ser las normas delatadas reglas de carácter procedimental para ordenar el destino de esa incidencia.

No obstante, el formalizante encuadró su denuncia en forma inadecuada en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la denuncia tiene un soporte claro y preciso como es la impugnación del avalúo. Por consiguiente, la Sala conocerá la denuncia en el contexto de un quebrantamiento de forma procesal con menoscabo en el derecho de defensa, por ser éste el enfoque correcto y contener la denuncia un fundamento comprensible que se corresponde con ese motivo del recurso de casación, pero sólo respecto de la denuncia del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto las restantes normas delatadas fueron resueltas en el capítulo anterior.

Establece el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil que:

> "En la sentencia en que se condene a pagar frutos, intereses o daños, se determinará la cantidad de ellos, y si el Juez no pudiere estimarla según las pruebas, dispondrá que esta estimación la hagan peritos, con arreglo a lo establecido para el justiprecio de bienes en el Título sobre ejecuciones del presente Código. Lo mismo se hará cuando la sentencia ordene restitución de frutos o indemnización de cualquier

> especie, si no pudiere hacer el Juez la estimación o liquidación, con arreglo a lo que hayan justificado las partes en el pleito.
> En todo caso de condenatoria, según este artículo, se determinará en la sentencia de modo preciso, en qué consisten los perjuicios probados que deban estimarse y los diversos puntos que deban servir de base a los expertos.
> En estos casos la experticia se tendrá como complemento del fallo ejecutoriado; **pero si alguna de las partes reclamare contra la decisión de los expertos, alegando que está fuera de los límites del fallo, o que es inaceptable la estimación por excesiva o por mínima, el Tribunal oirá a los asociados que hubieren concurrido a dictar la sentencia en primera instancia, si tal hubiere sido el caso, y en su defecto, a otros dos peritos de su elección, para decidir sobre lo reclamado, con facultad de fijar definitivamente la estimación**; y de lo determinado se admitirá apelación libremente". (Negritas de la Sala).

En el caso concreto, la Sala evidencia que en fecha 13 de enero de 2005, la parte demandada reconviniente, representada por la abogada Martha Gómez de Albertini, impugnó el avalúo presentado por los peritos designados por el tribunal, con soporte en que se omitieron hechos y detalles importantes para la determinación del valor del inmueble. En fecha 24 de enero de 2005 el apoderado de la parte demandante reconvenida se opuso a la impugnación hecha por la abogada Martha Gómez de Albertini, y el 25 de enero de 2005 los peritos designados rindieron un informe en relación a la impugnación hecha al avalúo presentado.

Seguidamente, se evidencia que el demandante reconvenido consignó en el tribunal dos cheques de gerencia por la cantidad de treinta y cinco millones de bolívares (Bs. 35.000.000,oo), la cual comprendía el valor del inmueble

según el informe de avalúo y las costas de ejecución de la sentencia, dando cumplimiento así a la ejecución de la sentencia por equivalente.

La representación judicial de la demandada reconviniente, por diligencia del 1 de julio de 2005, retiró los cheques emitidos y entregados en el tribunal para cumplir con la ejecución por equivalente de la sentencia condenatoria en el presente juicio.

Con el retiro de los dos cheques de gerencia, la reconviniente mostró la conformidad con la experticia inicialmente impugnada por ella, pues si no estaba de acuerdo con el avalúo del perito, no debió retirar y hacer efectivo los cheques que fueron consignados con el objeto de dar cumplimiento a la sentencia condenatoria, razón por la cual la Sala considera que en modo alguno fue quebrantada la forma procesal del juicio en menoscabo de su derecho de defensa.

Dicho de otro modo, la reconviniente al retirar los cheques de gerencia que daban cumplimiento a la sentencia condenatoria, aceptó de algún modo, el resultado que arrojó el avalúo realizado por el perito en el presente juicio.

Por las razones expresadas, la Sala desestima la denuncia de infracción de los artículos 527, 529 y 249 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

D E C I S I Ó N

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara **SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por el demandado reconviniente, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente, Agrario y Bancario de la precitada Circunscripción Judicial, el día 5 de abril de 2006.

Por haber resultado infructuoso el recurso formalizado, se condena a la recurrente al pago de las costas procesales.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira. Particípese al Juzgado Superior de origen, de conformidad con lo establecido en el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, en Caracas, a los veinticinco (25) días del mes de julio de dos mil siete. Años: 197° de la Independencia y 148° de la Federación.

Presidenta de la Sala,

_____

YRIS PEÑA ESPINOZA

Vicepresidenta-ponente,

_____
ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

Magistrado,

_____
ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

Magistrado,

_____
CARLOS OBERTO VÉLEZ

Magistrado,

_____
LUÍS ANTONIO ORTÍZ HERNÁNDEZ

Secretario,

_____
ENRIQUE DURÁN FERNÁNDEZ

Exp. Nro. AA20-C-2006-000839

Fuente: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00571-250707-06839.htm