



UCAB

Universidad
Católica
Andrés Bello

Caracas
Venezuela

Revista de la Facultad de Derecho N° 53



Revista de la Facultad
de Derecho
1998 / N° 53



Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

Revista de la Facultad de Derecho N° 53

Director Alberto Baumeister

Caracas, 1999

ISSN: 0255-5328

©Universidad Católica Andrés Bello

Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones

Escuela de Derecho / Centro de Investigaciones Jurídicas

Urb. Montalbán - La Vega

Apartado 22320

Caracas 1021. Venezuela

Consejo Editorial

Alberto Baumeister

Director de la Revista de la Facultad de Derecho

Adán Febres Cordero

Decano de la Facultad de Derecho

Fernando Pérez-Llantada

Director de los Postgrados en Derecho

Magaly Vásquez González

Directora de la Escuela de Derecho

María Gracia Morais de Guerrero

Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas

Emilio Píriz Pérez

Director de Publicaciones UCAB

Hermann Escarrá

Profesor de la Facultad de Derecho



Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN

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

Impreso por: EDITORIAL TEXTO

Índice

Editorial	7
SECCIÓN DE DOCTRINA	
1. Nacional	11
Arbitraje	
<i>Algunos tópicos sobre el arbitraje especial contemplado en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros,</i> por Carlos Acedo Sucre	13
Derecho Civil	
<i>La exención de la responsabilidad del médico inducida,</i> por José Andrés Fuenmayor G.	37
Derecho de Integración	
<i>Venezuela en el Mercosur. Sistematización de un proceso,</i> por Andreína Ayala y Sylvia Aitá	43
Derecho Laboral	
<i>Incidencia de la reforma laboral en relación a los intermedios de seguros,</i> por Juan Rafael Perdomo	81

Derecho Mercantil

Bancario

- Notas sobre el numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras instituciones financieras,*
por Pedro Luis Planchart Pocaterra 111

Seguros

- Nuevas tendencias e instituciones en Derecho de Seguros,*
por Alberto Baumeister Toledo 123
- Amortización de los títulos cambiarios (pérdida, sustracción y destrucción),*
por Luis Corsi 153

Derecho Penal y Procesal Penal

- La vigencia anticipada de los institutos del “procedimiento por admisión de hechos” y de los “acuerdos reparatorios” en el Código Orgánico Procesal Penal,*
por Jesús R. Quintero P. 159

Derecho Procesal Civil

- La motivación de la sentencia. Criterios de la Sala de Casación Civil,*
por Levis Ignacio Zerpa 189
- Resultados y conclusiones de la investigación sobre el régimen de las empresas de vigilancia privada y su normativa jurídica en Venezuela,*
por María Gracia Morais de Guerrero. 217

Colaboración estudiantil

- La teoría del velo corporativo y su aplicación en derecho venezolano,*
por Roquefélix Arvelo Villamizar 247

2. Extranjera	271
----------------------------	-----

Derecho Procesal Civil

<i>Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales),</i> por Mabel de los Santos	273
---	-----

SECCIÓN DE RECENSIONES BIBLIOGRAFICAS

1. <i>Revista N° 10 del Comité Ibero Latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA)</i>	
2. <i>Estudios sobre derecho de familia, Francisco López Herrera</i>	
3. <i>Reporte Anual 1997/98 de la International Bureau of Fiscal Documentation (Oficina Internacional de Documentación Fiscal)</i>	
<i>Selección de bibliografía y comentarios</i> por Alberto Baumeister Toledo.	297

SECCIÓN DE ESPECIALES

Varios

Congresos y Eventos

Reseña sobre Congresos Jornadas y Eventos 1998/1999 El XII Congreso Internacional de Criminología en Corea por Elio Gómez Grillo	307
--	-----

Sección Informativa

Homenajes

• <i>Creación de la Biblioteca Dr. Carlos Trejo Padilla en la Sala de Casación Civil</i>	321
--	-----

In memoriam

<i>Ílse Van Der Velde</i>	322
<i>Adolfo Gelsi Bidart</i>	323

SECCIÓN DE REVISTAS

Publicaciones recibidas por canje 327

Nuevas publicaciones 328

RESEÑA

*Curso de Derecho Mercantil. Alfredo Morles Hernández
(Tomos I al III)* 330

Editorial

Nos place entregar otro ejemplar de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, hecho que coincidirá con una serie de eventos, entre otros el cambio de año, y también con la toma de posesión del nuevo gobierno recién electo por nuestro pueblo en otro proceso electoral cumplido en nuestra historia democrática.

En otras palabras y como consecuencia de ambos cambios nos esperan incógnitas y deseos de que nuestras aspiraciones se vean cumplidas para nuestro bien personal y el de nuestra querida patria.

En lo político y social debemos suponer ocurran alteraciones importantes y estructurales, primero por que el nuevo grupo de gobierno llega al poder con las promesas de modificar lo que venían haciendo los tradicionales partidos del status, que mucho han dejado que desear en sus trayectorias de gobierno y contra los cuales los resultados electorales son pruebas evidentes que el pueblo nada más quiere saber de ellos y en el fondo porque una serie de circunstancias críticas para el futuro de Venezuela, así lo requieren y lo imponen.

Como nos hemos permitido destacarlo en anteriores editoriales hay situaciones que ya no admiten demora en ser corregidas, atendidas y resueltas. Lo económico financiero se ha agravado, no solo a nivel nacional, sino en lo internacional, nuestro petróleo ha venido soportando una fuerte baja de precios, a nuestro juicio perfectamente previsible, pero inconcebiblemente prepermitidas en su consideración. La crisis de moral pública y sus efectos institucionales pide a gritos una definición y la necesidad de un profundo cambio de actitudes.

En fin, ojalá que con el nuevo año y la renovación de las autoridades, Venezuela ciertamente inicie otros derroteros para su bien, quiera el Señor iluminar a nuestros nuevos gobernantes para que tomen las decisiones adecuadas y oportunas en beneficio de nuestro país tan huérfano de dolientes en estas últimas décadas.

Somos fervientes creyentes del cambio, pero no de modificaciones insensatas y sin fines claros y determinados. Estamos convencidos que algunas de nuestras viejas estructuras requieren de inmediata modificación. Nuestros nuevos líderes deben tener muy claro lo que ofrecen y medir hasta donde pueden cumplir lo que han ofrecido. El resto de nuestra sociedad debe estar preparada y dispuesta a enfrentar enérgicamente cualquier idea sin sentido, cualquier modificación que no suponga la continuidad democrática, la prosecución de un sistema económico sólido, occidental y alejado de los viejos moldes socialistas y capitalistas a ultranzas.

Finalmente no podemos esperar milagros, vendrán momentos duros, ajustes que supondrán sacrificios, pero Venezuela siempre ha demostrado vocación para superar sus crisis. Muchos otros países en el mundo han enfrentado situaciones similares, y con menos recursos naturales, humanos y políticos han salido adelante. Debemos creer en el país, pero debemos estar dispuestos, ahora más que nunca, a sacrificarnos y luchar por nuestro futuro.

En lo que concierne a nuestra Revista, en este número en beneficio de interesantes y novedosas exposiciones doctrinarias, hemos debido omitir parte de nuestras secciones rutinarias de la revista, esperamos que por la calidad de aquellas, se nos excusaran dichas omisiones.

Por lo demás, resulta difícil presentar novedades en materia de legislación y jurisprudencia, cuando la rutina de publicación se extiende al semestre para no decir casi a la anualidad con la cual viene entregándose nuestra revista. Estamos resistidos a divulgar fiambres, y lo que no suponga novedad.

Incluimos en este número temas de especial interés, como lo son los comentarios del Dr. José A. Fuenmayor sobre las pretendidas exoneraciones inducidas a la responsabilidad médica; el interesante comentario del Dr. Jesús R. Quintero sobre dos de las nuevas instituciones de nuestro nuevo proceso penal. Mucho nos hace meditar la conclusión de sus comentarios y es una alerta grave para nuestros legisladores.

Repetimos al respecto algo que siempre hemos destacado: “la formación y redacción de leyes son procesos serios y delicados que deben confiarse a especialistas y que nuestros congresantes deben entender sino inmunes a la política, que tales labores deben estar ceñidas más a los cánones técnicos y científicos que a otros fines, para normar mejor las realidades sociales y efectivamente contar con instrumentos útiles y provechosos y no alejados de su definido propósito de establecer la legalidad”. No obstante esto no parece estar muy claro en la mentalidad de algunos que vocean lo indiferente que ello resulta ante la voluntad popular. Es indispensable tener presente que “soberanía popular no significa arbitrariedad ni desconocimiento de los principios de Derecho”.

En esta Revista damos cabida a los resultados de dos trabajos del Instituto de investigaciones jurídicas de la Facultad, ambos relevantes e importantes por estar referidos uno a la posición de Venezuela frente al Mercosur, lo cual ahora ha puesto de moda nuestro Presidente recién electo, y otro en que se examina una actividad, si bien necesaria, delicada en su regulación y funcionamiento, como lo es la de los servicios de Seguridad Privada.

Se inserta en la sección de “colaboraciones estudiantiles”, un interesante trabajo sobre el “Velo corporativo” y dicho trabajo permitirá deducir a nuestros lectores la calidad en la formación de alumnos de nuestra Facultad y la preparación que viene dándose a los mismos para realizar investigaciones en el campo jurídico.

Por lo demás, nos place dar la bienvenida a nuevos colaboradores de la Revista, como resulta ser el caso de los Drs. Pedro Planchart Pocaterra, Luis Corsi, y Jesús R. Quintero entre otros. Esperamos continuar contando con sus trabajos e investigaciones.

En lo atinente a Noticias, recomendamos analizar el material que al respecto divulgamos del pasado año en cuanto a celebración de Congresos y Eventos, nuevas publicaciones jurídicas y el incremento del Canje de nuestra Revista, todo lo cual pone de manifiesto que no obstante la crisis que viene afectándonos, continúa un marcado interés por las novedades en Derecho, por el mejoramiento profesional y científico, por el análisis de la problemática jurídica, por el Derecho Comparado y en definitiva por la búsqueda de una mejor Venezuela.

Hacemos recensión igualmente de algunas de las varias e interesantes publicaciones que salieron a la luz pública el pasado año de

1998, sin que las objeto de comentario puedan calificarse siquiera de una “buena muestra” de las muchas que vieron la luz. En el mismo período debemos destacar por igual la puesta en vigencia de varias importantes e innovadoras leyes y de reformas parciales de algunas otras de las existentes, lo cual no dudamos dará lugar a importantes comentarios y análisis en futuros números de nuestra publicación.

Esperamos sea del beneplácito de todos el contenido de este cincuentitrésavo ejemplar de la Revista y seguimos contando con todos nuestros colaboradores para el mayor éxito de la misma.

Alberto Baumeister Toledo
Director de la Revista

SECCIÓN DE DOCTRINA
Nacional

Algunos tópicos sobre el arbitraje especial contemplado en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros

Carlos Eduardo Acedo Sucre

Sumario

- I. Generalidades.
- II. Carácter obligatorio de la función arbitral del Superintendente de Seguros.
- III. Incongruencia de la función arbitral con otras funciones del Superintendente.
- IV. Otras innovaciones de la reforma legal del año 1994.
- V. El recurso de nulidad.
- VI. Necesidad de tramitar el arbitraje conforme a un procedimiento.
- VII. Inaplicabilidad del encabezado del artículo 618 del Código de Procedimiento Civil en el caso previsto en el artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.
- VIII. Opinión de la Superintendencia en cuanto al procedimiento aplicable.
- IX. Consideraciones finales.

I. GENERALIDADES

Entre las funciones del Superintendente de Seguros, se encuentra actuar como árbitro, a solicitud de las partes en conflicto (artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros).

La Ley de Reforma Parcial de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, de fecha 23 de diciembre de 1994, modificó, entre otras disposiciones, el artículo 17 del texto legal publicado el 8 de agosto de 1975, relativo a la aludida función del Superintendente de Seguros como árbitro.

Ahora bien, tanto en su formulación actual, como en su formulación inicial, el citado artículo 17 prevé que la actuación de dicho Superintendente, como juez arbitral, presupone que ambas partes así lo hayan querido. Este artículo, en efecto, señala que el procedimiento arbitral tendrá lugar “a petición de las partes”.

Dicha reforma legal fue dictada antes de la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada el 7 de abril de 1998. De modo que el legislador, al modificar el artículo citado, sólo tuvo como referencia las normas sobre arbitramento contenidas en los artículos 608 a 629 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 1, prevé su aplicación al “arbitraje comercial”. Tanto los seguros terrestres, como los seguros marítimos, constituyen actos objetivos de comercio (artículo 2, números 12 y 20, del Código de Comercio). A esto se añade que las compañías aseguradoras y las de corretaje de seguros son sociedades mercantiles (artículos 42, letra a, y 43, letra a, de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros), cuyas actuaciones constituyen actos subjetivos de comercio (artículo 3 del Código de Comercio).

De modo que, a raíz de la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, es posible sostener que los arbitramentos en que actúe como juzgador el Superintendente de Seguros deben regirse, en primer término, por la norma especial contenida en el artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y, en segundo término, por las disposiciones generales establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial. Esto es sin perjuicio de que las lagunas de esta ley sean llenadas con el articulado del Código de Procedimiento Civil. El ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial es un tema que habrá de ser definido por la jurisprudencia.

II. CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA FUNCIÓN ARBITRAL DEL SUPERINTENDENTE DE SEGUROS

En el texto reformado del artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, se establece, entre otros cambios, que “El Superintendente de Seguros, a petición de las partes, deberá actuar como árbitro...”. Anteriormente, el artículo correspondiente rezaba así: “El Superintendente de Seguros, a petición de las partes, podrá actuar como árbitro...”.

De modo que, en la reforma legal del 23 de diciembre de 1994, se sustituyó el verbo poder por el verbo deber. Dado que el referido artículo utiliza la expresión “deberá”, el mismo denota una obligación, por oposición a una facultad, en cabeza del Superintendente de Seguros. Anteriormente, como la ley empleaba la expresión “podrá”, quedaba claro que este Superintendente no estaba obligado a actuar como árbitro, pudiendo rechazar la postulación efectuada por las partes.

Como el citado artículo 17 también prevé que la actuación del Superintendente de Seguros, en su condición de juez arbitral, tiene lugar sólo cuando ambas partes así lo hayan querido, ocurre que, si se perfecciona dicho acuerdo de voluntades y se presenta una disputa, ese Superintendente debe obligatoriamente dirimirla como árbitro.

Respecto de este artículo, la exposición de motivos de la reforma de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresó:

Con el objeto de proteger mejor los derechos de los asegurados, se corrigen errores materiales en el texto del artículo 17, referente a la actuación del Superintendente de Seguros como árbitro arbitrador y se le da más celeridad al procedimiento, en beneficio de los contratantes, asegurados y beneficiarios.

De modo que la obligatoriedad para el Superintendente de dirimir los casos que se le sometan a arbitraje parece obedecer a la voluntad del legislador de dar celeridad a los procedimientos, en beneficio de las personas involucradas. Es una formulación impropia señalar que se busca proteger a los contratantes, asegurados y beneficiarios, puesto que lo que se persigue es dirimir de una manera justa y rápida los conflictos entre ellos y las compañías aseguradoras, sin parcialidad a favor de ninguna de las partes.

En relación con lo anterior, la Superintendencia de Seguros destacó lo siguiente:

tal como consta en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Parcial, el espíritu de la modificación hecha al Artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1975, fue el de establecer el carácter obligatorio de la aceptación del arbitraje, por parte del Superintendente de Seguros, previsto dicho arbitraje, en el mismo cuerpo legal, a favor de las empresas de seguros, reaseguros, sociedades de corretaje de reaseguros, contratantes, asegurados y beneficiarios de las pólizas de seguros. Carácter obligatorio que quedó plasmado en la reforma por la sustitución del 'podrá', contenido en el Artículo reformado ('... El Superintendente de Seguros a petición de las partes *podrá* ...') por el 'deberá' ('... El Superintendente de Seguros a petición de las partes, *deberá*...') que aparece en la nueva redacción del artículo en comentario. (Resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, dictada en un procedimiento arbitral incoado ante la Superintendencia de Seguros por CARBONORCA contra C.A. Seguros Orinoco).

No solamente el citado artículo 17 expresaba que el Superintendente de Seguros "podrá actuar como árbitro" —lo cual revela el carácter facultativo que tenía la función arbitral—; sino que, además, el reglamento de la misma ley todavía prevé, en su artículo 22, que ese Superintendente manifieste "si acepta o no actuar como árbitro". Así que es evidente que el Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros parte de la base de que dicho funcionario no está obligado a desempeñarse como juez arbitral (artículo 22). Este reglamento fue publicado el 10 de abril de 1969 y sigue vigente, salvo en aquellas disposiciones que estén en contradicción con la misma ley. Obviamente, pues, el mencionado artículo reglamentario fue derogado, en cuanto al carácter discrecional de dicha aceptación, en virtud de la mencionada reforma de la ley especial, acaecida en el año 1994.

III. INCONGRUENCIA DE LA FUNCIÓN ARBITRAL CON OTRAS FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE SEGUROS:

La versión vigente del artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se integra mal dentro del contexto de la misma ley, en la cual el Superintendente de Seguros tiene facultades de "inspección, supervisión, vigilancia, fiscalización, regulación y control" (artículo 6). A través de estas facultades, el "Ejecutivo Nacional" canaliza su "intervención"

en la actividad “aseguradora” (artículo 1). Dichas facultades, en nuestro criterio, son poco compatibles con una función obligatoria de administrar justicia, en tanto que árbitro, similar a la de los jueces; función que es más propia de personas menos involucradas en las actividades de las partes. Las atribuciones administrativas antes descritas pueden incidir en la calidad de la labor jurisdiccional del Superintendente; y, a la inversa, la actividad arbitral obligatoria de éste puede incidir en la calidad de su intervención, inspección, supervisión, vigilancia, fiscalización, regulación y control. Es más, la efectividad de Superintendencia de Seguros, como órgano del Poder Ejecutivo, puede verse mermada por una avalancha de casos en que las partes exijan que se diriman sus controversias, como podría suceder si el titular de ese Despacho fuese rápido y justo en sus laudos arbitrales, máxime si se toma en cuenta que, ante el silencio del legislador especial, el arbitramento debería ser gratuito.

Antes de la reforma legal del año 1994, cuando el citado artículo 17 especificaba que el Superintendente “podrá” actuar como árbitro, abría a éste la posibilidad de dejar a un lado, facultativa y provisionalmente, respecto de un asunto concreto, las funciones de índole administrativa a que se refieren los artículos 1 y 6, también citados, a fin de impartir justicia. Esto ocurría —o debía ocurrir— sólo en los casos en que dicho Superintendente verdaderamente sintiese que tal actividad jurisdiccional se justificaba y que redundaba en beneficio de las partes y de la colectividad; el Superintendente podía él mismo medir sus limitaciones de tiempo, los recursos humanos disponibles y, sobre todo, la importancia del asunto, así como su propia vinculación, como persona y como órgano, con el caso planteado y con las partes, antes de tomar una decisión sobre si aceptaba o no actuar como juez arbitral.

Por eso, consideramos que era preferible dejar a la actuación del Superintendente como árbitro un carácter facultativo u opcional. Esto fue reflejado en el anteproyecto de ley especial sobre la materia preparado por encargo de C.A. Seguros Orinoco por Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Compañía (Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Algunos Comentarios al Anteproyecto de Ley de Empresas de Seguros Propuesto por la Organización Orinoco, en Revista Internacional de Seguros, No. 159, noviembre-diciembre 1991, pp. 26 y ss.). En efecto, en dicho anteproyecto, si bien se propuso ajustar el artículo 17 de la Ley del año 1975, se sugirió dejar idéntico el encabezado del mismo (“El Superintendente de Seguros, a petición de las partes, podrá actuar como

árbitro”). Esta sugerencia no fue atendida por el legislador en la reforma legal publicada el 23 de diciembre de 1994.

En intervención realizada en la Cámara de Aseguradores el día 22 de julio de 1998, el doctor Konrad Firkau Yanes, quien fuera Superintendente de Seguros en la época en que se reformó la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, expresó que la obligatoriedad para el Superintendente de aceptar la designación como árbitro, fue un elemento no deseado que fue agregado por el Congreso al proyecto presentado por el Gobierno.

A lo anterior se añade que la condición de árbitro obligatorio, que la ley impuso al Superintendente, es totalmente incongruente con la siguiente función que le dio el legislador, a partir de la reforma legal del año 1994: “orientará a las personas naturales que sean contratantes, aseguradas o beneficiarias de los seguros en la presentación de sus reclamos a las empresas de seguros” (parágrafo primero del artículo 175). Es inexplicable la manifiesta incompatibilidad entre la función de administrar justicia, conforme al artículo 17, y la función de ayudar a una de las partes en sus reclamaciones contra la otra, conforme al artículo 175.

A raíz de la reforma de 1994, sólo se permite al Superintendente inhibirse cuando pueda justificar razonablemente, mediante resolución, que existen motivos que puedan afectar su imparcialidad e independencia, de conformidad con el mismo artículo 17. Si bien esto es sumamente restrictivo, es forzoso reconocer que es coherente con las disposiciones sobre inhibición del Código de Procedimiento Civil, así como con el concepto básico de que dicha función jurisdiccional es obligatoria. Cabe aclarar que, mientras no se dicten normas reglamentarias respecto del arbitraje ante la Superintendencia de Seguros, deberían aplicarse las reglas sobre inhibición y recusación de la Ley de Arbitraje Comercial (artículos 35 y siguientes), y del Código de Procedimiento Civil (artículos 82 a 103). El artículo 35 de aquella ley remite a este código en cuanto a las causales de inhibición y recusación, a lo que se añade que las normas de este código deben aplicarse para llenar las lagunas de aquella ley (que son muchas).

Ahora bien, con motivo de la obligatoriedad de la actuación como árbitro, cualquier titular de la Superintendencia de Seguros puede ser sujeto de grandes conflictos: por ejemplo, supongamos que un

Superintendente perciba que el ejercicio de sus funciones de interventor, inspector, supervisor, vigilante, fiscalizador, regulador y controlador de la actividad aseguradora es lo esencial de su cargo, y que no es realmente compatible con una actividad que es más propia de un Juez; o supongamos que dicho funcionario sienta que no tiene formación, vocación ni entrenamiento para impartir adecuadamente justicia, estando bien capacitado y dispuesto para ejercer la función administrativa antes aludida; o supongamos que él considere que la Superintendencia carece del tiempo y los recursos humanos y materiales necesarios para emprender esta actividad jurisdiccional obligatoria de manera satisfactoria; o supongamos que una de las partes en conflicto sea un ente público, lo que puede poner al Superintendente, siendo éste un funcionario público, en una situación incómoda; o supongamos que el tomador o el beneficiario del seguro ya hayan planteado el caso ante la Superintendencia, buscando orientación para formular un reclamo contra una empresa de seguros. Entonces, se plantea a dicho Superintendente el problema de que, no obstante lo anterior, tiene el deber de impartir justicia, como árbitro, salvo que ya haya adelantado opinión sobre la discrepancia que las partes desean someter a arbitraje. En efecto, es difícil argumentar que los anteriores son motivos específicos que puedan afectar su imparcialidad e independencia, de conformidad con el artículo 17 citado, tomando en cuenta el significado de lo que es la inhibición dentro del contexto del Código de Procedimiento Civil, así como el concepto de denegación de justicia.

Esto tiene el agravante de que el Superintendente de nuestro ejemplo tiene que saber que la decisión de fondo que él mismo tome para cada caso concreto, será la última palabra al respecto, lo que puede hacerlo sentirse peor, ante la seguridad de que los errores que pudiera cometer no son, en principio, susceptibles de corrección. En efecto, en relación con el correspondiente laudo y siendo el arbitraje —estrictamente hablando— una actividad jurisdiccional y no administrativa, no existe el control a posteriori propio de los actos administrativos; no estando tampoco previsto en la ley especial un tribunal de alzada, ni casación. Sólo cabe el recurso de nulidad contra sentencias arbitrales, por las causales muy estrictas contempladas por el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial o el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil, a los que nos referiremos más abajo.

Nos preocupa que la actual obligación del Superintendente, de actuar como árbitro cada vez que se le requiera, haga que se confunda, de manera peligrosa la función de un ente del Poder Ejecutivo con las funciones propias del Poder Judicial, en perjuicio del desiderátum de que las partes tengan un proceso justo; y nos preocupa todavía más la evidente incompatibilidad entre la función arbitral, que requiere imparcialidad, y la función asesora en las reclamaciones de los asegurados, que presupone, dentro de ciertos límites, tomar partido en favor de éstos.

Todo esto despierta dudas sobre la constitucionalidad (principio de separación de poderes, derecho de defensa...), o, cuanto menos, la conveniencia, de un arbitraje obligatorio para el Superintendente.

Hubiese sido preferible, por las circunstancias anotadas, que se eliminara el arbitraje del Superintendente o, al menos, que se mantuviera el carácter facultativo u opcional, para dicho funcionario, de aceptar o no actuar como árbitro.

IV. OTRAS INNOVACIONES DE LA REFORMA LEGAL DEL AÑO 1994

Establecer el carácter obligatorio, para el Superintendente de Seguros, de la función arbitral prevista en el artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, no fue el único cambio realizado en la reforma legal publicada el 23 de diciembre de 1998.

Sobre el arbitraje previsto en el citado artículo 17, la Superintendencia de Seguros afirmó:

Obviamente, como suele suceder en todo proceso de reforma, los proyectistas introdujeron otras modificaciones al texto del artículo en revisión, tales como: la eliminación de la posibilidad dada a las partes, en el texto derogado, de indicar sí el arbitraje era de equidad o de derecho; la supresión de la instancia única (sic); la potestad discrecional dada el interesado de presentar el Laudo para que fuere ejecutado por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en el Código de Procedimiento Civil (sic), etc. (Resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, antes citada).

En realidad, la reforma que se hizo al citado artículo 17 consistió en lo siguiente:

- Se corrigió una contradicción que ya había criticado la doctrina (Firgau Y., Konrad: La Actuación del Superintendente de Seguros como Arbitro,

en Revista Internacional de Seguros, marzo de 1981, pp. 9 y ss.), a saber: la primera parte de dicho artículo preveía que el Superintendente actuase como árbitro arbitrador, únicamente, y la segunda parte del mismo señalaba, al regular el arbitraje, que podía ser árbitro de derecho. Según la exposición de motivos, uno de los objetivos de la reforma legal fue el de corregir este tipo de errores materiales. Al respecto, el legislador se definió en el sentido de que el Superintendente de Seguros debe actuar como amigable componedor, arbitrador o árbitro de equidad, y no como árbitro de derecho. Esto se explica en razón de que para ser árbitro de derecho hay que ser abogado (artículo 619 del Código de Procedimiento Civil).

- Con esta reforma, se eliminó la mención de que dicho arbitraje sería “en única instancia”, ya que tal precisión era redundante. En efecto, el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil señala que, “Si los árbitros son arbitradores, sus fallos serán inapelables”. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial contiene una disposición similar. Así que no ha habido una “supresión de la instancia única”, como parece creer la Superintendencia de Seguros (según ella misma expresó en la resolución antes citada), sino que la instancia única se mantiene, por efecto de la aplicación de los citados artículos 624 y 43.
- De manera similar, se eliminó, por innecesaria, la mención de que “el laudo podrá ser presentado por el interesado, para que sea ejecutado por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en el Código de Procedimiento Civil”. En efecto, de las disposiciones de este código, en particular del artículo 625, se desprende que los laudos arbitrales son ejecutables por los tribunales. En el mismo orden de ideas, el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial es muy claro en cuanto a la ejecutabilidad de los laudos arbitrales por los juzgados ordinarios. De modo que no ha habido una supresión de “la potestad discrecional dada el interesado de presentar el Laudo para que fuere ejecutado por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en el Código de Procedimiento Civil”, como parece pensar la Superintendencia (según ella misma expresó en la resolución antes citada), sino que tal potestad discrecional se mantiene, por efecto de la aplicación de los citados artículos 625 y 48.
- El legislador acogió la idea de que la aceptación del Superintendente de Seguros como árbitro y la constitución del Tribunal Arbitral no debían verificarse ante un Juez de Primera Instancia. También acogió

la idea de que las posibles incidencias sobre la cláusula compromisoria debían ser resueltas por el propio Superintendente, realizando, a través de su Despacho, las citaciones correspondientes. Estas dos modificaciones hacen más rápida y eficiente la labor del Superintendente como árbitro. Según la exposición de motivos, uno de los objetivos de la reforma legal fue el de imprimir celeridad al procedimiento. Los dos cambios señalados constituyen una derogación, en cuanto concierne al arbitraje ante el Superintendente, de lo dispuesto en los artículos 608 in fine, 611 y 612 del Código de Procedimiento Civil. En esto, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, reformada el 23 de diciembre de 1994, actuó como precursora de disposiciones similares contenidas en los artículos 19 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada el 7 de abril de 1998.

Todos los cambios reseñados en los cuatro párrafos precedentes fueron tomados del citado anteproyecto de ley especial sobre la materia preparado para C.A. Seguros Orinoco por Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Compañía.

Adicionalmente, del párrafo único del citado artículo 17, se desprende que el titular de la Superintendencia de Seguros puede delegar en un funcionario de ese Despacho la actuación como arbitrador. Nos parece una buena idea prever la posibilidad de que el Superintendente delegue su función jurisdiccional, pero quizás es un poco restrictiva la exigencia de que sea necesariamente en otro funcionario de dicho ente público.

V. RECURSO DE NULIDAD

Si bien el laudo arbitral dictado por el Superintendente de Seguros no es apelable, ni cabe recurrir en casación contra el mismo, es el caso que dicho laudo puede ser objeto de un recurso de nulidad. Mientras esté tramitándose dicho recurso, el solicitante puede hacer suspender la aplicación del laudo. Las principales normas aplicables eran, antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, las siguientes:

Un laudo arbitral puede ser objeto de un recurso de nulidad, de acuerdo con los artículos 626 y 627 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con este último artículo, el árbitro debe consignar el laudo, con el respectivo expediente, ante el tribunal de primera instancia

con competencia sobre el caso, el cual tiene que publicar dicha decisión arbitral; luego empieza a correr un plazo de diez días para interponer, ante ese mismo tribunal, el correspondiente recurso de nulidad. Teóricamente dicho juzgado deberá decidir en tres días si anula o no el laudo, pero ello es prácticamente imposible. Contra la decisión correspondiente se puede intentar un recurso de apelación ante un juzgado superior.

En cambio, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial prevé que el recurso de nulidad contra un laudo se interponga ante el tribunal superior competente, acompañándose el expediente sustanciado por el árbitro, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la decisión arbitral impugnada.

Del artículo 312, numeral 4, del mismo código, se desprende que se puede intentar un recurso de casación, ante la Corte Suprema de Justicia, contra la sentencia de segunda instancia que decida la apelación de la decisión de primera instancia en relación con el recurso de nulidad interpuesto.

En cambio, del artículo 46 de la Ley de Arbitraje Comercial parece desprenderse que no cabe recurso de casación contra la decisión del Tribunal Superior declarando sin lugar el recurso de nulidad.

No obstante la interposición de un recurso de nulidad, el laudo arbitral es ejecutable; es decir, la parte vencedora podría, en principio, solicitar y obtener un embargo ejecutivo en relación con la decisión de la Superintendencia de Seguros. En efecto, en este caso se puede aplicar, por analogía, el artículo 333 del mismo código, relativo al recurso de invalidación de sentencias, que dice lo siguiente: “El recurso de invalidación no impide la ejecución de la sentencia”. Similarmente, el artículo 43 de la mencionada ley señala que “La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo”.

Ahora bien, el recurrente puede obtener una suspensión de la ejecución del laudo, mediante la presentación de una garantía o caución suficiente. En efecto, el citado artículo 333 —luego de expresar que “El recurso de invalidación no impide la ejecución de la sentencia”— establece, en términos muy claros, la siguiente excepción: “a menos que el recurrente diere caución de las previstas en el artículo 590 de este Código para responder del monto de la ejecución y del perjuicio por el retardo (en) caso de no invalidarse el juicio”. El artículo 590 del Código de

Procedimiento Civil, a su vez, prevé que se levante o suspenda una medida si se constituye una fianza con una empresa de seguros, un banco o una compañía mercantil de reconocida solvencia, como fiador; si se otorga una hipoteca o una prenda; o si se consigna una suma de dinero cuyo monto indicará el Juez. En el mismo orden de ideas, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial prevé que se suspenda la ejecución del laudo impugnado mediante la “constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales”.

Según el artículo 626 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral procede en los supuestos siguientes:

Artículo 626. La sentencia de los árbitros será nula:

1. Si se hubiere pronunciado sobre la materia de un compromiso nulo o que haya caducado, o fuera de los límites del compromiso.
2. Si la sentencia no se hubiese pronunciado sobre todos los objetos del compromiso, o si estuviere concebida en términos de tal manera contradictorios que no pueda ejecutarse.
3. Si en el procedimiento no se hubieren observado sus formalidades sustanciales, siempre que la nulidad no se haya subsanado por el consentimiento de las partes.

En cuanto al primer numeral citado, es de destacar que, en el régimen del Código de Procedimiento Civil, el compromiso arbitral convenido extrajudicialmente debe constar en un instrumento auténtico, o sea, en un documento otorgado por las partes ante un notario, registrador o juez. En efecto, el artículo 608 de este código dice que, “Si no estuvieren ya en juicio, las partes establecerán en compromiso arbitral por instrumento auténtico”.

La Ley de Arbitraje Comercial no contempla la figura del compromiso arbitral, sino del acuerdo de arbitraje, que define como el “acuerdo por el cual las partes acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas” (artículo 5), el cual *no* tiene que constar en un documento auténtico (artículos 5 y 6). Ahora bien, las pólizas de seguros son contratos de adhesión (artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en concordancia con el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros), así que se aplica la parte final del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial: “En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”. En virtud de los artículos 66 y 67 de la Ley de

Empresas de Seguros y Reaseguros, tal manifestación de voluntad expresa e independiente debe constar en un texto aprobado por la Superintendencia de Seguros.

En cuanto respecta al recurso de nulidad contra laudos arbitrales, la Superintendencia de Seguros (resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, antes citada) invocó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J., Casación Civil, 27-4-1988, G.F. Nº 140, Vol. II, año 1988), del siguiente tenor:

...Este recurso se fundamenta sólo en las causales que señala el artículo 626 del Código Procedimiento Civil. Es decir, la validez del laudo está condicionada a requisitos esenciales exigidos por la Ley tales como son el pronunciamiento sobre todos los objetos del compromiso, y se debe ejercer en base a las causales taxativas que señala el 626 *eiusdem*, por lo que la sentencia arbitral sólo puede quedar anulada cuando ellas se dan, esto nos revela que este recurso es de carácter excepcional y su ejercicio se limita a demostrar las mencionadas causales... “De todo lo expuesto se concluye que por la naturaleza del arbitraje, la sentencia que conozca del recurso de nulidad del laudo, si bien debe cumplir con los requisitos del artículo 12 y del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, tales requisitos formales deberá cumplirlos el fallo sólo en cuanto tales formalidades incidan en las causales de nulidad previstas taxativamente en la Ley, en cuyo conocimiento se ocupa el Juzgador, quien para verificar si existen o no, analizará el contenido del compromiso arbitral para determinar si éste se ajusta a los términos del compromiso, o por el contrario, está incurrido en alguna de las causales de nulidad prevista en el artículo 626, antes 520, en el código derogado...”. “...Cabe referir, el Dr. Arminio Borjas en su obra citada, Tomo V, pág. 67, opina lo siguiente: ‘Son nulas, finalmente, las sentencias de los árbitros cuando en el procedimiento no se hubieren observado las formalidades sustanciales del juicio, siempre que, según las estipulaciones del compromiso, deban ser observadas, pues es obvio que en los arbitramentos de equidad, los amigables componedores a quienes las partes no hubieren sometido a regla alguna sobre el modo de proceder, obrarán con entera libertad, sin que su laudo pueda ser impugnado por ningún vicio de procedimiento. Así lo sanciona el legislador al establecer que no podrá ser opuesta la nulidad que hubiere quedado subsanada por el consentimiento de las partes...’”. “...En efecto, como se expresó anteriormente, estando en presencia de un laudo de árbitros arbitradores y que no consta que las partes al establecer el compromiso les hubieran sometido a regla alguna sobre el modo de proceder, el Tribunal estima que el recurso de nulidad ejercido por el ciudadano PROGRESO FERRE POLINOSA debe considerarse improcedente. Así se declara...

Posiblemente es correcto lo expresado en esta decisión de la Corte Suprema de Justicia, citada en la aludida resolución de la Superintendencia de Seguros; pero en el entendido de que la aplicación de la doctrina transcrita tiene su límite en el derecho de defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución. Ahora bien, dicha doctrina de Casación fue invocada fuera de contexto por esa Superintendencia. En efecto, la doctrina allí sentada, en relación con el numeral 3 del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil, podría aplicarse a aquellos arbitrajes en que no existe un procedimiento, es decir, en las situaciones en que el árbitro está autorizado para actuar con libertad. Sin embargo, tal como explicaremos a continuación, ello no ocurre en los arbitramentos ante dicha Superintendencia, por lo que, a los laudos dictados por el Superintendente de Seguros, no se les aplica lo dicho en el texto anterior.

VI. NECESIDAD DE TRAMITAR EL ARBITRAJE CONFORME A UN PROCEDIMIENTO

En el régimen del Código de Procedimiento Civil, el numeral 3 del artículo 626, antes citado, establece: “La sentencia de los árbitros será nula: ...Si en el procedimiento no se hubieren observado sus formalidades sustanciales...”. Según la doctrina de Casación Civil transcrita por la Superintendencia de Seguros en su resolución antes mencionada, el citado numeral 3 del artículo 626 no se aplicaría a los arbitramentos de equidad. Así que no procedería el recurso de nulidad por violación de formalidades sustanciales en la tramitación del procedimiento contra el laudo dictado por un árbitro arbitrador, por cuanto el arbitraje de equidad se tramita “con entera libertad” (Artículo 618 del mismo código).

Ahora bien, existen dos situaciones excepcionales en las cuales los árbitros de equidad deben ceñirse a reglas procedimentales, a saber: en primer lugar, tal como lo prevé el encabezado del artículo 618 del código adjetivo, “Las partes pueden... someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento”; y, en segundo lugar, tal como lo prevé el artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, el Superintendente, al actuar como amigable componedor, debe ceñirse a un procedimiento reglamentario. De la doctrina de nuestro máximo tribunal, acogida por la Superintendencia de Seguros, en la resolución antes citada, se desprende que los laudos dictados por amigables componedores, a quienes las partes hubieren sometido a reglas sobre el modo de proceder, son susceptibles de ser declarados nulos en base a la violación de formalidades esenciales.

Pues bien, lo mismo debería ocurrir cuando el Superintendente se desempeña como arbitrador, porque, en nuestro criterio, en defecto del procedimiento reglamentario que prevé el citado artículo 17, ha de aplicarse algún procedimiento, a saber: el que sea establecido por el propio Superintendente para la tramitación de cada caso concreto, o, a falta de éste, el de derecho común, es decir, el juicio ordinario, tal como veremos más adelante.

De modo que la referida doctrina de la Corte Suprema de Justicia, invocada por dicha Superintendencia, no debe aplicarse a las actuaciones del Superintendente o su delegado como árbitros arbitradores, ya que, repetimos, dicho arbitraje, aunque sea de equidad, ha de tramitarse conforme a un procedimiento. En efecto, tal doctrina, relativa al citado numeral 3 del artículo 626, sólo podría aplicarse a aquellos arbitramentos tramitados conforme al Código de Procedimiento Civil, por amigables componedores distintos del Superintendente o su delegado, y que no hubieren sido sometidos por las partes a reglas procesales convencionales.

Adicionalmente, consideramos que puede razonablemente afirmarse que la referida doctrina no es aplicable en ninguno de los supuestos en que rige la novísima Ley de Arbitraje Comercial, sea quien sea el árbitro y se trate o no de un arbitraje de equidad.

En efecto, en el régimen de la Ley de Arbitraje Comercial, el artículo 44 contempla los casos taxativos en los cuales procede la nulidad del laudo, entre los que se encuentran los siguientes: “el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley” y la parte “no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos”. Conforme al artículo 27 de la misma ley, los árbitros aplicarán el procedimiento que ellos mismos establezcan. El artículo 8 *eiusdem* indica que los arbitradores actuarán “con entera libertad”, pero refiriéndose sólo a la fundamentación de los laudos. De modo que la Ley de Arbitraje Comercial parece ser más apegada a las formas que el Código de Procedimiento Civil en cuanto concierne a los arbitrajes de equidad; y, tal como ha quedado dicho, se puede sostener que las disposiciones de esta ley prevalecen sobre las del código adjetivo en cuanto respecta al arbitraje en la Superintendencia de Seguros.

Así que, si se considera aplicable la Ley de Arbitraje Comercial, de los citados artículos 8, 27 y 44 se desprende que el Superintendente, como juez arbitral, debe fijar un procedimiento para la tramitación del arbitramento; y, a falta de tal fijación o de existir lagunas en cuanto a

dicha tramitación, creemos que debe acudirse a las normas del Código de Procedimiento Civil.

En nuestro criterio, por las razones explicadas seguidamente, es inadmisibles sostener que en los arbitrajes previstos en el artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no se aplica ningún procedimiento.

VII. INAPLICABILIDAD DEL ENCABEZADO DEL ARTÍCULO 618 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL CASO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

El artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, publicado el *22 de enero de 1986*, señala que los árbitros de equidad no están “obligados a observar el procedimiento legal”, sino que “procederán con entera libertad”. Idéntica afirmación está contenida en el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicado el *10 de abril de 1969*. Ahora bien, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicada el *8 de agosto de 1975*, cuya reforma fue publicada el *23 de diciembre de 1994*, contiene una norma especial, de tipo procedimental —el tantas veces citado artículo 17—, que señala que, en caso de arbitraje de equidad ante el Superintendente de Seguros, el procedimiento será el determinado en el reglamento de dicha ley.

De modo que el artículo 17 de la ley especial en materia de seguros señala claramente que los arbitramentos ante el correspondiente Superintendente se rigen por un procedimiento reglamentario, aunque se trate de arbitrajes de equidad. Esto constituye un enfoque totalmente distinto del contemplado en los artículos 618 del Código de Procedimiento Civil y 24 del Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, a que antes hicimos referencia, los cuales establecen expresamente que el árbitro arbitrador procederá libremente, es decir, sin tener que seguirse por procedimiento alguno.

Consideramos que, siendo el Superintendente un funcionario público, y no una persona de confianza de las partes, este nuevo enfoque es más congruente con el artículo 68 de la Constitución, que establece el derecho de defensa, pues el procedimiento —sea éste arbitral o judicial— es el marco dentro del cual los procesados pueden ejercer dicho derecho; y el respeto por las formalidades procedimentales es una garantía de que

se permitirá a las partes atacar y defenderse dentro de la ley. Consideramos asimismo que este nuevo enfoque es compatible con la nueva Ley de Arbitraje Comercial, pues, tal como ha quedado dicho, de los artículos 8, 27 y 44, antes citados, se desprende que el tribunal arbitral debe actuar de conformidad con un procedimiento, aunque los árbitros tengan bastante flexibilidad para establecerlo.

El artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es especial en relación con el artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, por lo que prevalece sobre este último. Adicionalmente, la última versión del artículo 17 de la ley especial en materia de seguros fue promulgada posteriormente al artículo 618 del código adjetivo; por lo que aquélla se aplica preferentemente sobre éste. En consecuencia, las controversias ante el Superintendente de Seguros como árbitro arbitrador deben ser tramitadas siguiendo cierto orden y pautas procesales.

En efecto, según el artículo 17 citado, el procedimiento para estos arbitrajes de equidad será el determinado mediante un Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; o sea que, de conformidad con la nueva ley, el Ejecutivo Nacional debe promulgar normas reglamentarias de la misma, de naturaleza adjetiva, aplicables a las actuaciones de las partes y del Superintendente de Seguros como árbitro arbitrador. Obviamente, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros vigente —reformada en 1994— derogó el citado artículo 21 reglamentario —publicado en 1969—, ya que colide con él, por cuanto éste da total libertad al Superintendente en la tramitación de los casos que se le sometan. La Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros del año 1975 decía, en relación al arbitraje ante el Superintendente, que “El procedimiento será el determinado en el Reglamento”. No obstante, el Ejecutivo Nacional no llegó a establecer un procedimiento reglamentario. El reglamento vigente es el dictado en el año 1969, para la ley del año 1965; y dicho reglamento no soluciona este problema, pues, en su artículo 24, dice que el Superintendente de Seguros actuará como árbitro “con entera libertad”. Dicha disposición reglamentaria no era descabellada, puesto que la ley reglamentada (la del año 1965) no contenía ninguna mención en cuanto al procedimiento aplicable a los arbitrajes ante dicho Superintendente. Ahora bien, la situación se hizo patentemente absurda a partir de 1975, pues la ley ordenaba —y ordena— aplicar un procedimiento, a ser establecido en un reglamento, cosa que nunca ocurrió. Para dejar claro que se debe acabar con esta situación, el legislador,

en la reforma del año 1994, precisó que “El procedimiento será determinado en el Reglamento *de esta Ley*”. El empleo del verbo “ser” nuevamente conjugado en futuro y la referencia expresa a la ley de 1975, reformada en 1984, ponen aún más en evidencia la voluntad legislativa de ordenar al Ejecutivo Nacional establecer dicho procedimiento reglamentario, sin que quepa aplicar, en esta materia, el viejo reglamento.

En este sentido, la Superintendencia de Seguros señaló lo siguiente: “Lógicamente, dada la antigüedad del Reglamento vigente (4-12-1968) el proyectista remitió la fijación del procedimiento de arbitraje al Reglamento de la Ley reformada (... El procedimiento será determinado en el Reglamento de esta Ley...)” (resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, antes citada).

De modo que, tal como explicó la misma Superintendencia, existió “...la intención legislativa de que el procedimiento de arbitraje fuera recogido en el Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y que se armonizara este procedimiento reglamentario con las normas del Código de Procedimiento Civil...” (Resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, antes citada).

Es por esto que afirmamos que el Ejecutivo Nacional no ha cumplido con la obligación que le impuso dicha ley, de elaborar un reglamento contentivo del procedimiento aplicable a los arbitrajes de equidad ante dicha Superintendencia; y, a estas alturas, el único reglamento que existe es el dictado en 1969, el cual, en cuanto respecta a la libertad del Superintendente, fue derogado, pues la ley actualmente precisa que se requiere aplicar un procedimiento.

En este sentido, la Superintendencia de Seguros señaló, correctamente, lo siguiente: “el proyectista remitió la fijación del procedimiento de arbitraje al Reglamento de la Ley reformada..., con lo que creó una laguna reglamentaria e interpretativa” (resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, antes citada).

Pues bien, en nuestro criterio, dicha laguna reglamentaria debe ser llenada con el derecho común, pues la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros exige que los arbitrajes ante el respectivo Superintendente se tramiten siguiendo un procedimiento, y, en ausencia de otro, debe entenderse que se aplica el de la Ley de Arbitraje Comercial o, en todo caso, el del juicio ordinario. Por lo tanto, los arbitramentos en la Superintendencia de Seguros se rigen, en cuanto sean compatibles, por

dicha ley o por las normas generales del Código de Procedimiento Civil; salvo que las partes o, eventualmente, la propia Superintendencia, hayan establecido normas procedimentales distintas.

A partir de la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada el 7 de abril de 1988, consideramos que debe aplicarse el procedimiento establecido en la misma (Capítulo IV de la Ley de Arbitraje Comercial), en defecto de lo cual el laudo es nulo (Artículo 44). Sin embargo, no creemos que sean aplicables, al arbitraje ante el Superintendente de Seguros, las normas relativas a los honorarios de los árbitros, contenidas en los artículos 19 y siguientes *eiusdem*, ya que dicho Superintendente es un funcionario público y su Despacho dispone de los recursos previstos en el Capítulo III de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. El artículo 27 de la Ley de Arbitraje Comercial faculta al árbitro para establecer el procedimiento según el cual se tramitará el arbitraje. A nuestro juicio, si el Superintendente establece dicho procedimiento, el mismo será el aplicable. En defecto de tal determinación, las lagunas de esta ley en cuanto al procedimiento, que son muchas, habrán de ser llenadas con las disposiciones sobre el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil. En nuestro criterio, no puede el Superintendente, como árbitro, dejar de aplicar un procedimiento, pues ello sería violatorio del artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. En efecto, el Ejecutivo Nacional no ha fijado normas procedimentales, distintas de las previstas en la ley mencionada y en el código adjetivo, para los arbitrajes ante la Superintendencia de Seguros, por lo que éstos se rigen por el derecho común, es decir, por las disposiciones especiales sobre arbitraje o, en su defecto, por las normas relativas al juicio ordinario, ya que el artículo 17 de la ley especial exige que dicho arbitramento se lleve a cabo siguiendo el procedimiento reglamentario, que aún no existe.

Ahora bien, en intervención realizada en la Cámara de Aseguradores el día 22 de julio de 1998, el doctor Alberto Baumeister Toledo expresó su opinión de que, ante la ausencia de un procedimiento reglamentario, el Superintendente de Seguros debe abstenerse de actuar como árbitro. Esta opinión es muy interesante y pone de manifiesto los riesgos que el Ejecutivo Nacional está haciendo correr a los litigantes, por su negligencia en dictar el procedimiento reglamentario previsto en la ley.

Existe un precedente de aplicación de las normas sobre el juicio ordinario, en el referido procedimiento arbitral incoado por CARBONORCA contra C.A. Seguros Orinoco, que fue tramitado en la Superintendencia

de Seguros con posterioridad a la reforma de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y con anterioridad a la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial. Allí, la Superintendente, como arbitradora, mediante auto del 19 de octubre de 1995, dio inicio al arbitraje. En la misma oportunidad, declaró aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil. En ese caso, las partes ya habían concluido, en sede judicial, la fase de alegaciones, de conformidad con los artículos 609 y 613 del mismo código. En consecuencia, el auto de la Superintendencia ordenó aplicar a las pruebas las normas del código adjetivo. En fecha 9 de mayo de 1996, la misma Superintendente, en la resolución antes citada, ratificó su decisión de aplicar a “la apertura del lapso probatorio” y “al término del mismo... el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil”. Al respecto, por último, el laudo arbitral dictado por la Superintendencia, en fecha 14 de mayo de 1996, en el mismo caso, dejó sentado lo siguiente:

...a juicio de este sentenciador, al quedar establecido un lapso probatorio que debía cumplirse como conducta procesal obligatoria en la sustanciación de la causa, las partes de manera natural —si se quiere— quedaron sujetas al Principio de la Distribución de la Carga de la Prueba, así como a las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de tal Principio, el cual se encuentra consagrado en el Artículo 506 del Código de Procedimiento Civil y en donde el legislador estableció de manera directa clara y precisa que ‘Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pide la ejecución de una obligación debe probarla y quien pretenda que ha sido liberto de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba...’.

Tal como lo indicáramos precedentemente, de aplicarse el Código de Procedimiento Civil procedería la nulidad del laudo dictado por el Superintendente de Seguros, como arbitrador, en violación de formalidades sustanciales de índole procesal (artículo 626, número 3). Ahora bien, antes de la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, esa Superintendencia, en el caso mencionado, se refirió a tales formas procesales esenciales, en los siguientes términos: “el lapso probatorio y la presentación de Informes son considerados por la doctrina calificada como formalidades sustanciales del proceso” (resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, antes citada). Se podría agregar que contienen formalidades sustanciales todas aquellas normas adjetivas que tienen que ver con el ejercicio del derecho de la defensa, que, por lo demás, es de rango constitucional. A los efectos de analizar si estas formas han sido respetadas, consideramos necesario acudir

a las normas del Código de Procedimiento Civil relativas al juicio ordinario. En efecto, debería considerarse que estas normas rigen en los arbitrajes ante el Superintendente de Seguros, en razón de que no han sido establecidas las reglas procesales reglamentarias aplicables, previstas en el artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y en razón de lo escueto de las reglas procesales previstas en la Ley de Arbitraje Comercial.

VIII. OPINIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO APLICABLE.

A pesar de lo expuesto en el capítulo anterior, la Superintendencia de Seguros, en el caso que hemos venido reseñando, manifestó que existe libertad en la tramitación del arbitraje, lo que, en nuestro criterio, es violatorio del artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, antes citado.

En efecto, la Superintendente, en la referida resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, señaló, a nuestro juicio equivocadamente, lo siguiente:

1. "...a falta de un procedimiento establecido por las partes y ante la existencia de la laguna reglamentaria referida ut *supra*, este tribunal (arbitral), guardián de la legalidad administrativa y en base a la costumbre administrativa, que es también fuente de derecho, siguió la pauta que marca el vigente Reglamento de Empresas de Seguros y Reaseguros..."
2. "...el auto, dictado por este tribunal arbitral, en fecha 19 de octubre de 1995, sólo se refirió a la apertura del lapso probatorio, al término del mismo, el cual sería el fijado en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y a su cómputo que se haría conforme al Artículo 42 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos..."
3. "...de los mismos artículos del Código de Procedimiento Civil que regulan la Institución (Art. 609, 610, 611 y 614), ...se evidencia la intención del legislador de acortar al máximo posible los plazos en relación a los lapsos procesales previstos para el procedimiento civil ordinario... *resulta contradictoria la petición de la aseguradora de que el arbitraje se fuera (sic) por el procedimiento ordinario...*" (cursivas nuestras).

La aplicación del aludido reglamento, en cuanto a la libertad de que dispondría el Superintendente de Seguros, como árbitro, constituye una franca violación del artículo 17, tantas veces citado. Al respecto, nos

remitimos a los capítulos anteriores, especialmente en cuanto a la derogatoria de la norma reglamentaria según la cual dicho Superintendente puede actuar como arbitrador sin ceñirse a ningún procedimiento y a la aplicabilidad de las normas del juicio ordinario mientras se establece un procedimiento reglamentario. La tesis de la titular de la Superintendencia de Seguros es totalmente incongruente con las afirmaciones de ella misma, a que antes hicimos referencia, en cuanto a la exigencia legal de que el arbitraje de equidad ante dicho Despacho sea tramitado de conformidad con un procedimiento, que será el establecido mediante reglamento. Si la ley exige la aplicación de un procedimiento, no se puede actuar con total prescindencia de éste, basándose en un artículo reglamentario que hoy carece de vigencia. Lo dicho por la Superintendente también es incongruente con su referida decisión de aplicar, en relación con las pruebas, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Lo dicho resulta, por último, incongruente con el mero hecho de que el laudo haga referencia a las formalidades sustanciales del proceso, según también explicamos anteriormente.

Por otra parte, tal como señaló el doctor Alberto Baumeister Toledo, en intervención realizada en la Cámara de Aseguradores el día 22 de julio de 1998, la Superintendencia de Seguros jamás debió declarar aplicable el Código de Procedimiento Civil a una parte del procedimiento, pretendiendo dejar sin regulación la tramitación de otros aspectos del arbitramento.

Esa Superintendencia, en la citada resolución 000317 del 9 de mayo de 1996, también señaló lo siguiente: el “tiempo de sustanciación del procedimiento civil ordinario” es “en el mejor de los casos un (1) año”, el cual es “un plazo más largo” que los “noventa (90) días” (“hábiles”) de “plazo en el cual se sustanciaría y decidiría el arbitraje”, establecido en “el vigente Reglamento de Empresas de Seguros y Reaseguros en su Artículo 23”. Esto no es exacto, ni tampoco relevante. En efecto, tal como ha quedado dicho, el artículo 23 reglamentario fue derogado por el artículo 17 legal. Por otra parte, el juicio ordinario, si se respetaran los lapsos procesales, no sería tan largo, pues el Código de Procedimiento Civil prevé 20 días para contestar la demanda (artículo 359), 15 días para promover pruebas (artículo 396), 3 días para que cada parte acepte los hechos alegados por la otra o se oponga a las pruebas de la contraparte (artículo 397), 3 días para admitir las pruebas (artículo 398), 30 días para evacuar las pruebas (artículo 400), 15 días para presentar informes (Artículo

511), 8 días para formular observaciones a las conclusiones de la contraparte (artículo 513) y un máximo de 60 días (continuos) para sentenciar (artículo 615). De modo que no es verdad que la aplicación, por parte de la Superintendencia, de las normas del juicio ordinario, acarrearía que los laudos fuesen dictados aproximadamente al año de iniciados los procesos. Además, las decisiones pueden emitirse al principio del plazo de 60 días que acabamos de mencionar; a lo que se agrega que, en muchos casos, ni siquiera será necesario dejar transcurrir el lapso de 20 días para contestar la demanda, sino que el arbitramento comenzará con el período probatorio, por el accionado haber expuesto su defensa antes del inicio del arbitraje, conforme al artículo 613 del Código de Procedimiento Civil (de hecho, así ocurrió en el arbitramento incoado por CARBONORCA contra C.A. Seguros Orinoco, antes mencionado).

IX. CONSIDERACIONES FINALES:

La falta de normas procedimentales claras invita a la arbitrariedad. En ausencia de un procedimiento reglamentario para los arbitrajes ante la Superintendencia de Seguros, el respectivo Superintendente debería aplicar el derecho común, es decir, la Ley de Arbitraje Comercial y, supletoriamente, el Código de Procedimiento Civil. De no aplicar las normas especiales sobre arbitramento y las reglas del juicio ordinario, allí contenidas, el titular de ese Despacho debería, cuanto menos, fijar un procedimiento detallado para cada caso que llegue a su conocimiento (lo que, evidentemente, sería engorroso). En defecto de esto, seguirá habiendo una situación en la cual las partes no saben a qué atenerse, en desmedro de su derecho constitucional de defensa y en violación del artículo 17 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Sería conveniente que el Ejecutivo Nacional dictase cuanto antes el Reglamento de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, previendo el procedimiento por el que habrán de tramitarse los arbitrajes ante la Superintendencia de Seguros. Sería deseable que, en dicho reglamento, se establecieran lapsos más breves que los del Código de Procedimiento Civil, en consideración de lo siguiente, tal como lo expresó esa Superintendencia (oficio del 9 de mayo de 1996, antes citado):

...el arbitraje, por su misma naturaleza jurídica, es un procedimiento expedito, que debe estar caracterizado por una gran celeridad procesal (Art. 10 CPC) y en los casos de intervención de Organismo Públicos,

por el Principio de Economía Administrativa (Art. 30, LOPA); celeridad que se desprende de los mismos artículos del Código de Procedimiento Civil que regulan la Institución (Art. 609, 610, 611 y 614), en los cuales se evidencia la intención del legislador de acortar al máximo posible los plazos en relación a los lapsos procesales previstos para el procedimiento civil ordinario.

Sería útil que se tomase en consideración la intervención en la Cámara de Aseguradores del doctor Konrad Firgau Yanes, el día 22 de julio de 1998, quien expresó la conveniencia de que, sin necesidad de esperar un reglamento general de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, se estableciera rápidamente, mediante un reglamento parcial, el procedimiento para la actuación de dicho Superintendente, como árbitro.

Asimismo, sería conveniente que esa Superintendencia se dotara de una estructura con recursos materiales y humanos idóneos para cumplir su función jurisdiccional, de manera pública y atendiendo a un procedimiento que garantice los derechos de las partes.

La exención de la responsabilidad del médico inducida

Dr. José Andrés Fuenmayor G.*

Fraternalmente a Rafael Muci Mendoza

De un tiempo a esta parte, pero hace ya muchos años, se ha introducido una práctica en la prestación de los servicios profesionales de algunos médicos que está constituida por la exigencia del profesional al paciente, o a los familiares más inmediatos que lo acompañan, para que firme una declaración que exime de toda responsabilidad al médico tratante. Esto ocurre con mayor frecuencia en los casos de las intervenciones quirúrgicas. Por regla general, el paciente o sus familiares, ante la inminencia de un riesgo mayor acepta firmar la declaración que se le presenta ya impresa.

Esta práctica, generalmente, pasa desapercibida, se cumple el acto médico satisfactoriamente y desaparecen los efectos de la exención de responsabilidad.

* Profesor de pre y postgrado en Derecho Procesal Civil en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello

Las personas que hemos hecho del estudio del Derecho una práctica constante, siempre estamos inclinados mentalmente a observar los acontecimientos de hecho que se suceden a nuestro alrededor y examinarlos desde el punto de vista de sus posibles consecuencias de Derecho. Así me ha sucedido ante la exención descrita en los párrafos anteriores, y que denomino *inducida*, pues ella es propuesta por el médico para proceder a la prestación del servicio. Hay casos que justifican una detallada explicación al paciente del uso de determinadas técnicas, especialmente cuando son nuevas, y un contrato (convenio) de regulación del riesgo entre médico y paciente, la mayoría de los otros casos no hacen sino cubrir intencionales, imprudentes o negligentes sucesos que pueden producir desde una simple secuela de disfunción, o desmejoramiento en la apariencia física, hasta la propia muerte. Esta exención cubre desde una intervención quirúrgica no requerida necesariamente, o imprudentemente asumible el riesgo, hasta el ejercicio de una práctica médica para la cual no está preparado científica y técnicamente ese profesional de la medicina.

No pretendo invadir con estas observaciones el campo de la definición y efectos de la responsabilidad médica sobre lo cual mucho se ha escrito y decidido por los Tribunales. Sólo pretendo examinar la naturaleza jurídica de esa de exención de la responsabilidad médica inducida por el profesional.

Si despojamos el acto médico de todos sus efectos y consecuencias físicas y éticas, y nos dedicamos a observar y determinar las consecuencias jurídicas de dicho acto nos encontraremos frente al quid de la cuestión y, sencillamente, podremos plantearnos esta pregunta ¿Es realmente eximente de responsabilidad la declaración que firma el paciente requerida por su médico donde le hace adherir a un formato ya impreso con antelación al que sólo faltaban los datos del paciente y la descripción del tratamiento?. Si trasladamos al campo netamente jurídico esta situación nos encontraremos con lo siguiente:

Determinar la naturaleza de la relación jurídica que puede surgir entre el médico y su paciente no es tarea fácil, ya que esta puede iniciarse voluntariamente en el consultorio del profesional o en la sala de emergencias de un hospital donde ni el paciente ni sus familiares tienen la menor idea de cuál profesional los va a asistir en la urgencia, y, según las circunstancias puede comenzar la relación con un contrato de servicio como cuando un determinado médico es llamado para que concurra al

hospital por indicación del paciente o de sus familiares y el médico acude, o, cuando ingresado el paciente a la emergencia los médicos que lo reciben inician la atención del enfermo sin autorización previa. En este segundo caso la responsabilidad del médico queda comprendida dentro de la responsabilidad ordinaria por hecho ilícito por no estar precedido el servicio por una manifestación de voluntad, (artículo 1185 del Código Civil).

En el caso de que la relación médico paciente se inicie por elección voluntaria de este último, la relación jurídica que surge entre ellos tiene la naturaleza de un contrato de obra, que define el artículo 1630 del Código Civil con estas palabras: “El contrato de obra es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle”. Como tal debe ser estudiado y determinado en sus consecuencias la relación paciente-médico. Esto no quiere decir que el contrato deba celebrarse por escrito, puede celebrarse verbalmente, y puede estar determinado en su celebración por una situación física obligante del paciente. Esto no le quita su carácter consensual al contrato de prestación de servicios médicos. Hay contratos que surgen a la vida jurídica como consecuencia de una circunstancia de hecho apremiante que no desvirtúa su carácter consensual, como lo es el caso del depósito necesario que regula el artículo 1775 del Código Civil, cuando dice: “Depósito necesario es el que hace alguna persona apremiada por algún accidente: como ruina, incendio, saqueo, naufragio u otro imprevisto”.

El apremio del paciente, o mejor de la situación de salud en que se encuentre el paciente no desnaturaliza el contrato de prestación de servicios médicos, ya se celebre éste entre el paciente y el médico o entre el médico y los familiares del paciente. Es verdad que en la gran mayoría de los casos el paciente puede escoger su médico entre muchos, pero, por regla general, la fama y el prestigio de que goza un profesional de la medicina, aun cuando puede inducir al enfermo a elegirlo entre muchos, no le quita al contrato sus atributos y componentes y, a pesar de dicha situación, los principios legales que lo rigen siguen siendo los mismos.

Parece que el contrato de prestación de servicios médicos se encontrara entre una especie de un limbo ideal y la realidad jurídica, en razón de los fines contractuales de tan especial contrato que tiene por

objeto la vida y la salud humana, pero los ángeles también descienden a la tierra y en algunas ocasiones, como la de Lucifer, se convierten en diablos. Si la vida y la salud estuvieran fuera de los conceptos materiales de la humanidad por su naturaleza tendrían que ser, siempre, esencialmente gratuitos. Pero no lo son y como tales debemos juzgarlos.

Sentadas las explicaciones y advertencias anteriores, vamos a juzgar ahora la cláusula de exención que nos ocupa.

Todo contrato debe contener, par su existencia, necesariamente, tres elementos: *consentimiento, objeto y causa*.

A los efectos de nuestro estudio el que nos interesa, especialmente, es el *consentimiento*.

Par que el contrato sea válido, el consentimiento debe ser prestado libremente, y nunca por error ni ser consecuencia de la violencia. (Art. 1146 del Código Civil).

La prestación del servicio médico, aunque de naturaleza contractual, tiene muchos aspectos sui generis que hacen que se escape de la rigidez del marco ordinario del contrato, y, por lo tanto, debe ser interpretado cuidadosamente. Una instrucción al paciente debe proceder normalmente a la prestación del servicio y esta instrucción debe ser la que realmente deba servir de guía para la interpretación del contrato en caso de discrepancia sobre el resultado.

La doctrina francesa enseña que

el médico responde de su *culpa* en el ejercicio de la profesión. Responsabilidad que existe en iguales condiciones, bien sea que el médico preste sus cuidados por existir un contrato previo o no existiendo acuerdo previo de ningún género. En los dos casos será obligado a poner la misma diligencia. (Véase a PLANIOL).

Y más adelante enseña que los Tribunales deberán ser en extremo cuidadosos al juzgar casos en los cuales se implique el valor del diagnóstico o del tratamiento, discutido todavía en el cuerpo médico, pero cuando no se trata de tales casos consisten en una negligencia en la aplicación del tratamiento o en la ejecución de la operación cuando ésta es de tal índole

... que su apreciación no de lugar a ninguna discusión científica: así, un error material en la prescripción de una receta, la administración de una medicina en lugar de otra, el hecho de olvidar en una herida

un vendaje o un instrumento quirúrgico, la entrega de un certificado con un examen insuficiente o sin examen alguno.

En todos los casos en que no pueda haber una calificación de la culpa, de su gradación y demás circunstancias eximentes, los médicos son responsables de sus prácticas.

Las anteriores explicaciones sólo tienen por objeto hacer presente que la responsabilidad del médico no puede basarse en una exención absoluta anticipada de su culpa, por lo que retomando el tema de nuestro estudio al retraernos al campo netamente jurídico nos reafirmamos en nuestro criterio, y podemos observar claramente que la tal exención de responsabilidad inducida no tiene una declaración de voluntad válida por haber sido dado el consentimiento ante la amenaza de un daño, aparte, de que al presentársele al paciente o a su familiares un formato impreso que no se puede variar, (con texto generalmente importado de los Estados Unidos de América) se está cayendo en la práctica de un contrato de adhesión.

Estos contratos presentan una serie de particularidades, pues lo normal es que las partes antes de celebrarlos discutan previa y libremente su contenido, sin embargo, una de las partes impone su voluntad como ley del contrato. En el caso de la exención anticipada de la responsabilidad del médico no puede hablarse con absoluta propiedad de contrato de adhesión en sí porque no se cumplen las características propias de esta clase de contratos tales como la generalidad y permanencia; la del principio monopólico según el cual prácticamente no hay más a quien ocurrir; la de la utilidad pública que todos quieren y sólo uno puede proporcionar, pero si participa de que la exención funciona en el solo interés del médico y en que suprime la responsabilidad de éste. Sobre este punto pudieran surgir muchas dudas y discusiones pues como la imposición proviene de una autoridad privada y no está dirigida a todo el público o conglomerado, como sucede en el contrato de transporte, de seguros y otros, la cláusula de exención no participa en estas condiciones y queda encerrada dentro del ámbito de una estipulación personal y privada. En cuanto al ejercicio de la profesión médica donde no medie un contrato de obra, la responsabilidad se establece a través de lo dispuesto en el Código Civil en su artículo 1.1.85, que dice:

El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Según la doctrina la exención de responsabilidad sólo puede funcionar cuando se refiera a un tratamiento nuevo y peligroso, o de una operación de resultados muy “azarosos”. La jurisprudencia francesa ha declarado que el médico “...debe negar su concurso cuando se trata de una simple imperfección que se pretenda hacer desaparecer, en procedimientos de cirugía plástica”.

Para *Mazeaud* la obligación del médico es una obligación de prudencia y diligencia que se separa del hecho ordinario y cae en la falta profesional cuando se incumplen las reglas del orden científico trazadas por “el arte médico”. Lo difícil es distinguir la “falta ordinaria” de la “falta profesional”.

Por último debemos tener presente que este trabajo es disgregativo y se ha dirigido exclusivamente al valor de la cláusula de exención de responsabilidad inducida.

Venezuela en el MERCOSUR

Sistematización de un proceso

Andreína Ayala*
Sylvia Aita**

Sumario

1. Introducción.
2. El mercado común del sur (MERCOSUR)
 - 2.1. Antecedente
 - 2.2. El Tratado de Asunción
 - 2.3. Avances y Logros
 - 2.3.1. El Protocolo de Ouro Preto
 - 2.3.2. Puesta en marcha de la unión aduanera
 - 2.4. Relaciones Externas
3. Venezuela ante el MERCOSUR
 - 3.1. Política venezolana de integración
 - 3.2. Proceso político de acercamiento al MERCOSUR
 - 3.3. Factores que favorecen u obstaculizan la asociación
 - 3.4. Ventajas y desventajas para Venezuela de asociarse al MERCOSUR
4. Conclusiones

Bibliografía

* Profesora de la Universidad Central de Venezuela.

** Profesora de Economía Política. Escuela de Derecho, Universidad Central de Venezuela.

1. INTRODUCCIÓN

Venezuela ha tenido una tradición integracionista. Así lo evidencia su participación en los diferentes esquemas creados desde principios de los años sesenta cuando nace la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), transformada posteriormente en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), para luego concurrir en el Grupo Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones (CAN), y más recientemente: el Grupo de los Tres (G-3) y La Asociación de Estados del Caribe (AEC).

Durante el actual gobierno de Rafael Caldera se ha otorgado especial énfasis a Brasil y al Mercado Común del Sur (MERCOSUR). La dinámica de las relaciones con este país, que es el miembro del MERCOSUR que tiene el mayor intercambio comercial con Venezuela, se ha traducido ya en una serie de iniciativas y proyectos conjuntos y ha favorecido también el tratamiento de temas intrincados como el de la minería ilegal en la región fronteriza.

El MERCOSUR nace formalmente el 26 de marzo de 1991, cuando Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay firman el Tratado de Asunción, que constituyó el instrumento destinado a hacer posible su creación. Ello fue el resultado de un proceso en el que Argentina y Brasil actuaron como el eje central. A partir de ese momento, el flujo de comercio entre los cuatro países ha crecido vertiginosamente. Estos, en su conjunto, representan el 70% de la superficie total de América del Sur, el 64% de su población y el 60% de su producto bruto.

El MERCOSUR, a la vez que reconoce y procura darle seguimiento a precedentes emprendimientos en la región, como la ALADI, se corresponde con una concepción de la integración que, fortalecida por la existencia de gobiernos democráticos y políticas económicas semejantes, persigue facilitar una inserción competitiva en la economía mundial.

Su evolución ha sido notable: en tan sólo cuatro años ha logrado conformar una unión aduanera, aún en perfeccionamiento. Simultáneamente, ha tenido grandes logros en el campo de las relaciones externas.

De los países miembros de la Comunidad Andina, Bolivia ha sido el primero en asociarse al MERCOSUR, y está previsto que Venezuela y los restantes socios andinos concreten un acuerdo en este sentido antes de finalizar 1997.

Para precisar cuál ha sido el comportamiento de Venezuela frente al MERCOSUR, surgió el presente trabajo, cuyo objetivo es reconstruir y sistematizar el proceso de acercamiento e inserción de Venezuela al bloque del Cono Sur. El mismo se inscribe dentro de las actividades que desarrolla el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, y ha sido financiado por la Cátedra Fundacional Pedro Tinoco, vinculada a los estudios de integración.

Para su elaboración se consultaron —como consta en la bibliografía cuya sistematización es un aporte de la investigación realizada— informes, documentos, libros y artículos de revistas y prensa (estos últimos, desde marzo 1991 a octubre 1997), en las Bibliotecas del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Industria y Comercio, Sela y Hemeroteca Nacional, así como otros personales.

Igualmente, se efectuaron entrevistas —que tuvieron una duración aproximada de 30 minutos— a diversas personas vinculadas a los ámbitos político, académico, social y económico del país. La elección de las personas a entrevistar se programó tratando de contactar a profesionales representativos del sector al cual pertenecen por lo que pudiesen tener conocimientos sobre la materia y generar la información sobre la cual fueron consultados. Los entrevistados fueron: Dr. Humberto Calderón Berti (Diputado del Congreso); Prof. Elsa Cardozo de Da Silva (Coordinadora del Postgrado en Relaciones Internacionales de la Universidad Central de Venezuela); Lic. Gerardo Arellano (Asesor Económico de la Dirección de Relaciones Exteriores del Ministerio de Industria y Comercio); Sr. Andrés Mercau (Secretario General de la Federación de Trabajadores Metalúrgicos, Mineros, Mecánicos y sus Similares de Venezuela-Filial de la CTV; Lic. Elba Fermín (Gerente de Asuntos Internacionales de Fedecámaras; Dr. Alberto Cisneros (Asesor Mayor de Coordinación de Planificación Estratégica de Petróleos de Venezuela.

El cuestionario que se les suministró constaba de nueve preguntas, las cuales se referían a: en qué momento comienza Venezuela a plantear su participación en el MERCOSUR; cuál ha sido la actitud que nuestro país ha tenido frente a este bloque cuatripartito; en qué condiciones se integraría al mismo; cuáles son los factores que favorecen u obstaculizan su integración; cuáles son las ventajas y las desventajas para Venezuela de integrarse al MERCOSUR; en qué posición se encuentra Venezuela en la actualidad; y qué opinión tiene el entrevistado sobre cómo ha conducido

Venezuela el proceso hasta los momentos. Por último, se les preguntaba si deseaban agregar algo. Cabe destacar, que se solicitó la participación de diversas personalidades pertenecientes a distintos partidos políticos del país y no se obtuvo respuesta, a excepción del Dr. Calderón Berti.

En lo que respecta al material bibliográfico consultado, es de hacer notar, en primer lugar, que no es mucho lo que se ha escrito sobre la asociación de Venezuela y los demás países andinos al MERCOSUR. La mayor parte de la información proviene de fuentes hemerográficas. En este sentido, se constató que la Hemeroteca Nacional no mantiene una suficiente recopilación de información sobre la materia por cuanto no se observa una continuidad de artículos de los diferentes medios de prensa, que sí pudieron ser revisados en algunos de las oficinas de los principales diarios del país. En segundo término se observó que algunos de los textos consultados se limitaban a una narración de los acontecimientos. En los que sí se presentaba una interpretación y opiniones, éstas resultaron en su mayoría contradictorias.

Esta diferencia de criterios se advirtió asimismo, en las respuestas otorgadas por los entrevistados, circunstancia que si bien permitió hacer un análisis cualitativo y ampliar la visión y enfoque de este estudio, impidió un procesamiento cuantitativo de dichas respuestas.

Este trabajo se presenta en dos partes. En la primera parte se hace una revisión del MERCOSUR: sus antecedentes, creación, desarrollo, funcionamiento y relaciones externas. De esta forma, se obtienen suficientes elementos para conocerlo y proceder a realizar en la segunda parte un análisis sobre Venezuela ante el MERCOSUR. En ella se examina la política venezolana de integración y el proceso político de acercamiento al bloque sureño, incluyendo una evaluación acerca de los factores que favorecen u obstaculizan este proceso y las ventajas o desventajas para Venezuela de asociarse al MERCOSUR.

Finalmente, se extraen las respectivas conclusiones, tomando en cuenta también, el papel que Venezuela ha tenido en los frentes andino y caribeño y la futura conformación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Para concluir, se hace propicia la ocasión —dentro de esta introducción— para extender un agradecimiento por su colaboración, a las personas que fueron entrevistadas; al Dr. Héctor Faúndez Ledesma, por habernos introducido a la posibilidad de participar en esta

investigación y muy especialmente a la Dra. María Gracia Morais de Guerrero, Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello por el incentivo que nos diera durante la conducción de este trabajo.

2. EL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

2.1. Antecedentes

En la década de los años 70 comienzan a profundizarse los vínculos comerciales de los países del Cono Sur. Por un lado, Uruguay y Brasil suscriben el Protocolo de Expansión Comercial (PEC), y por el otro, Argentina y Uruguay suscriben el Convenio Argentino-Uruguguayo de Cooperación Económica (Cauce).

Pero es a mediados de los años 80 que se va a producir, con consecuencias muy significativas para la integración y la génesis del MERCOSUR, un cambio importante en las relaciones tradicionales existentes hasta ese momento entre Argentina y Brasil primero y luego en toda la región, favorecido por los procesos de retorno a la democracia, la reestructuración económica y la necesidad de reingresar al mundo económico y político con posibilidades de participar en la negociación internacional con posiciones fortalecidas.

Así, los antecedentes más inmediatos del MERCOSUR datan de 1985, cuando los presidentes Alfonsín y Sarney, a raíz de su encuentro para la inauguración de un puente internacional que une a Puerto Meira, en Brasil, con Puerto Iguazú, en Argentina, mantuvieron un diálogo que derivó —el 30 de noviembre del mismo año— en la firma de la *Declaración de Iguazú*. En ella, ambos presidentes expresaron su firme decisión política de acelerar el proceso de integración bilateral y de explorar nuevos caminos en la búsqueda de un espacio económico regional latinoamericano, acordando crear una Comisión Mixta de Alto Nivel para la integración entre Argentina y Brasil.

A partir de ese momento, el acercamiento entre estos dos países avanzó sin detenerse y continuó con la suscripción del *Acta para la Integración Argentino-Brasileña* en julio de 1986, instrumento en el cual se estableció el *Programa de Integración y Cooperación Económica* (PICE), dirigido a impulsar un espacio económico común, fundándose en principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio, trato preferencial frente

a terceros mercados y armonización progresiva de las políticas económicas. Uruguay —en atención a los acuerdos previamente escritos con Brasil y Argentina— fue invitado a analizar los procedimientos que le permitieron acoplarse a este desarrollo. Igualmente, ese mismo año fue firmada el *Acta de Amistad Argentino-Brasileña, Democracia, Paz y Desarrollo* y hasta 1989, fueron suscritos veinticuatro Protocolos bilaterales sobre distintas materias específicas.

Con el fin de consolidar el proceso de integración y constituir un espacio económico común en un plazo de diez años, Argentina y Brasil firmaron en noviembre de 1988 el *Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo*, que contemplaba la eliminación gradual de todas las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio de bienes y servicios y la armonización de políticas macroeconómicas.

Esta estrategia quedó formalizada en julio de 1990 con el *Acta de Buenos Aires*, en donde ambos países decidieron acelerar el proceso para conformar definitivamente un mercado común el 31 de diciembre de 1994, sobre la base de rebajas arancelarias generalizadas, lineales y automáticas y la eliminación simultánea de barreras para-arancelarias.

A fines de 1990, Argentina y Brasil suscribieron en el ámbito de la ALADI un *Acuerdo de Complementación Económica* que sistematizaba y profundizaba los acuerdos comerciales bilaterales preexistentes y serviría de sustento para el posterior establecimiento del MERCOSUR.

Ese año también, se reunieron con Paraguay y Uruguay, conviniéndose en suscribir un acuerdo creando un mercado común cuatripartito.

El 26 de marzo de 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el *Tratado de Asunción*. El mismo entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991 y fue integrado al ordenamiento jurídico de la ALADI mediante el Acuerdo de Complementación Económica N° 18 (ACE N° 18).

2.2. El Tratado de Asunción

El Tratado de Asunción no es, estrictamente, el instrumento de la constitución final del Mercado Común del Sur, sino un Tratado marco que fija las bases y establece la metodología que harán posible alcanzar este objetivo. Igualmente, tiene vocación regional.

En el *Preámbulo*, los Estados Partes exponen, entre otros conceptos, que:

- La “ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social” y “ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”.
- “Teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países”, “este proceso de integración constituye una respuesta adecuada a tales acontecimientos”.
- El “presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980”.

Este Tratado consta de veinticuatro (24) artículos distribuidos en seis (6) capítulos y cinco (5) anexos.

En él, sus países miembros deciden la conformación de un *Mercado Común* (Mercado Común del Sur), el cual, de acuerdo con los artículos 1 y 2, entraña:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos.
- El establecimiento de un arancel externo común y una política comercial común.
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales.
- El compromiso de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.
- La reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes.

Se prevé a tal efecto un período de transición hasta el 31 de diciembre de 1994.

Durante ese lapso, y con el objeto de facilitar la implementación del Mercado Común, se establecen un Régimen General de Origen (Anexo II), un Sistema de Solución de Controversias (Anexo III) y Cláusulas de Salvaguardia (Anexo IV).

En lo que respecta a las relaciones con terceros, los cuatro socios se comprometen a asegurar condiciones equitativas de comercio y a aplicar en consecuencia sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier práctica desleal, así como a coordinar sus políticas nacionales para elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

Asimismo, durante el período de transición, se instruyen como los *principales instrumentos* para la constitución del Mercado Común:

- a) Un Programa de Liberación Comercial, consistente en rebajas arancelarias progresivas (arancel cero al 31/12/94), lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes. (Este Programa de Liberación Comercial está contenido en el Anexo I del Tratado, admitiéndose diferencias puntuales de ritmo para Paraguay y Uruguay).
- b) La coordinación de políticas macroeconómicas, a realizarse de forma gradual y convergente con los programas de desgravación arancelaria y de eliminación de restricciones no arancelarias antes expresados.
- c) Un arancel externo común, que incentive la competitividad externa de los Estados.
- d) La adopción de acuerdos sectoriales, a fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes.

En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, el Tratado dispone que los productos originarios del territorio de un Estado Parte se le concederá en los otros Estados Partes, igual tratamiento que al producto nacional.

Luego, se establece el compromiso de los cuatro países miembros de preservar los compromisos previamente asumidos, incluso en el ámbito de la ALADI, y de coordinar sus posiciones en las negociaciones comerciales externas a acometer durante el período de transición.

La administración y ejecución del Tratado, así como de los acuerdos específicos y decisiones que se adopten en el marco jurídico del mismo, se confió a los siguientes *órganos*, de carácter intergubernamental y cuyas decisiones son tomadas por consenso, con la presencia de todos los Estados Partes¹:

- a) El Consejo del Mercado Común (órgano superior del Mercado Común) y
- b) El Grupo Mercado Común (órgano ejecutivo del Mercado Común).

El Grupo Mercado Común puede constituir Sub-grupos de Trabajo para la realización de sus cometidos, contando inicialmente con los señalados en el Anexo V: SGT-1: Asuntos Comerciales; SGT: Asuntos Aduaneros; SGT-3: Normas Técnicas; SGT-4: Políticas Fiscal y Monetaria Relacionadas con el Comercio; SGT-5: Transporte Terrestre; SGT-6: Transporte Marítimo; SGT-7: Política Industrial y Tecnológica; SGT-8: Política Agrícola; SGT-9: Política Energética; SGT-10: Coordinación de Políticas Macroeconómicas; y el SGT-11: cuya creación fue aprobada por la Resolución 11/91: Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social. Dispone además —el Grupo Mercado Común— de una Secretaría Administrativa, con sede en la ciudad de Montevideo.

Se reconocen como idiomas oficiales del Mercado Común al español y portugués, y la versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión.

Según el artículo 18, antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes deben convocar a una reunión extraordinaria a fin de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, sus atribuciones específicas y sistemas de adopción de decisiones.

Por otra parte, el Tratado de Asunción —que tiene una duración indefinida— quedó abierto a la *adhesión*, a través de negociación, de los demás países miembros de la ALADI a partir del quinto año de su vigencia (1996).

Sin embargo, se especifica que pueden ser consideradas antes de ese plazo las solicitudes formuladas al respecto por países miembros de la ALADI que no forman parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extraregional.

1 Una de las mayores críticas que se ha realizado al Mercosur en este sentido es la ausencia de órganos supranacionales.

En todos estos casos, la aprobación de las solicitudes debe ser objeto de decisión unánime de los Estados Partes.

Finalmente, el Tratado regula lo concerniente a su Denuncia y contiene Disposiciones Generales, entre las cuales cabe destacar la decisión de establecer una Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, a objeto de facilitar el avance hacia la constitución del Mercado Común.

2.3. Avances y Logros

En el período de transición se verificaron importantes progresos (en especial en los encuentros de Las Leñas en 1992 y de Buenos Aires y Ouro Preto en 1994), que al 1° de enero de 1995 se reflejan en la puesta en marcha de una unión aduanera² y la definición de la organización institucional y jurídica.

La conformación de la unión aduanera constituye una fase fundamental para proseguir hacia el mercado común, intención ésta que se registra en el Protocolo de Ouro Preto -Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR- firmado el 17 de diciembre de 1994 en cumplimiento de lo previsto en el artículo 18 del Tratado de Asunción.

2.3.1. El Protocolo de Ouro Preto

El Protocolo de Ouro Preto presenta relevantes aspectos e innovaciones.

Precisa, en primer lugar, la *estructura institucional* del MERCOSUR, fundamentándose en la experiencia obtenida durante el período de transición. Conforme se expresa en el Preámbulo: "Atentos a la dinámica implícita en todo proceso de integración y a la consecuente necesidad de adaptar la estructura institucional del MERCOSUR a las transformaciones ocurridas".

2 La unión aduanera implica que los países participantes, aparte de eliminar los aranceles y trabas no arancelarias al comercio entre ellos, como sucede en la zona de libre comercio, adoptan un arancel externo común frente a terceros. El mercado común supone, además de una unión aduanera, la supresión de las restricciones al movimiento de la fuerza de trabajo y capital.

Los órganos contemplados son los siguientes:

- El Consejo del Mercado Común (CMC)
- El Grupo Mercado Común(GMC)
- La Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM)
- La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)
- El Foro Consultivo Económico-Social (FCES)
- La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM).

Los tres primeros son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental. Se prevé también la posibilidad de crear órganos auxiliares.

Como puede observarse, se mantienen los dos entes centrales —el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común— de la estructura orgánica del Tratado de Asunción; se institucionalizan la Comisión Parlamentaria Conjunta y la Secretaría Administrativa del MERCOSUR; y se establecen la Comisión de Comercio del MERCOSUR y el Foro Consultivo Económico-Social. Las decisiones de los mismos continúan siendo tomadas por consenso, con la presencia de todos los Estados Partes.

Pero nuevamente no se instituyó, a diferencia de otros esquemas de integración como la Unión Europea y la Comunidad Andina, ningún órgano de carácter supranacional; los actos normativos no poseen una eficacia directa en el ámbito interno. Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas del Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y se establecen reglas específicas para garantizar su vigencia simultánea en los respectivos ordenamientos jurídicos.

El *Consejo del Mercado Común* es el órgano superior del MERCOSUR. Le compete la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos trazados por el Tratado de Asunción y de alcanzar la constitución final del mercado común. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Los Ministros de Economía, o sus equivalentes.

Se reúne todas las veces que lo estime oportuno y, por lo menos, una vez por semestre, con la participación de los Presidentes de los

Estados Partes. Además, pueden ser invitados otros Ministros o autoridades de nivel ministerial.

En efecto, aún cuando se había determinado que el Consejo sesionaría por lo menos una vez al año con la participación de los Presidentes, éstos acordaron desde la primera reunión en Brasilia en diciembre de 1991 que lo harían semestralmente, como ha sucedido. La Cumbre Presidencial del MERCOSUR se efectúa de manera rotativa en cada país y, en un Comunicado Final, quedan registrados los acuerdos alcanzados e instrucciones impartidas. El Consejo, a su vez, se pronuncia a través de Decisiones obligatorias para los países miembros.

El *Grupo Mercado Común* es el órgano ejecutivo del MERCOSUR. Está formado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía o sus equivalentes y Banco Central, y es coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Cuando lo juzgue conveniente puede convocar, al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos, a representantes de otros órganos de la Administración Pública o de la estructura institucional del MERCOSUR.

Se manifiesta mediante Resoluciones obligatorias para los Estados Partes.

La *Comisión de Comercio del MERCOSUR* asiste al Grupo Mercado Común y le corresponde velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como hacer un seguimiento y revisión de los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes. Tiene competencia igualmente en las reclamaciones originadas en los Estados Partes o en los particulares (según el artículo 21 y el único Anexo del Protocolo de Ouro Preto: "Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR").

Esta conformada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país y se expresa mediante Directivas —obligatorias para los Estados Partes— o Propuestas.

La *Comisión Parlamentaria Conjunta* es el órgano representativo de los Parlamentos de los países miembros. Busca acelerar los respectivos procedimientos internos para una rápida entrada en vigor de las normas emanadas de los tres órganos antes señalados del MERCOSUR; coadyuvar,

de acuerdo con las exigencias del avance en el proceso de integración, en la armonización de legislaciones; y examinar, a solicitud del Consejo, temas prioritarios.

Integrada por igual número de parlamentarios representantes de los Estados Partes, la Comisión Parlamentaria Conjunta remite Recomendaciones al Consejo, por intermedio del Grupo Mercado Común.

El *Foro Consultivo Económico-Social* es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales. Conformado por igual número de representantes de cada Estado Parte, cumple una función consultiva. Eleva Recomendaciones al Grupo Mercado Común.

La *Secretaría Administrativa del MERCOSUR*, con sede permanente en la ciudad de Montevideo y a cargo de un Director cuya nacionalidad debe ser la de uno de los Estados Partes, es la entidad de apoyo operativo y responsable de la prestación de servicios a los demás órganos. Se encarga de importantes actividades administrativas, así como de realizar la publicación y difusión de las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR, y sirve como archivo oficial de la documentación del mismo. A objeto de atender sus gastos de funcionamiento y aquellos que disponga al Grupo Mercado Común, se le establece un presupuesto, financiado, en partes iguales, por contribuciones de los cuatro socios.

Corresponden, al Grupo Mercado Común la elección, en forma rotativa, previa consulta a los países miembros, y, al Consejo del Mercado Común la designación, del Director, quien tendrá mandato de dos años sin que pueda ser reelecto.

La estructura institucional del MERCOSUR establecida por el Protocolo de Ouro Preto, al igual que las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos, podrán ser revisadas, determinándose que, con ese objetivo, los Estados Partes convocarán, cuando los juzguen oportuno, a una conferencia diplomática.

El Protocolo de Ouro Preto dio asimismo pasos positivos al reconocer *personalidad jurídica de Derecho Internacional* al MERCOSUR, señalar sus *fuentes jurídicas y confirmar y complementar el sistema de solución de controversias establecido en el Protocolo de Brasilia de 1991*.³

3 El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias fue suscrito el 17 de diciembre de 1991, de acuerdo con lo previsto por el Tratado de Asunción y su Anexo III —Solución de Controversias—. Está vigente desde diciembre de 1992.

El MERCOSUR entonces, en cuanto tiene personalidades jurídica de Derecho Internacional, puede practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial: contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias. Además, celebrar acuerdos de sede.

Sus fuentes jurídicas son:

- El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios. (Queda, por lo tanto, comprendido aquí como fuente el propio Protocolo en comentario).
- Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.
- Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Se reafirma que los *idiomas oficiales* del MERCOSUR son el español y el portugués, y que la versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión.

En materia de *adhesión o denuncia*, regirán como un todo, para el Protocolo de Ouro Preto, las normas del Tratado de Asunción. La adhesión o denuncia de uno de estos dos instrumentos implica también la del otro.

2.3.2. Puesta en marcha de la unión aduanera

El 1º de enero de 1995 el MERCOSUR comenzó a funcionar como una unión aduanera. Se logró un arancel de importación cero para el comercio intrarregional y entró en vigor el arancel externo común (AEC) frente a terceros países, aunque con algunas excepciones en ambos casos.

De conformidad con lo estipulado en el Tratado de Asunción y el Programa de Liberación Comercial, durante el período de transición los cuatro socios se preocuparon por alcanzar, mediante una desgravación gradual, lineal y automática, la liberalización total para el comercio recíproco.

Dicho Programa preveía la aplicación de una preferencia arancelaria del 47% desde junio de 1991 y reducciones arancelarias del 7% cada seis

meses hasta llegar al arancel cero el 31 de diciembre de 1994, salvo para un número de productos comprendidos en Listas de Excepciones, a ser disminuidas al vencimiento de cada año hasta arribar a su supresión total el 31 de diciembre de 1994 por parte de Argentina y Brasil y el 31 de diciembre de 1995 por parte de Paraguay y Uruguay. No obstante, se ha contemplado para un grupo de productos (Argentina: 221 posiciones arancelarias, Brasil: 29, Paraguay: 427 y Uruguay: 1018) un plazo adicional para su adecuación final al régimen de la Unión Aduanera (hasta el 31 de diciembre de 1998 en el caso de Argentina y Brasil y hasta el 31 de diciembre de 1999 en el de Paraguay y Uruguay). De todas formas, mantienen un margen de preferencia regional con respecto a las importaciones provenientes de fuera del bloque.

La mayor parte, entonces, de las mercaderías argentinas, brasileñas, paraguayas y uruguayas están liberadas de aranceles de importación al pasar de un país a otro y no podrán ser objeto de restricciones no arancelarias.⁴

En cuanto al arancel externo común, su fijación estuvo sujeta a arduas negociaciones durante el período de transición por la multiplicidad de intereses.

El arancel externo común que se aplica a las importaciones de fuera del área oscila entre 0 y 20%, con nueve niveles arancelarios intermedios. Cubre el 85% del universo arancelario. Los productos incluidos en el régimen de adecuación final a la unión aduanera, así como los bienes de capital⁵, informática y telecomunicaciones⁶, cuentan con un plazo mayor para la convergencia lineal y automática hacia el arancel externo común. Adicionalmente, se ha acordado que Argentina, Brasil y Uruguay podrán mantener un número máximo de 300 productos como excepciones al arancel externo común hasta el 1º de enero de 2001, y Paraguay 399 productos hasta el 1º de enero de 2006. Los sectores automotriz y azucarero tienen también temporalmente regímenes especiales de transición hacia la unión aduanera.

4 En 1994, El Grupo Mercado Común creó el Comité Técnico de Restricciones No Arancelarias con la finalidad de eliminar o ir armonizando progresivamente, según su naturaleza, las restricciones no arancelarias al comercio.

5 A los bienes de capital se les aplicará un arancel máximo del 14% a partir del año 2001.

6 Para estos sectores comenzará a regir desde el año 2006 un gravamen máximo del 16%.

Por lo tanto, los productos importados del resto del mundo —sujetos al arancel externo común— deberán pagarlo al ingresar al MERCOSUR. Luego, podrán ser reexportados a los demás países de la zona sin tener que pagar arancel.⁷ En el caso de los productos exceptuados del arancel externo común y de aquellos que estando sujetos al arancel externo común, sus insumos, partes o piezas estén exceptuados, la libre circulación en el ámbito del MERCOSUR estará condicionada, como regla general, a que el total de insumos y materias primas extra-bloque no sea superior al 40% del valor FOB del producto final. Para Paraguay y Uruguay se han considerado situaciones temporales más ventajosas.

Así, se ha establecido un requisito de origen: 60% de componentes nacionales y 40% de importados. A Paraguay y Uruguay se les reconoce un 50% de componentes nacionales /y 50% de importados), hasta el año 2001, para los bienes negociados previamente en acuerdos con Argentina y Brasil. La exigencia de un régimen de origen será eliminada cuando se extingan las excepciones al arancel externo común.⁸

A los artículos provenientes de las zonas francas instaladas en el MERCOSUR se les aplicará el arancel externo común. Sin embargo, los países podrán acordar la exención impositiva, como lo hicieron Argentina y Brasil. Estos dos países concluyeron un acuerdo que permite que los artículos de las Zonas Francas de Manaus y de la Tierra del Fuego ingresen, respectivamente, en territorio argentino y brasileño sin estar gravados con el arancel.

Representan también otros avances logrados por el MERCOSUR el establecimiento de una nomenclatura arancelaria común y de un glosario sobre términos y conceptos aduaneros, la presentación de propuestas nacionales para una política común de salvaguardias, la simplificación de los trámites en fronteras para el tránsito de personas y mercancías, la disminución de obstáculos a la libre circulación de productos agropecuarios, la armonización de normas y reglamentos técnicos, el cotejo de los regímenes tributarios nacionales y un análisis comparativo de los sistemas laborales de los países miembros.

7 Debe señalarse, no obstante, que se ha llegado a cobrar varias veces el mismo AEC, lo cual ha provocado el malestar de los empresarios. (Gaceta Mercantil Latinoamericana, página 1-4. 15 al 21 de diciembre de 1996). Edición especial de Economía HOY.

8 Para el año 2001, el arancel externo común abarcará a casi todo el universo arancelario, y para el año 2006 estará totalmente en efecto.

Además, a fin de avanzar en el proceso de racionalización de la producción y favorecer las alianzas empresarias, se han definido otros instrumentos, como los acuerdos sectoriales.

El MERCOSUR enfrenta retos cada vez mayores. En el Programa de Acción para el año 2000, aprobado por los Jefes de Estado de los cuatro países en diciembre de 1996 en Punta del Este, quedaron establecidos, entre otros objetivos, profundizar en la integración mediante el perfeccionamiento de la unión aduanera, consolidar el libre comercio y las condiciones de competencia intra-grupo, perfeccionar la política comercial común, y fortalecer la estructura jurídica e institucional. Igualmente, se precisaron un conjunto de medidas en lo referente a intercambios en las áreas de la educación y la cultura y el desarrollo de recursos humanos.

En la Cumbre Presidencial de Fortaleza, Brasil, en diciembre de 1996, fueron suscritos varios Acuerdos y Protocolos, con miras a la profundización de la integración y una mayor dimensión social. Los mismos incluyen, entre otros: Acuerdo sobre servicios aéreos subregionales, al que también adhirieron Bolivia y Chile⁹, destinado a permitir nuevos servicios aéreos regulares entre ciudades aisladas del interior, conectándolas con toda el área; Protocolo de integración educativa para la realización de estudios de postgrado en las universidades de los países miembros, los cuales, con esa sola finalidad, reconocerán los títulos universitarios de cualquiera de los otros; Protocolo de integración educativa para la formación y perfeccionamiento de docentes universitarios e investigadores; Acuerdo de integración cultural para la promoción de programas y proyectos conjuntos, intercambio de artistas, escritores e investigadores y la participación en coproducciones de cine, video, televisión, radio y multimedia; y primeros Capítulos del Reglamento Común de Defensa del Consumidor, que establece medidas para que un ciudadano de cualquiera de los socios pueda plantear reclamos sobre productos elaborados en otro.

Pero la firma de dos Protocolos, unificando reglas de defensa de la competencia y de aplicación de salvaguardas comerciales, tuvo que ser aplazada por las discrepancias entre Argentina y el resto del bloque, estableciéndose un período de transición hasta el año 2001; y es que,

9 Países asociados al MERCOSUR.

pese a sus destacables avances, el MERCOSUR se ha enfrentado dificultades para lograr consenso en algunas áreas entre sus miembros.

Ello queda reflejado también en la dilación para la inclusión del azúcar en los acuerdos del MERCOSUR, siendo éste uno de los temas que más dividen a Brasil y Argentina (los dos “grandes” del bloque).

En ocasiones las desavenencias —que han tratado de resolverse— han surgido por las medidas asumidas unilateralmente por alguno de los países.¹⁰

Asimismo, debe continuarse hacia una mayor armonización de las políticas macroeconómicas y en la consecución de acuerdos en áreas como nuevos servicios y compras por parte de los gobiernos, a objeto, en este último caso, de que se garantice igual trato a los proveedores del bloque que a los nacionales.

Lo que se ha expresado ha llevado a que en la Cumbre Presidencial celebrada en Asunción hace unos meses (junio de 1997), se ratificara el compromiso de profundizar y fortalecer la integración mediante una coordinación más eficiente de las políticas en materia económica y el cumplimiento de los acuerdos comerciales vigentes.

Dicho compromiso envuelve también la negociación de un acuerdo sobre compras gubernamentales y la puesta en marcha de un proceso de liberalización del sector de los servicios.

Sobre este último punto, debe acotarse que ha habido una preocupación por acelerar la liberalización de los servicios financieros. Tal como lo expresó Renato Ruggiero, Director General de la Organización Mundial del Comercio (OMC), quien fue invitado a la Cumbre de Asunción: “Los países del MERCOSUR han dado pasos significativos hacia la liberalización financiera, y han asumido importantes compromisos en la OMC. Su esfuerzo por liberar el comercio de servicios en el marco del propio acuerdo del MERCOSUR está avanzando”¹¹

El MERCOSUR entonces —de acuerdo con todo lo anterior— si bien ha tropezado con algunos problemas y aún le queda camino por andar, presenta un balance muy positivo, siendo muy auspiciosos sus

10 Un ejemplo reciente de ello lo constituye la limitación a la financiación de importaciones mediante créditos a corto plazo impuesta a fines de marzo de este año por Brasil, en busca de contener su abultado déficit comercial.

11 *El Globo*, página 12. 23 de junio de 1997.

perspectivas futuras. Sobre el particular, no debe olvidarse que el proceso europeo llevó más de veinte años de perfeccionamiento y en algunos aspectos sigue experimentando conflictos. Son procesos históricos, en donde el joven MERCOSUR se encuentra aún en un período evolutivo.

2.4. Relaciones Externas

Paralelamente con los desarrollos que han sido referidos, el MERCOSUR ha mantenido una amplia vinculación externa con otros bloques y países, con miras a una profundización de las relaciones y el libre comercio.

Además de los que ya ha suscrito (conforme se verá infra), negocia acuerdos (objeto de especial análisis en el próximo acápite) con Venezuela, Colombia, Ecuador y Perú y México; ha comenzado contactos con Panamá, los miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), Japón, China, Corea, Australia, Nueva Zelandia y otros países; y ha recibido el interés de conversaciones “formales” de Canadá.

En julio de 1991, los cuatro países del MERCOSUR y los *Estados Unidos* firmaron un Acuerdo de Comercio e Inversiones —conocido con la denominación de “4 + 2”, el cual establece un mecanismo de consultas a objeto de facilitar el comercio y las inversiones entre los signatarios.

Desde ese año también (1991), empezó el acercamiento con la *Unión Europea*¹². A poco de haberse firmado el Tratado de Asunción, se reunieron los Cancilleres de los cuatro socios con el Presidente de la Comisión Europea, y en mayo de 1992 fue firmado un acuerdo de cooperación interinstitucional, el cual coadyuvó al comienzo de programas de cooperación técnica e instituyó instancias de diálogo entre los actores políticos, sociales y económicos de ambos grupos de países.

Posteriormente, a fines de 1994 tuvo lugar un encuentro entre los Ministros de Relaciones Exteriores de las dos partes que significaría el inicio de un proceso de negociaciones políticas, económicas y comerciales que desembocó en la suscripción, el 15 de diciembre de 1995 en Madrid, del “Acuerdo Marco Interregional de Cooperación”¹³, que debe conducir al establecimiento de una zona de libre comercio en los primeros años

12 Cada uno de los países miembros del MERCOSUR tenía separadamente acuerdos con la Unión Europea desde 1990 y 1991.

13 Este es el primer acuerdo suscrito por la Unión Europea con una organización regional de fuera de su vecindad.

del próximo siglo. (Mediante este Acuerdo-marco las partes se proponen acrecentar las relaciones recíprocas y crear una asociación interregional de carácter político y económico, con libre circulación de bienes y servicios).

El MERCOSUR, asimismo, ha procurado robustecer sus vínculos con los demás países de la ALADI. Hasta el presente, *Chile y Bolivia* han logrado finalizar negociaciones para perfeccionar su asociación al bloque cuatripartito.

En este sentido, es conveniente aclarar que una de las modalidades de vinculación de los demás países de ALADI al MERCOSUR sería la adhesión que, como se ha dicho en el punto 2.2, está contemplada y regulada desde el propio establecimiento del Tratado de Asunción. La misma implicaría el ingreso de los países al esquema de integración subregional, asumiendo todos sus derechos y obligaciones, inclusive la adopción de su arancel externo común.

Otra posibilidad —que pudiera favorecer una futura incorporación— es la asociación, a través de la negociación de acuerdos de zona de libre comercio, como los concretados por Chile y Bolivia con el bloque cuatripartito y se espera lo hagan próximamente Venezuela y los restantes países andinos.

El Acuerdo de Asociación entre Chile y MERCOSUR, que se implementa mediante un Acuerdo de Complementación Económica (ACE), fue suscrito en Argentina el 25 de junio de 1996, luego de un prolongado y complejo proceso de acercamiento.

Este Acuerdo envuelve el compromiso de conformar una zona de libre comercio en un plazo de diez años y establece el marco jurídico e institucional para la creación de un espacio económico ampliado que facilite la libre circulación de bienes y servicios y la plena utilización de los factores productivos; promueve el desarrollo y la utilización de la infraestructura física, con especial énfasis en el establecimiento de interconexiones bioceánicas; promueve e impulsada las inversiones recíprocas; y estimula la complementación y la cooperación económica, energética, científica y tecnológica. Chile mantiene su arancel externo nacional¹⁴ y los países del MERCOSUR el arancel externo común.

14 Chile tiene un arancel único del 11%.

En diciembre de 1996, en la Cumbre Presidencial de Fortaleza (Brasil), el MERCOSUR “conquistó” un nuevo asociado: Bolivia. Este ha sido el primer país miembro de la Comunidad Andina en renegociar el denominado “patrimonio histórico”¹⁵ con los países del MERCOSUR, hecho que ha facilitado su asociación.

El Acuerdo de Complementación Económica entre el MERCOSUR y Bolivia para la conformación, como en el caso de Chile, de una zona de libre comercio, establece un plazo de diez años para la liberación de la mayor parte de los productos y de dieciocho años para los restantes.

Igualmente, se realizarán esfuerzos en el área de la interconexión física, especialmente en el transporte fluvial en la Hidrovía Paraguay-Paraná.

Se promueve el desarrollo de acciones conjuntas orientadas a la ejecución de proyectos de cooperación para la investigación científica y tecnológica y para la difusión de progresos alcanzados en este campo.

Es de resaltar que en la Cumbre Presidencial de Asunción en junio de este año, se acordó que Chile y Bolivia¹⁶ actuarán junto al MERCOSUR en las negociaciones hacia el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y participarán en las negociaciones con la Unión Europea y otras áreas económicas.

Las asociaciones de Chile y Bolivia al MERCOSUR marcan un punto importante para la convergencia y articulación de los distintos acuerdos de integración, pluri y bilaterales existentes en la región y para el proceso de formación del ALCA, desde Alaska a Tierra de Fuego, para el año 2005. “Un MERCOSUR ampliado con Chile y Bolivia, y tal vez más pronto de lo que se pueda imaginar con los restantes socios del Grupo Andino, junto con la necesaria profundización de los vínculos con Centroamérica y Cuba, fortalecería la capacidad regional en la negociación del ALCA”.¹⁷

15 El patrimonio histórico implica la renegociación de las preferencias arancelarias por producto -incluidas en Acuerdos de Alcance Parcial- concedidas bilateralmente entre cada uno de los países del MERCOSUR y el resto de los países miembros de la ALADI, de tal forma que queden unificadas y el MERCOSUR otorgue y reciba las mismas preferencias de manera conjunta.

El ACE Chile/MERCOSUR se basó también en una ampliación de las preferencias bilaterales que existían entre Chile y los cuatro países del MERCOSUR.

16 Los Presidentes de Chile y Bolivia asisten a las Cumbres Presidenciales del MERCOSUR.

17 Carlos Moneta, Secretario Permanente del SELA. Gaceta Mercantil Latinoamericana, 15 al 21 de diciembre de 1996. (Edición Especial de Economía HOY).

El MERCOSUR —que ha asumido una propuesta brasileña para la formación de un Área de Libre Comercio Sudamericano (ALCSA)— se ha convertido en un polo de atracción, que trasciende inclusive a Centroamérica y el Caribe.

3. VENEZUELA ANTE EL MERCOSUR

3.1. Política venezolana de integración

En materia económica, la política exterior venezolana, ha estado caracterizada por innumerables manifestaciones e intentos de participar en los diversos procesos de integración. Estas manifestaciones fueron esbozadas de manera desigual en los casi cuarenta años transcurridos desde la década de los sesenta cuando comienzan a surgir los primeros esquemas de integración a partir de la creación del Mercado Común Centroamericano (MCCA) y la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). En cada caso, la intensidad de las gestiones estuvo signada por la estructura de su economía, que en un primer momento se caracterizaba por ser una economía petrolera, con un comercio profundamente dependiente de los Estados Unidos (Cardozo 1996).

La cambiante situación económica, tanto a nivel mundial como a nivel hemisférico, fue orientando y redefiniendo las preferencias y estrategias de la política económica venezolana. Pero es de hacer notar, que aún cuando en la elaboración de la política económica internacional intervienen los imperativos que imponen los desafíos externos, en el diseño de la misma también participa la dinámica del sistema político interno del país (Briceño/Vielma, 1997). En la búsqueda de cierta estabilidad y de una inserción más importante en el mercado, hubo diferentes percepciones en cuanto a la necesidad de participar en los distintos esquemas integracionistas, visto lo cual, puede entenderse la forma como Venezuela ha manejado los debates internos y las negociaciones en los diferentes foros económicos. En este sentido, la agenda ha parecido estar dominada por la ambigüedad, es decir, por un lado por el interés político de participar, pero por el otro, por la falta de coordinación y de concertación interna respecto de un lineamiento definido sobre la conveniencia de adherirse a dichos esquemas. Producto de esa indecisión se tradujo en la tardanza con que Venezuela ingresó en la ALALC y al Pacto Andino (hoy Comunidad Andina).

Es a partir de la década de los setenta, cuando Venezuela logra una mayor estabilidad política, y a la vez, una extraordinaria bonanza económica (por los efectos de la crisis energética mundial y subsiguiente aumento de los precios del petróleo). La política económica del Estado se apoyaba en el ingreso proveniente del petróleo y variaba con atención a la demanda internacional del crudo. El equilibrio alcanzado produjo una reacción positiva en el país, y como consecuencia de ello comienza a progresar su voluntad de reactivar la economía y de adicionar la imagen de la integración al contexto de los objetivos principales de la estrategia económica venezolana para construir espacios subregionales y regionales. Ello le permitiría tomar una posición activa con una mejor capacidad negociadora dentro del ámbito latinoamericano. La prolongación de la política por parte del Estado dirigida a lograr la industrialización del país a través del mecanismo de sustitución de importaciones para así reducir la dependencia nacional de la industria petrolera, fracasó por cuanto la industria no se expandió en los términos que se esperaba y el desarrollo se dio bajo el proteccionismo del Estado (Urbina, 1997).

Una serie de transformaciones cruciales en el sistema internacional y el sistema político interno que se fueron evidenciando en el transcurso de los años ochenta, provocaron una crisis económica profunda en el país. Surge la necesidad de incentivar la inversión extranjera como mecanismo para apoyar el financiamiento de proyectos prioritarios y para expandir la capacidad industrial con fines de exportación, adquisición de tecnología moderna y el mejoramiento de la infraestructura y los servicios. En 1989, Carlos Andrés Pérez asume la presidencia por segunda vez y su gobierno desarrollaría la llamada política del “gran viraje”, caracterizada por la puesta en marcha de la reforma arancelaria, la liberalización de las importaciones y exportaciones acompañado por un sistema de cambio libre y único. Esta etapa, se caracterizó por una gran reacción a nivel gubernamental como consecuencia de haber comprendido que había necesidad de reorientar la política económica del país a raíz del impacto de la crisis económica y, por lo tanto, se debía ajustar el sistema político a esta reorientación. También estaba claro la urgencia de redimensionar la política exterior del Estado frente a los desafíos impuestos por las transformaciones globales y hemisféricas en curso (Serbín, 1994; Briceño/Vielma, 1997).

Más aún, como resultado de esas tendencias mundiales hacia el llamado proceso de globalización, Venezuela comenzó a desarrollar una diplomacia comercial dinámica otorgando prioridad a las iniciativas de

integración regional latinoamericana y del Caribe, reorientando así su atención y cambiando su estrategia de negociación para tratar de mantener una posición de peso o de poder relativo en un contexto globalizado. Al mismo tiempo ha tratado de observar la conveniencia de sus relaciones comerciales a través de alianzas con países vecinos como Colombia y Brasil, todo ello con el propósito de aprovechar los beneficios de una futura integración hemisférica, en el entendido de que por la dinámica misma de la globalización, ningún país debe o puede tomar otro rumbo sin quedar aislado del movimiento motor de las economías a nivel mundial.

3.2. Proceso político de acercamiento al MERCOSUR

Las aceleradas y profundas transformaciones que condujeron a nuevas circunstancias en el ámbito internacional, han motivado al país a organizar una agenda económica internacional en donde destaca su disposición de participar en los diferentes escenarios de integración. Venezuela mantiene una política comercial orientada en torno a la integración de los mercados promoviendo la apertura de su economía hacia el mundo y con mayor énfasis, hacia el resto de América Latina y el Caribe. Ante la disyuntiva de hacia dónde debe centrar sus mayores esfuerzos —en escenarios cada vez más exigentes— sin descuidar su posición dentro de esquemas como el de la Comunidad Andina o del G3, ni dejar de un lado las posibilidades de un mayor acercamiento comercial con los Estados Unidos, la dinámica inmediata ha sido la de buscar un mejor balance dentro de la región. La fuerza alcanzada por el MERCOSUR en el ámbito latinoamericano, ha influido en la transformación que ha experimentado la política exterior de los demás países del área, incluyendo a Venezuela. Ello se ha reflejado en los cambios de sus relaciones con Brasil y Colombia, demostrando su interés por fortalecer un acercamiento con MERCOSUR, toda vez que con ello anhela obtener provecho de su posición estratégica entre los diferentes esquemas subregionales y el MERCOSUR. Dentro de esta constante, Venezuela planteó —luego de diversas negociaciones bilaterales— su acercamiento al bloque comercial suramericano, dando un giro en las últimas negociaciones al sumarse a ellas junto con los demás países integrantes de la Comunidad Andina bajo el esquema de una negociación conjunta entre las dos subregiones¹⁸.

18 Lo que se planteaba no era el ingreso de Venezuela al MERCOSUR, sino la asociación con el mismo, mediante la negociación de una zona de libre comercio, mecanismo éste que se está negociando bajo la concepción de la Comunidad Andina.

Es indiscutible que fue a través del “Coloso del Sur”, Brasil, que Venezuela inició su acercamiento al MERCOSUR y ha sido este país el que ha promovido su asociación (desde 1994). Venezuela, a su vez, ha evidenciado su interés al otorgarle prioridad a la intensificación de sus relaciones con Brasil dejando traslucir la vieja aspiración del Presidente Caldera de emprender la “conquista del Sur” (Petrasch 1996). Dentro de esa dinámica de acercamiento, se llevaron a cabo encuentros por parte de los primeros mandatarios de ambas naciones, Rafael Caldera y Fernando Henrique Cardoso¹⁹, con el propósito de establecer un espacio económico ampliado en la región suramericana, a través de una zona de libre comercio binacional que permitiría agilizar, a su vez, un futuro tratado con el MERCOSUR²⁰. Estos contactos de alto nivel, complementados con recíprocas visitas de cancilleres, vice-cancilleres, ministros de otras áreas y delegaciones empresariales, han convergido, a su vez, en un vasto espectro de proyectos, que ya han comenzado a concretarse. Entre éstos cabe mencionar la creación de “Petroamérica”, una compañía que hará posible la integración industrial y comercial entre las corporaciones petroleras PDVSA y PETROBRAS, y la conexión para el suministro de energía eléctrica de la central Raúl Leoni, de Guri a Manaus y otras localidades fronterizas del norte de Brasil.

En una secuencia de acontecimientos, el Bloque Andino y el MERCOSUR iniciaron el tránsito hacia un área de Libre Comercio de América del Sur a comienzos de 1995, con la intención de establecer una liberalización entre los nueve países antes del año 2005, para convertirse así en el mayor mercado ampliado del mundo al comenzar el siglo veintiuno. La primera parte para un acuerdo es la renegociación del patrimonio histórico, es decir, la renegociación de las preferencias arancelarias concedidas entre cada país miembro del MERCOSUR y cada

19 La ampliación de los vínculos de integración, con miras a una visión prospectiva de la cooperación entre Venezuela y Brasil, quedó sellada en el acta de la Guzmanía, que firmaron Rafael Caldera e Itamar Franco, ex presidente de Brasil, en noviembre de 1994.

20 Con el mismo ánimo de acercamiento, el presidente paraguayo Juan Carlos Wasmosny, suscribió junto con su homólogo venezolano, una Declaración Conjunta en la que auspiciaban el avance de las negociaciones para el ingreso de Venezuela al MERCOSUR y el acercamiento de éste con la Comunidad Andina. Igualmente, Uruguay expresó a través de su mandatario, Julio María Sanguinetti en una visita que realizara a Caracas en mayo del presente año, su apoyo a un posible acuerdo de Venezuela con el Mercado Común del Sur.

miembro de la Comunidad Andina, contenidas en los Acuerdos de Alcance Parcial celebrados en el marco de la ALADI. La segunda etapa de discusiones de las normas y procedimientos, es la que se refiere al tratado integracionista en su totalidad, que incluye entre otros temas, inversiones, cláusulas de salvaguardia, antidumping y propiedad intelectual.

Las dificultades internas de los países del Grupo Andino y los distintos enfoques para lograr una unión aduanera, hizo que cada país planteara aisladamente su acercamiento al MERCOSUR. En un principio, Bolivia y Venezuela fueron los países que más avanzaron hacia la liberalización comercial con el MERCOSUR. Así, en diciembre de 1996, Bolivia suscribió un acuerdo de libre comercio con el Mercado Común del Sur. Por su parte, Venezuela mantuvo contactos para lograr una negociación con los mismos alcances que los logrados por el Gobierno boliviano a esa fecha. Específicamente, en una primera etapa, Venezuela comenzó negociando el patrimonio histórico. Ese proceso no culminó debido a que el MERCOSUR —bajo la presidencia pro-témpore de Brasil— le planteó a Venezuela, en lo que significó un cambio en las negociaciones, ir inmediatamente a conversaciones para un acuerdo de libre comercio. En un nuevo esquema de trabajo, el patrimonio histórico pasaba a ser considerado dentro del conjunto de temas a negociar para lograr el acuerdo. El MERCOSUR le hizo entrega a Venezuela de un proyecto de Acuerdo de Complementación Económica y un Anexo sobre régimen de origen. Luego Venezuela dio un vuelco a sus conversaciones al mostrar su interés —compartido por los empresarios e industriales del país— en que Colombia, su principal socio comercial, la acompañara en dichas negociaciones. Se celebraron reuniones técnicas de representantes del MERCOSUR con Colombia y Venezuela en Montevideo en el mes de julio de 1996. Seguidamente, el MERCOSUR descartó las negociaciones unilaterales con la finalidad de evitar que aumentara la triangulización, es decir, que los países que gozaran de menores preferencias introdujeran sus productos al MERCOSUR a través de los países con mayores beneficios arancelarios. A partir de ahí, la evolución de las negociaciones ha sido la de realizar las gestiones entre el bloque andino y el bloque del Cono Sur, y se ha ratificado reiteradamente la disposición de que tales negociaciones concluyan antes de fines de 1997²¹, siendo ello un desafío por la serie de

21 Cabe destacar, que hubo demoras en las negociaciones del bloque andino con el MERCOSUR en un determinado momento debido a las expectativas que generó Perú por la decisión de retirarse de la Comunidad Andina y su posterior regreso.

dificultades que hay por superar ²². Así, entre los puntos que aún deben resolverse, están los que se refieren a los productos “sensibles” y al plazo máximo para alcanzar la zona de libre comercio.

3.3. Factores que favorecen u obstaculizan la asociación

Al analizar el desarrollo de las negociaciones realizadas por Venezuela para asociarse al MERCOSUR (superada aparentemente la interrogante de cómo asociarse: sola o con el bloque andino), puede inferirse de su estado actual, que existe consenso favorable en las diferentes esferas del gobierno nacional para concretar un acuerdo. En este sentido, descendiendo desde el alto gobierno (Miraflores, Relaciones Exteriores, Ministerio de Industria y Comercio) hacia los niveles más técnicos, se ha manifestado de manera coordinada, el interés y la voluntad para promover una relación estrecha con el bloque suramericano.

Ahora bien, la otra cara que se presenta, es la posición negativa de determinados sectores de la economía venezolana que son adversos a cualquier medida que lesione sus intereses y que se sienten amenazados por la integración al Mercado Común del Sur. Esto ha tenido como consecuencia tensiones y conflictos dentro de esos sectores domésticos. Entre las causas de esa reacción se encuentra el hecho de que se trata de sectores caracterizados por ser “sensibles” como lo son: el sector agrícola y el ganadero. La justificación de este temor radica en la apreciación del impacto que pueda producirse por los desgravámenes que se le concedan a los países miembros del MERCOSUR, ya que las negociaciones se están llevando a cabo con países altamente exportadores de productos agrícolas y ganaderos, con un elevado potencial de exportación y que exigen que no existan protecciones ni limitaciones a sus productos porque son parte de su oferta exportable. Ante la proposición de enfrentar la apertura de la economía, los productores nacionales se sienten inseguros, no sólo porque la capacidad de producción local es deficitaria, sino también, porque entienden que no son capaces de competir en materia de precios con países con una trayectoria de desarrollo económico-social más fortalecido, como las de Brasil y Argentina²³.

22 Ante el desarrollo de las negociaciones, el Canciller venezolano Miguel Ángel Burelli Rivas expresó que “con o sin la Comunidad Andina, Venezuela negociaría un acuerdo comercial con los países sureños”.

23 El sector petroquímico también ha manifestado tener reservas por cuanto estima que sus oportunidades pudieran estar limitadas, dado el gran desarrollo petroquímico de Brasil y Argentina.

Esta problemática de los productos sensibles no sólo se ha presentado en los debates de los sectores domésticos venezolanos, sino también a nivel de las conversaciones del conjunto de los países de la Comunidad Andina con el MERCOSUR. Ha habido desavenencias en la negociación de los listados que comprenden las sensibilidades subregionales. Lo que se pretende, es evitar que sean vulneradas las preferencias al comercio intra-andino y que esos productos sensibles sean objeto de una desgravación más lenta²⁴. Esto ha acarreado en oportunidades la paralización y postergación de las negociaciones entre ambos bloques (*Economía Hoy*, 20-11-96)

Vale la pena destacar, que del análisis de las opiniones de los diversos sectores consultados, se desprende la afirmación de que existe falta de consenso por parte del empresariado venezolano en torno a la materia, en parte como consecuencia de la falta de interés provocado por la ausencia de participación activa en los debates y negociaciones, lo que origina a su vez, la carencia de conocimientos al respecto. No ha habido una educación sistemática en este sentido, lo que puede provocar en consideración de algunos expertos, que aún firmados los acuerdos, éstos no se materialicen y en consecuencia no se aprovechen todas las ventajas que se puedan obtener de dichos acuerdos. De ahí que, se hace imperativo organizar un proceso educativo importante de discusiones, conocimiento, seguimiento y análisis de las implicaciones de la asociación de Venezuela al MERCOSUR.

En un estudio realizado para determinar cuál era la opinión del sector político frente a la integración, sus expectativas y el rol que éstos desempeñan dentro del proceso, se llegó a la conclusión de que: hay ausencia de información sobre el proceso integracionista por cuanto los artículos suministrados no van mas allá del hecho noticioso. Se presentan al lector como noticias simples, anunciando el hecho o la opinión de una persona sin dar cabida a la interpretación, comparación o contraste de la información. "Al concebir la integración como un proceso que requiere consenso nacional y entre los países que se integran, debe preocupar que la misma no sea abordada con géneros que permitan la discusión, confrontación y comparación" (Valecillos, 1977).

24 MERCOSUR aceptó que Bolivia proteja a su sector agrícola y ganadero con los mayores plazos de reducción de aranceles (eliminación gradual de aranceles hasta llegar a cero en el plazo máximo de 18 años). La situación de ese país es similar a la de los países con menor desarrollo, por lo que el MERCOSUR ha manifestado no estar dispuesto a otorgar preferencias mayores que las otorgadas.

3.4. Ventajas y desventajas para Venezuela de asociarse al MERCOSUR

El enorme potencial que ofrece el MERCOSUR parece trazar actualmente la política exterior venezolana en materia de integración. La dinámica de la actitud venezolana en cuanto a la posibilidad de asociarse al MERCOSUR ha estado marcada por diversos factores, entre los cuales se encuentran los beneficios que éste puede proporcionarle ya que ciertamente, el MERCOSUR se ha convertido en el polo más dinámico de integración en Sudamérica. La respuesta general del sector político es la de que existe una serie de ventajas variables: se trata de la integración latinoamericana, de la solidaridad, de fortalecer a una América Latina más comunicada e interrelacionada; en definitiva, se trata de los compromisos que emanan de nuestros Padres de la Independencia, a los cuales se hace referencia en la mayoría de los discursos de orden económico y político.

Por otra parte, en el orden jurídico también se vislumbran las ventajas en cuanto a que, la construcción de una zona de libre comercio se consolidaría una vez que se firme un acuerdo con el MERCOSUR, con lo que se liberará todo el comercio latinoamericano, lográndose con ello un paso importante hacia la consolidación de la tan deseada integración hemisférica. Ahora bien, en donde se perciben mayores ventajas es en el plano económico. Se trata de un gran mercado de 200 millones de consumidores²⁵, con importaciones de más de 60.000 millones de dólares, con un gran poder de compra y que está adquiriendo los productos que Venezuela exporta.

En el intercambio comercial Venezuela-MERCOSUR se tiene que entre los principales productos exportados hacia MERCOSUR se encuentran los derivados del petróleo, cables y artículos de aluminio, óxidos de aluminio, bastidores de chasis, partes y aparatos para la producción de frío, radiadores, accesorios para carrocerías entre otros.

Según cifras de la Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI), Venezuela exportó en el año 1995 en productos no tradicionales, la cantidad de 126,4 millones de dólares, lo que representó un 2,81 por

25 De concretarse el acuerdo entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR representarían el 70% de la economía latinoamericana con una población de aproximadamente 350 millones de consumidores y un Producto Interno Bruto superior a los 900 mil millones de dólares.

ciento del total de las exportaciones venezolanas y los productos importados por Venezuela del MERCOSUR fueron del orden de un 7,44 por ciento (803,6 millones de dólares). En el año 1996, para Venezuela este tipo de exportaciones aumentaron alcanzando una suma de 661.642.000 dólares. Del otro lado, el flujo de importaciones desde MERCOSUR representaron la suma de 717.219 millones de dólares. En conclusión, en los años 1995 y 1996, el balance del comercio intrarregional entre Venezuela y los países del MERCOSUR ha sido deficitario para Venezuela y es por ello que en reiteradas ocasiones voceros gubernamentales han señalado la necesidad de incrementar los esfuerzos para concretar el acercamiento al MERCOSUR y con ello lograr una mayor participación de los productos venezolanos en dicho mercado (El Universal, 26-6-96).

Cabe señalar, que en diversas declaraciones emitidas por parte del sector gubernamental, concretamente del Ministro de Relaciones Exteriores Miguel Angel Burelli y del ex embajador de Venezuela en Brasil, Alfredo Toro Hardy (además de artículos suyos divulgados a propósito del tema), así como también en los escritos de algunos analistas publicados en la prensa nacional, se ha esgrimido —y han coincidido en identificar— que el principal atractivo que ofrece el MERCOSUR para Venezuela, es el mercado del norte del Brasil (en virtud de su cercanía y la complementariedad económica con esa zona). Se trata de aprovechar el mercado cautivo para algunas de las exportaciones no tradicionales venezolanas representado por los estados de Roraima y Amazonas, aunque dicho mercado es tan pequeño que tenderá a saturarse rápidamente. (García, 1997).

En primer lugar, se asegura que una integración con la ciudad de Manaus y su zona franca industrial provocaría una alta demanda de bienes y servicios. Asimismo, existe el atractivo de participar en proyectos energéticos específicos como el de la interconexión eléctrica Guri-Manaos²⁶. Brasil puede convertirse en un importante mercado para la orimulsión dado el déficit que tiene ese país en cuanto a generación de energía eléctrica. También se expone, que Venezuela se convertiría en el mayor proveedor petrolero de Brasil. Ello contribuiría a consolidar un

26 A comienzos de año se firmó un acuerdo entre los Gobiernos de Venezuela y Brasil sobre integración energética y construcción de carreteras.

importante mercado para las exportaciones petroleras²⁷. (Burelli, 1996; Toro, 1996a, 1996b; El Universal 20/8/96)

Por otra parte, la concreción de la carretera desde Manaus²⁸ hasta el norte del territorio venezolano, posibilitaría el acceso y fluidez tanto de transporte desde un punto al otro, como de la entrada de turistas brasileños a los centros recreacionales del Caribe venezolano. (Burelli, 1996; García, 1997).

Finalmente se señala, que el hecho de contar con determinadas ventajas comparativas como lo son: mano de obra barata, capacidad de producción energética con bajos costos y una moneda menos fuerte que el resto de los países del Cono Sur, haría que Venezuela se convirtiera en un escenario atractivo para importantes inversiones provenientes por una parte de Brasil —lo que eventualmente conllevaría a la instalación de plantas en el país—, y por la otra, para el resto del mundo interesado en participar en el gran mercado que representa el MERCOSUR (Toro 1996)

A raíz de la posible asociación de Venezuela al MERCOSUR, se ha comenzado a manejar una imagen de Venezuela como la de “país bisagra” por su posición conectora entre los diversos mecanismos de integración regional.

Junto a estos señalamientos sobre las ventajas de asociarse al MERCOSUR, coexisten también criterios sobre las desventajas. En este sentido, se ha alegado que sobresalen algunas debilidades que entorpecerían la participación efectiva de Venezuela en el MERCOSUR. En primer término, encontramos que existe un reducido tamaño de la mayoría de las plantas de producción. “Son muy pocas las empresas venezolanas con escala de planta suficientes para significar algo en un mercado de estas dimensiones, conformado por economías bastante abiertas —sobre todo la de los otros países socios— y donde operan muchas empresas de clase mundial, tanto de origen local como transnacional” (García 1997). Por otra parte, nuestra industria manufacturera tiene una base tecnológica comparativamente débil en

27 Sobre este punto, expertos petroleros y analistas venezolanos señalan que el petróleo venezolano tiene una dinámica propia en la que sus nexos comerciales funcionan per se, sin necesidad de alianzas estratégicas.

28 Carretera BR-174 que unirá a Manaus con Boa Vista y de allí con Venezuela.

relación con los centros industriales de los gigantes del MERCOSUR. Igualmente, el marco institucional tiene insuficiencias que afectan la competitividad del aparato productivo. (Ibid, 1997). La tesis negativa es que los venezolanos no pueden competir de igual a igual con argentinos y brasileños, cuyos sistemas de moneda dura y economía abierta les otorgan una superioridad inalcanzable en materia de competitividad (Monaldi, 1997)

Otro aspecto, es el que se refiere a la connotación que se le ha dado y que realmente tiene para Venezuela el mercado del norte del Brasil. Hay divergencia de opiniones en cuanto a los beneficios reales que puede proporcionar ese mercado por lo limitado de su espacio -y que ya es suplido por Venezuela en diversos renglones-. El norte del Brasil tiene diez millones de habitantes, pero sólo cuatro millones son accesibles: los de los centros poblados de Boa Vista, Belem y Manaus, siendo éste último una zona franca en donde ya penetran los productos venezolanos. Es un mercado que tendería a saturarse en poco tiempo (Francés,1996; García, 1997).

4. CONCLUSIONES

- El proceso político de acercamiento de Venezuela al MERCOSUR ha seguido un desarrollo consistente con las contradicciones presentes en nuestro sistema político y en el aparato de toma de decisiones en política exterior. Los cambios de énfasis que privilegiaron las relaciones comerciales con Brasil, por ejemplo, podrían ser la explicación de una primera aproximación en solitario al MERCOSUR. Este cambio operó al iniciarse el período constitucional del Presidente Caldera, quien, soslayando a Colombia, sesga la política comercial y de integración hacia Brasil. No obstante, las decisiones de los líderes no pueden obviar las realidades y el giro de negociar a través de la Comunidad Andina aparece como una consecuencia de dos circunstancias: el peso comercial de los países andinos, expresado muy especialmente por Colombia y la debilidad del país como negociador en solitario ante el bloque sureño.
- En las negociaciones con el MERCOSUR aparecen también los conflictos propios de este tipo de procesos. Los sectores internos afectados por la eventual integración, (agricultura y ganadería) han expresado su oposición a la adopción de un esquema donde existen asimetrías

entre las economías que los ubica en un plano de competencia con los productores sureños quienes cuentan a su favor con una mayor productividad y escala. El gobierno debe resolver este conflicto dilemático que plantea el afectar a esos sectores para favorecer otros cuyos productos (básicamente petróleo, aluminio) ya compiten ventajosamente sin necesidad del esquema integracionista. Es decir, se debe considerar si realmente es beneficioso para el país la apertura comercial al MERCOSUR. Que la puesta en práctica del acuerdo no conlleve a que los productos no tradicionales no puedan competir y tiendan a marginalizarse o a desaparecer para continuar con un intercambio sobre la base de petróleo y aluminio, que constituyen el grueso de la oferta comercial competitiva venezolana. Dicho de otra manera, el intercambio comercial Venezuela-MERCOSUR que ya es desventajoso para el país sin libertades arancelarias para un grupo de rubros, se haría aun más deficitario.

- Venezuela no ha podido escapar a un proceso dilemático en esta negociación: el interés y el apoyo de los sectores económicos internos es fundamental para el éxito futuro de la asociación al MERCOSUR, pero al mismo tiempo la participación directa de esos sectores a nivel de la toma de decisiones, lo haría mucho más lento y contradictorio por cuanto se ampliaría el número de actores y el espectro de los intereses envueltos en la negociación. Esa falta de participación activa y directa de los empresarios nacionales ha añadido, a las discrepancias entre sectores económicos internos propias de este tipo de negociaciones internacionales, una falta de información importante que se traduce en desconcierto y pasividad del empresariado ante el proceso de asociación.
- El sector político, según se desprende de las entrevistas, aparece desinformado y recurre a la retórica de la mitología independentista y de la integración latinoamericana para tratar de dar alguna explicación al proceso. Esta falta de información muestra también el cambio operado en el sistema político interno y en la forma de realizarse hoy la política exterior del país. Las tareas del gobierno (Estado) en esta área se han desvinculado de los partidos y sus parlamentarios, y el consenso partidista previo no es determinante para la formulación y ejecución de la política exterior.
- Aun cuando las más altas autoridades del gobierno se han empeñado en destacar las ventajas de la asociación: la integración con el norte

del Brasil y sus externalidades, la asociación petrolera estratégica, el mercado cuasi-cautivo de los Estados de Roraima y Amazonas, la interconexión eléctrica, la apertura de comunicaciones terrestres que promoverían el turismo desde el Brasil, entre otras, no han sido percibidas como tales ni con la misma nitidez por los sectores económicos y políticos del país.

La posición de Venezuela en la actualidad se vislumbra como la de un interlocutor entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Sin embargo, independientemente de la voluntad política que existe en el gobierno para alcanzar los objetivos deseados respecto al MERCOSUR, Venezuela tiene que tomar conciencia del reto que esta asociación implica. En consecuencia, debe identificar y sincerarse con sus posibilidades. Y dentro de su cometido debe sopesar la posición negociadora efectiva con que cuenta en esta oportunidad, siendo que, en los otros espacios de integración donde Venezuela participa como la Comunidad Andina, el Grupo de los Tres, o en sus conexiones con Centroamérica y el Caribe, ella se encuentra —según la opinión de algunos analistas venezolanos— profundamente debilitada. ¿El hecho de negociar junto con los otros países andinos frente a los gigantes del MERCOSUR le proporcionará una mejor capacidad de negociación y por consiguiente derivar de ello mayores frutos? Los resultados dependerán de cómo se comporte Venezuela por si sola, sin perder de vista la perspectiva histórica.

BIBLIOGRAFÍA

- BRICEÑO RUIZ, José/Vielma, Carmen. "Venezuela, El Grupo de los Tres y la integración Latinoamericana", en *Venezuela en la integración regional: mapa tentativo de sus perspectivas*. Editorial Nueva Sociedad, Primera Edición, 1997.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel *Las Organizaciones Internacionales*. Editorial Tecnos S.A., Novena Edición, Madrid, España, 1996. pp. 617-618.
- EMBAJADA DE BRASIL. *MERCOSUR: Informaciones Generales*. Embajada de Brasil. Caracas, s/f.
- : *MERCOSUR-ALCSA. Brasil y la integración comercial en América del Sur*. Embajada de Brasil. Caracas, s/f.

- GAJATE, Rita Marcela. "El Rol del Derecho en un Proceso de Integración", en *Aportes para la Integración Latinoamericana*. Instituto de Integración Latinoamericana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata. Buenos Aires, 1995.
- GAVIRIA CADAVID, Fernando. *La Integración de los Países Latinoamericanos y del Caribe*. Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR). Santa Fe de Bogotá. 1995.
- GRUPO MERCADO COMUN (GMC) Y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *MERCOSUR: un área amplia de libre comercio e integración en las Américas*. GMC-BID, s/f.
- INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS DE AMERICA LATINA. UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR. "El MERCOSUR como factor de integración". *Boletín de la integración Nº 1* Caracas, abril de 1997.
- MELLADO, Noemí B. "El Modelo del Mercosur" en *Aportes para la Integración Latinoamericana*. Instituto de Integración Latinoamericana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de la Plata. Buenos Aires, 1995.
- MOAVRO, Horacio Roberto. "La Decisión", en *Aportes para la Integración Latinoamericana*. Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar/ Centro Internacional de Formación Arístides Calvani. Caracas, 1992.
- ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Acuerdos de comercio e integración en las Américas: un compendio analítico*. OEA, febrero de 1996.
- PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS
PROTOCOLO OURO PRETO
- RODNER, James-Otis *Elementos de Finanzas Internacionales*. Editorial Arte. Caracas, 1997.
- SELA. *Chile-MERCOSUR: La Ruta de la Convergencia Regional. Notas Estratégicas Nº 25*. Caracas, agosto 1996.
- _____ : *El proceso de Integración de América Latina y el Caribe. Avances recientes*. Montevideo, 22 al 25 de octubre de 1996.
- _____ : "Elementos para el análisis de las oportunidades y retos que implica la vinculación con el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)" Serie de Estudios sobre Desarrollo, DE/28 Julio de 1997.

SERBÍN, Andrés. "Venezuela, El Gran Viraje y el Proceso de Regionalización en la Cuenca del Caribe", en *Cuadernos de Postgrado. N°5*. Fondo Editorial Tropiccos/Comisión de Estudios de Postgrado, FACES-UCV, Caracas.

TRATADO DE ASUNCION

URBINA MARQUEZ, Xiomara. "Fedecámaras frente a la integración económica", en *Venezuela en la integración regional: mapa tentativo de sus perspectivas*. Editorial Nueva Sociedad, Primera Edición, 1997.

VALECILLOS, Carmen Aída, "Los Parlamentarios Venezolanos y la Integración Regional", en *Venezuela en la Integración Regional: Mapa Tentativo de sus Perspectivas*. Editorial Nueva Sociedad Primera Edición. 1997. Págs 129, 130.

Artículos de revistas y prensa

BURELLI, Miguel Angel. "La nueva política venezolana hacia el Brasil" en *Revista Electrónica Venezuela Analítica, N°6*, agosto 1996.

CARDOZO DE DA SILVA, Elsa. "Apostando a la integración", en *Revista Electrónica Venezuela Analítica, No 6*, agosto 1996.

ECONOMÍA HOY. *Hoy se inician reuniones previas a integración MERCOSUR-Pacto Andino*. Caracas, 25/7/96.

_____ : *Caldera no descarta interconexión eléctrica con Brasil* Caracas, 11/11/96. pág. 2.

_____ : *Paralizadas negociaciones entre Grupo Andino y Mercosur*. Caracas, 20/11/96. pág.9.

_____ : *MERCOSUR*. Edición Especial. Caracas, 15 al 21 de diciembre de 1996.

_____ : *MERCOSUR conquistó ayer nuevo asociado en Cumbre*. Caracas, 18/12/96.

_____ : *Se deben armonizar políticas públicas para acelerar integración* Caracas, 2/6/97. Pág 23.

- _____ : *MERCOSUR intensifica nueva estrategia de coordinación sobre Libre Comercio*. Caracas, 18/6/97. pág 22.
- ECONOMÍA HOY. *MERCOSUR acuerda AEC y respeto a las zonas francas*. Caracas, 3/8/94 pág 21.
- _____ : *MERCOSUR acuerda arancel externo común*. Caracas, 6/8/94 pág 19.
- FRANCÉS, Antonio. "Mercosur al dente" en *El Universal*, Caracas, 20 de marzo de 1996.
- GARCÍA L, Humberto. "Retos de la Integración con Mercosur" en *Economía Hoy*, 13 de marzo de 1997. p.8.
- EL GLOBO. *Presidentes del MERCOSUR se reúnen*. Caracas, 16/6/97.
- _____ : *Seis países integran ahora MERCOSUR*. Caracas, 20/6/97. pág. 16.
- _____ : *MERCOSUR debe liberar el sector financiero*. Caracas, 23/6/97. Pág.12.
- MONALDI, Francisco "Cuidado con el Mercosur", en *El Globo*, miércoles 11 de junio de 1997 p. 20.
- EL NACIONAL. *Camino al MERCOSUR: quedan muchos nudos por desatar*. Caracas, 22/5/96. pág. E-1.
- _____ : *Industriales de Comunidad Andina definen estrategia negociadora con el MERCOSUR* Caracas, 28/5/97 pág E-10.
- _____ : *Brasil se debate entre el control de su déficit y la paz con MERCOSUR*. Caracas, 2/4/97. Pág. E-5.
- PEÑA, Félix. "Mercosur, regionalismo abierto", en *Visión*. Buenos Aires, 16 al 31 de diciembre, 1994.
- PETRASH, Vilma "Venezuela y Mercosur: ¿La "Conquista del Sur" o... el Sur nos Conquista?", en *Revista Electrónica Venezuela Analítica*. Noviembre 1996.
- TORO HARDY, Alfredo "¿Porqué asociarnos al Mercosur?" en *El Universal*, Caracas, 22 de agosto de 1996, p. 1-5.
- _____ : "¿Porqué asociarnos al Mercosur?" en *El Universal*, Caracas, jueves 29 de agosto de 1996, p.1-5.

EL UNIVERSAL. *Venezuela y Brasil deben impulsar zona de libre comercio*
Caracas, 6/7/95 pág. 2-1.

_____ : *Los quince estrenan tobogán al MERCOSUR*. Caracas, 16/12/
95. pág 1-2.

_____ : *Balanza con el Cono Sur es deficitaria*. Caracas, 26/6/96,
pp. 2-4.

_____ : *Actividad de MERCOSUR genera cambios en la política exterior
venezolana* Caracas, 13/7/96 pág. 1-14

_____ : *Asociación de Venezuela al Mercosur es necesaria* Caracas, 20/
8/96. pp. 2-4.

_____ : *MERCOSUR y Venezuela: la boda aplazada*. Caracas, 16/12/96
pág 1-2.

_____ : *Sin definición en 1996 Grupo Andino-MERCOSUR*. Caracas, 2/
1/97. pág 2-4.

_____ : *MERCOSUR nos cerró sus puertas*. Caracas, 4/1/97

_____ : *MERCOSUR analiza armonización de políticas*. Caracas, 18/6/
97. pág. 2-10.

_____ : *El MERCOSUR acordó acentuar la integración*. Caracas, 21/6/
97. pág. 2-12.

Incidencia de la Reforma Laboral en relación de los intermediarios de seguro*

Juan Rafael Perdomo

Sumario

La pretensión de un productor de seguros. La relación de trabajo en la doctrina y en la Ley Orgánica del Trabajo. Elementos de la Pretensión. Conceptos reclamados. Fundamento jurídico. Subordinación. Jurisprudencia. Conclusiones.

Agradezco a la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro AVEDESE-AIDA muy especialmente al Dr. Alberto Baumeister Toledo y a la Dra. Gladys Rodríguez de Bello por la gentileza que han tenido al invitarme a estas JORNADAS DE REFLEXIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO y que tiene como temario las INCIDENCIAS DE DICHA REFORMA EN RELACIÓN CON LOS INTERMEDIARIOS DE SEGUROS. Me siento igualmente honrado porque comparto, en la realización de este evento con los Doctores Hugo Díaz, César Bustamante y Juan García Vara y desde luego con los Sres.

* Conferencia dictada en el marco de las Jornadas de reflexión sobre normativas que inciden en la actividad aseguradora, patrocinadas por la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (Avedese – Aida).

participantes presentes, quienes seguramente van a enriquecer el acto de hoy.

El temario propuesto, me permite y así ruego me sea concedido, hablar sobre el caso de un productor de seguros, conocido en esta Casa, pues tiene largos años dedicados a la actividad de intermediación de seguros y ha publicado algunos textos sobre el tema. Se trata del Sr. Carlos Luis de Casas Bauder, quien me confirió un poder para que lo representara en la acción laboral seguida contra Seguros La Metropolitana S.A.

LA PRETENSIÓN DE UN PRODUCTOR DE SEGUROS

I. En efecto el Sr. CARLOS LUIS DE CASAS, PRODUCTOR EXCLUSIVO DE SEGUROS de la Empresa SEGUROS LA METROPOLITANA, S.A., planteó que comenzó a prestar servicios personales en calidad de Productor Exclusivo para dicha empresa, desde el día 24 de noviembre de 1969 hasta el 30 de abril de 1993, cuando se da por despedido porque su salario había sido sustancialmente disminuido, todo lo cual se refleja en las comisiones percibidas durante el mes de abril de 1993. Al analizar los elementos suministrados por el actor llegué a la conclusión de que se trataba de un trabajador sometido a las estipulaciones de la Ley Orgánica del Trabajo.

Esta convicción fue avalada por la lectura de algunos textos doctrinarios, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por la misma Ley Orgánica del Trabajo, cuyo artículo 65 permitía plantear la reclamación. Esta norma consagra el principio de la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo recibe. Es decir, nos referimos al trabajador como persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra, cuya remuneración es obligatoria¹. Pues no se trataba de un trabajador independiente o sea de una persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto de uno o varios patronos. A estos trabajadores no les es aplicable la Ley Orgánica del Trabajo, con la salvedad de los Capítulos II y III del Título VII que se refieren a las Organizaciones Sindicales y a las Convenciones Colectivas de Trabajo.-

1 Artículo 39 Ley Orgánica del Trabajo

Debemos destacar lo relativo a la presunción consignada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo. Esta presunción es *iuris tantum*, en el sentido de que si el patrono alega que no se trata de una relación laboral sino de otra de índole distinta, le corresponde la carga de la prueba para destruir la presunción de la existencia de un contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe².

LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA DOCTRINA Y EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO

II. En cuanto a la relación de trabajo, que menciona el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, vale considerar los argumentos del Profesor Mario de la Cueva³. Este autor ha logrado hacer un análisis de la prestación del servicio y estima que la incorporación del trabajador a la empresa,

2 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 3-82 Gaceta Forense Nº 115 Vol. II pág 1246 y ss.

Conforme a la anterior jurisprudencia (se refiere a la sentencia pronunciada el 3-12-75) que de nuevo se reitera, es indudable que la presunción contenida en el artículo 46 de la Ley del Trabajo (hoy artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo) como presunción *Juris Tantum* no es absoluta, ya que hay casos en los cuales la prestación de un servicio personal no envuelve la existencia de un contrato de trabajo, sino de los mas variados contratos. De consiguiente, cuando se pueda demostrar que el trabajo ha sido prestado en virtud de un hecho jurídico diferente, queda destruida la presunción. En este punto, esta pues, ajustado a derecho el pronunciamiento del sentenciador de la recurrida. Pero en lo que si no lo esta, es cuando afirma que para que la presunción que emana del citado artículo 46 ampare plenamente al trabajador, deberá este demostrar al menos la subordinación, cuando es lo cierto que conforme a la doctrina patria en el caso del artículo en referencia "basta, pues, como elemento de hecho la prestación del servicio, siempre que este servicio sea de carácter personal, para que la calificación de la relación jurídica existente entre el que lo presta y el que lo recibe se presuma como un contrato de trabajo" (Rafael Caldera, Derecho del Trabajo pág 268)

3 MARIO DE LA CUEVA, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1974 pag 179 y ss. "Los maestros de derecho civil sintieron el peso de la norma de los códigos que establecía y aun consigna, que solo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contratación. Quienes siguieron al Código Civil de Francia vivían en la Cárcel del Contrato de arrendamiento de servicios, pero fueron varios los escritores a los que repugnó la idea de que el hombre y las bestias de carga y de tiro estuvieran regidos por las mismas disposiciones: en un ensayo que posteriormente rectificó, FRANCESCO CARNELUTTI lanzó la idea de que la relación de trabajo era un contrato de compra-venta, semejante al contrato paras el suministro de energía eléctrica, pues en

como simple acto de voluntad ya genera obligaciones propias del contrato de trabajo. Son la libertad y la voluntad del trabajador las que contribuyen a perfeccionar la idea de la relación de trabajo. Estima (Pág. 185 Op. cit.) que la relación de trabajo es una relación jurídica objetiva, que se crea, entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen. Todo esto determina, la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo a los efectos que ha de producir la relación de trabajo. Si un trabajador presta un servicio subordinado para un empleador determinado y por ello recibe un salario, existe la posibilidad de que esa relación sea calificada de laboral. En el caso planteado, y objeto de estos comentarios, el trabajador prestaba un servicio, se da una subordinación y recibía un salario.

Sin embargo, para los Doctores Alfred Hueck y H C Nipperdey, el nacimiento de la relación de trabajo surge de la celebración del contrato de trabajo, porque en general, no exige, en forma alguna, solemnidades especiales. Ellos resumen la naturaleza de la relación de trabajo, indicando que “ella existe entre el trabajador individual y su empleador, en virtud de la cual aquel está obligado, frente este a la prestación del trabajo”⁴.

virtud de el, los trabajadores vendían su energía de trabajo al empresario, quien podía utilizarla en la forma que estimara conveniente; CHATELAIN y VALVERDE sostuvieron que debería considerarse a la relación como un contrato de sociedad, lo que tendría la ventaja de salvar la dignidad humana, pues en el, los trabajadores aportaban su energía de trabajo y el empresario el capital a fin de compartir las utilidades, de donde resultaba que el salario era la participación que correspondía al trabajo; y no faltó quien dijera que era una especie de mandato que el patrono otorgaba al trabajador para la ejecución de ciertas actividades”.

- 4 DR. ALFRED HUECK y DR. H C NIPPERDEY, Compendio de Derecho del Trabajo, Traducción de Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963. “Sobre la relación entre contrato de trabajo y relación de trabajo existe un viva polémica, que ha encontrado su forma de expresión en la contraposición de las teorías del contrato y de la incorporación. Según la teoría del contrato, dominante en la doctrina y representada en este Compendio, la relación de trabajo se constituye como relación jurídica por la celebración del contrato de trabajo. Por ello, el contrato de trabajo se puede entender también como el acuerdo de voluntad que crea y configura la relación de trabajo. Contrariamente, la teoría de la incorporación, en la versión representada por Nikish, reconoce como acto decisivo el empleo del trabajador en la empresa o en el hogar, lo que representa también, ciertamente, un acuerdo de voluntad entre el empleador y el trabajador, acuerdo que, sin embargo, no es un contrato o negocio jurídico, ya que no implica la aparición de consecuencias jurídicas determinadas, sino que lleva a una situación de hecho”.

Por su parte , el Dr. Rafael Alfonzo Guzmán, en su obra Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, cita al Profesor Antonio Polo, en los términos siguientes:

Es una relación duradera y permanente, de carácter eminentemente personal, establecida a base de lealtad y confianza recíprocas que une a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos ellos solidarios en una obra común de interés nacional y colectivo⁵.

Independientemente de la discusión doctrinaria, que se ha suscitado en torno al alcance de la relación de trabajo, es lo cierto, que ella aparece en el ordenamiento laboral venezolano. De acuerdo con las reformas de la Ley del Trabajo Venezolana, estaba prevista en el artículo 46 y hoy en la Ley Orgánica del Trabajo está recogida por el artículo 65. Es importante, para el deslinde de la naturaleza jurídica del productor de seguros, la vigencia de esa disposición legal. Si se estima, que la exclusividad es una nota característica de la prestación del servicio, en el caso de los productores de seguros, la conclusión es que esos trabajadores prestan un servicio y funciona en su caso la mencionada presunción de relación de trabajo. Cuando el Dr. Hugo Mármol Marquis trató el tema, expuso el criterio de que:

a los efectos del derecho del trabajo, el agente debe ser considerado como un empleado, sujeto, por lo tanto, de un todo, a las estipulaciones de aquel. Es equivocado, en efecto considerar que mandatario y trabajador son figuras excluyentes: que es mandatario en cuanto se ejercen los poderes otorgados por un mandante; trabajador, cuando tal cosa implica una relación de dependencia y subordinación y el cobro de un salario. Poco importa que, en el caso del agente, tales emolumentos no estén predeterminados como una cantidad fija, aunque si podrían estarlos, como remuneración a los gastos de gestión, si así

5 RAFAEL ALFONZO GUZMAN, Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, Segunda edición, 1985, Tomo I, pag 417. Agrega dicho autor: “ En verdad, la relación de trabajo es elemento de una organización, la empresa, y la naturaleza organizadora o institucional de la relación influye sobre su disciplina, pero la institución en que se inserta el trabajador “no solo no es un ordenamiento jurídico, sino que ni siquiera es fuente de relaciones jurídicas” pues la única base de la relación laboral es la autonomía contractual, por particulares que puedan ser los modos de la autodisciplina individual de la relación de trabajo y restringido al ámbito de la misma”.

lo quisiera el asegurador, ya que su situación configura la típica situación del trabajador a destajo⁶.

De modo que a la luz del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, el productor de seguros, está regido por el contenido del artículo 67 ejusdem y cuando se alega que no hay relación de trabajo, el excepcionante está obligado a indicar que tipo de figura jurídica existe en ese caso. En cambio, el de mandante, solo le concierne demostrar la prestación del servicio. Estas dos normas, definitivamente aplicables a los productores de seguros, no fueron reformadas por el Congreso Nacional y en consecuencia, no afecta a los productores de seguros dicha reforma, ni tiene incidencia en los derechos laborales consignados en el texto laboral. Igualmente no fue reformado ni eliminado, afortunadamente, el artículo 9 de dicha ley, que extiende su aplicación a los profesionales que presten servicios mediante una relación de trabajo y estarán amparados por la ley laboral, además de lo que expresen las leyes especiales del ejercicio profesional. Dada la calificación profesional que atribuyo a los productores de seguros, creo que para mayor abundamiento esta norma, creada en la Ley Orgánica del Trabajo, sostiene con mayor énfasis el derecho de estos trabajadores a un salario a cambio de la labor realizada y demás derechos laborales, especificados en el caso de la demanda intentada contra la Seguros La Metropolitana S.A.

ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

III. Por otra parte, el salario, en el caso del PRODUCTOR DE SEGUROS, estaba constituido por comisiones sobre las pólizas vendidas a los distintos clientes de la empresa SEGUROS LA METROPOLITANA, S.A., Las tarifas impuestas, en el contrato de trabajo, fueron remitidas previamente a la Superintendencia de Seguros, para que esta le impusiera el visto bueno. La reducción de las tarifas o porcentajes que se pusieron en practica, en el presente caso, dieron motivo para que el trabajador considerara que se había operado una reducción en su salario, vigente hasta el 31 de marzo de 1993. Esa reducción salarial, se constató al finalizar el mes de abril de dicho año. En efecto, la tarifa impuesta para ACCIDENTES PERSONALES que antes era del 25% pasó al 20%;

6 HUGO MÁRMOL MARQUIS, Fundamentos del Seguro Terrestre. UCAB, Manuales de Derecho, 1980, pag 447 y ss.

INCENDIO, que antes era del 20% fue reducida al 27,5%; LUCRO CESANTE, que antes era del 30% ahora es reducida el 27,5%, TERREMOTO era del 30% y se rebaja al 20%; RESPONSABILIDAD CIVIL GENERAL estaba antes en el 20% y luego se rebaja al 15%; ROBO antes era el 20% ahora fue reducida al 15%; TRANSPORTE DE MERCANCÍA MARÍTIMA, representaba el 15% y ahora es rebajada al 10%; TRANSPORTE DE MERCANCÍA TERRESTRE fue rebajada del 15% al 10%; RIESGOS ESPECIALES del 20% pasa al 15%; RIESGOS DE INGENIERÍA antes era del 20% y luego es reducida el 15%.

La reducción en el monto de las primas antes descritas, originan, que el actor plantee ante el Tribunal una causa justificada para extinguir la relación laboral, en forma voluntaria y unilateral, exigiendo el pago de los siguientes conceptos:

- a) Preaviso
- b) Antigüedad
- c) Días de Descanso y Feriados
- d) Vacaciones
- e) Utilidades
- f) Intereses sobre Prestaciones Sociales

IV. El preaviso, fue demandado como lo preveía el ordinal e), artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, hoy reformada, o sea, un total de 90 días conforme al salario percibido en el último mes de servicio prestado.

V. La antigüedad fue calculada de la siguiente manera: se multiplicó 26 años de servicio por 30 por 2 igual (26 años x 30 días x 2 = 1560 días). Este resultado se multiplica por el salario diario obtenido como promedio de dividir los ingresos del año entre 360 días. En cambio, los días de descanso y feriados, que fueron discriminados mes por mes, según las comisiones percibidas por el actor, hoy deberían calcularse como lo establece la sentencia dictada el 21 de junio de 1995 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla, expediente Nº 94-485 que establece: “ciertamente la doctrina de la Sala en relación a la manera como debe ordenarse el cálculo del salario para cancelar las reclamaciones por días de descanso, feriados y otros similares, de conformidad con el artículo 79 de la derogada Ley del Trabajo dispone que el mismo debe hacerse con base al último salario, en los casos en los cuales el patrono halla

incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales”⁷.

La incidencia de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, para esta clase de trabajadores, comprende: a) el recálculo de la antigüedad del productor ya no tiene razón de ser, pues el derecho se causa cada mes a razón de 5 días de salario. En cuanto a los trabajadores cuya antigüedad había sido causada conforme a lo previsto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27-11-90 se ordenó calcularla con base al salario normal del mes anterior a la fecha de entrada en vigencia de esta ley. Pareciera ser que este fue el logro mas alto, porque al eliminarse la retroactividad, se producirían aumentos substanciales de salario. Esto en la óptica optimista de los actores de la reforma, mientras que los opositores a ella, la consideran como confiscatoria⁸. Hay una posición contra los líderes sindicales por su participación en el evento. Pero también los líderes sindicales critican a los empresarios de haber faltado a su palabra. El Ministerio del Trabajo tiene una visión estadística, que alega es favorable. Uno de los argumentos del sector empresarial, es que los aumentos si se produjeron al salarizarse los bonos. Según un análisis, aparentemente imparcial de Gustavo García y Luis Marcano, ellos estiman que:

El mercado laboral en años recientes, sugiere que los argumentos esgrimidos por defensores y opositores de la reforma pueden estar equivocados. No es cierto que se hayan confiscado las Prestaciones Sociales; ya que su reconocimiento con el pago de un “bono de transferencia”, compensaría la pérdida que pudieran sufrir los trabajadores por tener que esperar 5 años para lograr la cancelación de sus prestaciones pues los intereses que generaría estarían por debajo de la tasa de inflación durante una parte del periodo acordado, si la

7 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, junio de 1995 año XXII, Nº 6 , Dr. OSCAR PIERRE TAPIA, Editorial Pierre Tapia, junio de 1995, sentencia de la Corte Suprema de Justicia

8 El Dr. Antonio Espinoza Prieto y otros colegas, en representación de un grupo de parlamentarios y algunas organizaciones sindicales, presentaron ante la Corte Suprema de Justicia un Recurso de Nulidad de la Ley Especial que Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, en el mes de septiembre del corriente año. También el suscrito presentó un Recurso de Nulidad de la referida reforma, actualmente en tramite en la Corte Suprema de Justicia, por violación de la Constitución Nacional en materia de Derechos Patrimoniales de los trabajadores. Septiembre 1997.

relación laboral no es interrumpida. En el caso contrario, es decir cuando la relación laboral sea interrumpida por cualquier motivo, las prestaciones deberían ser canceladas en su totalidad, incluyendo el bono o compensación por transferencia. En cuanto al pago doble de las prestaciones acumuladas, la versión anterior de la L.O.T, contemplaba esa compensación únicamente para el caso de despido injustificado, por lo que no representaba un derecho adquirido de los trabajadores. Además, esta supuesta reivindicación carecía de racionalidad económica y, al final, terminó perjudicando a los trabajadores, particularmente a los de menos recursos.”

Según los autores mencionados, en el expresado artículo, estiman que los altos niveles de trabajo informal y de desempleo, así como la incapacidad de la economía venezolana para alcanzar un crecimiento estable, originan una disminución de los salarios reales que supera proporcionalmente la caída de la productividad media del trabajo. Para ellos la flexibilidad del mercado laboral, prevista en la Ley Orgánica del Trabajo puede ser una contribución a superar dichos problemas. Este es un criterio, válido y seguramente apoyado en los hechos económicos que vivimos actualmente.

En general, el análisis de la Revista Debates de Iesa, consultada, constituye un estudio serio y absolutamente respetable para quienes no compartimos los criterios expuestos en la misma .

VI. En cambio, si aplicara la Ley Orgánica del Trabajo reformada, a este PRODUCTOR DE SEGUROS, habría que pagarle lo siguiente:

CONCEPTOS RECLAMADOS

A. Indemnización de antigüedad

A partir de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, el legislador utiliza las denominaciones “Derecho a una Prestación de Antigüedad” (Artículo 108) e “Indemnización de Antigüedad” (Artículos 666 y 671). En el texto reformado, en el artículo 666 literal a se dice lo siguiente: “a.- La indemnización de antigüedad prevista en el artículo 108

9 DEBATES IESA, La Cuestión Laboral, GUSTAVO GARCÍA y LUIS MARCANO, La Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Vol. III, Nº 1, Julio-Septiembre de 1997, pág 3.

de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990 y que esta Ley reforma, calculada con base al salario normal del mes anterior a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley.”, le correspondería al trabajador la siguiente cantidad: 30 días de antigüedad x 26 años de servicio = 780 días. Es lo que señala el Artículo 666, literal a, Ley Orgánica del Trabajo, que ordena el cálculo el calculo hasta el 19 de junio de 1997. Como se trata de un trabajador con salario variable, a mi entender dicha liquidación debería hacerse con el salario promedio anual devengado.

B. Bono de transferencia

Es un pago que se acordó para cancelarle a los trabajadores el daño sufrido por el cambio operado. El daño proviene de haberse suprimido la forma de cálculo de la antigüedad en base al último salario. Decimos daño, porque precisamente, según el diccionario de la Lengua Española compensar significa: “dar alguna cosa o hacer algún beneficio en resarcimiento del daño que se ha causado”. En el presente ejemplo, nos encontramos que el artículo 666 de la Ley reformada, en el literal b se establece una compensación por transferencia equivalente a 30 días de salario por cada año de servicio calculada con base en el salario normal devengado por el trabajador al 31 de diciembre de 1996. Esta forma caprichosa, de espaldas a la técnica jurídica de elaboración de la ley, tiene mas el sentido de una complacencia al sector empresarial, que el efecto de una reivindicación social para los trabajadores. Jamas podrá exhibirse este texto, a la luz del derecho del trabajo, como un acto de equidad y menos de justicia social. El resultado, en el presente caso es el siguiente: El bono de transferencia equivale a: 30 días x 10 años = 300 días que es el limite que corresponde al sector privado. Este Bono es un verdadero invento de la Comisión Tripartita de conveniencia para el sector empresarial y para el mismo gobierno, seriamente adeudado con los trabajadores del sector público. El Congreso Nacional, avaló, el trabajo de dicha Comisión, sin estudiar seriamente el contenido de la reforma y sin el menor respeto hacia la justicia social.

De donde se obtienen estas cifras, resulta sencillo decirlo. Fue un acto caprichoso, de conveniencia para el sector empresarial y que el Congreso avaló sin mayores explicaciones y sin el menor respeto por la justicia laboral.

C. Prestación de antigüedad

Como se indicó en el literal “A” la antigüedad causada y por disposición del artículo 666, ordinal a), “Será la transcurrida hasta la fecha de entrada en vigencia de esta Ley (19 de junio de 1997). Desde el 19 de junio de 1997, hasta este mes de noviembre de este año, deben cancelarse 25 días, según el artículo 108 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Esta norma prevé que después del tercer mes ininterrumpido de servicio el trabajador tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a 5 días de salario por cada mes y después le primer año de servicio o fracción superior a 6 meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley, el patrono pagará al trabajador adicionalmente 2 días de salario, por cada año, por concepto de prestación de antigüedad, acumulativos hasta 30 días. Después del primer año de servicio, o fracción superior a 6 meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, el patrono pagará al trabajador adicionalmente 2 días de salario, por cada año de servicio por concepto de prestación de antigüedad acumulativos hasta 30 días de salario. Ahora la LOT, habla de prestación de antigüedad y no de indemnización de antigüedad como establecía la ley reformada.-

D. Preaviso

Debido a la antigüedad que tiene este trabajador (más de 10 años) le corresponden: 90 días. La reforma ha eliminado el preaviso, de acuerdo a los términos del Artículo 125, en el sentido siguiente: la orden contenida en el artículo 125 se refiere a trabajadores a quienes los ampara la estabilidad prevista en el artículo 112, en cambio, quedarían amparados por el artículo 104 aquellas personas que no tienen estabilidad. De todas maneras se plantea una situación interesante en el caso de despedir injustificadamente a los trabajadores de dirección, que define nuestra Ley Orgánica del Trabajo en el artículo 42, como aquellos empleados que intervienen en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, que tienen el carácter de representantes del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo en todo o en parte de sus funciones¹⁰. Sin embargo, el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo se refiere al preaviso y establece, para el caso de despido injustificado o

10 Artículo 42 Ley Orgánica del Trabajo.

basado en motivos económicos o tecnológicos, el derecho a una semana, a una quincena y aun mes si el trabajador a prestado servicio durante un mes, después de 6 meses y después de un año. Ahora bien, el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo se refiere a que, adicionalmente, el trabajador recibirá una indemnización sustitutiva del preaviso previsto en el artículo 194 de esta Ley, en el caso de persistir en su propósito de despedir al trabajador injustificadamente. El literal a) y b) del artículo 104, presentan un día de diferencia según el artículo 125, el c) del artículo 104 ya citado era equivalente a 60 días mientras que ahora es de 45 días, quedando iguales los literales d) equivalente a 60 días de salario y 90 días de salario si excediere de los 10 años, pienso que no se trata de sumar los días del 104 más las cantidades que fijan el 125, sino que en caso de despido injustificado solo es aplicable el artículo 125 reformado.

Sostenemos el criterio de que la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ha disminuido seriamente el concepto de estabilidad en el trabajo, debido a la precarización del costo del despido. En nuestro caso particular, durante siete años solo tuvimos dos casos de efectividad en el reenganche de trabajadores amparados por estabilidad. Uno lo resolvió el Juez Noveno de Primera del Trabajo, Dr. Simón Mejías y el otro fue resuelto por el Dr. Miguel Pérez Dávila encargado del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo, quienes se trasladaron a las empresas obligadas y se logró el reenganche. Del resto la estabilidad, por una nueva concepción de la economía, tiene un interés relativo. Se ha convertido en un hecho económico, que funciona según las necesidades del empresariado.

En la ley reformada y para complemento de lo que dejamos dicho anteriormente, nos encontramos con el artículo 125. Según esta norma si el patrono persiste en su propósito de despedir al trabajador, deberá pagarle adicionalmente a lo contemplado en el artículo 108 de esta Ley, además de los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a: 1) 10 días de salario si la antigüedad fuere mayor de 3 meses y no excediere de 6 meses; 2) 30 días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de 6 meses, hasta un máximo de 150 días de salario.

Ya hemos comentado lo relativo a la indemnización sustitutiva del preaviso, por cuya razón consideramos innecesarias repetir las cifras ya señaladas.

El examen de la norma transcrita nos permite decir, que en los casos de estabilidad laboral es aplicable el número de días señalado anteriormente para aquellos trabajadores que si tienen derecho al procedimiento contemplado en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo. Cabe preguntarse si esta institución será viable o no, porque la calificación del despido, a nuestra manera de ver, carece de interés para los empleadores, si ellos deciden mas bien pagar lo que prevé la Ley Orgánica del Trabajo reformada en vez de enfrascarse en un procedimiento donde puede resultar condenado y obligado a pagar costas, pudiendo eliminarse esta eventualidad y afrontar el costo del despido.

E. Indemnización por despido

En cuanto este punto, ya no hablamos del doble del preaviso y el doble de la antigüedad del trabajador que tuviere derechos a ese concepto, simplemente se ha optado por establecer un máximo de 150 días de salario por concepto de antigüedad, a razón de 30 días de salario por cada año de servicio prestado o fracción superior de 6 meses hasta un máximo de 150 días. El total, para el caso de nuestro representado la suma a que tendría derecho sería equivalente a 1345 días. Es decir, hay una diferencia en contra del trabajador de 215 días.

Es preocupante, que si la reforma de la LOT tenía por finalidad eliminar el recálculo de la antigüedad, con base al último salario devengado, se introdujeran modificaciones que fueron más allá de lo propuesto inicialmente. —La figura de la indemnización por despido, pretende un acto de reparación al daño ocasionado—.

En la misma Revista de Debates, aparece un artículo denominado La Nueva Prestación de Antigüedad, suscrito por el Dr. Manuel Díaz Mujica. Nos parece un texto bastante serio e inteligente, que puede ayudarnos a definir en el presente caso, las exigencias del temario propuesto para este evento. Luego de un examen de los artículos 108, 146, nos hace los siguientes aportes:

1. El Nuevo Régimen, para dicho autor, se traducirá en beneficio para los trabajadores, los empleadores y el Estado.
2. Los trabajadores se verán favorecidos porque la prestación de antigüedad se duplica y pasa de 30 a 60 días por año, como regla general; su deposito en forma mensual y la aplicación de una tasa promedio entre la activa y la pasiva implica un ingreso mayor por

concepto de intereses y la relación de la retroactividad facilita aumentos salariales para el mantenimiento de la estabilidad en el empleo.

3. Los empleadores disfrutan ahora de un régimen más claro y fácil de manejar con ajustes salariales que afectan el pasivo laboral hacia el futuro y donde la sinceración de los salarios y el fomento de las inversiones están libres de la retroactividad de las prestaciones sociales.
4. El Estado se beneficia en cuanto empleador y regula todo desde las relaciones entre particulares: fomento de inversiones, estabilidad en el empleo, capacitación laboral, control del nivel salarial.

Estas conclusiones, expuestas por el expresado autor, recogen lo que a nivel nacional ha sostenido Fedecámaras y Cordiplan. Por nuestra parte consideramos que los frutos están por verse. En cuanto a la Constitución Nacional, consideramos que el régimen reformativo afecta seriamente a los trabajadores, pues la reforma ha incidido en el patrimonio de los trabajadores hacia el pasado y hacia el futuro y dudamos mucho que se nivele el aspecto salarial de los trabajadores, si no se erradica la inflación y racionaliza de la economía nacional. La desregulación practicada nos pone frente a una incertidumbre creciente en materia de estabilidad y de seguridad social, pues la rigidez de la normativa laboral, no influyó para nada en las prácticas que condujeron a la crisis económica y que van a afectar la identidad nacional de una manera rotunda.

FUNDAMENTO JURÍDICO

I. En cuanto al fundamento jurídico de la pretensión indicada, el demandante se basa en que era un productor exclusivo de la demandada en la venta de seguros a los distintos clientes, y cuya actividad realizaba bajo las instrucciones de la empresa, que diseñó una línea gerencial para la intermediación, observando además, el respeto por las tarifas fijadas para la venta de las pólizas adecuándose a la política empresarial seguida. Según el diccionario de la Lengua Española, se entiende por exclusivo: “lo que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir. Único, solo excluyendo a cualquier otro”. Entre las notas propias del contrato de trabajo la doctrina señala, que entre los caracteres del contrato de trabajo está la exclusividad. Puede decirse que la exclusividad se contrapone al concepto de trabajador no dependiente. Para algunos trapacistas, como es el caso de Planiol-Ripert, Bayón Chacón, el término significa que la prestación del servicio

se hace a un solo patrono, y en el de ser incompatible con otras actividades objeto de convenios de diferente naturaleza.

El Doctor RAFAEL ALFONZO GUZMAN, también se refiere al término con expresiones parecidas a la antes citada y precisamente inserta una decisión del Juzgado Superior Primero del Trabajo, publicada el 27 de junio de 1966, que expresa:

... si bien la exclusividad es determinante para la tipificación del contrato, no quiere ello decir que su ausencia signifique que el convenio es ajeno a la materia del trabajo. La circunstancia demostrada en los autos, de que el actor ejercía el comercio, lo cual consta del registro respectivo Nº 25 de 14/4/1928, y que ejerciera la representación de (Nombre de las empresas), no es excluyente de la relación de naturaleza laboral que emana del contrato.

El profesor Guillermo Cabanellas¹¹ (Compendio de Derecho Laboral Tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1968 pág 409), en la misma línea expresada por el Dr. Rafael Alfonzo Guzmán, sostiene:

la nota de exclusividad expresa que solo existe o solo debe existir un ajuste, una relación de subordinación del trabajador con respecto a una empresa; es decir, que cada obrero o empleado no puede contratar sus servicios sino con un patrono simultáneamente.

Quizás en el mundo de las empresas de seguro, este requisito sea mas importante que en otro tipo de actividad mercantil, porque lo que se requiere, internamente, es una alta productividad y externamente una responsabilidad absoluta, pues están de por medio valores públicos que

11 GUILLERMO CABANELLAS (Compendio de Derecho Laboral tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1968 pag 409). "Esta circunstancias se ha considerado como algunos como necesaria e ineludible en el contrato laboral. Sin embargo, el acortamiento de la jornada de trabajo, por una parte, y, por otra, el aumento de necesidades o de aspiraciones, ha llevado a éstos a la duplicidad e incluye a la multiplicidad de empleos. Se dan casos de desempeñar un puesto por la mañana otro por la tarde y dedicar "un par de horas" a otra tarea por la noche. La tendencia legislativa reposa sobre la presunción de exclusividad en la de un sólo contrato de trabajo por trabajador. Así se revela en las instituciones del salario, del despido, de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales. La sanción que recae sobre el empresario ante el despido injustificado se funda principalmente en que el trabajador contaba únicamente con ese puesto para atender a su subsistencia. El salario mínimo se fija sobre la base de un solo empleo y una sola fuente de ingreso."

deben ser supervigilados por el Estado, ya que la confianza depositada en esas empresas tienen sus límites en el orden público¹².

Pensamos que si la exclusividad, además tiene un carácter oficial, contribuye a la realización del fin último de la prestación del servicio para que se obtenga la productividad requerida por la empresa, y que por supuesto se revierte sobre el trabajador mediante la remuneración devengada¹³. Tiene, la exclusividad, un valor ético que debe caracterizar

12 Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Artículos 1, 6, 7, 30 y 48.

13 Capítulo XI. Desde el artículo 131 hasta el 168, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece que solo podrán realizar labores de intermediación en operaciones de seguro los productores de seguro debidamente autorizados por el Ejecutivo Nacional (Artículo. 131). A los fines de esa Ley se define al productor de seguros como las personas que dispensan su mediación para la celebración de los contratos de seguros y asesoran a los asegurados y contratantes, quienes se regirán por la presente Ley y supletoriamente por las normas contenidas en el Código de Comercio. (Artículo 132, Luego en el Artículo 133, se señala que corresponde al Ministerio de Hacienda la potestad de autorizar para actuar como productores de seguros a: Agentes, (personas naturales) que actúan directa y exclusivamente para una empresa de seguro o sociedad de corretaje de seguro. b) Corredores, que serán personas naturales que actúen directamente con una o varias empresas de seguro, pero sin relación de exclusividad para con ninguna de ellas y, c) a las sociedades de corretaje de seguros. Este capítulo de la ley es muy interesante por que entre otras cosas para actuar como corredor de seguros es indispensable tener la capacitación profesional que requiere la metería de seguros y para los agentes de por lo menos dos años y los corredores requieren tres años, de formación profesional en algún instituto debidamente reconocido por la Superintendencia de Seguros. En cuanto al artículo 134, se observa que la ley admite la comunicación (Relación) entre la empresa de seguro y el contratante o asegurado. E igualmente concede la capacidad revocatoria del productor de seguro que haya sido designado por el asegurado o contratante, sin que esto afecte a los contratos celebrados. Igualmente se garantiza al productor en el caso de los seguros de vida individuales, el derecho a no perder las comisiones, aun cuando se haya designado un nuevo productor para el manejo de sus negocios. Más terminante aun es el artículo 137, que se refiere a que los productores de seguro no podrán realizar ni directa ni indirectamente, gestiones de intermediación de reaseguros, de representación de cualquier forma de empresas reaseguradoras, de inspección de riesgos o de ajustes o peritajes, ni podrán ser miembros de las juntas directivas, gerentes o accionistas o empleados de dicha empresas. Esta prohibición es remarcada en el artículo 138 de la Ley comentada y finalmente para terminar estos comentarios vale la pena indicar que el artículo 143 de la citada ley, consagra la potestad del Ejecutivo de revocar la autorización y cancelar la inscripción de los productores de seguros, según la gravedad de la falta cometida.

Los hechos antes mencionados no impiden que el productor de seguro, tenga con la compañía para la cual trabaja en forma exclusiva, la existencia de una

a la prestación del servicio en el ramo del seguro para garantizar, la no concurrencia en el objeto de la empresa ,para quien el productor de seguros presta el servicio. Es decir, que encontramos en esta nota de exclusividad, la honradez, la integridad y rectitud indispensables de la prestación del servicio. Se trata de una actividad que tiene carácter público, pues así lo demanda, la relación entre el productor de seguros con el cliente, debe ser tan firme y transparente como la que existe y debe existir entre la compañía aseguradora y el productor o el consumidor del servicio. Cuando el asegurado contrata el servicio, tiene ante si al vendedor o colocador de la póliza, pero confía en la seriedad y responsabilidad de la compañía aseguradora. La continuidad en la prestación del servicio, su profesionalidad y exclusividad se ciñen a la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (Artículo 143).

II. Todos los caracteres propios del contrato de trabajo, los encontré en el caso planteado.- La prestación de servicio, en beneficio de la empresa y de los clientes, nos indican que se trata de un trabajo personal, realizado con eficacia y profesionalismo. Por esto es, que además, puede sostenerse que en el contrato que celebra el productor de seguros con la empresa aseguradora, están presentes no solo la exclusividad ya comentada sino el profesionalismo con que dicha prestación debe realizarse.

Pero, además, puede agregarse que el contrato de trabajo es un contrato realidad, que se desarrolla con independencia del calificativo que pudieran las partes darle. Otra característica que complementa lo dicho, es que los frutos del trabajo, son atribuidos inicial y directamente a persona distinta a la que ejecuta el trabajo¹⁴. Según el autor antes mencionado lo esencial y definitorio del trabajo esta en la atribución

relación de trabajo. Las estipulaciones de la Ley de Seguro y de reaseguro, lo que hacen es crear un marco jurídico para el productor de seguro, en donde se acentúa el control de la actividad que el realice con la empresa para la cual realiza la labor de intermediación. Tanto los pilotos de líneas aéreas comerciales como los capitanes, oficiales y maquinistas de barcos, tienen también un régimen parecido, porque para ejercer el cargo necesitan de una formación profesional y de un control estricto para el otorgamiento de títulos o licencias de las respectivas profesiones. Las licencias pueden ser revocadas y ello no impide la existencia de un contrato de trabajo entre ellos y las empresas para quienes realicen labores profesionales.

14 MANUEL ALONSO OLEA, Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial Revista del Derecho del Trabajo, Madrid, Segunda Edición. 1968. Pág. 18. "Lo esencial y definitorio por cuenta ajena esta en la atribución originaria, en que los frutos desde el momento mismo de producción, pertenecen a otra persona, nunca al trabajador." Agrega el expresado autor en la pagina 25 de la misma obra lo siguiente

originaria en que los frutos, desde el momento mismo de la producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador. En el caso preciso del productor de seguros, el se ubica entre la compañía aseguradora y el asegurado (supervigilado por el Estado). El valor que paga este último por el costo total de la póliza ingresa a la caja de la compañía, mientras que el intermediario, por la prestación del servicio realizada, solo recibe la tarifa acordada. Hay autores que inclusive piensan, que aun cuando el negocio no llegue a perfeccionarse o una vez realizado, deje de existir, el intermediario o vendedor tiene derecho a que le paguen el precio de la actividad realizada. Muy distinto es el caso del trabajador independiente, que sí se apropia de los frutos del trabajo que el realiza. Según este razonamiento, parece incompatible la existencia del contrato con una figura jurídica mercantil, donde el trabajador pudiera comportarse como si el fuera una compañía o sociedad mercantil. Este hecho que se acerca mas al fraude de la relación de trabajo, tropieza con el obstáculo de que solo las personas naturales pueden prestar un servicio personal para el empleador y por mas que se pretenda simular la existencia de una relación mercantil, cuando en verdad se trata de una relación de trabajo, debe descartarse por el carácter personal, exclusivo y profesional del acto de intermediaron que practica el productor de seguros al vender un servicio y solo tener derecho a una comisión. Esta característica la confirma plenamente la normativa establecida en el Capítulo XI, Artículo 133, de la Ley de Empresas de Seguros y de Reaseguros.

SUBORDINACIÓN

Podemos decir en cuanto al elemento subordinación, en el caso del Productor de Seguros, que ella existe debido al intercambio de instrucciones y ordenes que se cursan en el presente caso. Las empresas de seguro requieren de este personaje, productor de seguros, para cumplir con el objeto económico de ellas. Se trata de una persona dependiente de la empresa aseguradora, que recibe una formación y el respaldo del

“Por que los frutos en el trabajo pro cuenta ajena, pertenecen originariamente a persona distinta a la que trabaja, ésta se reserva una potestad de dirección o de control sobre que frutos pueden ser producidos, y cómo, cuándo, y dónde debe producirse los mismos; y en el caso usual, hoy de frutos complejos resultante de un trabajo cooperativo, la potestad de coordinar la producción de cada trabajador con la de los restantes”.

Estado. La gestión de dicho trabajador obliga al ente asegurador. La misma palabra intermediario contribuye a delinear la subordinación existente. Intermediario es una persona que media entre dos o mas personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías (Diccionario de la Lengua Española).

El Dr. Hugo Mármol Marquis¹⁵, al referirse a este tema hace una distinción entre Agentes y Corredores y auxiliares. En cuanto al Agente se trata de un mandatario del asegurador. Se trata de una representación, según la cual se trata de una mera función hacia los clientes posibles y el asegurador puede reservarse la facultad de contratar o no a su propio advitrio, con los sujetos contactados (pág. 161 Ob. Cit), pero el agente obliga al asegurador. Según nuestro admirado Profesor (a los efectos del derecho del trabajo), el agente debe ser considerado como un empleado, sujeto, por tanto, de un todo, a las estipulaciones de aquel, es equivocado, en efecto que el “mandatario” y trabajador son figuras excluyentes y no interesa para nada la naturaleza de la remuneración que recibe”. Para el, “es obvio que existe subordinación entre la compañía aseguradora y el agente” y hasta llega a considerarla inevitable, “pues debe seguir las instrucciones del asegurador, en cuanto a los tipos de seguro que ofrecerá a la venta y precios que podrá aspirar por ellos. Goza, en verdad, de una cierta autonomía, pero no llega a ser suficiente como para negar la dependencia esencial. Cobra un sueldo y, en caso de ruptura injustificada del contrato de agencia tiene derecho a resarcimiento”¹⁶.

Son muchos los autores nacionales y extranjeros que han opinado sobre lo que debe entenderse por subordinación en Derecho del Trabajo¹⁷.

15 HUGO MÁRMOL MARQUIS: Fundamentos del Seguro terrestre. Publicaciones de los Cursos de Doctorado. Fundamentos del Seguro Terrestre, Premio Jurídico Ministerio de Justicia 1969, facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1973.

16 HUGO MÁRMOL MARQUIS: Op. cit., pág. 162 y ss.

17 RAFAEL ALFONZO GUZMAN Op cit, 1985. Tomo I. Pag. 441: “La subordinación es el elemento mas variado o multiforme del contrato de trabajo porque la situación de hecho que determina cambia según la naturaleza y modalidades de los servicios. Así, en las profesiones intelectuales o liberales ofrece una intensidad distintas que en las manuales, y en el trabajo concertado por tiempo se manifiesta regularmente en forma diversa que en el que se realiza a domicilio. Pero, en general, cualesquiera que sean los hechos constitutivos del estado real de dependencia entre el patrono y el trabajador, esta fundamentado en la potestad jurídica que aquel posee de someter a este a reglas de técnicas y de conducta en relación con el trabajo, no formuladas por el trabajador. En resumen, la subordinación implica para el patrono

La verdad es que en la vida real el trabajador se identifica con el empleador bajo diversas modalidades, cuando decide voluntariamente prestar un servicio remunerado. Esta identificación entre la persona física que es el trabajador y la persona jurídica o física que es el empleador, comienza por aceptar la ejecución de una labor manual o intelectual; prestarla en uno o varios lugares, de día o de noche, conocer profesionalmente la labor que ejecuta, distribuirla, venderla o hacerla, según la índole y naturaleza de la empresa; relacionarse con terceros; con la planta física donde se encuentra la empresa y someterse a las reglas que impone la ejecución de la labor a ser realizada. El mismo hecho de presentar un listado de clientes y detallar el servicio que se requiere implica el elemento subordinación. La intensidad de la subordinación depende de la naturaleza del quehacer y es indiferente si el hecho del trabajo coincide o no con otras figuras contractuales.

Por estas razones es que la doctrina y seguidamente citamos al Profesor (F) Juan D Ramírez Gronda que tiene un trabajo publicado en el Tratado de Derecho del Trabajo de Mario Deveali, Tomo I, Buenos Aires, Editorial La Ley , 1971, considera que la subordinación es el elemento de mayor importancia en el contrato de trabajo. La estima como un elemento relevante e inseparable, conjuntamente con la continuidad y profesionalidad. Coincide con el Profesor A Colin cuando explica que la dirección y la fiscalización eran los dos polos de la subordinación jurídica¹⁸. En resumen, el criterio expuesto coincide con la doctrina en la definición del elemento subordinación, esgrimido por nosotros, en la ocasión de interponer la pretensión citada.-

Se hizo valer en el juicio la autorización que recibió el actor para prestar servicios a la empresa SEGUROS LA METROPOLITANA, como Productor exclusivo. -Igualmente, y en este caso nos referimos al elemento económico, se presentó una copia certificada del Impuesto Sobre la Renta,

el poder de dirección, vigilancia y disciplina en la entidad jerarquizada que es la empresa y para el empleado u obrero, la obligación de obedecer ese poder” .

18 La subordinación jurídica consiste pues, cabalmente, en el derecho patronal de dar instrucciones y en la correlativa obligación del trabajador de acatarlas; el patrono dispone y fiscaliza, entonces, como acreedor de una prestación contractual. Esta subordinación, además, no esta encajada en un ámbito físico o temporal determinado de validez. Ella consiste, para el dador del empleo, en algunos casos, en dar ordenes; en otros, en la sola posibilidad de darlas o de hacerlas cesar, y siempre en la posibilidad de sustituir su voluntad a la del trabajador cuando lo creyera conveniente”. Juan D Ramírez Gronda, op cit, pág 581.

en donde consta que la señalada firma mercantil, aparece como Agente de Retención del impuesto causado por el pago de las comisiones percibidas.- Durante la vigencia del contrato de trabajo, el empleador le otorgó varios Reconocimientos publicados en el Diario El Nacional y El Universal.- Para resaltar el valor de estos instrumentos practicamos una Inspección Ocular en la Hemeroteca Nacional.- Junto a estos hechos se anexaron diversos documentos relacionados con la prestación del servicio.- En cuanto a las remuneraciones canceladas, el actor practicó Inspecciones Judiciales en los Bancos Provincial y Mercantil de esta ciudad.- En fin el material probatorio contempló la posibilidad de darle al ciudadano Juez elementos suficientes para que apreciara la existencia de la relación de trabajo.-

El Tribunal Segundo de Primera Instancia del Trabajo declaró con lugar la acción intentada, pero el Tribunal Superior Segundo del Trabajo consideró improcedente la misma.- Es interesante que nos acerquemos al contenido de ese fallo y aprovechemos de destacar la esencia de su rechazo a nuestra pretensión.-

a) Los argumentos de la accionada se centran en lo siguiente:

1. Que las actividades del demandante están expresamente estatuidas por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en su reglamento y en el Código de Comercio.
2. Que el productor de seguros es una categoría jurídica perfectamente delineada en el derecho venezolano, y que en el presente caso, organizó un conjunto de medios materiales, despachando sus asuntos desde un local de oficina, con muebles, papelería, personal, teléfono y que la retribución está regulada por la ley antes señalada, siendo un arancel de comisiones lo que percibía, las cuales no tienen carácter salarial.
3. Que también se hizo referencia a que los productores de seguros se hacen dueños exclusivos de la denominada cartera de los productos, no existiendo dependencia o subordinación.
4. Que procede a negar el derecho invocado en el libelo de la demanda.
5. Que entre las empresas de seguros y los intermediarios de seguros, está prohibido el establecimiento de relaciones laborales, no siendo aplicable el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo.

6. Que le corresponde al actor la prueba de haber desempeñado actividades personales mediante el pago de salario y bajo relación de subordinación o dependencia.
7. Que las relaciones que tuvieron lugar entre la empresa aseguradora y el productor de seguros fueron para realizar una labor de intermediación.
8. Que su actividad económica principal, según el impuesto sobre la renta, es una actividad económica de agente de seguros, corredor de seguros y corretaje de seguros.
9. Que las pruebas promovidas, se refieren a certificaciones de las actividades del actor como intermediario de seguros, es decir, asistencias a seminarios así como los reconocimientos publicados en la prensa.
10. Invoca en su favor el artículo 137 de la Ley de Empresas de Seguros y de Reaseguros, al igual que los artículos 142 y 143 de dicha ley.

La sentencia dictada por el Juez Superior Segundo del Trabajo en fecha 30 de abril de 1997 consideró lo siguiente:

La presente controversia viene a plantear de nuevo la interpretación muchas veces polémica de la existencia de una relación de trabajo entre el productor exclusivo de seguros y la empresa aseguradora para la que actúa o tiene el carácter de productor exclusivo. A este respecto debe afirmarse primeramente que tal categoría de exclusivo no es arbitraria, sino que deriva de la propia Ley, ya que el artículo 133 de la Ley de empresas de seguros y reaseguros en su literal "a" establece la actuación de los productores de seguros como personas naturales que actúen directa y exclusivamente para una empresa de seguros o sociedad de corretaje de seguro. Este aspecto ha tenido numerosas decisiones, incluyendo de casación, y al respecto en aras de un mejor ordenamiento de la sentencia es necesario siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que deben quedar precisados claramente los siguientes aspectos:

En la mencionada Ley de empresas de seguros y reaseguros, reformada el 23 de diciembre de 1994, se establecen respecto de la intermediación a través de los productores o corredores de seguros la siguiente normativa: deben ser autorizados para actuar por resolución de la Superintendencia de Seguros, se les prohíbe asociarse con agentes o corredores no domiciliados ni residenciados en el país; no poder realizar gestiones de reaseguros; en el artículo 138 se pautan determinadas categorías de trabajadores que no pueden actuar como productores

de seguros; las empresas aseguradoras deberán cancelar las comisiones a dichos productores, cuyos aranceles deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia artículo 149. Los productores pueden ceder o traspasar la denominada cartera de seguros; y están sujetos a la aplicación de sanciones, ya sean económicas, o suspensión o revocatoria de la autorización para actuar si incurren en algunos de los supuestos de faltas previstos en la ley. Respecto de todos estos elementos ha sido pacífica la doctrina de la Sala de Casación en el sentido de establecer que ninguno de dichos elementos pueden impedir la existencia de una relación de trabajo, ya que todas esas normas especiales se han establecido para vigilancia, control e inspección de una actividad de mucha significación socio económica en beneficio de la colectividad, pero sin perjuicio de que pueda existir una relación laboral con la empresa aseguradora siempre que concurren en forma comprobada los elementos de una prestación personal de servicio, del pago de un salario o remuneración y de la subordinación a través de instrucciones y limitación de la voluntad del agente o productor, impuesta por la empresa. Es decir, nada impide la coexistencia de una relación regida por la Ley de seguros con una relación de carácter laboral.

De acuerdo con estas afirmaciones, pareciera que el sentenciador, comparte el punto de vista del demandante, ya que no otra conclusión se desprende de lo que hemos transcrito textualmente. Esta apreciación cobra mayor fuerza cuando se apoya en las decisiones de fecha 10 de febrero de 1985, 11 de noviembre de 1987 y 13 de diciembre de 1989. En efecto esas decisiones consagran el criterio de Casación Sala Civil en el sentido de considerar que:

un productor que actúe para una determinada empresa no puede ser un empleado y actuar en la misma pero en ningún caso ello obsta para que ese productor que actúa con tal carácter no pueda ser en realidad un trabajador de la misma empresa si concurren los elementos citados.

Agrega, que en el escrito de contestación al fondo de la demanda, a los folios 205 al 224 de la primera pieza del expediente, la parte demandada alegó, todos los artículos citados anteriormente para concluir negando la relación de trabajo entre el actor y la demandada. Y considera que lo fundamental para decidir la controversia, es determinar si concurren los elementos que conforman la relación de trabajo.

En el desarrollo de su tesis, se establece que las vinculaciones jurídicas entre el productor de seguros y la empresa, según el demandado,

no eran laborales. Maneja la idea de que se rechazó el salario y la subordinación y que además tenía una oficina propia. Agrega lo siguiente:

Lo que si rige en este caso es que al negarse el carácter laboral de la relación pero admitirse una vinculación jurídica entre las partes, la carga fundamental probatoria, de acuerdo igualmente a la doctrina reiterada de casación recae sobre el demandado para demostrar que esa vinculación jurídica, y por lo tanto esa prestación del servicio no conforma una relación de trabajo, sino otra distinta, en este caso la del productor de seguros y la empresa pautaada en la Ley especial.

Aquí la sentencia se devuelve sobre si misma para rebelarse al criterio de Casación, pues no otra cosa significa remitirse a la Ley de Seguros y Reaseguros, que había dicho antes no era aplicable. Lo cierto es que en el examen de las pruebas, que a continuación nos trae la referida sentencia, aunque se dice que la carga de la prueba le corresponde al demandado, no obstante analiza las pruebas del actor. Y es así, como descalifica lo relativo a las comisiones y su valor salarial y el carácter de exclusividad que se le asigna en la Gaceta Oficial N° 28325 de fecha 9 de mayo de 1967 como Productor N° 25066 para Seguros La Metropolitana C.A..

En síntesis la sentencia, de fecha 30 de abril de 1997 contenida en el expediente N° 3243, concluye considerando que el material probatorio aportado por el actor no logró demostrar una relación de trabajo, *porque si bien es cierto que hubo una prestación de un servicio y el pago de una comisión o remuneración por el mismo, no quedo evidenciado el tercer elemento que es sin duda el mas característico de la relación de trabajo, como es la subordinación, entendiendo por esta el obligatorio cumplimiento a las directrices de un patrono, y en tal sentido la limitación por parte del trabajador en el cumplimiento de dichas ordenes, y reflejados en la inexistencia de un horario de trabajo, ausencia de directrices expresas por parte de la empresa, y otros aspectos realmente demostrativos de esa subordinación; y por tanto aunque existiera una prestación de servicio caracterizada por la labor propia del productor de seguros en la intermediación a través de la colocación de las pólizas a sus propios clientes y el pago de una comisión arancelaria que obligatoriamente le corresponden por la ley, ellas son modalidades que están presentes en muchas actividades como por ejemplo profesionales liberales, comisionistas, vendedores independientes y otros por lo que al no existir subordinación no hay relación laboral por cuanto, es necesario repetir,*

que la presunción del artículo 65 de la ley orgánica del trabajo es iuris tantum y por lo tanto la demandada logro demostrar que el marco de las relaciones habidas no es de carácter laboral, precisamente por no concurrir el elemento de subordinación característico de la misma (cursivas nuestras).

Las anteriores disposiciones, contradicen ampliamente lo que antes había sostenido los folios 3, 4, 5 y 6. Es importante destacar, un elemento de carácter procesal que se desliza en el contenido de la Sentencia que si la carga de la prueba le tocaba a la demandada, por qué razones el sentenciador, sólo analiza las pruebas del actor, con el agravante de que pareciera que le actor se dedico a demostrar la inexistencia de la relación laboral, siendo este el único punto que justificaría la comunidad de prueba en la cual se basa para alegar que no fue demostrado el extremo antes señalado. La impugnación de dicha sentencia consta en el Expediente Nº 97-333 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

JURISPRUDENCIA

I. En sentencia de fecha 18 de mayo de 1977, la Corte Suprema de Justicia en el caso de la demanda intentada por varios productores de seguros en contra de la empresa de seguros Pan American Life Insurance Company por prestaciones sociales, con ponencia del Magistrado René Plaz Bruzual, estableció:

Sostiene la demandada que la prohibición contenida en el artículo debe entenderse que “si los empleados de una empresa de seguros no pueden ser intermediarios, o sea, actuar como agentes vendedores de pólizas, tampoco estos intermediarios podrán tener el carácter de empleados de las empresas de seguros.

Considera este Alto Tribunal que dentro de una sana hermenéutica, el citado artículo 97 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (147 vigente) debe entenderse en el sentido de que si los empleados de las compañías de seguros, como serían los mencionados antes (cajero, contador, secretario del gerente y demás empleados en las diversas actividades administrativas de la Empresa) no pueden actuar simultáneamente como agentes vendedores de seguros para la misma empresa, a su vez tampoco estos constituidos ya como tales agentes, podrán entrar a desempeñar también simultáneamente alguno de los cargos mencionados, pero no como lo pretende la demandada, que dichos agentes no podrán tener el carácter como tales intermediarios,

de empleados o trabajadores de la empresa de seguros, si de acuerdo con sus contratos y a la manera como estos se ejecutan, apareciere que en esa prestación de servicio concurren también los presupuestos de salario y subordinación que caracterizan a un contrato de trabajo. Por ello es correcto el pronunciamiento de la recurrida según el cual “la prohibición de que los empleados de las empresas de seguros puedan actuar como vendedores de pólizas de seguros, evitándose con ello eventuales irregularidades o distorsiones en ese tipo de actividad que es de gran proyección social, no entraña que quienes las vendan no puedan estar ligados por una relación laboral en su prestación de servicios como tales agentes o vendedores de seguros.

La importancia de esta decisión radica, en que por primera vez la Corte Suprema de Justicia consagra, en la interpretación de los artículos 63, 142 y 143 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, el principio de estimar a los promotores de seguros como verdaderos empleados. A partir de esta sentencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA reiteró el mencionado criterio. Al referirse al artículo 143 de la ley citada considera que:

debe entenderse, el citado artículo 143 de la ley citada en el sentido de que si los empleados de las compañías de seguros como serían los mencionados (cajeros, contador, secretarios, del gerente y demás empleados en las diversas actividades administrativas de la empresa) no pueden actuar simultáneamente como agentes vendedores de seguros para la misma empresa; a su vez, tampoco estos constituidos ya como tales agentes, podrán entrar a desempeñar también simultáneamente algunos de los cargos mencionados; pero no como lo pretende la demandada, que dichos agentes no podrían tener el carácter como tales intermediarios, de empleados o trabajadores de la empresa de seguros, si de acuerdo con su contrato y a la manera como estos se ejecutan, apareciere que en esa prestación de servicios concurren los presupuestos de salario y subordinación que caracterizan un contrato de trabajo¹⁹.

II. La Corte Suprema de Justicia el 10 de diciembre de 1985, decide que el Productor de Seguros puede ser considerado como trabajador de la Compañía Aseguradora si concurren los elementos que conforman la relación laboral. De modo terminante, la Corte Suprema de Justicia dijo que no podía ser aplicada la disposición del encabezamiento del artículo 63 de dicha ley (Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros), porque el supuesto de dicha norma es distinto de la situación en estudio. Es decir,

19 Corte Suprema de Justicia, 18 de mayo de 1977.

no guarda ninguna relación con el problema de si el agente de una compañía aseguradora pudiera ser considerado trabajador, a la luz del derecho del trabajo²⁰.

III. El Juzgado Superior Primero del Trabajo, en fecha 28 de febrero de 1986, en el juicio seguido por L E. Belén contra C.A. SEGUROS CARACAS, analizó lo relativo a la presunción contenida en el artículo 46 de la Ley del Trabajo, porque el demandado, en el acto de la contestación alegó la inexistencia de una relación laboral entre las partes en cambio, afirmó que las relaciones jurídicas habidas encuadraban dentro de los límites del derecho público y del derecho mercantil. Por razones procesales, el juez consideró que al no desvirtuarse la presunción contenida en el artículo 46 señalado concluye en que la relación fue laboral²¹.

La Jurisprudencia transcrita, establece el criterio de que la Corte Suprema de Justicia, valora la estipulación contenida en el artículo 47 de la Ley de Empresas de Seguros y de Reaseguros, (artículo. 147 vigente), de que los empleados de las compañías no pueden actuar simultáneamente

20 JURISPRUDENCIA VENEZOLANA RAMÍREZ Y GARAY, TOMO 93, 1985, CUARTO TRIMESTRE, pag 616. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de diciembre de 1985 en el juicio seguido por M E Hernández contra Seguros la Metropolitana C.A.:

“En efecto, el artículo 63 denunciado como infringido establece una prohibición para los administradores, gerentes, comisarios y empleados de una empresa, de actuar como productores de seguros respecto a los contratos de seguros de la empresa para la cual prestan sus servicios y ello debe entenderse como referido a los funcionarios y empleados allí señalados que lo sean de la empresa tomadora o beneficiaria de la póliza no de la empresa aseguradora, supuesto este ultimo regulado por el artículo 143 de la misma ley; por lo tanto el artículo 63 antes considerado, no guarda ninguna relación con el caso en estudio, referido a si un agente de una compañía aseguradora puede ser considerado trabajador de la misma, si concurren los elementos que conforman la relación de trabajo.”

21 JURISPRUDENCIA VENEZOLANA RAMÍREZ Y GARAY, TOMO 94, 1986, PRIMER TRIMESTRE, pag 190:

“...Observa el Juzgador que la demandada en su escrito de contestación al Fondo de la demanda a parte de las menciones que indica sobre la existencia de la relación de las partes las cuales en su decir encuadran dentro de los límites del Derecho Público y el Derecho Mercantil, pero no en el Laboral, no alegó hechos nuevos. ...En consecuencia, se concluye que la accionada no desvirtuó la presunción del artículo 46 antes señalado y, por lo tanto se mantiene en vigencia a los efectos de este falló, que las relación de las partes fue laboral es decir que el demandante debe ser considerado trabajador y la demandada patrona...”

como agentes vendedores de seguros para la misma empresa, y a su vez puedan desempeñar determinados empleos en la Empresa. Es decir, no pueden ser intermediarios. Y según la decisión del 13 de diciembre de 1989 de ese alto Tribunal, se llega a la conclusión de que la prohibición referente a los empleados de las empresas de seguros, no entraña que quienes las vendan (productor de seguro) no puedan estar ligados por una relación laboral en su prestación de servicio como tales agentes vendedores de seguro.

IV. La Jurisprudencia del 11 de noviembre de 1987, en el caso del ciudadano Luis Eduardo Belén Garbiras contra la Empresa SEGUROS CARACAS, C.A., citada por la Corte Suprema de Justicia, se hace un análisis detallado sobre la vigencia de la normativa creada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que ilustra la situación legal de los intermediarios de seguros. Es así como en primer lugar, esa decisión, parte de la premisa de que cuando la actividad de intermediario de seguro entre persona natural y empresa, amparada por la Ley de Seguro derogada y por la actualmente vigente, es posible la coexistencia por la relación laboral siempre que existan el salario, la prestación de servicio y la subordinación, demostrada en los actos.

Según el criterio expuesto el Artículo Primero de esa Ley, al establecer que la intervención del Estado en la actividad Aseguradora y Reaseguradora la realizará el Ejecutivo Nacional por órgano de la Superintendencia de Seguro, eso indica que la materia esta regida por una Ley especial, sin que ello impida la coexistencia de la relación laboral con otras profesiones, artes, oficio o industria. Es segundo lugar, plantea esa sentencia que el contenido del artículo 2, relativa a la autorización por parte del Ejecutivo nacional, a los efectos de la constitución de empresas de seguros y reaseguros y para el ejercicio de sus actividades, previo informe de la Superintendencia de Seguros así como la autorización del mismo ejecutivo, para el ejercicio de las actividades de los agentes y corredores de seguro, en materia establecida desde 1938. Pero que esos actos, de carácter oficial, no impedían la existencia del contrato de trabajo con otras relaciones convencionales cuyo objeto, fuese la prestación de un servicio personal y que aparecieran los elementos que tipifican el contrato de trabajo.

Es cierto, que se requiere (Artículo. 136 de la Ley) autorización del ejecutivo Nacional, previo el cumplimiento de determinados requisitos para ejercer la funciones de productor de labores de intermediación en

operaciones de seguro. Me permito señalar a propósito de la anterior afirmación, que los aviadores y marinos requieren de una formación académica y un título o licencia para el ejercicio de sus funciones. Deben cumplir requisitos fijados por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones. En determinados casos la Dirección de Aeronáutica Civil o la Dirección de Marina Mercante pueden revocar las licencias otorgadas por haberse dado algunos de los supuestos previstos en la normativa. Sin embargo, esto no impide, la existencia de contratos de trabajo entre esos trabajadores y sus respectivos empleadores.

V. Así mismo en fecha 13 de diciembre de 1989, en el juicio seguido por Antonio José Sardi González contra Seguros Lara, C.A.²², la Corte Suprema de Justicia, determinó lo siguiente:

...La prohibición de que los empleados de las empresas de seguros puedan actuar también como vendedores de pólizas de seguro, no entraña que quienes las vendan no puedan estar ligados por una relación laboral en su prestación de servicio como tales agentes vendedores de seguro.

Así mismo la sentencia establece que tanto el artículo 63 como el artículo 142 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, resultan extraños al tema debatido; es decir, a si el agente o productor de seguros debe ser o no considerado como trabajador. Para el sentenciador los artículos 63, 142 y 143 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no resultan aplicables y no pueden ser interpretados como contrarios a la existencia de una relación de trabajo entre el productor y la empresa²³.

Las transcripciones parciales de las sentencias citadas ponen de manifiesto que esa es la orientación que la Corte Suprema de Justicia ha dado a los jueces en el tema objeto de este trabajo.

22 JURISPRUDENCIA VENEZOLANA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 110, 1989, Cuarto Trimestre, pág. 600.

23 La sentencia en cuestión expresa: "por el contrario, encuentra la Sala que lo decidido por el Tribunal de alzada es violatorio del artículo 143 de la misma ley, el cual, conforme a la interpretación doctrinal arriba transcrita y que en esta oportunidad se ratifica, no establece ninguna prohibición de considerar trabajadores de la empresa de seguros a los productores de seguros, sino que excluye de la actividad de productores a los empleados administrativos de la aseguradora; lo cual implica que los referidos productores, tampoco podrán pasar a ser empleados administrativos y conservan, simultáneamente, el carácter de productores de seguros."

Conclusiones

1. La vigencia de los artículos 133, 138, 143 y 149, de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (Gaceta Oficial N° 4882 extraordinario del 23/12/94), no impiden considerar a los productores o intermediarios de seguros como sujetos del Derecho del Trabajo.
2. La Corte Suprema de Justicia ha sido coherente al sostener la posibilidad de existencia de una relación de trabajo entre el productor de seguros y la compañía aseguradora bajo cuya exclusividad realice sus servicios de intermediación.
3. La exclusividad de los productores de seguros, como una característica de estos sujetos, constituye un elemento esencial para establecer la subordinación propia del contrato de trabajo.
4. La presunción de existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, constituye un fundamento para sostener el contrato de trabajo con los productores de seguros. Aún cuando se trata de una presunción Iuris Tantum, si se alega la no existencia de la misma, corresponde al demandado probar la existencia de otra distinta.
5. El productor de seguros, al ser considerado como un trabajador sujeto a la Ley Orgánica del Trabajo, le corresponden todos los derechos que ella consagra.

Notas sobre el numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras

Pedro Luis Planchart Pocaterra*

Cuando se hace una lectura inicial del numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, la primera impresión es que el mismo es muy claro al plasmar la intención del legislador de restringir la concentración de créditos en entes jurídicos que de alguna manera tengan vínculos o relaciones con las instituciones regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Sin embargo, no nos cabe la menor duda que la norma adolece de sustanciales insuficiencias en la precisión de los supuestos que pretende regular.

El objeto de estas notas es tratar de contribuir a trazar los derroteros dentro de los cuales estimamos ha de encauzarse la recta lectura de la norma.

El numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras predica:

* Profesor de Contratos y Garantías, Facultad de Derecho, UCAB. Socio del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart, Núñez & Eiris.

Artículo 120.- Queda prohibido a los bancos y demás instituciones financieras regidos por la presente Ley:

(...)

7) Otorgar créditos de cualquier clase, a personas jurídicas donde el respectivo banco o institución financiera, o si fuere el caso, otro de los integrantes del grupo financiero¹ tenga (sic) directa o indirectamente una participación igual o superior al diez por ciento (10%) de su capital social o patrimonio, o cuando dicha participación se refleje en la administración de dichas personas jurídicas, en una proporción de un cuarto (1/4) o más del total de los miembros de la Junta Administradora. Se exceptúa de esta prohibición los créditos otorgados a casas de bolsa autorizadas a funcionar como tales por la Comisión Nacional de Valores, caso en el cual la cantidad de los mismos no podrá exceder en su totalidad del 10% del capital pagado y reservas del banco o institución financiera.

La norma objeto de estos comentarios prohíbe a los bancos, otras instituciones financieras y a otros integrantes del grupo financiero (tal como éste ha sido definido en el Artículo 101 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras), que concedan créditos a aquellas

¹ Artículo 101.- Se entiende por grupo financiero el conjunto de bancos, instituciones financieras y empresas que constituyan una unidad de decisión o gestión, de acuerdo con lo establecido en el presente Artículo.

PARÁGRAFO PRIMERO: Se considera que existe unidad de decisión o gestión, cuando un banco o institución financiera tiene respecto de otras sociedades o empresas, o cuando personas naturales o jurídicas tienen respecto del mismo:

a) Participación directa o indirecta igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital o patrimonio; o,

b) Control igual o superior a la tercera parte de los votos de sus órganos de dirección o administración; o,

c) Control sobre decisiones de sus órganos de dirección o administración, mediante cláusulas contractuales, estatutarias o por cualquier otra modalidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO: La Superintendencia podrá considerar que existe unidad de decisión o gestión cuando, sin configurarse los casos señalados en el Parágrafo anterior, existan entre alguna o algunas de las instituciones regidas por esta Ley y otras empresas, evidencias suficientes y comprobadas de dicha unidad de decisión o gestión.

PARÁGRAFO TERCERO: el término empresas a que se refiere el encabezamiento de este artículo comprende las filiales, subsidiarias y relacionadas, estén o no domiciliadas en el país, cuyo objeto o actividad principal sean complementario o conexo al de los bancos y otras instituciones financieras.

PARÁGRAFO CUARTO: La Superintendencia podrá incluir en un grupo financiero, cuando lo considere conveniente, a las sociedades propietarias de acciones de las instituciones financieras integrantes del grupo, que controlen dichas instituciones

personas jurídicas en las que de manera directa o indirecta tengan control, bien sea a través de la titularidad de acciones o participaciones en esas personas jurídicas, bien sea porque al menos en un cuarto (1/4) de la administración de las personas jurídicas prestatarias se refleja la participación en el capital de esos bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero. (A los efectos de estas notas, a esas personas jurídicas a las que no se les puede conceder crédito en los términos del numeral que glosamos, las llamaremos *prestatarias*).

En primer término, el numeral en cuestión impone a los bancos, otras instituciones financieras y a otros integrantes del grupo financiero, la prohibición de conceder créditos a *prestatarias* en las que cualquiera de los anteriores sea titular directa o indirectamente de al menos el 10% del capital social o patrimonio de *esas prestatarias*. De acuerdo con la norma, la prohibición existiría por el sólo hecho *de ser directa o indirectamente titular del capital social o participación en el capital social de la prestataria*; independientemente de que esa titularidad se encuentre o no reflejada en la administración de la *prestataria*.

La norma comprende dos formas de control sobre el capital o participación de la *prestataria*, aun si no se tiene control en la administración. Una primera forma lo constituiría el control directo; a saber, cuando el banco, institución financiera o miembro del grupo financiero sean titulares en nombre propio de al menos el diez por ciento del capital o participación de la *prestataria*, independientemente de que se tenga injerencia o no en la gestión gerencial de esta última. La otra forma comprende la titularidad indirecta del capital o participación de la *prestataria*, igualmente con independencia de que se tenga o no control o injerencia en la gerencia.

Al no existir una definición legal de control indirecto en el numeral 7 que se analiza, y por considerar que no existe la posibilidad de recurrir a la analogía, ya que las normas que encontramos en la misma Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras que regulan o definen formas de control indirecto se circunscriben exclusivamente a los supuestos fijados en ellas, hay que remitirse a principios generales. Un banco, institución financiera o miembro del grupo financiero serán propietarios indirectos de una *prestataria* cualquiera cuando el ente que posea la titularidad del diez por ciento del capital o participación de la *prestataria* sea una persona jurídica distinta al banco, institución financiera o miembro del grupo financiero; pero *cuyo capital social o participación sean*

propiedad de manera decisiva de ese banco, institución financiera, miembro del grupo financiero o de una persona jurídica que sea a su vez controlada de manera decisiva por cualquiera de los anteriores. De modo pues, el control indirecto se puede lograr mediante el poder decisorio que conceda la titularidad de una porción del capital o participación social en una serie de personas jurídicas, que a su vez sean las titulares de al menos el 10% del capital o participación social de *la prestataria*, o de otro ente o entes que terminen siendo los titulares directos de la persona jurídica propietaria de al menos el diez por ciento del capital o participación social de *la prestataria*.

El concepto de poder decisorio responde más a disposiciones estatutarias que legales. Se produce cuando, de acuerdo con los estatutos y actos constitutivos, una persona natural o jurídica posean la titularidad del capital o participaciones sociales de una determinada persona jurídica en proporciones tales que, indiscutiblemente, la gestión, administración y actividades de esta última se conduzcan sobre la base de las políticas, votos o decisiones de aquél que sea titular de esas porciones del capital o participación social; aun cuando no necesariamente se sea el titular de la mayoría del capital social.

El concepto de poder decisorio (o control de manera decisiva) en una determinada persona jurídica a través de la titularidad del capital o participación social de esa persona va a depender, por una parte, de la proporción o porcentaje de ese capital o participación social de que se sea titular; y por otra, en la relevancia o incidencia que los actos constitutivos y estatutos del ente controlado concedan a esa proporción en la titularidad en la toma de decisiones, políticas y desenvolvimiento del objeto social del ente controlado.

Así pues, la prohibición de recibir créditos alcanza a aquellas *prestatarias* que no siendo propiedad directa de algún banco, institución financiera o miembro del grupo financiero, sean sin embargo propiedad en por lo menos un diez por ciento de entes de los cuales, bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero, directa o indirectamente, sean propietarios o titulares en proporciones tales que controlen de manera decisiva la gestión, administración y desenvolvimiento del objeto social de esos entes.

La norma, además, contempla la prohibición no sólo en el caso del control directo o indirecto a través de la titularidad de un determinado

porcentaje del capital o participación social de la *prestataria*; sino cuando el control se logra a través del reflejo de la presencia accionaria o de la participación social en la administración (*“Junta Administradora”* en el lenguaje de la norma).

Una lectura inicial del dispositivo que señala “...o cuando dicha participación se refleje en la administración de dichas personas jurídicas, en una proporción de un cuarto (1/4) o más del total de los miembros de la Junta Administradora”, pareciera indicar que la prohibición procede igualmente cuando la participación del diez por ciento en el “capital o patrimonio” se refleje en un cuarto de la *Junta Administradora* (subrayado nuestro). Sin embargo, tal lectura sería absurda por superflua. La veda de conceder créditos alcanza per se a cualquier *prestataria* que sea controlada directa o indirectamente por cualquier banco, institución financiera o miembro del grupo financiero en por lo menos un diez por ciento de su capital o participación social; *independientemente de que tal control se encuentre reflejado en la administración de la prestataria*. Sería innecesario que el sentido de la norma fuese establecer como disyuntiva la posibilidad de que la prohibición subsuma igualmente a los supuestos en los que el diez por ciento de la participación se refleje en un cuarto de los miembros de la *Junta Administradora*; ya que el supuesto quedaría cubierto indiscutiblemente por el sólo hecho de que se sea titular del diez por ciento de la participación, abstracción hecha de como se refleje esa titularidad en el capital o participación sociales. Si tal fuese la recta interpretación de la norma, holgaría toda la oración siguiente a la conjunción disyuntiva “...o...” que precede a “...*Se exceptúa...*”, dentro del numeral 7 del Artículo 120 *ejusdem*. Como se ha puntualizado, la prohibición aplicaría simplemente por el hecho de que se sea titular del diez por ciento del capital o participación social.

Así las cosas, es irrefragable que la intención de la prohibición de conceder créditos a *prestatarias* “cuando dicha participación se refleje en la administración de dichas personas jurídicas, en una proporción de un cuarto (1/4)” es otra; a saber, que el impedimento de conceder crédito rige, independientemente de la porción del capital o participación social que el banco, institución financiera o miembro del grupo financiero sean propietarios, si tal participación en la *prestataria* se refleja en un cuarto de la *Junta Administradora*. No cabe la menor duda que no otra puede ser la lectura de la norma que se comenta.

Se pudiera uno plantear la posibilidad de dar a la conjunción disyuntiva “o” no el sentido de una disyuntiva; sino por el contrario, darle connotación de sinonimia, estableciendo igualdad entre las expresiones vinculadas por esa conjunción; tal como predica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “...O...3) denota además idea de equivalencia, significando o sea, o lo que es lo mismo...”. (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua, Vigésima Primera Edición, Tomo II, Madrid 1992, página 1.458).

La norma que se comenta no da esa idea de equivalencia que como tercera y última acepción concede la Real Academia de la Lengua Española a la conjunción “o”. Efectivamente, es común en la lengua castellana, sobre todo para dar énfasis, utilizar la conjunción “o” para indicar sinonimia (como por ejemplo: “me voy a dirigir a mi oficina o lugar de trabajo”; “indique el lugar donde vive o su habitación”; “debe tratarse de una fémina o mujer”) en fin, un sinnúmero de expresiones en las que para acentuar o reiterar una idea o concepto se unen los términos equivalentes mediante la “o” disyuntiva. En el fondo, es denotar que ambas son alternativas aceptables para expresar lo mismo. Sin embargo, no siendo esa la acepción principal de la conjunción; para otorgarle el sentido de equivalencia, es indispensable que dentro del contexto de la frase de que se trate se llegue a la conclusión inequívoca de que se quieren unir conceptos, expresiones sinónimas o equivalentes; de lo contrario, a la conjunción hay que conceder el sentido de su primera acepción en el diccionario; cual es: “.conj. disyunt. que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas...” (Diccionario de la Lengua Española, ídem).

Ahora bien, no existe dentro del contexto de la norma que motiva estas notas ninguna idea que permita establecer sinonimia o equivalencia entre la oración que precede a la conjunción y la oración que le sigue. La oración que precede a la conjunción en ningún momento alude a la estructura de la administración de la *prestataria*. Como se puntualizó anteriormente; la oración previa a la conjunción predica la prohibición de otorgar créditos a aquellas *prestatarias* de las cuáles los bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero sean propietarios directa o indirectamente de al menos un diez por ciento del capital o participación social; *sin que se haga mención alguna a la necesidad de que tal titularidad se vea reflejada igualmente en la estructura administrativa de la prestataria*. De modo que la norma, seguidamente

a la disyuntiva, recoge otro supuesto distinto para estimar que la prohibición de conceder crédito procede. Se trata de situaciones diversas que conducen al mismo resultado; a saber, en ninguno de esos casos las *prestatarías* pueden recibir crédito de esos bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero.

Las aseveraciones precedentes nos arrastran forzosamente a la siguiente conclusión; *aún cuando la titularidad directa o indirecta del banco, institución financiera o miembro del grupo financiero en el capital o participación social de la prestataria sea inferior al diez por ciento, ésta no puede recibir créditos de aquéllos, si esa titularidad se refleja en por lo menos 1/4 de la Junta Administradora.*

Para que la norma rija ha de ser indiscutible que los miembros de la *Junta Administradora* que constituyan por lo menos 1/4 de la misma deben haber sido elegidos exclusivamente en función de (y para reflejar en la administración de la *prestataria* de que se trate) la titularidad o los derechos que poseen esos bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero sobre el capital o participación de la *prestataria*. Sin duda alguna, sobre la base de indiscutibles criterios de racionalidad, equidad y buena fe que deben acompañar la interpretación de toda norma jurídica, máxime cuando se trata de la restricción al ejercicio de derechos o establecimiento de prohibiciones en el desarrollo de una actividad, esa y no otra es la única lectura lógica y posible del precepto que nos atañe en estos pasajes.

Para que la prohibición se imponga en este segundo supuesto del numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, es *condición esencial que la presencia de cierto número de personas en la gerencia de la prestataria provenga de la titularidad directa o indirecta del banco, institución financiera o miembro del grupo financiero, según sea el caso, sobre alguna porción, cualquiera que sea, del capital o participación social de la prestataria*; de lo contrario, aun cuando esas personas tengan vínculos con esos bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero, si la presencia de esos miembros en la administración no proviene de esos vínculos, la prohibición no es aplicable.

Es ahora necesario indagar el sentido de lo que quiere significar el legislador al extender la prohibición “cuando dicha participación se refleje en la administración de dichas personas jurídicas, *en una proporción de*

un cuarto (1/4)” (cursivas nuestras). ¿Qué se entiende por 1/4 de la *Junta Administradora*? ¿Involucra la frase tanto a administradores principales como suplentes? Sin duda alguna, una aplicación irreflexiva del antiguo aforismo “donde no distingue el legislador no debe distinguir el intérprete”, permitiría pensar que basta que los administradores principales y suplentes alcancen a 1/4 de la *Junta Administradora* para que la prohibición se imponga en un caso concreto. Sin embargo, el aforismo no tiene cabida si de su utilización resulta un absurdo. Cuando dentro del contexto de una norma, al tenerse precisado el fin de la misma, se pueda colegir que el legislador pretende hacer distingos o dar un alcance más restrictivo al texto legal que se analiza, las distinciones han de hacerse.

Si bien no se pone al margen la condición de actividad sujeta a una serie de condiciones estimadas de orden público para que se pueda desarrollar la actividad bancaria en Venezuela, no se puede perder de vista que el Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras impone restricciones al libre ejercicio de una actividad económica y a la libertad de contratación de los bancos e instituciones financieras; por lo que no se puede obviar el principio con arreglo al cual las restricciones a los derechos son de interpretación estricta; de modo tal que en caso de dudas se debe favorecer la posición de la libertad del administrado (banco, institución financiera o miembro del grupo financiero); debiendo la autoridad administrativa o judicial, según sea el caso, aplicar la restricción salvaguardando en la medida de lo posible la esencia del derecho; en este caso, de contratar y de desarrollar una lícita actividad económica. Se hace imperioso dar una interpretación racional, proporcional y adecuada a los fines por las cuales, en un momento dado, una determinada restricción a la libertad o a un derecho ha sido impuesta.

El párrafo precedente es prolegómeno necesario para concluir que carecería de todo sentido lógico pensar que la sola adición de administradores principales y suplentes bastaría para que la prohibición se haga efectiva, si como resultado de la suma se tiene al menos 1/4 de los miembros de la *Junta Administradora*. Otro ha de ser el sentido del precepto; de lo contrario se pudieran estar favoreciendo interpretaciones reñidas con la equidad y la buena fe, que en el fondo no son sino principios estrechamente relacionados con los conceptos antes expuestos sobre la racionalidad, proporcionalidad y necesidad de adecuar la

aplicación de la norma a los fines buscados por la misma; teniendo como norte el respeto, en la medida posible, de la vigencia de un determinado derecho.

La proporción de un cuarto ha de entenderse funcionalmente y no de manera formal, como el mero producto de un cálculo matemático. Así pues, para que la restricción de conceder préstamos proceda es necesario determinar si la presencia efectiva en la administración bien se trate de administradores principales bien de suplentes, bien de ambos considerados conjuntamente, implique el control real en las decisiones de la *prestataria*; de modo tal, que con la presencia efectiva de esas personas, en por lo menos la proporción de 1/4 de los miembros de la administración, los bancos, instituciones financieras o miembros del grupo financiero, según sea el caso, controlen directa o indirectamente a la *prestataria*.

El análisis que ha de hacerse sobre lo que implica controlar un cuarto de la *Junta Administradora* debe tomar en consideración el control efectivo de la administración. No necesariamente son iguales todos los supuestos; porque en aquellos casos en los que los suplentes sustituyen a un principal determinado, sin que en ningún momento ese principal y ese suplente puedan actuar o votar conjuntamente, la prohibición no se aplicaría; aun cuando matemáticamente sea factible que ambos sumados representen un cuarto de la *Junta Administradora*. En ese supuesto, siempre que ni el banco, la institución financiera, miembro del grupo financiero ni el ente controlado por alguno de los anteriores obtengan el control efectivo de la administración de la *prestataria*, ni siquiera en un cuarto (1/4) de los votos, la prohibición de conceder créditos no regiría.

Ha de tenerse en mente que el fin de la norma que se estudia es evitar los riesgos que conlleva la concentración de créditos en entes vinculados; bien sea a través de la titularidad, bien sea a través de la combinación de la titularidad con la presencia efectiva en la gerencia. Ergo, es indiscutible que la prohibición, en lo que respecta a la presencia del capital o participación social en la administración de la *prestataria*, se extiende sólo a aquellos supuestos en los que de manera efectiva, los bancos, instituciones financieras, miembros del grupo financiero o entes controlados por alguno de éstos tengan presencia decisoria real en por lo menos un cuarto de la administración. Dicho lo anterior, no queda más que concluir que los suplentes en la administración deben ser tomados para el cómputo de la proporción de un cuarto, si la simple presencia de un número de suplentes con ciertos principales se traduce necesariamente

en un control efectivo de la gerencia de la *prestataria*. Así que, por argumento en contrario, si la presencia de los principales excluye necesariamente la participación de los suplentes y viceversa, la prohibición no regiría, aún cuando la suma de suplentes y principales represente al menos un cuarto del número de miembros de la administración, pero sin que implique que se tenga un cuarto (1/4) del poder decisivo en esa administración.

Igualmente, obsérvese, que se estima que la norma rige no sólo cuando sean el banco, institución financiera o miembro del grupo financiero los que vean reflejada su titularidad directamente en la administración de la *prestataria*; sino también cuando la *prestataria* sea propiedad de un ente controlado por algún banco, institución financiera o miembro del grupo financiero, según los criterios antes esbozados, y que ese ente controle al menos un cuarto de la administración de la *prestataria*.

El empleo que hemos dado a la expresión gerencia, control gerencial o términos similares en los pasajes anteriores, como si fuesen sinónimos de *Junta Administradora*, responde a una posición asumida por nosotros con respecto a la lectura que ha de darse a la frase *Junta Administradora* en el contexto del Artículo 120, numeral 7, de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Desafortunadamente, tal vez partiendo del lenguaje que con respecto a la administración de las sociedades emplea fundamentalmente el Código de Comercio, el legislador venezolano, en distintas normas, al aludir a la administración de entes societarios, pareciera olvidar que en la economía moderna, las sociedades tienden a ser administradas por órganos, cuerpos colegiados, incluso personas naturales, que gozan de gran autonomía e independencia en la toma de decisiones y que no se integran necesariamente en una junta directiva o de administración; conduciendo y administrando de manera efectiva, reconocida por los estatutos y otros actos sociales, incluso de naturaleza verbal en algunos casos, el objeto social de la sociedad de que se trate.

El legislador de manera simplista tiende a estimar que la administración efectiva de un determinado ente societario se reduce a una junta administradora o directiva; cuando en realidad, se insiste, no son pocas las sociedades, sobre todo mercantiles, donde dichas juntas no pasan a tener más que un control de tipo formal, una posición de

mero órgano consultivo; estando la administración delegada jurídicamente y con gran autonomía funcional en otros órganos y cuerpos societarios o, incluso, en personas naturales.

Ha sido el fin de la norma que se comenta el que nos condujo anteriormente a una interpretación más flexible en lo que respecta a la libertad de contratación y a lo que ha de entenderse por reflejar la titularidad en el capital o participación sociales en por lo menos un cuarto de la Junta *Administradora*. Es ese mismo fin igualmente el que autoriza a sostener que la intención del legislador es dirigir la prohibición de conceder préstamos a *prestatarías* cuya administración se encuentre controlada de *manera efectiva* en por lo menos un cuarto de sus miembros por algún banco, institución financiera, miembro del grupo financiero o ente controlado por alguno de éstos, en los términos descritos anteriormente; no circunscribiendo administración al concepto de *Junta Administradora*.

Una interpretación adversa a la expuesta en las líneas inmediatamente precedentes permitiría de manera muy sencilla burlar el sentido de la norma que pretende poner cortapisas a la concentración del crédito. El legislador, tomando en consideración que en la intermediación crediticia interviene la utilización de recursos provistos por el público, desea restringir que los créditos de un determinado banco, institución o ente vinculado a ellos, se encuentren concentrados en ellos mismos; bien directamente, bien a través de otras personas vinculadas a ellos. Como se ha indicado, los vínculos pueden venir dados mediante el control directo o indirecto del capital o participaciones sociales; bien por el control de la gerencia o administración; y *la gerencia, se reitera una vez más, no se controla exclusivamente por intermedio de la junta administradora, directiva, o cuerpo con denominación equivalente o que posea funciones equivalentes*; sino que se controla de manera efectiva a través de la presencia en otros órganos administrativos y cuerpos sociales o, inclusive, de personas naturales con alta autonomía administrativa.

Finalmente, tal como se recogió previamente, para que la prohibición se imponga, es indispensable que los administradores de que se trate se encuentren gestionando la administración de esa *prestataria* como consecuencia de la titularidad que en el capital o participación social de la *prestataria* tengan los bancos, instituciones financieras, miembros del grupo financiero o entes controlados por cualquiera de los anteriores.

Las aseveraciones precedentes traducen el sentido de la letra del numeral 7 del Artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras; conciliando, por una parte, la mayor flexibilidad que pueda concederse a la actividad de intermediación; pero teniendo presente que el legislador quiere evitar la riesgosa concentración del crédito. Se reconoce la independencia de la personalidad jurídica; pero tal independencia no autoriza que a través de un excesivo respeto a la forma (en el caso que ocupa a estos comentarios, la existencia autónoma de entes distintos al banco, institución financiera o ente controlado por alguna de las anteriores, incluyendo cualquier miembro del grupo financiero) se burle el espíritu de la ley que pretende reducir la concentración del crédito; sin que ello, se insiste, se traduzca en la atrofia de la actividad bancaria.

Nuevas tendencias e instituciones en Derecho de Seguros *

Alberto Baumeister Toledo**

Sumario

- I. Algunas consideraciones sobre el evento.
- II. Principales áreas e instituciones en materia de seguros en las cuales se observan cambios a nivel de Derecho Comparado: Cambios, novedades y tendencias para solucionar problemáticas propias de la actividad:
 1. Tendencia a la uniformidad y armonización de los textos legislativos: Proceso de Globalización y Convenios de Libre Comercio.
 2. Tendencia a la desregulación y al extrañamiento de la participación del Estado dentro de la actividad.
 3. Regulación de aspectos que procuran la protección de los consumidores: El "Ombudsman en Seguros". Regulación de los grandes riesgos: Medioambientales y los que dimanar de la producción en serie. Los daños en serie.
 4. Marcada tendencia a la liberalización de las normas sustantivas sobre Reaseguros.

* Conferencia dictada con ocasión del 40 Aniversario de la creación de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros. Caracas, Julio 1998.

** Profesor de Postgrado en Derecho Procesal Civil y Derecho Mercantil. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (Avedese-Aida). Miembro del Instituto Ibero Americano de Derecho Procesal Civil.

5. Nuevos conceptos sobre intermediación en seguros y nuevas formas de intermediación: Responsabilidad del mediador. Nuevas normas sobre remuneraciones.
6. Reconocimiento cada vez más importante a la existencia de los intereses de grupos y colectividades (intereses difusos).
7. Las nociones técnicas en materia de Derecho de Seguros y su marcada influencia en la modificación de las reglas de derecho y sus interpretaciones. Los cambios en los conceptos tradicionales en materia de Seguros: Nuevo concepto de beneficiarios: la noción de víctima, interés asegurable, etc.. *Cláusulas Claims Made*.
8. Establecimiento cada vez más notorio de “limitaciones a la voluntad de los contratantes” en el establecimiento de condiciones para el contrato,
9. Aceptación de nuevos medios de mercadeo de los productos de la actividad: La Banca Seguro.
10. Regulación de ciertos riesgos especiales a través de “usos mercantiles” impuestos vía Tratados y Convenciones: (Marítimo, Aviación, Transporte por carreteras, etc.
11. Incidencia de los cambios en conceptos del derecho de Seguros sobre modificaciones consecuenciales en nociones e instituciones de otras ramas del Derecho: Fiscal, Bancario, etc.
12. Tendencias legislativa a concebir el Seguro como fórmula adecuada para complementar regímenes de previsión y seguridad social.

III. Conclusión.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EVENTO

Debo agradecer a la ciudadana Superintendente de Seguros, Dra. Morelia Corredor, en primer lugar en mi condición de Presidente de la Asociación Venezolana de Seguros (AVEDESE - AIDA), y en segundo término en el mío propio, la invitación que se nos formulara para participar en este ciclo de charlas preparado con ocasión de la celebración de los cuarenta años de haber sido instituido el ente Supervisor de la Actividad.

Manifestaba a la ciudadana Superintendente en la carta donde acepté tan honrosa invitación, que en nuestro país, donde tan efímeras suelen ser las instituciones, resulta un verdadero acontecimiento celebrar un cuarentavo aniversario de la existencia de un ente, órgano o institución.

Por ese solo motivo la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (Avedese-Aida), Sección Nacional de la Asociación Internacional

de Derecho de Seguros (AIDA) ya considera este acontecimiento como una ocasión para congratularse y manifestar su complacencia institucional por este evento. Añádese a lo dicho que en el decurso de estos años, e independientemente de los logros y críticas que puedan hacerse al ente, en la trayectoria institucional del organismo se ha dado cumplimiento a una gestión que puede calificarse de cabal y apegada a los fines para los cuales se le ha confiado su competencia

Han sido muchos los momentos difíciles por los cuales las aseguradoras y con ellas la Superintendencia hubo de transitar. Dos crisis económicas considerables acosaron al país y de ellas no escaparon las empresas y otros entes vinculados a la actividad.

Con todo, la industria aseguradora ha seguido adelante, ha continuado su crecimiento, ha solidificado sus bases técnicas y económicas y ha cumplido su importante rol de previsionabilidad y amparo patrimonial ante siniestros. Una ojeada en países similares al nuestro en magnitud y desarrollo, los cuales han padecido tan lamentables crisis económico financieras, pone de manifiesto la mayor entereza de nuestro sector y el papel que en tales ocasiones asumió el ente supervisor. Creo que nadie negará que el Balance de la gestión ha sido positivo.

Es más, dentro de nuestro propio país, instituciones parecidas en magnitud y responsabilidades ante la ciudadanía similares a las de la actividad aseguradora y que manejan por igual grandes volúmenes de masas dinerarias pero en otras áreas del entorno económico, con ocasión de las anómalas situaciones reseñadas, asumieron comportamientos que dejan mucho que desear y con sus crisis provocaron graves descalabros en sus respectivas áreas, debiendo el Estado asumir considerables cargas para afrontar ante los consumidores los coletazos de esos malestares financieros.

Situaciones recientes de no grata recordación son manifestaciones evidentes del diferente comportamiento de unas y otras actividades empresariales.

Cierto es que a la Superintendencia de Seguros en algunas oportunidades se le ha impuesto asumir roles ajenos y extraños a la función propia de órganos de control y vigilancia, producto ello de filosofías políticas erráticas, atrasadas lamentablemente para el momento histórico en que debieron adoptarse y con consecuencias que aún deben lamentarse, mas tan deplorables actitudes no han sido posicionamientos

propios del ente ni de quienes en tales oportunidades se encontraban al frente del mismo, sino reflejo como se ha señalado, de tendencias económicas políticas de nuestros gobiernos y legisladores de turno.

La realidad práctica de la vida, las tendencias internacionales, y las necesidades de desarrollo del país, se han encargado de poner en evidencia esos errores y se han tomado de nuevo los derroteros propios que debe seguir el ente.

Lamentablemente en la última reforma de la Ley que rige la actividad y al propio ente supervisor, no se adoptaron todas las medidas y cambios que eran razonables y adecuados y sólo se produjeron algunos pequeños cambios, que si bien actualizaron ciertas instituciones y funciones e hicieron que el Estado, cuando menos en ciertas áreas, retomara el rol que dentro de esta importante rama de la actividad económica está llamado a realizar, pero ello evidentemente no era suficiente, ni las que se produjeron permiten considerar que fueron las necesarias para adecuar la normativa sobre seguros a la actualidad de su desarrollo.

La dicha reforma en todo caso fue incompleta, tímida, apresurada, y de ello no me cabe la menor duda estamos convencidos todos los involucrados en la actividad aseguradora, incluyendo a la propia autoridad de control, aseguradoras, reaseguradoras, mediadores y quienes somos curiosos del Derecho de Seguros.

Debemos reconocer se perdió una buena oportunidad para acometer esa reforma estructural y como lo llama la Doctrina Italiana, “el aggiornamento” de las instituciones relacionadas con la actividad, y entre ellas las del ente supervisor.

A las puertas del nuevo siglo, a los cuarenta años de este todavía joven órgano del Estado, debemos reconocer que son muchos los atavismos que existen en la Ley que rige la actividad aseguradora y reaseguradora y más desalentador aún resulta el panorama si examinamos la legislación sustantiva sobre el Seguro y el Reaseguro.

No me siento libre de culpas, pero al menos me queda la satisfacción de haber procurado destacar ese deplorable atraso de nuestras normas jurídicas sobre la materia, y el haber preparado quizá no el mejor de los “proyectos” de una Ley para la actividad y el contrato de seguro, pero cuando menos si debe reconocérsele haber sido más valiente y atrevido que el finalmente aprobado y del cual ahora muchos de los que lo

adversaron me imagino estarán arrepentidos de no haber apoyado el que presentáramos a la Cámara de Aseguradores.

Me place destacar que cuando menos en las discusiones de algunos de sus capítulos álgidos, y en la empresa inicial que se me confiara tuve la honra de haber contado con atinadas observaciones de la Dra. Corredor, hoy actual Superintendente. Desconozco si a ella correspondió de alguna manera haber impulsado o no la discusión de ese proyecto y su defensa ante los órganos del Ejecutivo y del Legislativo, pues como siempre ocurre en nuestro país, luego que culminara mi trabajo jamás se me informó de las eventuales críticas o razones para haberlo desechado.

Sí me desalienta, en cambio, el que una de las razones para no haberlo apoyado muchos de los que debieron impulsarlo, entre ellos, algunos de mis maestros en Derecho de Seguros, fue la de aducir en su contra el de que muchos cambios en ese proyecto podrían provocar un efecto adverso en nuestros órganos legislativos, el de que nuestro país no contaba aún con personal adecuado para entender y aplicar algunos de los cambios propuestos (a estas alturas de nuestro desarrollo, permanece aún esa extraña e insostenible actitud de desmerecernos que tenemos los venezolanos).y no faltaron por supuesto tampoco quienes en defensa de sus propios intereses temieron que tales cambios provocaran salida del mercado de algunos entes que virtualmente medraban en la actividad.

No me arrepiento del esfuerzo realizado ni del tiempo invertido en esos abatares y ni que decir incompensados por la retribución que se me hiciera. Lo que sí puedo señalar es que me queda el orgullo de haber asumido valientemente la comentada posición de avanzada, de haber propuesto para mi país una legislación adecuada a la modernidad del Derecho de Seguros, que por igual abarcara tanto el aspecto de la actividad como el de la normativa sustantiva, y en ambas procurando adecuar las instituciones a la realidad nacional y a los cambios y modificaciones que ya estaban presentes en la mayoría de las legislaciones sobre la materia en el mundo occidental.

Aprovecho, por cierto, esta oportunidad para agradecer en lo personal a los Dres. Eduardo Wallis Olavarría, quien en su momento fuere también Superintendente de Seguros, y al Dr. Pedro Manuel Arcaya, director de empresas de seguro de vieja data, por el apoyo que me brindaron entonces en la discusión, preparación y redacción de aquel

Proyecto y en adición al primero de los nombrados por haber comulgado conmigo el mismo ideario que plasmé en el comentado Proyecto.

II. PRINCIPALES ÁREAS E INSTITUCIONES EN MATERIA DE SEGUROS EN LAS CUALES SE OBSERVAN A NIVEL DE DERECHO COMPARADO IMPORTANTES CAMBIOS Y NOVEDADES ASÍ COMO TENDENCIAS PARA SOLUCIONAR PROBLEMÁTICAS PROPIAS DE LA ACTIVIDAD.

Hecha la anterior breve disgresión histórica, que reputé necesaria por que en parte explica las causas por las cuales aún nuestra legislación sobre seguros deja mucho que desear y se mantiene definitivamente atrasada si la comparamos con el acontecer legislativo y técnico en el resto del mundo, procuraré hacer una sucinta reseña de las nuevas tendencias legislativas en materia de Derecho de Seguros, objeto primordial de mi disertación, la cual por supuesto ni con mucho pretende ser un examen siquiera global de todo lo que ha acontecido en esto últimos años en la materia, ni premonitoria de los profundos cambios que continuarán experimentándose a la luz de los fenómenos de la globalización, de las economías de las comunidades de países organizados como tales, ni de lo que debe esperarse del mundo en el nuevo siglo donde ya se avizora el acontecer de las grandes empresas multinacionales, de las grandes magnitudes de riesgos derivados de nuevas actividades día a día generadas por los cambios tecnológicos, prácticamente imposibles de precaver en sus magnitudes económicas, ni de las dimensiones de los grandes daños que puedan provocar ciertas actividades propias de las nuevas economías de escala, masificación de la producción y avances de la ciencia que deberán afrontarse en esa nueva era.

Hacer citas puntuales sobre tales normativas, resultaría largo y tedioso, por ello optaré por esbozar los principios y postulados en los que se encuadran todas esas legislaciones que sin temor a equivocarnos podemos decir son reveladoras de las tendencias actuales sobre la actividad aseguradora con vista a tales acontecimientos previsibles en el nuevo siglo, y las cuales procedo a analizar seguidamente:

1. La procura por la *uniformidad y armonización de los textos legislativos* en las materias relacionadas con la actividad, particularmente en países aglutinados en ciertas comunidades o regiones o por razón de altos intereses, o en proceso de constituir grupos regionales.

Franca demostración de dicha tendencia puede observarse en los países de la Comunidad Económica Europea, los cuales han venido ciñéndose a un proceso de adaptación bajo las modalidades de las Directivas de la CE. Por igual se observa la adopción de principios innovadores y modificatorios de los tradicionales en casos en donde por razón de Tratados para la regulación del Comercio entre dos o más países se ponen de manifiesto grandes desigualdades entre unos otros, haciendo recomendable como se lo hizo en el Tratado de Montreal acoger la llamada “Reciprocidad Relativa” y donde se afirma como postulado la necesidad de que los procesos de apertura y liberación en el sector Asegurador se cumplan progresivamente para que por vía de equidad se eviten graves daños en dicho sector en los países menos desarrollados. Tal fue el caso de México, USA y Canadá, del cual tanto tenemos que aprender los demás países del área latinoamericana y de lo que muchos parecen haber leído muy poco¹.

2. Marcada tendencia a la desregulación y al extrañamiento de la participación del Estado dentro de la actividad cada vez más acentuada.

En cuanto al primer aspecto, precisa reconocerse que como consecuencia de las situaciones económico financieras mundiales, se hizo materialmente un postulado la apertura de los mercados a las inversiones transnacionales y un campo apetecido, por razones estructurales y operativas, lo es el de la actividad aseguradora. Lo dicho comportó necesariamente, de por sí, un cambio también de posturas

1 Al respecto referimos al trabajo titulado: El Seguro y los Tratados de Libre Comercio, Díaz Lobato, Guadalupe, Romero Salas, Jesús y otros, Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, Vols. IX y X, Colombia, 1996 y 1997, p.7 ss y 15 ss, respectivamente. Resulta interesante resaltar al respecto los serios, graves e importantes comentarios que sobre este tipo de situaciones se crean para los países menos desarrollados. Experiencias sobre la materia son narradas por los autores del trabajo comentado y ciertamente que nuestros negociadores internacionales y los de otros países del área deberían tomarlos muy en cuenta, pues las duras advertencias que se hacen respecto de la postura privilegiada de los países mas desarrollados deben alertar a nuestra América a fin de defender con gallardía su soberanía y proteger el interés nacional (en especial véanse p. 32 ss del comentado trabajo en la Revista citada Vol. IX). Puede asimismo consultarse a José M. Martínez, Revista citada, vol. 5/94 p. 7 ss, y Santiago Osorio F., Apertura económica e integración multinacional (revista citada, Vol. I, p. 201) y las ponencias presentadas por la Delegación Mexicana en el IV Congreso Iberoamericano celebrado en Chile, bajo la denominación “El Seguro y los Tratados de Libre Comercio (IV Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Socio libros, Chile, 1995, p. 199 ss).

respecto al rol que debía confiarse a los órganos de control de la actividad, todo sin menoscabo del reconocimiento unánime, a nivel mundial, de la conveniencia de mantener aquél, pero dentro de justos y nuevos límites y separando aspectos que durante mucho tiempo estuvieron confusos.

En primer lugar, como lo sostiene Eduardo Steinfeld², no puede ponerse hoy en duda que el seguro es una actividad de “interés público” que no “un servicio público”. De lo primero encuentra su justificación la necesidad de la regulación y control sobre la actividad, pero no fundamentada en los principios dogmáticos que provienen de la vieja tendencia a considerar que la autorización a los particulares para el ejercicio de la actividad era una “especie de concesión” del Estado para tolerarla y permitir esa asunción de responsabilidades por el sector privado y por lo tanto no puede pretender el ente de control jamás dictar normas de fijación de políticas aseguradoras ni el reemplazo de la iniciativa empresaria de los aseguradores.

Lo recomendable, como se observa de los diversos ordenamientos que así lo contemplan, es que dicho control sea o procure ser “preventivo” en beneficio de los asegurables. De ello deriva por igual que el funcionamiento del ente de control debe procurar ser “oportuno y dinámico”, pero sin llegar a entorpecer la actividad aseguradora y debe recaer solo sobre aquellos aspectos “necesarios”, sin incurrir en excesos regulatorios, mas ante los retos que impone la necesidad de contemplar las políticas económicas de apertura, de allí el fundamento de la desregulación como regla general.

Debe tenerse presente que tal control, desde el punto de vista económico financiero y de responsabilidad ante los asegurados, no debe perseguir otros fines diferentes a la procura de una suerte de garantía “objetiva y general” de la buena marcha del sector y de las empresas, sin que por ello el Estado asuma una responsabilidad subjetiva y puntual en casos de insolvencia del asegurador.

Lo dicho impone fijar que los controles deben centrarse en procurar fundamentalmente la salud del asegurador y del mercado, todo otro exceso no solo desvía el fin fundamental de la supervisión y control recomendables, sino que dificulta y complica la agilidad y buen proceder de los órganos de control.

2 Régimen de Habilitación y Funcionamiento de las Empresas de Seguros y Reaseguros en la Argentina, Revista citada, Vol. IX, p.148 ss.

Si los mecanismos de control preventivo operan eficientemente no deben ocurrir riesgos de insolvencia. El ente de control debe mantenerse al margen de la fijación de políticas, ya que de lo contrario se perderá su verdadero objetivo y generará un exceso de discrecionalidad en dicho ente.

Por igual dentro de los lineamientos que fijan hoy los derroteros del control de la actividad, se nota una definida posición por excluir del ámbito de las potestades del ente de control todo lo relacionado con la actividad de la Seguridad social y otras áreas similares, las cuales si casi se sobreponen y son coincidentes en algunos aspectos con los fines propios de ciertas modalidades de seguros, resultan completamente diferentes desde el punto de vista técnico y finalista de cada una de esas áreas. Tal ha sido la clara y definida postura de los legisladores de España, Colombia y Paraguay.

Vale la pena también destacar que en la vigente normativa española, se incluye un importantísimo aspecto de la actividad asegurativa, materialmente pretermitido en épocas anteriores, cual es el relacionado con las actividades de prevención de daños, inherente al objeto mismo de la actividad, y al cual por supuesto debe darse toda la importancia y empuje que merece, quedando a cargo de los entes de vigilancia su adecuado control.

Por igual, observamos como otro rasgo característico en las nuevas normativas que regulan la actividad, la inclusión de normas específicas llamadas a contemplar la protección de la libre competencia, control de los monopolios, etc., mediante los mecanismos ad hoc que permiten el control de los llamados "vínculos estrechos" o posicionamientos de control (económicos, financieros o de dirección). Es ésta una clara tendencia en las nuevas legislaciones europeas, como es el caso de la Ley Española (Ley de 1995 y de la que la precedió 33/84) que así expresamente lo contemplan³.

3 Véanse al respecto para el análisis de la Ley 33/84 Española a Juan Bataller Grau (La Reforma del Derecho de Seguros en España, Revista y Vol. antes citados, p. 329 ss) y para la nueva Ley (30/1995) a Fernando Sánchez Calero (Consideraciones Generales en torno a la Ley Española de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Revista citada, Vol. VIII, p. 259). En igual sentido puede consultarse sobre el tema a Manuel Soares Povoas (El Nuevo Orden del Seguro en América Latina: Su Liberación. Revista citada, vol. 5, 1994 p. 35 ss), también Luis Almajanos, El Derecho Comunitario y su Aplicación en el Derecho Español en los grandes riesgos, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, Musini, España, 1994, p. 37 ss).

3. Marcada tendencia a la protección de los consumidores⁴, tanto desde el punto de vista de control de la actividad, lo cual ahora se procura hacer a través de mecanismos ajenos al ente supervisor de la actividad aseguradora y por vía de instituciones ad hoc contemplados generalmente en otras leyes especiales (Ley de Protección al Consumidor, la figura del Ombudsman en Seguros, etc.)⁵.

La fundamentación para la institucionalización de esta nueva modalidad para dar protección a los consumidores en el caso de la actividad aseguradora, esto es, a través del Defensor del Asegurado o a través del “OMBUDSMAN” para prevenir y terminar la litigiosidad que se

4 Este concepto de *consumidores*, a pesar de lo usado que resulta hoy en día en el argot jurídico y en la normativa legislativa especial referida al tema, presenta sus bemoles, que obligan a pensar en la conveniencia de fijar claros límites para la determinación de quienes realmente resultan tales. Ello es así, especialmente en materia de seguros, donde aparecen como posible sujetos de la denominación: el tomador, el beneficiario, terceros con derecho a la indemnización y dentro de los primeros, poderosos grupos económicos que más que negociar las condiciones de la contratación, las suelen imponer. En tal sentido, Ernesto Caballero Sánchez (La Noción Legal del Consumidor de Seguros, Rev. citada, Vol. IX, p. 61 ss), plantea la conveniencia de que en materia de seguros, se tenga por consumidores “a las personas físicas, destinatarias finales de los servicios de coberturas del riesgo y situaciones socioeconómicas más necesitadas de medidas tutelares de consumo”. Derivado del problema de concebir a una de las partes del contrato como débil jurídico, surge también la problemática de si el contrato de seguros es o no un contrato de adhesión o si sus cláusulas y regulaciones pueden encuadrarse en lo que hoy denomina la doctrina “cláusulas de estilo”, cuya imposición pura y simple se rechaza por amenazar realmente a la libertad de contratación. Al respecto se han discutido numerosos criterios y sobre los mismos pueden revisarse los trabajos de David Arosemena Samudio ¿Es el seguro un contrato de Adhesión? Revista citada, Vol. XI, 1998, p. 55, y Carlos I. Jaramillo (Mecanismos de solución alternativa de conflictos derivados de los contratos de seguro y reaseguro en el derecho comparado, Colombia, Edit. Javegraf, 1ª edición, 1998, p. 57).

5 Precisa destacarse con notoria importancia una nueva tesis que consideramos tendrá que imponerse en el acontecer internacional, en efecto, a pesar de que por costumbre se habla de protección al consumidor para referirse al asegurado (débil jurídico del contrato para quienes sostienen dicha posición), ya existen voces que se levantan para destacar que más que de protección del asegurado debe pensarse por igual en el asegurador y en tal sentido la protección que se exige y reclama debe ser para “LAS PARTES DEL CONTRATO”, todo con fundamento a la conveniencia de obtener un verdadero equilibrio entre los intereses por igual legítimos de todos los contratantes. Una interesante disgresión sobre el tema es planteada por el profesor Marcel Fontaine, Miembro del Consejo Mundial de Presidencia de AIDA, en su trabajo “La Protección de las Partes en el Contrato de Seguros (Revista citada, Vol. IX, p. 53).

presenta en la actividad, encuentra como basamento, en palabras de Renedo Omaecheverría ⁶

.... en primer lugar en la falta de igualdad entre productor y consumidor, en segundo término por la duración de la prestación de los servicios, que *per se* justifica un sistema peculiar de protección, en tanto no se puede cambiar de asegurador con la misma facilidad que de vendedor de otros productos y servicios y, por último por la alta tecnificación del seguro, que exige una formación específica para poder tratar los conflictos.

Desde hace ya varios años acogieron la figura del Defensor del Asegurado en especial los países escandinavos, Gran Bretaña, Suiza y los Países Bajos, bien lo fuera bajo la modalidad de una figura unipersonal o colegiada. La idea surgió en todo caso, según lo expone el Profesor Fernando Suárez González ⁷. “Para paliar el alto coste económico o moral de la interposición de una demanda ante los Tribunales para conciliar intereses entre asegurador y asegurado”.

En Suecia, en Ley 38/1980 de protección al asegurado, en adición a la función revisora de las pólizas y contratos que cumple una especie de Consejo Nacional de Protección al Consumidor y el denominado Consejo Público de Reclamaciones se normatizó la figura del Ombudsman ya existente desde 1968. Dicho Defensor del Asegurado constituye además, con un grupo de consejeros especializados, un Comité para resolver los casos relacionados con colisión de automóviles⁸.

En Suiza hoy ya se extiende la existencia del “defensor del asegurado” a todos los Cantones. Dicha figura nacida en 1972 como una iniciativa de la Asociación Suiza de Seguros, bajo la forma de una entidad fundacional creada por algunas Aseguradoras a la cual se adhieren voluntariamente cuantas otras lo deseen, que son hoy la casi totalidad de dichas empresas. En estos casos el Ombudsman actúa como simple mediador sin imponer decisiones. La indicada idea respalda sus resultados con amplias y satisfactorias estadísticas⁹.

6 Un defensor para todo un sector, Seminario sobre El Defensor del Cliente, Madrid, 1994, p. E-9.

7 El Defensor del Asegurado: Doce años defendiendo al asegurado en España, Revista citada Vol. 10, 1997 p. 183 ss.

8 Suárez González, *opus cit.* p. 186.

9 Suárez G. *opus cit.* p. 187ss.

En los Países Bajos y Gran Bretaña curiosamente la figura ha nacido por decisión propia en el primero de los países como una idea de las empresas del ramo de vida inicialmente y luego extendida a las que explotan ramos patrimoniales y cuenta ya con 30 años de existencia, bajo la modalidad de un denominado Comité Disciplinario, cuyas decisiones, que se hacen públicas, son acatadas a cabalidad por aseguradores y asegurados y en Gran Bretaña, se inició la idea en tres de las grandes aseguradoras inglesas, bajo la denominación de “Oficina del Ombudsman de Seguros” en el año 1981 a la cual hoy se han adherido la casi totalidad de las aseguradoras. El Ombudsman tiene poderes inquisitorios, y resuelve a falta de norma clara aplicable al caso por criterios de equidad. La labor rendida debe ser hecha pública anualmente¹⁰.

Con posterioridad, se han adherido a contemplar la existencia de esa figura, entre otras legislaciones las de España, Francia, Bélgica e Italia y finalmente según lo reseña en obra recién publicada el Dr. Carlos Jaramillo¹¹, también en Colombia, con la modalidad similar a la que luego comentaremos como iniciativa privada de la empresa Mapfre española y que ahora parece formar parte de un proyecto de Ley en curso en el que se contempla la figura de la Defensoría del Cliente.

Pero la más curiosa de las modalidades que contemplan la existencia del Ombudsman es el caso de la Empresa de Seguros española Mapfre que en 1984 ideó la creación de la Comisión de Defensa del Asegurado, como una dependencia más de dicha empresa, adelantándose así a lo que hoy contempla la Ley Española (30/1995) como medio de solventar los conflictos entre aseguradoras y asegurados a través de las decisiones del Defensor del Asegurado, institución creada o aceptado por una empresa aseguradora o grupos de empresas, cuyas decisiones son vinculantes para la aseguradora, pero que en todo caso deja incólume el derecho del asegurado de acudir ante la tutela judicial (Art. 63 de la Ley citada).

La Comisión de Defensa del Asegurado como institución de la empresa Mapfre, es un ente complejo sufragado por la empresa pero con absoluta independencia y autonomía de sus miembros frente aquella

10 Suárez G., *opus cit* p. 190 ss

11 Solución alternativa de conflictos en el seguro y el reaseguro. Publicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998.p. 120 ss

y al asegurado, que revisa, tramita, averigua y resuelve las reclamaciones de asegurados contra dicha empresa en su condición de tercero dirimente de conflictos (nótese que no es arbitraje pero que la figura está contemplada expresamente en la Ley de Arbitraje Española /1988) y la cual en todo caso deja a salvo el derecho de las partes bien de acudir al arbitraje propiamente dicho o a los órganos judiciales, derechos a los cuales en la práctica ha renunciado la Mapfre.

Lo interesante resultan ser los resultados obtenidos a través de esa peculiar pero definitivamente útil figura. En efecto las cifras estadísticas de dicho ente a 1995, durante 11 años de actividad reflejan los siguientes resultados: De 2323 casos despachados por la Comisión de Defensa del Asegurado, 106 fueron resueltos favorablemente a los asegurados ante la simple gestión de información cursada por dicha dependencia, 21 fueron desistidos voluntariamente por los reclamantes y de las 798 en que efectivamente recayó decisión de dicha Comisión, 376 fueron favorables a los reclamantes, y 442 declaradas en contra, 1.398 no fueron admitidas a trámite por no llenar los requisitos necesarios para dar curso a las mismas (entre otras razones porque inclusive 69 no eran siquiera de asegurados).

Se observa, pues, que tan especial iniciativa ha producido excelentes resultados en cuanto no litigiosidad innecesaria y satisfacción de los clientes asegurados. Ha sido, en resumen, una vía eficaz para la solución de los conflictos, que tanto daño hacen en el aspecto imagen a la Industria, y ha puesto de manifiesto por igual, que muchos de tales conflictos provienen de una inadecuada tramitación interna de los reclamos o un extremado celo por proteger lo que no tiene razón de ser (al respecto recomendamos la consulta del citado trabajo del Dr. Suárez G.).

Desde el punto de vista sustantivo, iguales fenómenos vienen contemplándose en las nuevas regulaciones en materia de conceptos e instituciones sustantivas contempladas en el tradicional Derecho de Seguros, o de otras leyes, que, si bien no directamente relacionadas con dicha área o actividad, también se refieren a problemas que afectan la actividad aseguradora. Reflejo de esta tendencia resulta ser la alteración de conceptos e instituciones tradicionales, para adecuarlas a un régimen expedito que garantice la protección de los terceros.

Respecto a dicha temática, nos referiremos entre otros a los siguientes aspectos:

A. En materia de responsabilidad civil derivada de la circulación automotor, nos encontramos en las legislaciones de avanzada con el reconocimiento de la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador, lo que se ha logrado en palabras del Profesor Fernando Sánchez Calero a través de un criterio de interpretación progresista, posición esta que ya se extiende en algunas legislaciones tanto a los seguros de responsabilidad civil obligatorios como a los voluntarios¹².

Precisa observar que tales cambios han venido produciéndose en algunos países dentro de la normativa misma del Seguro y de la actividad aseguradora (pe. Caso de España) mientras que en otros, ante la insostenible demora por adecuar aquéllas, sobre todo en los países donde el Seguro se encuentra formando parte de normativas generales codificadas, estableciendo dichas innovaciones en las leyes especiales que de alguna manera tienen relación con dicha problemática (Leyes de Tránsito, Leyes de Protección Ambiental, etc.).

Por igual es necesario reconocer que en los países donde se han forjado tales iniciativas ha tenido preponderante papel la innovación interpretativa jurisprudencial, tal como ha sido el caso de España y a tenor de la cita que al respecto hace el Maestro Sánchez Calero (opus cit. p. 58). De tal importancia son estos fenómenos de adecuación de la realidad impuesta por la actividad aseguradora, que la denominación de tales leyes especiales inclusive tornan más al aspecto seguro que al propio de la materia en ellas reguladas, por ejemplo en el comentado caso de España la Ley respectiva dirigida a regular la responsabilidad por la circulación automotor (Ley 122/1962) ha pasado a denominarse "Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor" ¹³.

12 La Acción Directa del Tercero Damnificado contra el Asegurador, Revista y volumen citados, p.57 y ss, y en igual sentido Garrigues, Contrato de Seguro terrestre, 2ª Edic. Madrid, 1983 p. 389

13 Para ampliar sobre la problemática generada por la acción directa concedida a la víctima, véanse en la Revista citada, entre otros, los siguientes trabajos: Carlos Ignacio Jaramillo: La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil en América Latina, p. 101; Enrique J. Quintana: La Citación en Garantía del Asegurador, p. 173; María J. Fernández Martín: Acción Directa y su Proyección en el Seguro Español, p. 191, todos en Volumen VIII de la citada Revista, 1996; y Manuel Olivencia Ruiz: El Seguro de Responsabilidad Civil y la Protección de la Víctima, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, opus cit., p. 187 ss.

Por supuesto que debe señalarse ha sido éste el caso de Venezuela, donde la Ley de Tránsito Terrestre, ya desde su versión anterior a la actual dio el citado paso de avance y cuya última reforma por cierto, en forma también novedosa dentro de nuestro sistema asegurativo o haciéndose eco de la denominada tesis de la “socialización de los riesgos” ha introducido la figura del riesgo objetivo directo social, conforme a la cual prescindiendo de los principios ordinarios que rigen la responsabilidad civil, impone la obligación de pagar la indemnización a la víctima, aún en casos donde el responsable directo o el amparado por el seguro (tomador) resultan eximidos de tal responsabilidad.

Sobre esta última anormal situación AVEDESE consideró conveniente hacer un detenido estudio y a tal efecto promovió en 1997 unas Jornadas especiales para el análisis de tan delicado tema, con la participación de jueces y especialistas en Derecho de Tránsito, en la cual varios de sus miembros expusieron su criterio sobre dicho asunto, llamando la atención sobre lo que comportaba la indicada nueva postura del legislador. A pesar de lo dicho, tales cuestionamientos pasaron inadvertidos, producto de esa singular apatía de nuestro pueblo, y a la fecha ni aún las propias Aseguradoras han asumido posición al respecto. Vale la pena señalar que en países donde definitivamente se ha admitido como fundamento de esa posición legislativa, el aludido criterio de socialización de ciertos riesgos, coetáneamente se han tomado las previsiones necesarias para modificar por igual las normas técnicas que deben regir entonces las reservas y han coincidido en la conveniencia de crear fondos especiales de contingencia, así como una limitación o tope en el importe de las indemnizaciones (Francia, España, etc.) en tanto que entonces no resultan aplicables ni confiables los principios técnicos generales aplicables en la Industria aseguradora.

B. Relacionado con la Responsabilidad Civil derivada de daños medio ambientales, encontramos situación similar que nos permite hacer comentarios iguales que a los anteriores en cuanto a novedades que han derivado de la especial naturaleza de este tipo de riesgos, las magnitudes de los daños que por lo general derivan de siniestros de tal tipo y de los sujetos que soportan el daño y derechos de accionar frente a los aseguradores directamente.

Al respecto puede decirse que priva también esa misma nueva concepción sobre “responsabilidad civil”, ajena a las normas tradicionales que contempla la regulación de la materia en el Código Civil, con marcada

tendencia a la admisión de un régimen especial de responsabilidades objetivas (responsabilidad sin culpa) fundamentadas en la ya tradicional “teoría del riesgo empresarial”, responsabilidad esta que puede ser solidaria.

Para complementar esos nuevos sistemas de protección se han producido así mismo modificaciones en lo relativo a normas sobre inversión de la carga de la prueba e inclusive se establece responsabilidad para las empresas fabricantes, aún cuando los daños se generen bajo la explotación normal de la empresa.

La causa inmediata de todas dichas innovaciones no es otra que la necesidad de armonizar el Derecho de Seguros, en el conjunto de países que integran la Comunidad Económica Europea y ante la imperiosa necesidad de reconocer esos nuevos riesgos, sus magnitudes y los efectos que pueden atribuirse a los mismos.

Adelantándose a los necesarios cambios que supondrá la globalización y la comunidad de intereses entre los que la integran, ya se encuentran consagraciones legislativas expresas que contemplan la materia en Alemania (Ley sobre Responsabilidad Medio Ambiental, Ley de Agua, en las que se imponen la obligación de un seguro para prevenir los daños medio ambientales a las empresas que pueden provocar dichos daños) y en las leyes españolas sobre Desecho de Residuos Tóxicos y Peligrosos (Ley 20/86), la de Residuos Industriales de Cataluña (Ley 6/83) y la Ley de Energía Nuclear (Ley 25/64)¹⁴.

Como también resulta objeto de comentario separado, todo ello ha originado la necesidad de contemplar mecanismos que en pro de dar adecuada cobertura a los daños y de los cuales cabe deducir expresa y destacadamente la necesidad de contemplar otros medios de transferencia de tales riesgos (Fondos asociativos) de los cuales entonces puede decirse que los seguros de responsabilidad civil, sólo son complementos de otras previsiones que deben ser asumidas por las partes, en tanto que los seguros no son suficientes para un respaldo total¹⁵.

14 Una interesante visión del problema del aseguramiento del riesgo medio ambiental puede obtenerse de la obra Estudios sobre Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento, Autores varios, Mapfre, España, 1997.

15 Para un estudio mas detenido sobre los interesantes aspectos que presentan los daños ambientales y el importante papel que juega el seguro para en cierto modo paliar las consecuencias de los daños, véanse los trabajos de Héctor Miguel Soto y Claudio Horst Speyer, “El Seguro como Instrumento Eficaz para la Prevención y

Por igual, ha sido menester innovar sobre conceptos tradicionales en materia de seguros, y crear otros nuevos, mas adecuados a las modalidades de esas especiales situaciones (vbg. el concepto de los daños en serie, en virtud del cual se establece la contracción y unificación de varios siniestros a uno solo y se fija una sola fecha para el siniestro) que encuentran especial consagración en las aludidas legislaciones especiales de España y Alemania.

Sobre este tema hace un interesante análisis el Profesor Caster Bohmer en su trabajo "Responsabilidad Civil por Contaminación en Alemania y España" (Revista citada Vol. 10, p. 269 y ss).

C. María Paz García Rubio ¹⁶, hace un interesante estudio sobre las consecuencias de la magnitud de los riesgos que supone todo lo relacionado con la comercialización masiva de productos, y como consecuencia de lo cual ya la aludida Directiva de la Comunidad recomienda establecer un nuevo régimen para la responsabilidad civil derivada de daños causados por productos defectuosos, que generará y así deben avizorarse similares cambios fundamentales en las instituciones de derecho ordinario y de derecho de seguros en particular.

En efecto, por razón de la aludida Directiva encontramos idénticos derroteros en cuanto a consagración de regímenes especiales de responsabilidad objetiva que regulará las que deba asumir el fabricante por ese tipo de daños, caracterizada dicha nueva regulación por no exigir la existencia, ni, consecuentemente, prueba alguna de la culpa del fabricante.

Por igual será menester modificar el concepto de "víctima" (ampliación del concepto "consumidor" al de perjudicado), de "sujetos responsables" (entendiendo por tales no solo a quien directamente tiene a su cargo la fabricación del producto acabado o una parte integrante del

Reparación del Daño Ambiental (Revista citada, Vol. IX, p. 131 ss), Eduardo Paveleck Z., La Cobertura del Riesgo Medioambiental en las Pólizas de Responsabilidad Civil, revista citada, V. XI, p. 205, y en cuanto a los provisionamientos especiales para riesgos catastróficos, Ana García Barona, El Consorcio de Compensación de Seguros y los Riesgos Catastróficos (Ponencias al V Congreso CILA, Tomo II, Winterthur, España, 1997, p. 401).

16 La Directiva de la CE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su aplicación en Derecho Comparado con especial referencia al Derecho Español, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXI, 1995, ISSN 0303-9773, Coimbra Editora Lda. Coimbra, Portugal, 1997.

mismo, sino alcanzando a toda aquella persona que induzca a pensar lo sea, al presentarse como productor permitiendo que aparezca su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, y dando igual tratamiento a quien lo importe para la Comunidad con vista a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad, y extendiendo también dicha responsabilidad a cualquier «suministrador del mismo», si no se conociere al fabricante o no se facilitara la información sobre el verdadero nombre del que realmente lo fuere, dentro de un plazo razonable, y extensible esa figura del responsable presunto a los casos de productos importados de otros países.

Curiosamente se define de manera genérica el concepto “defecto” sobre la base de que es tal “el producto que no ofrece la seguridad a la que una persona normalmente tiene legítimamente derecho”.

La normativa deja a cada ordenamiento nacional la potestad de fijar el límite pecuniario de las indemnizaciones, concepto excepcional dentro de los principios clásicos de “reparación integral”, apareciendo aquél como nuevo derrotero que se seguirá en materia de responsabilidad civil derivada de dichos daños.

Sobre la importancia de tales cambios radicales se hizo especial consideración en la reunión del Grupo de Trabajo de AIDA sobre responsabilidad medio ambiental y la derivada de los riesgos de fabricación y distribución de productos defectuosos en el comentado último Congreso Mundial de AIDA en Marrakesh¹⁷.

Finalmente, debe advertirse así mismo que para ajustar el derecho de seguros a todas estas nuevas realidades de daños, grandes riesgos, problemática de aseguramiento, etc., en Derecho Comparado puede observarse la tendencia general de ajustar conceptos tradicionales sobre las instituciones del seguro, tal cual ocurre por ejemplo en materia de fijación de criterios para establecimiento de los límites de las obligaciones de indemnización (Cláusulas Claims Made - Delimitación temporal de los riesgos en las pólizas de responsabilidad civil) en las cuales se ha pasado del sistema de reconocimiento de las responsabilidades por siniestros acaecidos durante la vigencia del contrato al de aquellos que

17 Al respecto puede consultarse el Informe del suscrito, presentado a la Junta Directiva de AVEDESE, con ocasión de su asistencia a la celebración del comentado Congreso Mundial (Archivos de AVEDESE, Mayo 1998).

han sido “notificados durante la vigencia del mismo o un cierto período adicional a aquélla”¹⁸.

4. Marcada tendencia a la *liberalización de las normas sustantivas sobre Reaseguros*, dejándolo como un contrato sometido a la voluntad de las partes. En efecto como señalaba el maestro Félix Morandi ¹⁹

.... la naturaleza internacional de este contrato, la variación continua de sus modalidades y la potencialidad económica de quienes lo celebran reducen a un mínimo la necesidad de la intervención legal en su regulación, en tanto debe reputarse ausente la presencia de un débil jurídico cuyos intereses deban ser tutelados (Tales principios tienen particular acogida en las Leyes Alemana, Suiza, Austríaca y Argentina sobre el contrato de seguros).

Comentarios similares son los que formula el Profesor Robert Merkin, como coordinador del grupo de trabajo de Reaseguro de AIDA, al reconocer la escasa legislación que regula ese contrato y sus modalidades en reciente estudio dado a la luz este mismo año en el Congreso Mundial de Derecho de Seguros²⁰.

La moderna doctrina internacional en materia de reaseguros, lo concibe hoy como una figura contractual específica, con elementos y características propias que lo distinguen de otros negocios jurídicos, en especial del contrato de seguros. Como acertadamente lo señala el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo²¹: “No pueden amalgamarse o fundirse (el contrato de seguros con el de reaseguro) con miras a formar una sola unidad negocial (*tertius juris*), en consideración a que preservan su integridad contractual y de suyo su autonomía, junto con todo lo que ello implica”

En igual sentido se pronunció en 1989 Jesús Romero Salas con ocasión del I Congreso Ibero Latinoamericano de Seguros²².

18 Sobre el tema véanse en las Revistas citadas, Evelio Verdera Tuells, Las Cláusulas Claims Made en la jurisprudencia del TS Español, Vol. 8, p. 57; Osvaldo Contreras S., De la Cláusula Claims Made en los seguros de responsabilidad civil, Vol. 8, p. 101 y Félix Mansilla, Ambito Temporal de la Cobertura Aseguradora en el Seguro de Responsabilidad Civil, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, opus cit., p. 211 ss.

19 *Legislación sobre el contrato de seguros en la Argentina*, Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, Volumen 1,1992, p. 5.

20 What is Reinsurance? A comparative Study, Edit LLP, Londres 1998, p. 1, 2, 19 ss.

21 El contrato de Reaseguro, Revista citada Vol. 10, 1997, p. 93 ss.

22 Aspectos Jurídicos del contrato de Reaseguros, Memorias, Bogotá, p. 102.

No obstante lo destacado, y como quedó demostrado en el comentado estudio del Profesor Merkin (*vid supra*, ps. 12 ss) aún son muchas las legislaciones que todavía confunden y regulan como un mismo contrato el de seguro y el de reaseguro (casos de Argentina; Australia respecto al reaseguro facultativo; y en Dinamarca y El Salvador, donde expresamente así lo reconoce la Legislación vigente de dichos países)²³.

5. En cuanto a tratamiento de la *Intermediación*, en diversos aspectos se observan interesantes cambios y tendencias dentro de las nuevas normativas de reciente publicación.

En el aspecto "cualitativo" la tendencia legislativa común lo es en orden a la regulación de la profesionalización de la actividad, así como a la consideración mercantil o civil de la actividad (pero no laboral) como desde 1995 lo anotara el lamentablemente fallecido Dr. Juan Carlos Félix Morandi²⁴ y al reconocimiento de sus funciones de "asesoramiento del asegurado" y de creación de la conciencia aseguradora en la conciencia del pueblo²⁵.

El tema en adición fue reciente y exhaustivamente tratado en las ponencias y la Relatoría que sobre dicha materia se presentaron a consideración en el Congreso Mundial de AIDA en Marrakesh, 1998, recogidos dichos planteamientos en el volumen contentivo de las mismas y bajo la dirección del Profesor Robert Merkin²⁶, siendo preciso destacar que dicho informe se preparó con base a las respuestas de 26 de las Asociaciones integrantes, así como con vista a trabajo especial que se ordenara preparar en 1996 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico respecto al papel de los mediadores en el Seguro.

De la Relatoría de Merkin, valen la pena señalarse las siguientes consideraciones:

- a. Falta de uniformidad legislativa en el tratamiento de la regulación de la actividad de los mediadores en las diversas normativas que fueron

23 Un completísimo y actualizado estudio sobre el contrato de reaseguro en la obra Estudios sobre el Contrato de Reaseguro, por autores varios, Edit. Española de Seguros, Madrid, 1997.

24 Marco normativo del productor de Seguros en el Siglo XXI, Revista citada, Vol.6 p. 19

25 En sentido similar sobre el mismo tema, véase José M. Elguero y Merino, La Mediación de Seguros España ¿Alternativa o Futuro?, misma revista y volumen citado, p. 41.

26 Intermediaries, General Report, Marrahesh, 1998

revisadas.

- b. Inadecuado o ningún tratamiento estatutario en muchos de los países que remitieron la información de una serie de importantes y trascendentales aspectos relacionados con dicha actividad, aún en aquellos países en que la actividad de alguna manera es objeto de tratamiento normativo.
- c. En cuanto a los aspectos generales de la actividad de la intermediación, existe una absoluta diversidad de tratamiento y una heterogénea y variada gama de clasificaciones de los sujetos o entes que realizan la actividad, forma de prestación de los servicios, de los roles que asumen los mediadores en cada caso y de acuerdo a cada país, que en general van desde aquellos en que se restringe la actividad a un seleccionado grupo de especialistas, hasta la más absoluta apertura para que cualquier sujeto pueda desempeñarse como tal.

Pueden extraerse sin embargo las siguientes consideraciones generales:

- Prácticamente ningún país impide que las propias Aseguradoras ejerzan las funciones de colocación de sus productos directamente.
 - La tendencia general, no obstante, es la de dejar a un lado la gestión de los mediadores (se inició dicha práctica con la colocación de seguros de automóviles, extendiéndose luego al seguro de vida (Australia, Alemania, Italia, España, Holanda y Reino Unido). En algunos países se permite la colocación directa del Reaseguro (USA) y denotan especial falta de evolución al respecto algunas legislaciones (casos de Hungría y Sud - Africa).
 - Contrasta en dichas tendencias el abaratamiento del costo de las primas, en el primer caso y las considerables erogaciones en publicidad y tecnología para las Aseguradoras que propugnan por la adopción de la segunda de dichas modalidades.
- d. El problema crucial detectado a través de todas las respuestas de las Secciones Nacionales de AIDA resulta del eventual conflicto de intereses derivado de la forma como normalmente se ejecuta la prestación de servicios de los mediadores, esto es, a favor de ambas partes.

Curiosa y excepcionalmente algunas normativas de los países examinados establecen como regla general el que deba reputarse que los intermediarios prestan sus servicios para ambas partes. En ellas sólo los Mediadores verdaderamente independientes trabajen

por y para el Asegurado, pero sin que ello obste para que puedan desarrollar ciertas funciones para las Aseguradoras.

Lo álgido resulta precisar hasta que punto la Ley puede solucionar estos conflictos y la efectividad de dichas soluciones.

- e. En el aspecto atinente a responsabilidades derivadas de la actuación de los Mediadores: No obstante que pudiere aparecer como la solución mas sensata en esta materia el hacer depender dichas responsabilidades de las efectivas funciones confiadas o asignadas a los Mediadores por las empresas Aseguradoras, las legislaciones más avanzadas, como es el caso de la de Nueva Zelanda (1997), reputan que aún en caso de dudas el Asegurado debe responder por los actos y omisiones de los Mediadores.
- f. En lo atinente a niveles de formación y aptitud para la prestación de los servicios, en el entorno mundial puede llegarse a las siguientes conclusiones:
 - A pesar de la variedad de regulaciones en las diversas legislaciones, para establecer los requisitos habilitantes para el ejercicio de la intermediación (van desde un simple Registro ante la autoridad competente hasta una efectiva y exigente formación profesional), la tendencia es a imponer requisitos mínimos de idoneidad y capacitación que garanticen una adecuada protección a los consumidores.

La reciente regulación de la CEE (Directiva CE 77/92) hace avizorar la uniformidad de las legislaciones de los países que la integran en torno a que para mantener una absoluta igualdad de trato, los requisitos cualitativos para los intermediarios estarán fundados en la capacidad e idoneidad de los prestadores del servicio, acreditado lo cual, podrán ejercer su actividad libremente en cualquiera de los países de la comunidad.

- f. En cuanto a modalidades bajo las cuales se realiza la actividad, hay una marcada tendencia a considerarlos verdaderos empleados de las aseguradoras y a modificar el régimen de remuneración de sus servicios, pasando del mayoritario actual, a través de comisiones, al de verdaderos salarios, como es el caso de Gran Bretaña.

La apertura de mercados entre los países miembros de la Comunidad Europea, ha impuesto la existencia de una nueva categoría de

intermediarios con la condición de agentes generales para toda la Comunidad (así lo reconoce ya la Legislación de Dinamarca).

A los Agentes independientes (en la generalidad de las legislaciones de la CE a los intermediarios verdaderamente independientes, denominados Broker), se les reconoce que prestan sus servicios por y para el Asegurado (caso reino Unido) pero en otros países es la Ley quien debe fijar por cuenta de quien obran (Australia e Indonesia).

En otros casos, el nombre con el cual pretenda identificárseles no es lo relevante, sino que será un Tribunal competente quien precise si en el caso concreto el Mediador representa al Asegurado o a la Aseguradora (Reino Unido y USA).

Se admite una clase de agentes especiales de las Aseguradoras con potestad de suscripción, por vía de delegación de poderes para tales efectos por parte de las empresas que los habilita para contratar determinados riesgos y para especiales territorios que no deben confundirse tampoco con los llamados Agentes Generales.

Se observa también la existencia de Agentes especiales ad hoc, como es el caso de quienes tramitan los seguros para suscripción de créditos, ventas de planes vacacionales, arrendamientos de vehículos. En estos casos especiales, las remuneraciones de estos se admiten puedan ser comisiones, o pago de un estipendio por parte del mismo Asegurado.

- h. En cuanto remuneraciones y a cargo de quien deba soportarlas, se observan las siguientes peculiaridades:
- La mayoría de los países hacen especial énfasis en el hecho del deber del Mediador de participar al asegurado si recibe o no pago de la Aseguradora, y del derecho del Asegurado a conocer esa circunstancia con el efecto destacadísimo de que si así lo es y ocurre un hecho dañoso para el Asegurado con ocasión del Seguro, si el Mediador recibía remuneración de la Aseguradora tiene derecho a ser indemnizado por ellas de cualquier daño imputable al mediador.
 - A pesar de lo dicho, algunas legislaciones admiten que el Asegurador pueda pagar las remuneraciones del Mediador, aun cuando preste sus servicios para el Asegurado.
 - Otras legislaciones (al igual que lo hace la nuestra) exigen que las remuneraciones pagadas por las Aseguradoras, deban estar tasadas

en la Ley o por la Autoridad, aún cuando esa modalidad es la aplicable en la minoría de los países.

- Cada vez más resulta común la existencia de acuerdos escritos entre Brokers y Asegurados en los cuales se fija la remuneración de aquellos con cargo a estos.
 - En general el alcance de la responsabilidad de los mediadores independientes, viene precisado por la modalidad de la prestación de servicios correspondiente no por el hecho de quien asuma el pago de los servicios.
- i. En cuanto a quien es el beneficiario de los servicios, la mayoría de las legislaciones admite que el Mediador preste sus servicios para una u otras de las partes.

Resulta particularmente interesante el caso de Nueva Zelanda, donde en todo caso prevalece la función que se cumple en beneficio de la Aseguradora.

- j. Respecto a la responsabilidad por omisión de información en poder del Mediador, la regla prevaleciente es que la omisión afecta gravemente el contrato, con la advertencia de las dificultades de prueba para el Asegurado de demostrar si realmente el Mediador tenía o no dicha información y con la sola salvedad de la novedosa Legislación de Nueva Zelanda (1997) en la que por prevalecer la condición de representantes del Asegurador, reputa que toda información en poder del Mediador debe entenderse conocida por el Asegurador.

La tendencia en la mayoría de las legislaciones es considerar además punible la retención indebida de información, con sanciones establecidas en la legislación penal.

- k. Respecto a la conveniencia de establecer mecanismos para garantizar el resarcimiento de los daños por indebida práctica de la actividad, la tendencia en las legislaciones es la de exigir para el desempeño de la actividad la existencia de un seguro de responsabilidad civil.

El problema continúa siendo hasta donde ello resulta suficiente con miras a los considerables daños que puede provocar una mala práctica profesional, sobre todo ante los “grandes riesgos que requieren hoy coberturas”.

- l. En cuanto lo atinente a funciones de los intermediarios para realizar cobro de primas, pago de siniestros, elaboración de condicionados, etc., cada vez más prolifera la consideración de que los Mediadores

son grandes negociadores de seguros, y las compañías aceptan y autorizan esas actividades.

Respecto a las responsabilidades derivadas de tales actos, la gama de regulaciones es surtida, unas niegan toda responsabilidad si el pago de las primas o de los siniestros se hizo a través de los Mediadores, otras en cambio reputan vinculante el pago por entender que el Mediador actúa para los Aseguradores y en su beneficio.

- m. Referente a la figura de los “sub-agentes”, las modalidades van desde los países que no admiten la figura sin el consentimiento del beneficiario de la prestación de servicios (asegurador o asegurado), hasta aquellos que lo preceptúan como una actividad ordinaria en la modalidad empresarial.

Atinente a la responsabilidad por daños causados por dicho sub agente, algunos países no admiten que el delegante tenga responsabilidad por negligencias que no le son propias, mientras que otros expresamente la imputan al Mediador delegante (Australia, Italia, España).

- n. Respecto a la responsabilidad derivada por recomendaciones que se hubieren formulado para contratar con determinada Aseguradora, el régimen es diferente en cada nación, pero llama la atención el caso de España en el que por reputarse una responsabilidad propia del Estado el control de solvencia de las Aseguradoras, al intermediario que así actuó debe reputársele relevado de toda culpa.

6. Reconocimiento cada vez más importante a la *existencia de los intereses de grupos y colectividades (intereses difusos)* a quienes se reconocen como potenciales beneficiarios de las indemnizaciones derivadas de contratos de seguros, lo cual a su vez ha provocado innovadores cambios en normas e instituciones de carácter procesal con los que se da cabida a novedosas nociones sobre legitimación procesal contempladas por lo general en leyes especiales atinentes a materias consideradas como generadoras de “grandes riesgos” (automóvil, contaminación ambiental, responsabilidad de fabricantes y distribuidores de productos peligrosos —productos nucleares— y responsabilidad civil derivada del ejercicio de algunas profesiones) como ocurre en las legislaciones de Alemania, Países Bajos, y España.

7. La evidente tendencia a que la regla de derecho y sus interpretaciones, cada vez más se vean influenciadas por las nociones

técnicas del Seguro, provocando con ello la modificación de conceptos tradicionales en el Derecho de Seguros, tal como lo reconoce la Profesora Zoulikha Nasri²⁷.

En particular se aprecian dichos cambios en el campo de los Seguros de responsabilidad civil, con la especial connotación de que en la práctica, donde no se ha producido la debida adecuación legislativa, los usos y costumbre mercantil en materia de seguro han dejado a un lado regulaciones legales que han quedado al margen de dichas evoluciones (Caso del Japón) y que cada vez más viene produciendo inclusive importantes cambios jurisprudenciales que acogen las normas de la práctica asegurativa.

Claros ejemplos en la materia los constituyen las extensiones de los beneficios del contrato a personas ajenas al mismo, ya no tomadores ni beneficiarios, concepto este último que comienza a sustituirse por el de "víctima" y a quienes se le conceden y establecen mecanismos directos para accionar frente a las Aseguradoras; se les hace indemnes a excepciones personales para con el contratante, de la compensación por primas no pagadas de otros seguros contratados con el mismo Asegurador, etc.

Iguales cambios se han producido dentro del área de los Seguros de Vida respecto a los conceptos de "Beneficiarios", de "seguro a favor de terceros" abandonándose la tendencia a recurrir a las figuras tradicionales propias del Derecho Civil como lo es la "estipulación a favor de tercero" para admitir la extensión de los beneficios del contrato a personas ajenas al mismo. Por igual en materia de seguro de daños una interesante versión de esa adaptación fue sometida a consideración del pasado Congreso Mundial de AIDA por el Profesor Vargas, miembro de SEAIDA (AIDA-España) bajo el título "Designación de tercero beneficiario en el seguro de daños y la estipulación a favor de tercero".

Por igual se da cuenta de modificaciones similares con ocasión de la interpretación del concepto "interés asegurable" con el propósito de explicar la extensión de la protección del seguro, a sujetos que no aparecen como tomadores o beneficiarios de la póliza.

27 Zoulika Nasri, *The Beneficiary of the Insurance Policys*, Imprimerie Najah el Jadida, Casablanca, Marruecos, 1998.

8. Destaca igualmente la Dra. Nasri (opus cit., p.88) como otra tendencia común en las legislaciones de los 24 países que dieron contestación al cuestionario de AIDA, el establecimiento cada vez más notorio de “limitaciones a la voluntad de los contratantes” en la fijación de condiciones para el contrato, en especial en materia de seguros sobre riesgos reputados “sociales” o “peligrosos” (responsabilidad civil, contaminación medio ambiental, seguros sobre la vida con predominante objetivo de protección social).

Tales restricciones son de especial connotación en los seguros que declara la Ley como obligatorios, en los cuales se impide que la voluntad de las partes puedan modificar conceptos o elementos determinados por la Ley en ciertos aspectos de esos contratos.

La importancia de lo expuesto torna mayor consideración si se toma en cuenta de que por ejemplo en Francia ya llegan a ochenta -80- los seguros declarados como obligatorios²⁸.

9. Asunción por parte del Estado de un porcentaje de las consecuencias dañosas de determinados riesgos, o para resolver situaciones de crisis que puedan presentarse en empresas del sector, mediante mecanismos y aportes especiales cuando aquellos o estos eventos son consecuencia de eventos extraordinarios que se presentan en la actividad (Pe. grandes riesgos catastróficos, daños a colectividades, liquidación y falencia de empresas, etc.). Siendo de advertir que entre los mecanismos generalmente contemplados, se exigen aportes especiales al sector privado de la industria, creación de fondos especiales, etc.²⁹

10. La tendencia cada vez más acusada de reconocer el *carácter consensual del contrato de seguros*, y en el que la forma escrita sólo se exige como medio de prueba adecuado mas no como requisito esencial a su existencia, abandonándose prácticamente hoy la consagración del contrato de seguro como contrato solemne y la escrituralidad requisito de su esencia.

11. *Definida* apertura a *nuevos medios de mercadeo* de los productos de la actividad, tal cual es el caso de la Banca Seguro, modalidad que ha

28 Z. Nasri, *opus cit*, p. 89.

29 Al respecto, Therezinha Correa y Regina de Castro, Aseguramiento de los Riesgos Extraordinarios y Catastróficos (Ponencias al V Congreso CILA, España, 1997, p. 387 ss) y Ana Gracia Barona, El Consorcio de Compensación de Seguros y los Riesgos Catastróficos (*opus cit*, p.401).

venido introduciéndose en varias de las nuevas legislaciones suramericanas, sobre cuya institución y sus particularidades hace un detenido examen Walter Villa Z.³⁰ y fue uno de los temas tratados en el IV Congreso de Derecho de Seguros del CILA, 1995 cuya ponencia correspondió a la seccional de AIDA - BRASIL (IV Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros, Socio libros, Chile, 1995, p 159 ss) complementada por la comunicación de la Seccional AIDA Colombia sobre el rol actual del Intermediario en Colombia (*opus cit*, p. 197).

12. *Regulación de los seguros atinentes a ciertos riesgos especiales (Marítimo, Transporte) a través de documentos que por vía de "usos mercantiles" imponen los modelos de contratos, o de acuerdo a lo establecido en tratados bi o multilaterales (Aviación, Transporte por carreteras, etc.) buscando mayor flexibilidad y uniformidad, al margen de las viejas regulaciones existentes en la mayoría de los países o ante la ausencia de regulación de los mismos en instrumentos vigentes en aquéllos.*

Tal es el caso por ejemplo de la póliza de seguro marítimo, regulada hoy por el nuevo modelo MAR, aprobado en 1982 y que sustituyó a la anterior, POLIZA S.G., "enredado y vetusto instrumento autorizado por el Lloyd en 1779, que inexplicablemente y a pesar de los muchos problemas que generó su aplicación e interpretación regía materialmente para el mundo entero"³¹.

En el segundo de los indicados planos, lo relacionado con transporte terrestre por carreteras, regulado por tratados internacionales y de las cuales por lo general la autoridad de control impone como modelo uniforme, aprobando sus condiciones generales y texto uniforme³².

13. *Como se lo destacó también en el tantas veces aludido último Congreso de AIDA, esos cambios y nuevas concepciones en las*

30 La Banca Seguro, un nuevo canal de distribución del Seguro, Ponencias al V. Congreso del CILA, España, 1997, vol II, p. 581

31 Rafael Reyero Alvarez, Seguro Marítimo, Carga -Casco-Maquinaria y Protección e Indemnización (Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, Vol. 52, Caracas, 1998, p. 197).

32 El modelo uniforme de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad de transporte por carretera, objeto de tratado multilateral entre los países del área suramericana fue aprobado el 20-12-97, G.O. Ext. 5.202, Resolución N° 1351. Al respecto puede consultarse el trabajo de Javier Tamayo Jaramillo, El Interés Asegurable del Transportador en el Seguro de Transporte (Revista citada, vol. I, p. 165).

regulaciones e interpretaciones sobre el Derecho de Seguros, han impuesto también modificaciones en otras ramas del Derecho para facilitar, promover o establecer determinadas modalidades de contratos de seguros que procuran dar cobertura a ciertas contingencias sociales. Así, destaca la Profesora Nasri (*opus cit.* p. 90), como “tendencia uniforme en algunas de las legislaciones europeas la de dar tratamientos fiscales especiales a los beneficios obtenidos a través del seguro con miras a incentivar la elección de fórmulas asegurativas estándares”, con la advertencia de que ello no es sólo para procurar ciertos efectos financieros (pe. para propiciar y fomentar el ahorro) sino en beneficio de lograr una mayor protección social a través del Seguro³³.

14. La tendencia legislativa de concebir el Seguro como fórmula adecuada para complementar los regímenes de previsión social, como un auxiliar secundario y de apoyo a las instituciones especiales de carácter social propiamente dichas: cubrir los eventos de accidentes, vejez, retiro, etc.³⁴

III. CONCLUSIÓN

Creo así haber hecho un breve resumen de los principales cambios y tendencias, que se aprecian en los diversos sistemas legislativos de un considerable número de países, que nos permiten caracterizar el Derecho de Seguros como una rama del Derecho en franco proceso de “*Universalización, permanente remozamiento y de adaptación a las necesidades sociales*” en palabras de la profesora Nasri.

33 Z. Nasri, *opus cit.*

34 Al respecto pueden consultarse los trabajos de: Juan E. Infante Barrios, Los Sistemas de Pensiones en Iberoamérica (Revista citada, Vol. XI, p. 167); Santiago Osorio Falla, Reformas a la Seguridad Social en Materia de Pensiones en América Latina y su Impacto en el Sector Asegurador (Revista citada, vol. V, p. 185); Francisco Serqueira Abarca, Los Programas de Pensiones y sus Desafíos, Visión Latinoamericana (Revista citada, Vol. IV, p. 79); Juan José Vives, Los Bancos Comerciales y la Actividad Aseguradora y Previsional (Revista citada, Vol. IV, p. 95); Flavio Jharmann, Seguridad Social complementaria en el Brasil (Revista citada, Vol. IX, p. 237); Cañizares R., Francisco, y Paveleck Z., Eduardo, La Responsabilidad Civil Patronal y su Aseguramiento, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, *opus cit.*, p. 239; y la Ponencia de la Delegación Chilena al IV Congreso del CILA, 1995, El Seguro Privado y la Previsión Social (*opus cit.*, p. 457).

He hecho quizá una prolija cita de autores y trabajos, pero no con ánimo de demostrar una petulante sabiduría o un extraordinario manejo de los temas tratados, actitudes a las cuales soy ajeno y así lo saben quienes me conocen, sino con el definido propósito de hacer un acopio de las fuentes bibliográficas respecto a toda esta serie de novedades que hemos dejado examinadas y con el único deseo de que mi esfuerzo se lo tome como el pequeño aporte y ofrenda útil de AVEDESE para conmemorar este lucido cumpleaños del órgano contralor y supervisor de la actividad, y cuyo Superintendente, con la forma en que ha dispuesto su conmemoración, demuestra una vez más su interés y preocupación por los aspectos científicos y jurídicos del Seguro.

Por lo demás fue mi intención haber sembrado la inquietud para que cuantos estemos vinculados al acontecer del seguro y en especial al Derecho de Seguro tomemos interés por la actualización de nuestras legislaciones en la materia y la adecuación de sus instituciones y principios a las tendencias dogmáticas y científicas modernas, y a los nuevos productos en mercado, preparándonos así para afrontar ese retador nuevo Siglo ya tan próximo a nosotros y para que se traduzca todo en beneficio de nuestro preterido país nacional.

Sólo aspiro haber dejado satisfechas las expectativas a quienes me asignaron el tema objeto de exposición y haber logrado cautivar la atención de quienes lean estas páginas.

Amortización de los títulos cambiarios (pérdida, sustracción y destrucción)

Luis Corsi *

En nuestro Derecho histórico (Ordenanzas de Bilbao de 1737) se había regulado, dentro de los títulos cambiarios, únicamente la pérdida de la letra de cambio, que dichas Ordenanzas afrontan en el número XXVII del Capítulo XII. Según él, si el ejemplar aceptado de la letra se extravía, el aceptante deberá pagar al tenedor de la segunda, tercera u otra de las endosadas legítimamente si éste presta fianza y asegura a satisfacción del aceptante que no se le pedirá por segunda vez el pago en virtud de la primera aceptada.

El artículo 491 del Código de Comercio ordena aplicar al cheque, entre otros dispositivos técnicos, los preceptos relativos a las letras de cambio *extraviadas*. ¿Cuáles disposiciones sobre “letras de cambio extraviadas”, si esas disposiciones no existen? Y es que, ciertamente, el Código nada prevé al respecto, pues por una inadvertencia del legislador cuando se editó el Código de Comercio de 1919, no se incluyeron las disposiciones correspondientes del Código de 1904 que contenía, según

* Profesor de Derecho Mercantil Superior en Post Grado, Ex magistrado judicial de Primeras y Segunda Instancia en lo Civil y Mercantil, autor de varias obras y artículos especializados en Derecho Mercantil.

Muci Abraham¹, “acertadas previsiones para el caso de extravío de la letra de cambio”².

El codificador de 1919, no previó, pues, la hipótesis de extravío de la letra de cambio porque el Reglamento Uniforme de La Haya que se receptó en ese Código, no la contemplaba, ni siguió las recomendaciones de la Conferencia de Buenos Aires³ ni dictó normas propias “creando en

1 Muci Abraham, José: El estatuto cambiario venezolano (Estudio histórico y documental), Caracas, 1966, pág. 72.

2 Las disposiciones que contenía el Código de Comercio de 1904 con relación al extravío de la letra eran la siguientes:

Art. 404: “Puede el dueño de una letra perdida hacerse de otro ejemplar, siguiendo la serie intermedia de los endosantes. Al efecto, desde su inmediato cedente, subiendo de uno en otros hasta el primero, deben siempre prestar sus auxilios o su representación para obtenerlo del librador, pagando el dueño los gastos”.

art. 405: “Extraviada la letra que lleva la aceptación, su propietario no puede exigir el pago sobre otro ejemplar de ella sino pro mandato del Juez y dando fianza a satisfacción del aceptante. Haya sido aceptada la letra o no, si el que la hubiere perdido no tuviere otro ejemplar de ella, ni tiempo oportuno para solicitarlo del librador, puede exigir el pago y obtenerlo por mandato del Juez, justificando la propiedad de ella y dando fianza. El efecto de la fianza en estos casos dura hasta que se le entregue al pagador la letra original correspondiente, o hasta que quede libre por la prescripción”.

Art. 406: “En caso de negativa de pago, demandado éste según el artículo que precede, el propietario de la letra perdida conserva todos sus derechos mediante una protesta que deberá hacer el día siguiente del vencimiento y notificar al librado, librador y endosante, en los términos prescritos para el protesto”.

3 La Conferencia de Buenos Aires resolvió, “en relación al artículo 15° de la Convención”, “que los Estados, uniformemente, hagan uso de la facultad que este artículo acuerda y, en consecuencia, adopten para los casos de pérdida o destrucción de una letra de cambio, las siguientes reglas: El dueño de una letra de cambio, perdida o destruida, antes o después de la aceptación, conteniendo o no ya sea uno o mas endosos, podrá exigir el pago de su importe como si la hubiera presentado al obligado, siempre que llene los siguientes requisitos: El obligado tiene el derecho de exigir al que reclama el pago, como condición para pagar voluntariamente la letra, una garantía satisfactoria en la forma, en el monto y en la calidad, la cual garantía aprovechará a todas las personas que voluntariamente paguen el importe total o parcial de la letra. La garantía así otorgada beneficiará a todos los obligados en virtud de la letra, contra toda reclamación futura o responsabilidad derivada de dicha letra. Si el dueño de una letra de cambio perdida o destruida, no pudiese, pro cualquier causa, obtener el pago voluntario en la forma indicada, tendrá derecho, previa justificación de la propiedad y de la pérdida o destrucción, de ejercitar acción en justicia para exigir el pago a los obligados por la letra de cambio, ofreciendo la misma garantía y con los mismos efectos que en el caso de pago voluntario. El juez o tribunal juzgará en este caso de la suficiencia de dicha garantía”.

nuestra legislación, de ese modo, un vacío técnico difícil —por no decir imposible— de colmar”⁴.

I. La ausencia de una teoría general de los títulos-valor y la consiguiente falta de elaboración del principio de la incorporación del derecho al título, han originado en nuestro ordenamiento jurídico un tratamiento diversificado de los supuestos de desposesión en atención a la clase de títulos.

Los arts. 129 y 130 contienen algunas previsiones pero relativas a títulos al portador.

No hay, como ya se expresó, disposiciones sistematizadas para la letra de cambio que de protección al titular de la letra, que garantice al obligado cambiario que paga, a fin de que su cumplimiento tenga efectos liberatorios del pago y, que proteja el derecho del sujeto que al circular el título a *non domino*⁵, la adquirió de buena fe y sin culpa.

Ni en La Haya ni en Ginebra, se logró conciliar el sistema francés y el sistema alemán, básicamente opuestos; y como consecuencia de ello, el instituto de cancelación (*ammortamento, amortisation-verfabaren*) quedó fuera de las leyes uniformes, reconociendo de ese modo la impotencia de lograr reglas uniformes a su respecto.

Aunque en la doctrina se ha propuesto la derogación de esta institución⁶, en razón de que constituiría un peligro para los poseedores de buena fe y sólo vendría a ser una fuente de inseguridades, en las legislaciones modernas y también los anteproyectos venezolanos, se prevé, siguiendo el sistema alemán, de un procedimiento a través del cual se revierte el llamado “fenómenos de la incorporación”⁷ condenado por

Venezuela no acogió esta recomendación de la Conferencia de Buenos Aires, puesto que nuestro Código de Comercio de 1919 no elevó a la categoría de preceptos legales, las reglas anteriormente mencionadas para los casos de pérdida o destrucción del título cambiario.

4 Cfr. Muci Abraham, J., *op. cit.*, pág. 72.

5 Al respecto véase Kummerow, G.: “Ensayo sobre la adquisición a *non domino* de bienes muebles”, Caracas, 1965.

6 Cfr. Pellizi, “Abolire l’ammortamento”, en *Riv. dir.civ.* 1959-I.582, y en *Studi sui titoli di credito*, Milán, 1960, págs.193-197.

7 Cfr. Pierre Tapia, G.R.: La letra de cambio en el Derecho venezolano, 3ra. ed., Caracas, s/f, págs. 309 y sigs. quien comenta los preceptos del Proyecto Goldschmidt de 1963.

estéril por Vivante, o sea, de un procedimiento, para obtener la desvinculación existente entre el documento extraviado o robado y los derechos que del mismo emergían, paralizando sus efectos y permitiendo al desposeído la obtención de un título nuevo (no de un duplicado).

II. A menudo la doctrina se ha ocupado del problema de la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la Ley, generalmente para afirmar que el Derecho en su conjunto carece de ellas, pero la Ley, puede tenerlas. Por otra parte, no todos los tipos de lagunas pueden colmarse analógicamente. Sin embargo, en el caso de especie, se tratará de un supuesto clásico de laguna (Ennecerus) en tanto en cuanto, la ley calla en absoluto.

Como hay remisión, muy frecuente por motivos de economía legislativa, sin embargo, el art. 491 reenvía a las normas sobre letras de cambio extraviadas, que sencillamente no existen en el *corpus* legislativo, debemos recurrir a la analogía, en sentido estricto, como argumento (no juicio) del que se sirva el juez o el intérprete (no el legislador) en la aplicación (no investigación) del Derecho.

Ahora bien, uno de los presupuestos necesarios para la existencia de la analogía, es que haya una disposición jurídica análoga al supuesto no regulado. Aunque no hayan sido previstas reglas de cancelación de la letra de cambio y por reenvío, del cheque y del pagaré, aisladamente se regulan algunas situaciones, entre ellas, el art. 41 de la Ley de Almacenes Generales de Depósito (abreviado LAGD) que preceptúa un procedimiento para los supuestos de extravío, hurto, robo o inutilización de los certificados de depósitos y bono de prenda, título a la orden, igual que el pagaré.

SEGÚN LA NORMA RITUARIA

En caso de extravío o hurto, robo o inutilización del certificado de depósito o del bono de prenda, el dueño o acreedor respectivo dará aviso inmediatamente a la empresa emisora y podrá mediante orden de un Juez, justificando ante él la propiedad o su carácter de acreedor y dando fianza obtener duplicado del título.

El Juez no acordará la orden sin previo aviso publicado durante cinco días en un periódico de la localidad o, a falta de éste, fijado en las

puertas del Tribunal, en las del Almacén, y en dos sitios de los mas concurridos de la localidad, en el que dé a conocer el hecho del extravío, hurto, robo o inutilización, identificando el certificado por su número serial o de orden, el nombre de la empresa emisora, el depositante de los artículos y el primer endosatario del bono de prenda en su caso. De la expedición del duplicado se pondrá constancia en los libros del almacén y en el nuevo título.

La fianza será cancelada si a los seis meses de otorgamiento del duplicado no se hubiera formulado reclamo, presentándose el certificado original. En caso de deducirse acción a base del último, deberá judicialmente declararse el derecho discutido.

La primera operación necesaria para resolver el problema que nos ocupa, pues, es la elección de la norma aplicable. Elegir una norma supone hallar la disposición adaptable al caso concreto, fijar los límites o su fuerza imperativa y eliminar los problemas que pueden surgir de un posible concurso de normas.

Los mejores doctrinadores patrios entienden implícitamente, que es una laguna difícil de colmar. Se trata de un supuesto de falla de normas (*anomia*), que se pretende integrar, con un argumento *a simile* (analogía) y en algunos casos, caso de destrucción, por aplicación analógica (*rectius*: extensiva, porque se trata de aplicar una regla que corresponde a la misma institución en que se engloba el caso de que se trata) del art. 472⁸.

El problema del posible concurso de normas para resolver el vacío normativo, el art. 41 LAGD y los arts. 129 y 130 del Código de Comercio⁹, no se resuelva de manera satisfactoria y con razones (“parece más lógico”) poco contundentes.

Entre quienes sostienen la tesis de la aplicación del art. 41 LAGD¹⁰, consideran que hay no sólo semejanza sino “plena identidad” subrayados

8 Cfr. Mármol Marqués, H.: *Fundamentos de Derecho Mercantil*. (Títulos valores) 2da. ed., Caracas, 1985, pags. 190-191.

9 Cfr. Morales, C.: *Comentarios al Código de Comercio venezolano*, Caracas, 1959, pág. 218.

10 Govea, L.G.: “Del extravío de títulos valores en la legislación venezolana”, en Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, Nº 172.. Mas recientemente Morles Hernández, A. *Curso de derecho Mercantil*, 4a. edición, Caracas 1978, III, pág. 1626, quien propugna la aplicación analógica de los arts. 129 y 130 del Código de comercio.

*del autor*¹¹. Ahora bien, para la aplicación por analogía de un precepto, y que este argumento lógico esté justificado, no sólo basta la ratio ni la eadem ratio. Para empezar, no sólo hay que buscar una ratio cuya identidad se dé no en la ley (ratio legis) o entre la ley y un caso (ratio decidendi), sino entre dos casos, es decir, entre los dos supuestos, el regulado (o supuesto de hecho de la norma) y el no regulado (art. 4° Cc).

En esta oportunidad, porque no es el lugar apropiado no vamos a romper lanzas de si hay o no *ratio decidendi*, únicamente queremos recordar a los partidarios de integrar la *anomia* por la analogía del art. 41 LAGD o arts. 129 y 130 del C. de Com., (*antimonia*) que la “ficción” de recurrir a la analogía, presupone además, que se tratase de una laguna legal por *omisión involuntaria*, no de una laguna intencional, ya que uno de los requisitos de aquélla es el de la presunta voluntad favorable del legislador.

Ahora bien, se trata de un “silencio voluntario”. Consideramos, por lo tanto, que se da una voluntad contraria a la analogía. A esta conclusión arribamos con el auxilio de Muci-Abraham¹², quien en su estudio histórico y documental de nuestro estatuto cambiario informa respecto a dos cuestiones decisivas: 1°) El codificador de 1919 no dispuso en *sedes materiae* reproduciendo las acertadas previsiones sobre extravío del Código de 1904; 2°) el legislador también (no hay duda que fue *ex profeso*) desoyó las recomendaciones formuladas al respecto por la Conferencia de Buenos Aires y, algo más grave y contundente, no dictó reglas propias que regularan la pérdida, sustracción y destrucción de la letra, las cuales, por remisión, economía legislativa explicable en legislaciones como la nuestra en la cual el pagaré es la *Cynderella of negotiable papers*, hubiera solucionado el problema para el pagaré y el cheque.

III. La solución de la cuestión, según nuestro modesto entender, es resolver la *anomia* y la *antinomia* (art. 41 LAGD y arts. 129 y 130), mediante el argumento *a contrario*, o por diferencia, o sea, razonando así: puesto que el legislador previó una consecuencia para el caso en que quería su aplicación la hubiera previsto para el caso no resuelto, *si lo hubiera querido*.

11 Cfr. Govea, L.G.: *ob. cit.*, pág. 21 de la separata.

12 Loc.cit.

La vigencia anticipada de los institutos del "procedimiento por admisión de hechos" y de los "acuerdos reparatorios" en el Código Orgánico Procesal Penal

Jesús R. Quintero P."

1. LA VIGENCIA DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

El principio constitucional que desarrolla el artículo 44° de la Constitución¹ es, en rigor, el de la irretroactividad de las leyes, cuya consagración constitucional en Venezuela data de la Constitución Federal de 1864². Esta disposición constitucional aparece igualmente en las constituciones de 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1909, 1914 y 1922. En la

* Versión corregida de Conferencia dictada en la Fiscalía General de la República.

** Profesor de Ciencias Penales en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

1 El artículo 44° de la Constitución establece textualmente: "...Artículo 44°.- Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron..."

2 El artículo 60° de la Constitución de 1864, estableció: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto en materia de procedimiento judicial y la que imponga menor pena"

Constitución de 1925 se modifica la redacción³ y con ello la expresión por la que se daba a entender que la aplicación inmediata de las normas procesales constituye una “excepción” al principio de la irretroactividad. En nuestro ordenamiento jurídico es posible distinguir, como lo hace la doctrina moderna, entre “aplicación inmediata” y “aplicación retroactiva”, que es el criterio seguido en la norma constitucional vigente.

Esta misma evolución se advierte en la ley procesal. Como se advierte al examinar el Código de Procedimiento Civil de 1897⁴ y compararlo con el de 1916⁵. Este último, en efecto, ya no definió la “aplicación inmediata” de la ley procesal como un caso de “aplicación retroactiva”. Este mismo criterio priva en la norma del artículo 9o. del Código de Procedimiento Civil vigente⁶.

Joaquín Sánchez-Covisa⁷ señala que la norma fundamental del derecho intertemporal de todos los países, es la de que los actos y relaciones de la vida real se regulan por la ley vigente en el momento en que se llevan a cabo. Esta regla, dice, ha sido formulada por la doctrina en la forma “tempus regit actum”, con singular paralelismo con la regla de derecho internacional privado “locus regit actum”. También dice el autor que se cita, que dicha regla es una creación de la doctrina y que,

3 El artículo 92º de la Constitución de 1925, estableció: “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde que entren en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso, pero en este caso las pruebas que estuvieren evacuadas se estimarán, en cuanto sea en beneficio del reo, siendo penal el juicio, conforme a la ley vigente cuando se promovieron...”

4 El artículo 9º del Código de Procedimiento Civil de 1897, estableció: “Las leyes de procedimiento civil tendrán efecto retroactivo en el sentido de que deben aplicarse desde que entren en observancia, a los negocios en curso, en el estado en que estos se encuentran”.

5 El artículo 6º del Código de Procedimiento Civil de 1916, estableció: “Las disposiciones contenidas en el presente Código deberán aplicarse, desde que entren en observancia, a los negocios en curso, en el estado en que estos se encuentren”.

6 El artículo 9º del Código de Procedimiento Civil dispone: “La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior”.

7 La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, publicada en “Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas. 1976. p. 211.

de ordinario, no se formula de una manera directa en el derecho positivo, sino que se expresa implícitamente en uno de los siguientes preceptos: “la leyes no tienen efecto retroactivo” o bien “las leyes no afectan los derechos adquiridos”.

Pero además de la citada regla, dice Sánchez-Covisa, “existen otras reglas especiales que afectan a determinados sectores del orden jurídico”, como es el caso de las normas que establecen reglas intertemporales especiales para el Derecho procesal y, además, las llamadas “disposiciones transitorias” que son normas especialísimas de Derecho intertemporal, que resuelven los conflictos que suscitan la entrada en vigor de la ley en cuestión⁸.

Según Sánchez-Covisa, en síntesis, pueden distinguirse tres sistemas de integración de las normas de derecho intertemporal en el ordenamiento jurídico. En el primer sistema, no existe ninguna norma intertemporal de carácter general, en cuyo caso, será preciso atenerse a las normas intertemporales contenidas en cada una de las leyes particulares, interpretación que, a su juicio, conducirá a aplicar “como principio supletorio el de la irretroactividad de la ley”; el segundo sistema corresponde a aquellos ordenamientos en los cuales el principio de la irretroactividad de la ley se consagra con carácter general y contienen, además, en otras leyes, “normas transitorias de carácter especial o especialísimo”, de donde se sigue que el principio de la irretroactividad funciona “como una norma general supletoria, que se aplica en defecto de una disposición expresa de la ley” y, por último, el tercer sistema, correspondiente a aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el principio de la irretroactividad de las leyes es un precepto constitucional, “lo que no obsta, dice, para que contengan en leyes ordinarias normas transitorias especiales, cuyo contenido no podrá contradecir en ningún caso, como es lógico, el mencionado imperativo constitucional”. Por consiguiente, dice Sánchez-Covisa, “en tales ordenes jurídicos se aplicará, en todo caso, el principio de la irretroactividad. Se aplicarán así mismo, cuando existan, las normas transitorias especiales que contengan las leyes ordinarias, con la importante salvedad de que tales normas podrán reglamentar para el caso en cuestión el principio constitucional, podrán prescribir una aplicación paulatina de la ley a los casos concretos, más

8 Joaquín Sánchez-Covisa, Op. cit. p. 212.

no podrán infringir, desde ningún punto de vista, el principio de la irretroactividad. Es este último el sistema del derecho positivo venezolano.

Como se ha dicho, el precepto del artículo 44o. de la Constitución contiene, por una parte, la consagración constitucional del principio de la irretroactividad de las leyes, cuando dispone que “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo”; la excepción, relativa a las leyes penales más favorables al reo, cuando establece expresamente “excepto cuando imponga menor pena” y el caso especial, relativo a las leyes de procedimiento, que según la norma constitucional que se cita, “se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron”⁹.

Como es notorio, el principio constitucional de la irretroactividad de las leyes es recogido por la ley. Es suficiente para ello citar la norma del artículo 3o. del Código Civil, los artículos 1o. y 2o. del Código Penal, el artículo 9o. del Código de Procedimiento Civil y los artículos 9o. y 71o. del Código Orgánico Tributario.

Existen, además, disposiciones transitorias especiales, o “especialísimas”, contenidas en las leyes particulares. Este tercer grupo de normas de Derecho intertemporal, explica el profesor Sánchez-Covisa¹⁰, “es una lógica consecuencia del principio de que cualquier ley puede regular de manera específica las cuestiones de derecho intertemporal que ella plantea”, con la aclaratoria de que tales normas deben acatar el principio general de la irretroactividad sancionada por la Constitución. Entre este grupo de disposiciones conviene citar, en primer lugar, las contenidas en los artículos 941o., 942o., 943o. y 944o. del Código de Procedimiento Civil; en segundo término, las contenidas en los artículos 115o. y 116o. de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, así como los artículos 180o. y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y, por último, las disposiciones de los artículos 224o., 225o., 226o., 227o., 228o. y 229o. del Código Orgánico Tributario.

9 Señala el doctor Sánchez-Covisa, como lo reconoce también la doctrina nacional, que la disposición especial relativa a las leyes de procedimiento no es más que un caso de aplicación concreta del principio de la irretroactividad específicamente a las leyes procesales aunque se identificase antes, falsamente, la aplicación inmediata con la aplicación retroactiva.

10 OB. cit. p. 217

Se ha señalado antes que la regla especial de derecho intertemporal aplicable a las leyes de procedimiento, que se concreta en su aplicación inmediata, no constituye una excepción al principio de la irretroactividad de las leyes sino que, por el contrario, debe distinguirse entre “irretroactividad” y “aplicación inmediata”. La regla de la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento es, como dice Manzini¹¹, una aplicación (y no un desconocimiento) del principio general, válido para toda ley, en virtud del cual, en ausencia de contrarias disposiciones expresas, la norma jurídica no puede aplicarse a hechos pasados. Y, como quiera que la no retroactividad de la ley está declarada con relación únicamente al objeto regulado positiva o negativamente por esa misma ley, donde no esté expresamente dispuesto en otra forma, hay que entender que todos los procedimientos y actos mantienen su plena eficacia bajo la nueva ley, este carácter, que se vincula al verdadero objeto de su regulación, revela su irretroactividad.

Del mismo modo puede decirse que, siendo la “aplicación inmediata” de la ley procesal una manera de ser o de manifestarse el principio de la irretroactividad, es lógico que al entrar en vigor afecten todos los procedimientos, aún los que se encuentren en curso, pero los efectos o consecuencias que deriven de la aplicación de este principio, no están previstos en la Constitución mas que para el caso particular de “las pruebas penales ya evacuadas”¹², y pueden, por ello, ser objeto de regulación legal. Por esta razón señala Sánchez-Covisa, que las normas especialísimas intertemporales son “una lógica consecuencia del principio de que cualquier ley puede regular de manera específica las cuestiones de derecho intertemporal que ella plantea”. Pero no sólo las normas transitorias de derecho intertemporal, las “especialísimas” a las cuales se refiere el profesor Sánchez-Covisa, de las cuales hemos citado antes varios ejemplos en nuestro derecho positivo, pueden regular, de manera general o específica, las cuestiones de derecho intertemporal. Las leyes procesales frecuentemente contienen disposiciones que regulan los efectos de la aplicación inmediata de las normas de procedimiento. Así, por ejemplo,

11 Vincenzo Manzini, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, EJE, Buenos Aires. 1951, T. I, p. 229

12 Nótese al respecto, sin embargo, que el reconocimiento o no del efecto esta condicionada “ad eventum litis”, de que tales pruebas beneficien o no al reo, todo lo cual hace más relativos y contingentes los efectos de la aplicación del principio en cuestión.

el antes citado artículo 9o. del Código de Procedimiento Civil cuando establece que se regirán por la ley anterior “los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía” está regulando, lícita y constitucionalmente¹³, una materia distinta a la prevista en el precepto constitucional que se circunscribe a las “pruebas penales ya evacuadas”.

Debe concluirse entonces en que el derecho intertemporal constituye una concretización y especificación legal del principio constitucional de la irretroactividad de la Ley y también en que las normas que se contienen en los artículos 502o., 503o., 504o. y 505o. del Código Orgánico Procesal Penal son normas especiales de derecho intertemporal que prescriben una aplicación paulatina de la ley en los dos casos concretos y específicos allí previstos, sin infringir el principio de la irretroactividad de las leyes.

Una vez establecido que las normas del Código Orgánico Procesal Penal citadas en el párrafo, que se refieren a los acuerdos reparatorios y al procedimiento por admisión de los hechos, son acordes con los principios constitucionales relativos a la vigencia temporal de la ley, y desechadas las críticas que han sido formuladas desde este punto de vista, corresponde examinar separadamente ambos institutos.

2. LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Las previsiones del Código Orgánico Procesal Penal que se refieren a los llamados acuerdos reparatorios se inspiraron en la Ordenanza Procesal Penal alemana que impone a los jueces, en su 265a¹⁴, tomar en consideración ciertas circunstancias que condicionan la aplicación de las

13 Corresponde al Congreso, en efecto, la legislación reglamentaria de la garantías constitucionales, a tenor de lo dispuesto en los artículos 136º y 139º de la Constitución.

14 [Auflagen. Weisungen] Kommen Auflagen oder Weisungen (56b, 56c, 59a Abs. 2 des Strafgesetzbuches) in Betracht, so ist der Angeklate in geeigneten Fällen zu befragen, ob er sich zu Leistungen erbietet, die der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen, oder Zusagen für seine Künftige Lebensführung macht. Kommt die Weisung in Betracht, sich einer Heilbehandlung oder einer Entziehungskur zu unterziehen oder in einem geeigneten Heim oder einer geeigneten Anstalt Aufenthalt zu nehmen, so ist er zu befragen, ob er hierzu seine Einwilligung gibt.

penas¹⁵, así como el cumplimiento de mandatos u órdenes emanados del tribunal sentenciador, tales como tratamientos o curas de desintoxicación, todos los cuales han sido instituidos como instrumentos de política criminal.

El Código Orgánico Procesal Penal, a diferencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, sin embargo, consideró el acuerdo reparatorio consistente en el convenio sobre la indemnización de los perjuicios no como un motivo de suspensión condicional de la pena, sino como una causa de extinción de la acción penal¹⁶ que, en caso de ser aprobada por el tribunal, por haberse dado cumplimiento a los extremos exigidos en el Artículo 34o., produce como consecuencia el sobreseimiento total o parcial de la causa de acuerdo a lo establecido en el ordinal 5o. del Artículo 333o. del mismo Código.

El Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal aprobado por la Comisión Legislativa en su Artículo 34o. establecía, antes de la discusión en las Cámaras en sesión conjunta, en relación a los acuerdos reparatorios:

...Artículo 34o. Procedencia. Cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo.

15 Tales circunstancias son las previstas en los §§ 56b, 56c, 59a Abs. 2 del Código Penal Alemán. El § 56b establece que el tribunal podrá imponer cargas a los condenados para dar satisfacción por lo injusto perpetrado y que en este sentido no deben plantearse al condenado requerimientos inexigibles. El tribunal puede imponer al condenado, según la citada norma, reparar los daños causados por el hecho según sus posibilidades; pagar una suma de dinero en beneficio de una institución de bien común o de la caja fiscal; llevar a cabo cualesquiera otras prestaciones de bien común. La ley dispone que si el condenado ofrece prestaciones inadecuadas para la satisfacción del injusto perpetrado, el tribunal puede prescindir provisoriamente de las cargas si se puede esperar el cumplimiento de lo ofrecido. El 56c, se refiere a la ayuda que debe prestarse al condenado para que no incurra en nuevos hechos delictivos y a las instrucciones para el periodo de prueba, el cual, conforme a lo dispuesto en el aparte 1 del § 59a, no puede exceder de tres años ni ser inferior a un año.

16 Así lo disponen los Artículos 34o. y 44o. del Código Orgánico Procesal Penal.

Se hicieron varias propuestas de modificación¹⁷ al Proyecto aprobado por la Comisión Legislativa, en cuanto se refiere a tales acuerdos, pero en definitiva, como consta del “Informe acerca de las propuestas de modificación del Proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, presentadas el 18/11/97 en la sesión conjunta de las Cámaras convocada para su consideración y sobre los acuerdos aprobados en dicha reunión, relacionados con la materia”, de fecha 9 de diciembre de 1997, sólo se introdujo, a proposición de la Comisión, la modificación consistente en “...insertar en el encabezamiento del artículo después de la palabra ‘disponibles’ la frase ‘de carácter patrimonial’...”.

Así pues, la redacción en el Artículo 34o. del Código Orgánico Procesal Penal, quedó al ser sancionado por la Cámaras, así:

...Artículo 34o. Procedencia. Cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar

17 El Fondo de Garantía de Depósito y Protección Bancaria habría gestionado políticamente durante el periodo de discusión del proyecto, que se adicionarán al Artículo 34o., en su redacción original tres párrafos con el siguiente texto: “Parágrafo Primero: Igualmente podrán considerarse como sujetos de acuerdos reparatorios, los hechos punibles cometidos en el marco de la crisis financiera transcurrida hasta 1995, excepto aquellos procesos sobre los cuales al entrar en vigencia este Código haya recaído sentencia definitivamente firme. Parágrafo Segundo: El cumplimiento de los actos reparatorios, dará lugar a la extinción de la acción penal seguida a quienes dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Código, ejecuten actos reparatorios para resarcir el daño que se haya causado con motivo de la asistencia financiera recibida de Fogade por vía del régimen de auxilio financiero o de forma indirecta del mismo y, en aquellos casos cuando dicha asistencia haya provenido de aportes que hayan hecho viables planes de capitalización o reposición de pérdidas de las instituciones financieras de que se trate y que hayan sido sufragados por la Nación, luego de lo cual el juez de la causa decretará la extinción de la acción penal a que se refiere el ordinal sexto del Artículo 44o. del presente Código en relación con el ordinal quinto de la misma norma. Parágrafo Tercero: Quedan sujetos a los acuerdos reparatorios a que se contrae la presente norma, los hechos punibles, que al entrar en vigencia del presente Código estén siendo procesados por los tribunales con jurisdicción penal bancaria, con Competencia Nacional y aquellos competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuyos supuestos jurídicos prevén el Código Penal, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y la Ley de Fideicomisos siempre y cuando no exista sentencia definitivamente firme sobre los mismos...”. Estas propuestas, como es obvio, no fueron acogidas por las Cámaras.

acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo...

La interpretación del precepto contenido en el citado artículo 34o., en cuanto ahora interesa, supone, en primer lugar, establecer qué debe entenderse por “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”¹⁸ que son aquellos sobre los cuales debe recaer el hecho punible, para que el acuerdo reparatorio que se concluya, y sea homologado por el Juez, produzca como efecto la extinción de la acción penal y el sobreseimiento de la causa. Desentrañar el sentido de esta expresión hermética no es fácil. En principio, considerados en sí mismos, todos los bienes de carácter patrimonial, esto es, aquellos que pueden integrar o formar parte de un patrimonio son bienes jurídicos “disponibles”, respecto a los cuales, desde luego, su titular está facultado para realizar actos de disposición¹⁹. De acuerdo con este criterio, que debe ser considerado

-
- 18 Según el Diccionario de la Real Academia Española. “...Dícese [disponible] de todo aquello de que se puede disponer libremente o de lo que está pronto para usarse o utilizarse...”. El verbo disponer, a su vez, en su cuarta acepción significa: “...Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ellas...”.
- 19 De entre los bienes que pertenecen a la Nación, los Estados y las Municipalidades distingue el artículo 539o. del Código Civil los bienes que son del dominio público y los que son del dominio privado. Se enumeran dentro de los primeros “los caminos, los lagos, los ríos, la murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes...”. Tales bienes de dominio público, conforme a la previsión del artículo 540o., “son de uso público o de uso privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades” y los bienes que dejen de estar destinados al uso público o la defensa nacional pasan del “dominio público al dominio privado”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 541o. *eiusdem*. De allí se sigue que, por mandato del artículo 543o. del Código Civil, únicamente los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles. La distinción proviene del derecho de los romanos donde se oponía a las “res quæ sun in usu publico” y aquella que estaban en “pecunia populi” o “in patrimonio fisci”, las primeras eran consideradas como pertenecientes a todos “res publicæ”, que estaban fuera del comercio y las segundas “res fisci” pertenecían al príncipe. Respecto de los bienes que no pertenecen al “dominio público”. Por lo demás, como lo hace constar R. Chapus en su “Droit Administratif Général” (6me. edition, Montchrestien, Paris, 1992, t. 2, p. 306) Duguit y, en fecha más reciente, Jean Marie Auby ha cuestionado la legitimidad de la

universal, resulta impropio referirse a “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial” porque tal expresión encierra una evidente tautología y porque no existe, ni puede existir, junto a tal categoría de bienes otra que corresponda a la de los “bienes jurídicos indisponibles de carácter patrimonial”. Por estas razones, por consistir la expresión en un inútil circunloquio del legislador, debe considerarse que el sentido de la ley está en que, en todo caso en que el delito haya afectado bienes patrimoniales, es posible concluir los acuerdos reparatorios a los que se refiere el Código Orgánico Procesal Penal con efectos extintivos sobre la acción penal.

Algunos²⁰ han sostenido, por el contrario, que los bienes patrimoniales del Estado y de las demás entidades públicas a los que se refiere la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, no deben ser considerados como “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial” y que, por consiguiente, respecto de los delitos que hayan afectado el patrimonio de tales entidades, no es posible concluir, por esta sola razón, acuerdos reparatorios con eficacia extintiva sobre la acción penal. En mi opinión estos criterios o pareceres cuyo fundamento, por lo demás, no ha sido expresado, deben ser considerados erróneos y posiblemente no prevalezcan cuando se trate de interpretar la ley para fijar su sentido con miras a su aplicación práctica.

distinción. Dice Chapus que “Ces auteurs ont fait valoir qu’il n’existe pas deux régimes distincts, l’un prope au domaine public et l’autre prope au domaine privé. Ce que l’on constate, c’est la juxtaposition d’une pluralité de régimes qui ne sont séparés que par des différences de degré, quant à la part de droit publique et à la part de droit privé dont chacun est constitué...”. Conforme a estado de nuestra doctrina se han aducido diversos criterios para justificar que un bien pueda pertenecer al dominio público, pero es preciso señalar que el bien debe pertenecer a la persona pública territorial de que se trate y que este haya sido afectado al uso del público.

20 El doctor Jesús María Manzaneda Mejía ha sostenido públicamente en la edición del diario *El Nacional* del 26 de febrero de 1998 que “...De los acuerdos reparatorios están excluidos los delitos contra la cosa pública, porque esos no son bienes jurídicos disponibles por nadie. Los que estén afectados por la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público tienen que someterse a las disposiciones legales...”. Una opinión en contra ha sido expresada por el Fiscal General en declaraciones que dio al periodista Víctor Manuel Reynoso y que publicó también *El Nacional* del 26 de febrero de 1998. El doctor Iván Darío Badell al referirse a la posición del doctor Manzaneda dijo: “Ellos son los autores del Código y deben saber cómo interpretarlo. Pero si se causa un daño, esos acuerdos pueden ser resueltos en el proceso penal entre la víctima y el victimario. En el caso de los bancos hay dos tipos de víctimas: el depositante que sufrió el daño causado por el delito, y en otros casos, el Estado,

El Artículo 34o. del Código Orgánico Procesal Penal dispone que los acuerdos reparatorios, que de ser aprobados por el juez producen como efecto la extinción de la acción penal, han de ser adoptados entre “el imputado y la víctima”, desde la fase preparatoria. El artículo 504o. establece, como norma transitoria, para antes de la vigencia del nuevo Código, un régimen conforme al cual “los acuerdos reparatorios podrán aprobarse por el juez de primera instancia en cualquier etapa del proceso antes de la sentencia definitiva”.

Para la inteligencia del precepto es necesario detenerse, cuanto antes mejor, en la determinación de quién debe ser tenido como “imputado” y como “víctima” en el proceso penal. Para ello resulta necesario, porque se trata de dos leyes diversas que están en relación, determinar cual sea la situación jurídica que con arreglo al Código de Enjuiciamiento Criminal debe tener el sujeto procesal para que pueda denominársele “imputado” con arreglo al Código Orgánico Procesal Penal y a quienes debe llamarse “víctima” conforme al Código vigente y conforme al Código Orgánico Procesal Penal.

El concepto de “imputado”, conforme al Código Orgánico Procesal Penal resulta de la disposición contenida en su artículo 121o., el cual establece:

...Artículo 121o. Imputado. Se denomina imputado a toda persona a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal conforme lo establece este Código. Con el auto de apertura a juicio, el imputado adquiere la calidad de acusado...

De dicha disposición legal resulta que el imputado es el sospechoso contra quien no se ha abierto juicio pero respecto del cual se han concluido “actos de procedimiento” por medio de los cuales se le ha señalado aún implícitamente como autor o partícipe en un hecho punible y se sigue también de dicha norma, y de la interpretación conjunta de este precepto

cuando dio auxilios financieros. Esto habrá que determinarlo según la interpretación que se de al Código Orgánico Procesal Penal. En el caso de los bancos hay muchas víctimas. Se dispusieron de esos fondos cuando estaban en la obligación de devolver los depósitos...”. Antes de referirse, sin embargo, a las opiniones del doctor Manzaneda el Fiscal opinó que tanto en el caso de que se afecte el patrimonio de los ahorristas como el patrimonio de la República, se trata de “bienes jurídicos disponibles porque se ha afectado al patrimonio de los ahorristas y de la República, y deben ser resueltos dentro del juicio penal.

y del citado artículo 34o., que el “imputado” puede, con ese carácter, celebrar con la “víctima” acuerdos reparatorios extintivos de la acción penal y dar cumplimiento a los mismos con el efecto o consecuencia, prevista en el Artículo 333o., de que en la audiencia preliminar el juez, a solicitud del propio imputado, del Fiscal o del querellante, imparta su aprobación a tales los acuerdos reparatorios, en lugar de admitir la acusación y ordenar la apertura del juicio.

Es necesario señalar que el Código Orgánico Procesal Penal no es consecuente al referirse al imputado como un sujeto en distinta condición procesal que el acusado²¹, y a veces denomina “imputados” a quienes ha definido como “acusados”. Esta previsión legal, en cuanto permite celebrar acuerdos reparatorios antes de la acusación, debe ser considerada inconveniente. No debe concederse la facultad de proponer y celebrar acuerdos reparatorios a simples sospechosos, en sentido estricto o restringido, respecto de los cuales no ha habido pronunciamiento judicial que les haya investido de la condición de sujeto procesal con plenitud de sentido, como si lo es “el acusado”, quien es parte en el proceso y contra quien se ha deducido por el Ministerio Público una acción determinada en sus caracteres fácticos y jurídicos y acerca de cuyo fundamento existe una declaración judicial de admisión²².

En el Código de Enjuiciamiento Criminal la condición de parte en sentido procesal se adquiere, en lo que se refiere al justiciable, exclusivamente por el pronunciamiento del auto de detención o de sometimiento a juicio y sólo las partes pueden efectuar actos de obtención y de causación procesal²³. Así pues, los acuerdos reparatorios, durante la

21 Así, por ejemplo el tercer aparte del Artículo 127o. del Código Orgánico Procesal Penal establece que: “...En el juicio oral declarará [el imputado] en la oportunidad y formas previstas por este Código...”, cuando es obvio que en el juicio oral ya no existe “imputado” sino “acusado” en el sentido del Artículo 121o.

22 En todo caso es necesario enfatizar que en un proceso acusatorio el principio fundamental es el expresado por la máxima “nemo iudex sine actore” de modo que no puede el juez homologar acuerdos reparatorios en fase preparatoria y que estos, de haberse celebrado y propuesto, no pueden ser homologados más que en la oportunidad prevista en el artículo 333o. del Código Orgánico Procesal Penal.

23 Explica J. Goldschmidt en sus “Principios Generales del Proceso” (EJEA, Buenos Aires, 1961, v. II. p. 99 y ss.) que los “actos de obtención” de las partes en el proceso penal son las “peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba”, que son los actos de las partes que se encaminan a impetrar una resolución de contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez, mientras que los “actos de causación” son participaciones de voluntad que vinculan al tribunal y tienen un carácter dispositivo.

fase de la vigencia anticipada a la cual se refiere el artículo 503o. del Código, solo podrán ser homologados con efecto extintivo sobre la acción cuando se concluyan durante el proceso de primera instancia antes de la sentencia definitiva, entre “la víctima” y el procesado contra quien se haya llevado a efecto un auto de detención o de sometimiento a juicio.

También el concepto de “víctima” del delito, un tanto extraño al Derecho Penal y que proviene más bien del mundo de la criminología²⁴, ha sido objeto de especiales disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal²⁵ que es, en este sentido innovador, hasta el punto de extender el concepto de víctima del homicidio al cónyuge, parientes y herederos del finado. El artículo 116o. establece, en efecto, quien ha de ser considerado víctima a los efectos de la ley procesal. Dice la Ley:

...Artículo 116o. Definición. Se considera víctima:

- 1o. La persona directamente ofendida por el delito.
- 2o. El cónyuge o la persona con quien haga vida marital por más de dos años, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del cuarto grado de

24 J. Sosa Chacín, “Los Conceptos Fundamentales de la Victimología”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, No. 8, pp. 34 y ss. y del mismo autor “La Victimología y el Derecho Penal” en Anuario de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 2, pp. 191 y ss., *passim*.

25 Al concepto de víctima se refieren directamente, además del artículo 116o., transcrito en el texto, los artículos 115o. y 117o. del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales disponen: “Artículo 115. Víctima. La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte, los jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir...”. “...Artículo 117. Derechos de la víctima. Quien de acuerdo con las disposiciones de este Código sea considerado víctima, aunque no se haya constituido como querellante, siempre que lo solicite, podrá ejercer en el proceso penal los siguientes derechos: 1º. Presentar querrela e intervenir en el proceso conforme a lo establecido en este Código; 2º. Ser informada de los resultados del proceso, aun cuando no hubiere intervenido en él; 3º. Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia; 4º. Adherir a la acusación del fiscal o formular una acusación propia contra el imputado; 5º. Ejercer las acciones civiles con el objeto de reclamar la responsabilidad civil proveniente del hecho punible; 6º. Ser notificada de la resolución del fiscal que ordena el archivo de los recaudos; 7º. Ser oída por el fiscal antes de que éste solicite la suspensión condicional del proceso; 8º. Ser oída por el tribunal antes de

consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

3o. Los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan;

4o. Las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.

Si las víctimas fueren varias deberán actuar por medio de una sola representación...

Como resulta del texto mismo de la citada disposición del Código Orgánico Procesal Penal, el concepto de “víctima” se dota de significado propiamente jurídico únicamente con referencia al concepto de “ofensa” u “ofendido” que sí es, por oposición al de víctima, un concepto jurídico determinado. Así, la institución de la “víctima” en la ley procesal aparece como superflua cuando ha podido ocurrirse con mayor provecho y menores dificultades para el intérprete, directamente, a la noción de ofendido por el delito que es de naturaleza sustancial y no procesal. La “víctima” a la cual se refiere el Código, que pretendiendo definir nada define, resulta ser, en puridad, por la indicada razón, “el ofendido o agraviado por el delito”, bien sea “directamente” [ordinal 1o. del artículo 116o.] o como consecuencia de que el concepto de agraviado u ofendido por el delito se extienda, por mandato de la ley procesal que se justifica únicamente por razones de política criminal [como lo hace el citado artículo 116o., en sus restantes ordinales], a otras personas para legitimarlas también a ellas expresamente como tales agraviados u ofendidos [por

la decisión de sobreseimiento o de otra que ponga término al proceso; 9º. Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el proceso, siempre que el fiscal haya recurrido...”. En cuanto se refiere a la facultad específica, antes aludida, de proponer acuerdos reparatorios que se atribuye al imputado es obligado hacer referencia al dispositivo del artículo 331o., que dispone: “...Artículo 331. Facultades y cargas de las partes. Antes del vencimiento del plazo fijado para la audiencia oral, el fiscal, el querellante y el imputado, podrán realizar por escrito los actos siguientes: 1º. Oponer las excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos; 2º. Pedir la imposición o revocación de una medida cautelar; 3º. Solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos; 4º. Proponer acuerdos reparatorios; 5º. Indicar la prueba que el imputado producirá en el juicio oral...”.

extensión], para ciertos efectos jurídicos procesales y sustanciales igualmente previstos expresamente en la Ley.

Así, conforme al sistema del Código, sólo “la víctima” puede presentar querrela, conforme a los términos del artículo 301o. y, del mismo modo dispone la Ley en el artículo 403o., que no podrá procederse al juicio por delitos de acción dependiente de instancia de parte agraviada, sino mediante querrela de “la víctima”. En ambos casos, aún cuando la ley se refiera expresamente a “la víctima”, por estar tal concepto desprovisto de precisión, la determinación de quien es concretamente “la víctima” legitimada para actuar en cada caso, especialmente cuando se trata de saber quien fue el directamente ofendido por el delito, habrá la necesidad de recurrir concepto de “ofendido”. Sólo así será posible la determinación de quien es el sujeto pasivo de la acción delictiva.

Como ha sido dicho, entonces, la determinación de la noción de parte ofendida o agraviada por el delito, que es de naturaleza sustancial, tiene para el proceso penal la importancia primaria de atribuir la legitimación para el ejercicio exclusivo del derecho de querrela tanto en los delitos de acción privada como en los delitos de acción pública e importa, también, en relación con el ejercicio de la acción civil [Título X del Libro III del Código Orgánico Procesal Penal] y a los efectos de la eficacia que sobre la acción se reconocen a los acuerdos reparatorios y el perdón.

Hoy, a partir de las aportaciones teóricas de orientación funcionalista de Jakobs²⁶ y de Roxin²⁷, que han conducido a la ruptura de la tradición ontologista y a revigorizar la consideración de los fines y funciones del Derecho en la sociedad y, consecuentemente, a la “renormativación” de la teoría del delito, se sostiene autorizadamente que la acción y el resultado en el delito no deben ser considerados aisladamente uno del otro sino que, por el contrario, deben concebirse en una relación tal que el resultado se le pueda imputar al autor como producto de su

26 G. Jakobs, “Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación”, traducción del alemán de “Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre”, 2a. edición, 1991, Walter de Grueter & Co. Berlin, de J. Cuello C. y J.L. Serrano G., Marcial Pons, Madrid, 1995.

27 C. Roxin, “Derecho Penal. Parte General”, traducción del alemán de “de “Strafrecht. Allgemeiner Teil”. Auflage Beck, München, 1994, de D.-M. Luzón P., M. Díaz y G.C. y J. de V. Remsal, Civitas, Madrid 1997.

comportamiento no solo como efecto de la causalidad [al constatarse que una determinada conducta se encuentra en relación de causalidad con el resultado tipificado] toda vez que las normas de conducta en que se basan las tipificaciones penales no se dirigen contra cualquier acción eventualmente causal, sino únicamente contra aquellas que exceden del marco del riesgo permitido²⁸. Para la imputación objetiva del resultado la conducta típica supone, en definitiva, un riesgo jurídicamente desaprobado. Así mismo, la noción de ofendido o agraviado por el delito

28 Señala Roxín en su citada obra, 11, 1. "...Que la imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor...En los delitos de simple actividad...la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial. En cambio en los delitos de resultado hay que decidir conforme a las reglas generales si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así este no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley. Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado...En consecuencia la teoría del nexo causal es el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado. Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo, como antes se creía aunque concurren los restantes elementos típicos escritos...". Por esto, dice el autor que se cita, la imputación al tipo objetivo debe producirse en dos pasos distintos, el primero referente al nexo causal y el segundo a los restantes presupuestos de la imputación. Así, examinar estos otros presupuestos de la imputación, refiérase Roxin (§ 11, 55 y ss.) a la exclusión de la imputación en caso de riesgo permitido para explicar que este concepto se utiliza en múltiples contextos sin que haya acuerdo sobre su significación y posición sistemática. Entiende por "riesgo permitido" una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente de caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación [también hay causas de justificación por riesgo permitido], excluye ya la imputación al tipo objetivo. El prototipo del riesgo permitido es la conducción de automóviles con observancia total de las reglas de tráfico. Dentro del concepto también entra todo tráfico público, el funcionamiento de instalaciones industriales, la práctica de deportes con riesgo, las intervenciones curativas de acuerdo a la *lex artis*. Se estudia así mismo la exclusión de la imputación por la falta de realización del peligro y del riesgo no permitido. Acerca de la naturaleza y funciones del concepto de riesgo permitido, véase la síntesis sobre estado actual de la doctrina alemana en M. Maiwald, "De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho Penal", traducción de M. Sancinetti del original alemán "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs 'erlaubtes Risiko' für die Stradrechtssystematik", publicado en *Festschrift für Jescheck*, Berlin, 1985.

se ha desmaterializado desprendiéndose de las consecuencias materiales de la acción para encontrar sentido y ubicación en el seno de la teoría del delito.

En efecto, como puso de manifiesto Gómez Orbaneja²⁹, en una primera aproximación, es fácil constatar que en ciertos delitos el “tipo” se integra con una determinada cualidad del sujeto pasivo, o de la calidad del ofendido o de su relación con el reo puede depender la concurrencia de una circunstancia agravante o atenuante e incluso una causa de excepción personal de la pena. De quien sea el “ofendido” depende, en el primer caso, la existencia del tipo, o la existencia de la agravante o de la atenuante que proceda o, en su caso, también, la causa de excepción personal de la pena.

No obstante esta constatación, no ha sido pacífica ni siquiera la distinción entre el sujeto pasivo del delito [que llamamos “el ofendido”] y la persona sobre la cual recaen los actos materiales mediante los cuales se comete el delito, quienes pueden no coincidir y muchas veces no coinciden. Así, se confunde fácilmente el sujeto pasivo del delito con el objeto material del delito, al no mantenerse distintas, como corresponde, las ideas de “objeto de protección” [Schutzobjekt] y “objeto de actividad” [Tatobjekt]. Así, para citar el ejemplo de Gómez Orbaneja, la mujer que se practica el aborto o consiente maniobras abortivas en su persona, es la que soporta los efectos de la actividad delictiva pero no es la “ofendida” por el delito.

Así como es necesario distinguir entre “ofendido” y quien resulte ser objeto material del delito, corresponde distinguir también entre “ofendido” y “perjudicado”. Es evidente que no todo perjuicio o daño que el delito produzca convierte a la persona que lo sufre en sujeto pasivo del delito. Esta distinción, según Gómez Orbaneja³⁰, ha de fundamentarse en lo que específicamente constituye el objeto de la tutela jurídico penal, diferenciando entre “ofensa” y “daño” en el delito y, correlativamente, entre la sanción pena y la sanción resarcimiento. La “ofensa” [que es también, desde luego, un daño, pero un daño característico, un daño criminal] que puede consistir tanto en una “lesión”

29 E. Gómez Orbaneja, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Bosch, Barcelona, 1951, t. II, v. I. pp. 256 y ss.

30 Op. loc. cit.

como en una “puesta en peligro” de los bienes o intereses jurídicos protegidos no es, a diferencia del “daño” strictu sensu, una consecuencia del acto ilícito: constituye la esencia, la naturaleza intrínseca del hecho ilícito.

Gómez Orbaneja, quien sigue en este punto a Antolisei³¹ sostiene que toda ilicitud contiene en sí un mal y que este mal constituye el aspecto sustantivo de la antijuridicidad, que formalmente considerada, es violación del deber jurídico. Es evidente que a ese mal o nocividad está ínsito en el acto ilícito, puede designarse, en general, como “daño”, que es un término que ciertamente no es impropio, pero en el concepto de daño, es posible distinguir, y así debe hacerse, el “daño” que llamamos “ofensa”, que puede consistir tanto en la lesión como en la puesta en peligro del interés jurídicamente protegido y que no es una consecuencia del acto ilícito sino el acto ilícito en sí mismo y que, por consiguiente, constituye la esencia y la naturaleza intrínseca del hecho mismo; y, por otra parte, el “daño” que llamamos “perjuicio” que es mera consecuencia del acto ilícito y no el acto ilícito en su mismidad.

Para que haya homicidio es necesario que con una acción del hombre se produzca la muerte de una persona. La muerte es parte integrante y elemento constitutivo del delito. El hecho ilícito se compone de ambas cosas, de la acción más del resultado. Por eso no puede decirse que la muerte es efecto del delito. El acaecer que el derecho considera es la muerte de una persona, la cual constituye la “ofensa”, o sea, —en este caso—la lesión del interés a la vida de la víctima. No hay pues dos acaecimientos: la muerte y la ofensa “de los cuales el primero fuese la causa, el segundo el efecto” sino un acaecer solo: la muerte, que representa, en si misma, la ofensa. El hecho contiene en sí la ofensa de un interés y constituye el motivo que origina la norma, la razón de ser de la prohibición legal.

El daño como “perjuicio” no es un mal ínsito en el delito, como en la ofensa, sino aquel particular perjuicio representado por las consecuencias nocivas del hecho mismo. Son, según explica Gómez Orbaneja, los resultados, los efectos “desventajosos” del hecho y no ya la lesión o puesta en peligro del interés protegido por la norma penal. El *damnum emergens* y el *lucrum cessans*, que son el objeto del

31 F. Antolisei, “L’offesa e il danno nel reato”, citado por Gómez Orbaneja, Op. loc. cit.

resarcimiento, no pueden concebirse sino como consecuencias perjudiciales que del hecho resultan, y no como el mismo mal ínsito en el hecho.

La “ofensa” es el ataque del interés protegido por el derecho, es el mal propio del hecho ilícito, que se resume en una alteración en detrimento del interés. El “daño”, en sentido estricto, el perjuicio, en cambio, es el detrimento que se deriva del hecho ilícito, se trata del perjuicio constituido por las consecuencias nocivas del hecho.

A esta distinción entre “ofensa” y “daño” [en sentido estricto o “perjuicio”], corresponde la otra distinción entre “ofendido” y simple “perjudicado”, o lo que es lo mismo, entre “sujeto pasivo del delito” y “titular de intereses extrapenales”. Sujeto pasivo del delito no es quien haya sufrido una lesión cualquiera, sino el que haya sufrido la lesión que constituye el delito³². Para explicarnos es ilustrativo el ejemplo de Levi: “A” no habría podido matar a “B” en la casa de “C” de esta determinada manera más que disparando a través de la ventana y sin manchar la alfombra sobre la cual cae el muerto. Pero “C”, por eso, por haber sufrido el perjuicio de la rotura del cristal de la ventana y la mancha de la alfombra, no será jamás parte ofendida en el homicidio: el daño sufrido por él sin dejar de ser directo, no corresponde al específico interés protegido en abstracto en la norma que prohíbe y castiga el homicidio.

Para la determinación de quién sea el “ofendido” por el delito ha de individualizarse, entonces, conceptualmente el interés protegido por la norma penal de que se trate y conforme a esto, será “ofendido” el titular del interés esencialmente ligado a la figura delictiva considerada en abstracto y no cualquier otro que el hecho “in concreto” haya podido lesionar.

Debe tenerse en cuenta también que en algunos casos, especialmente en delitos de acción privada, la ley misma determina quien sea el agraviado por la vía indirecta de atribuirle el derecho a querellarse. Es así, por ejemplo, el caso del delito de adulterio en el que, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 399o. del Código Penal, no puede procederse al enjuiciamiento sino por la acusación del marido o de la mujer. También es este el caso de los delitos previstos en los Capítulos I, II y III del Título

32 N. Levi, “Contributo alla nozione di parte lesa”, en *Archivio Giuridico*, 4a. serie, v. VII., p. 169-220, citado por Gómez Orbaneja, Op. loc. cit.

VIII del Libro Segundo del Código Penal, respecto de los cuales el Artículo 102o. del Código de Enjuiciamiento Criminal dispone que no podrá procederse al enjuiciamiento si “la parte ofendida o su representante legal” no formulan acusación. Es este el caso así mismo del delito previsto en el Artículo 289o. de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, consistente en la aprobación dolosa de créditos en contravención de la ley “con perjuicio al Banco o Institución Financiera de que se trate”.

Como quiera que el Artículo 34o. del Código Orgánico Procesal Penal, cuando regula los acuerdos reparatorios, refiérese a la hipótesis de que el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de “carácter patrimonial” resulta conveniente examinar especialmente aquellos delitos que protegen penalmente los intereses patrimoniales. Los delitos “contra la propiedad” contemplados en el Título X del Código Penal no agotan evidentemente la protección penal de los intereses patrimoniales. El patrimonio es el complejo de los elementos activos y pasivos que se refiere a una persona, esto es, como explica Antolisei³³, “el complejo de las relaciones jurídicas, económicamente valorables, en cabeza de una persona”. Se trata más que de un conjunto de objetos o de cosas de un sistema de relaciones, es decir, de derechos y de obligaciones que se refieren a cosas o a otras entidades que tengan un valor económico y que, por consiguiente, puedan ser valorables en dinero.

El daño, entendido como “ofensa”, en estos delitos, debe ser un daño patrimonial y no, por ejemplo, moral, toda vez que el objeto de la tutela jurídica es el patrimonio³⁴. Debe tratarse entonces de una “deminutio patrimonii”, esto es de una disminución del complejo de los valores que componen el patrimonio, bien sea mediante la reducción de los activos o en el incremento de los pasivos, se trata de una alteración desfavorable

33 F. Antolisei, “Manuale di Diritto Penale”, parte speciale, Giuffrè Editore, Milano, 1996, v.I, p. 255.

34 Ha sido debatida particularmente en la doctrina alemana la cuestión acerca de la naturaleza jurídica o económica del patrimonio cuando éste es considerado como objeto de la tutela penal. La posición dominante se inclina a favor del concepto jurídico del patrimonio basada en que la protección penal comprende cosas que son estimadas como económicamente irrelevantes ya que la actividad delictiva puede recaer sobre bienes que estando privados de valor de cambio posee un “valor de afección”, objetos éstos que no pueden considerarse como extraños al patrimonio.

de la relación entre los elementos activos y pasivos del patrimonio, que ha de determinarse con criterios objetivos.

Esta concepción del patrimonio da lugar a que diversos intereses se entrecrucen -como por ejemplo los intereses del titular y el de sus acreedores- y ello explica la tendencia a considerar a todos aquellos dañados en su patrimonio como “ofendidos”. Sin embargo el “perjudicado” según el derecho privado y el “ofendido” según la concepción jurídico penal, tampoco coinciden en los delitos patrimoniales. Así, por ejemplo, no son ofendidos por el delito que se cometa el acreedor prendario o cualquier otro derecho habiente sobre la cosa, ni menos aún cualquier interesado jurídicamente en la conservación de la misma³⁵.

En la estafa, según la doctrina, no es ofendido el engañado como tal, sino aquel de cuyo patrimonio se ha enriquecido o ha querido enriquecerse el estafador. En la apropiación indebida no es el ofendido necesariamente el depositante, sino aquel en perjuicio del cual se realiza la apropiación.

En síntesis, es necesario decir que la determinación de la parte ofendida es posible hacerla sólo con relación a cada imputación determinada y mediante la individualización del interés protegido por la norma penal. El momento relevante para la determinación del ofendido por el delito lo es el de su consumación, de modo que cualquier modificación posterior que tenga lugar por transferencia de los bienes o derechos subjetivos extrapenales es completamente indiferente. Ofendido es únicamente el que haya sufrido la lesión ínsita en el delito en el momento en que fue inferida por éste. El cambio en la titularidad de las acciones de una sociedad, que pasen de ser propiedad particular a ser parte del patrimonio público, después de cometido el hecho, no cambia la naturaleza del delito. Así, el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, que aparece como garante de los bancos no se hace, por haber otorgado auxilios financieros, agraviado por los delitos que hayan podido cometer los administradores de los bancos. Estos delitos, especialmente los previstos en los Artículos 289o. y 290o. de la Ley General de Bancos

35 Así, por ejemplo, el asegurador tiene un evidente interés en que el asegurado no sea desposeído de la cosa asegurada, pero ello no le convierte en “ofendido” por el delito en el caso de que el hurto se haya consumado sea cual fuere el perjuicio que este hecho le irroque.

y Otras Instituciones Financieras, de haberse cometido, lo serían en perjuicio del banco mismo y, en ese caso, conforme a lo establecido en el Artículo 116o., Ordinal 3o., del Código Orgánico Procesal Penal y de los mismos tipos delictivos, los agraviados lo serían los socios o accionistas³⁶. La calidad de ofendido y las consecuencias que de allí deriven son esencialmente intransferibles.

Se ha afirmado también que el ejercicio de la acción o la legitimación para actuar determina la legitimación para convenir en acuerdos reparatorios con efectos extintivos sobre la acción. Este criterio debe también ser rechazado. El derecho a convenir en un acuerdo reparatorio con efectos extintivos sobre la acción corresponde sólo al agraviado³⁷.

De todo lo que hemos dicho resulta que los acuerdos reparatorios a los cuales se refiere el Código Orgánico Procesal Penal, que una vez homologados por el juez extinguen la acción penal, deben concluirse necesariamente entre el autor y los demás partícipes del hecho constitutivo de delitos patrimoniales o con los autores de un delito culposo, contra quienes se haya incoado acusación y el “ofendido” o “agraviado” por la acción delictiva³⁸.

36 Cuando el administrador, autor del hecho delictivo, sea accionista se produce como efecto característico la confusión cuya consecuencia es la de liberar a los otros codeudores solidarios por la parte que corresponda a aquel en quien se hayan reunido las cualidades de acreedor y de deudor, conforme a lo establecido en el artículo 1232o. del Código Civil.

37 Así, en efecto, en los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias previstos en el Código Penal, en los cuales el Ministerio Público está legitimado para el ejercicio de la acción, sólo el perdón del agraviado pone fin al juicio.

38 La última disposición del artículo 34o. del Código Orgánico Procesal Penal establece que “Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo”. Respecto esta disposición de la ley es necesario tener en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 124o. del Código Penal si el hecho punible es imputable a varias personas, quedan estas obligadas solidariamente por el daño causado, principio este que se expresa igualmente en el artículo 1195o. del Código Civil que establece que si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado. El pago de la totalidad del daño por uno de los obligados le faculta para reclamar a los demás coobligados la parte que fijará el juez según la gravedad de falta cometida por cada uno. En este caso el pago libera a los demás obligados quienes, por consiguiente, estarían en la imposibilidad de convenir en acuerdos reparatorios con eficacia extintiva sobre la acción. Por otra parte la ley crea una suerte de litis consortium entre las “víctimas” del delito al disponer en el artículo

En conclusión, en cualquier caso en que el delito cometido afecte exclusivamente bienes jurídicos de carácter patrimonial, el acuerdo concluido entre cualquiera de los autores o partícipes en la comisión de ese delito y los eventuales “ofendidos” o “agraviados”, homologado por el Tribunal, extingue la acción penal respecto del procesado de que se trate y determina el sobreseimiento de la causa. La ley equipara en estos casos el daño punible al daño resarcible.

3. EL PROCEDIMIENTO POR ADMISIÓN DE LOS HECHOS

En la exposición de motivos que precede al Código Orgánico Procesal Penal, la Comisión Legislativa del Congreso de la República justificó el procedimiento por admisión hechos en los siguiente términos:

...El Título III regula el procedimiento por admisión de los hechos, institución cuyos antecedentes podemos ubicar en el plea guilty americano y en la «conformidad» española, no obstante las diferencias notables entre ambas instituciones. En efecto, como afirma Alcalá-Zamora la naturaleza jurídica de la conformidad es la de un allanamiento, pues, exige un acto de disposición de la parte acusadora, un juicio de homologación del tribunal acerca del cumplimiento de los requisitos legales y una sentencia vinculada a la petición de condena hallada conforme, siempre que el delito de que se trate no motive la imposición de una pena superior a prisión menor (seis años). Por su parte, en el plea guilty no tienen lugar esas limitaciones a los poderes del tribunal, toda vez que la declaración de reconocerse, guilty en el proceso penal inglés da lugar a la inmediata imposición de la pena. Tiene lugar la aplicación de este procedimiento cuando el imputado consiente en ello y acepta los hechos; en estos casos se puede prescindir del juicio, correspondiendo al tribunal de control dictar inmediatamente la sentencia. Es este el único caso en que el juez de control asume funciones de sentenciador y no se circunscribe a las funciones

116o. que “Si las víctimas fueren varias deberán actuar por medio de una sola representación...”, norma esta que no esta incorporada a la vigencia anticipada pero que en todo caso es imprecisa en lo que se refiere a lo que debe entenderse por “actuar por medio de una sola representación” como también es imprecisa la expresión “concurrir al acuerdo”. Problemas tales como los que plantea la remisión o condonación en los casos de solidaridad pasiva no han sido considerados ni resueltos.

contraloría y garantizadora.

Dado que la no celebración del juicio oral afecta garantías básicas, sólo puede aplicarse este procedimiento especial cuando el consentimiento del imputado haya sido prestado con total libertad, en tal virtud se prevé un control judicial a fin de evitar que presiones indebidas puedan distorsionarlo. Como beneficio para el imputado por la aceptación de este procedimiento se dispone una rebaja en la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad, atendidas todas las circunstancias y tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado...

Fue J. Goldschmidt quien primero señaló la correspondencia, que no la identidad, entre la conformidad prevista en la ley española y el instituto procesal anglosajón del plea guilty. Goldschmidt³⁹ afirmó, en efecto, que la “conformidad a que se refieren los artículos 655o. y 694o. de Ley de Enjuiciamiento Criminal española “corresponde a la institución Inglesa del plea guilty”⁴⁰. Tal opinión fue rebatida por Niceto Alcalá-Zamora⁴¹, afirmando que el plea guilty inglés se encuentra más cerca del instituto previsto en el artículo 694o. de la Ley del Enjuiciamiento Criminal que del previsto en el artículo 655o., atendido el momento en que tiene

39 J. Goldschmidt, “Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal”, Labor, Barcelona, 1936

40 El artículo 655o. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, establece: “...Artículo 655o. Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación, podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiese calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose, además, por el letrado defensor si esto no obstante conceptúa necesaria la continuación del juicio. Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará, sin más trámites, la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuere procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el tribunal la continuación del juicio.

Cuando el procesado o procesados disintieren únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad...”. El artículo 694o. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se refiere a la confesión del procesado en el juicio oral respecto a la calificación de los querellantes y dispone: “...Artículo 694o. Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el presidente del tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655o....”

41 N. Alcalá-Zamora “El Allanamiento en el Proceso Penal”, EJE, Buenos Aires, 1962, p. 30.

lugar y porque, a su juicio, existen dos diferencias esenciales entre uno y otro instituto: 1a. la de que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al menos por lo que se refiere a la disposición más típica y fundamental de las relativas al tema —el artículo 655o.—, no media, en realidad confesión de culpabilidad, sino conformidad con la penalidad, 2a. la de que la conformidad española limita en mayor medida que el plea guilty⁴² los poderes del tribunal, si bien una y otra conducen a la eliminación de los actos procesales que entre ellos y la sentencia se habrían desarrollado, de seguirse el procedimiento normal.

En puridad, la admisión hechos, tal y como ésta ha sido concebida en el Código Orgánico Procesal Penal, es equivalente a una confesión dirigida a integrar, junto con una petición, un acto de causación procesal⁴³ que determina tanto la sentencia de condena como la apreciación de una disminución de la penalidad de un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, en todo delito que no comporte “violencia contra las personas”, en cuyo caso el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio.

Se advierte definitivamente un parentesco cercano del procedimiento por admisión de hecho del Código Orgánico Procesal Penal con el instituto del plea guilty del derecho anglosajón y, como en éste, detrás del mismo puede estar encubriéndose el llamado plea bargaining en que el Fiscal y el acusado resuelven sobre el material de la litis⁴⁴. Muchas veces el pacto consiste en que el acusado se declarara culpable de una ofensa menor o

42 “Guilty plea, según el Black’s Law Dictionary”, sixth edition, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1990, vox “guilty”, es “...the formal admission in court as to guilt of having committed criminal act charged wich a defendant may make if he or she does so intelgently and voluntarily...It is equivalent to and is binding as a conviction after trial on the merits, and it has the same effect in law as a veredict of guilt and autorizes imposition of punishment prescribed by law...”. [“...es la formal admisión de culpabilidad ante el tribunal de haber cometido un acto criminal que se le haya imputado que puede ser hecha por el acusado siempre que este actúe con conocimiento y voluntad... Ella es equivalente a y debe ser tenida como una evidencia antes del juicio sobre el mérito, tiene el mismo efecto que un veredicto de culpabilidad y autoriza la imposición del castigo previsto por la ley...].

43 vid supra nota 23

44 Así lo reconoce Vicente Gimeno Sendra respecto del proceso español cuando dice: “La posibilidad, ello no obstante, en el proceso abreviado de que la defensa formalice su conformidad ‘conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal’ (artículo 791o., 3o.) ha aproximado esta institución al plea bargaining americano”.

sólo de alguno de los delitos cometidos a los que la fiscalía ha convenido previamente en limitar la acusación. Así lo reconocen los proyectistas cuando argumentan en torno al principio de la oportunidad⁴⁵ explicando:

...El principio de oportunidad se concreta en constituir una excepción al de la legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal. Supone la posibilidad de abstenerse de perseguir determinadas conductas delictivas, o de suspender el procedimiento en caso, con o sin condiciones para ello, en atención a factores diversos inmersos en una concreta política criminal rectora en un momento y lugar dados. Recientemente, se ha introducido progresivamente el principio de oportunidad en diferentes ordenamientos europeos (Portugal, Italia, España), siendo el sistema alemán el que ha regulado más detalladamente la materia.

Por su parte, en el derecho anglosajón, el principio de oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty: confesión dirigida a evitar el juicio; y del plea bargaining: negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado (Asencio Mellado).

La introducción de esta modalidad en el sistema venezolano obedece principalmente a la necesidad de simplificar y agilizar la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad y, como contrapartida, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimular la pronta reparación a la víctima y darle otra oportunidad de inserción social al que delinquiró...

El plea guilty, como la admisión hechos, consiste en un sustituto de la prueba que en virtud de ellos no llega a ser evacuada y, por consiguiente, milita en contra del principio de la verdad real al cual se refieren el artículo 13o. del Código Orgánico Procesal Penal⁴⁶, y los principios de la libertad de prueba y de la libre apreciación de la prueba,

45 La mayor parte de la doctrina considera que la conformidad con los hechos no constituye una manifestación de principio de oportunidad. Véase en este sentido L. Puente Segura, "La Conformidad en el Proceso Penal Español", COLEX, Madrid, 1994, p.9. En contra cita el autor la opinión de Gimeno Sendra en el tomo II de la obra colectiva "Derecho Procesal", Tirant lo Branch, Valencia, 1989, tema 27, p. 438.

46 "...Artículo 13. Finalidad del proceso. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión...".

que son fundantes del Código.

En mi opinión, muy preliminar por lo demás, en vista de la premura con que he debido preparar estas ideas, la confesión en orden a la admisión de los hechos se convierte, en el Código Orgánico Procesal Penal, en una prueba legal. Pero esto no impide al proyectista declarar en la exposición de motivos que "...se han suprimido las disposiciones relativas a la prueba de confesión y de indicios y presunciones, regulaciones características de los sistemas de prueba tarifada o tasada...". No se regula confesión por las razones político-procesales anotadas, pero sí esta se produce en las condiciones y en la oportunidad previstas en el artículo 377o. del Código Orgánico Procesal Penal y a tal confesión se acompaña la solicitud dirigida al Tribunal de imposición inmediata de la pena, el juez deberá imponer la pena con la rebaja antes indicada. El juez no puede verificar la autenticidad de la confesión ni de la acusación y eso, lisa y llanamente, significa el desconocimiento del principio de la verdad material⁴⁷.

Esta contradicción se justifica, como hemos visto, acudiendo a una argumentación eminentemente práctica. Obedece, como se explica en la exposición de motivos, principalmente, a la necesidad de simplificar y agilizar la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad.

Pero veamos como funciona el instituto del procedimiento por admisión de hechos cuando éste se pone en relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena a la cual se refiere el Capítulo IV de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal. Como es sabido, esta ley exige como requisitos para que el tribunal acuerde la suspensión

47 El profesor Vives Anton en sus "Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal", Edit. Tirant lo Blanch, a quien cita Puente Segura, ha señalado que el acuerdo de las partes en un proceso de negociación no puede fundar por sí solo ni la verdad ni la validez de la resolución judicial que lo asume. En el proceso no existe una verdad histórica sino una verdad consensual. "La razón que fundamenta la corrección de la decisión tomada no es la razón teórica que capta una verdad material, sino la razón práctica que escoge las líneas de argumentación más plausible y llega a un resultado capaz de producir el consenso de los intervinientes en el discurso. La verdad de la resolución judicial no es, por consiguiente, una verdad objetiva y absoluta sino una verdad consensual". Pero dentro de este ámbito, como se señala con razón sólo la casualidad permitiría que la verdad consensual se aproxime a la verdad histórica o material.

condicional de la ejecución de la pena los siguientes: 1. Que el penado no sea reincidente; 2. Que la pena correspondiente no exceda de ocho años; 3. Que el penado se comprometa a someterse a las condiciones que establezca el tribunal y a las que señale el delegado de prueba y 4. Que no hubiere sido condenado por la comisión de los delitos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado o secuestro, tipificados en los artículos 375o., 454o., 455o., 460o. y 462o. del Código Penal.

Supongamos que ha de comparecer ante el tribunal un sujeto acusado por alguno de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas a los cuales hago referencia: tráfico y distribución de drogas, previsto en el artículo 34o., que se castiga con pena de prisión de 10 a 20 años; siembra y cultivo de estupefacientes, previsto en el artículo 35o., que se castiga con pena de prisión de 10 a 20 años; posesión ilícita de materias primas, semillas y resinas previsto en el artículo 36o., que se castiga con pena de prisión de 4 a 6 años; los cooperadores inmediatos por legitimación de capitales en los delitos previsto en los artículos 34o. y 35o., que se castigan con penas de prisión de 10 a 20 años; destinar locales y vehículos al tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 40o., que se castiga con pena de prisión de 3 a 6 años en su hipótesis básica, de 4 a 8 años, conforme a la circunstancia agravante del primer aparte y de 8 a 12 años conforme a la circunstancia agravante del segundo aparte; incitación e instigación al consumo de estupefacientes, previsto en los artículos 41o. y 42o., que se castigan con penas cortas de prisión; incitación a deportistas al consumo de estupefacientes previsto en el artículo 44o., que se castiga con pena de prisión de 4 a 6 años; el suministro o aplicación de droga a animales previsto en el artículo 45o., que se castiga con pena de prisión de 2 a 4 años; el consumo de sustancias estupefacientes por centinelas militares, previsto en el artículo 48o., que se castiga con penas de prisión inferiores a 6 años; la contaminación de aguas, líquidos o víveres con sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto en el artículo 49o., que se castiga con pena de prisión de 10 a 18 años y al consumo de drogas por personal milita en servicio, previsto en el artículo 50o., que se castiga con pena de prisión de 2 a 6 años; de no concurrir circunstancias agravantes, genéricas o específicas, si se produjere la admisión de los hechos, es posible que la pena se reduzca a la mitad y en ese caso, la condena que se imponga, por se inferior a 8 años, y de concurrir las demás circunstancias exigidas

por el artículo 14o. de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, el condenado podrá solicitar la suspensión condicional de la pena que el tribunal deberá acordar.

Así pues, los más graves delitos previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no darán lugar a la ejecución efectiva de pena alguna. No se trata pues de descongestionar la justicia de la pequeña y mediana criminalidad, como señalan los proyectistas en la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal. La misma situación se presenta, en general, respecto de los delitos de peculado, peculado culposo, malversación, concusión, lucro del funcionario, corrupción, enriquecimiento ilícito, aprovechamiento fraudulento de fondos públicos y otros previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y no se diga de la generalidad de los delitos previstos en el Código Penal que se cometen sin que haya habido violencia contra las personas.

De este modo, prácticamente, sólo los casos de violación, hurto agravado, hurto calificado, robo agravado, secuestro y homicidio y lesiones gravísimas y alguno que otro delito muy grave, serían efectivamente punibles cuando concurran los supuestos del artículo 377o. del Código Orgánico Procesal Penal y 14o. de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.

A mi entender, el Código Orgánico Procesal Penal ha estimado en demasía la ventaja de descongestionar la justicia, y por medio de diversos mecanismos acumulativamente aplicados, ha venido a impedir, en la práctica, el castigo de conductas verdaderamente nocivas.

En conclusión, como resultado de las razones que han sido expresadas considero que el Código Orgánico Procesal Penal debe ser objeto de una cuidadosa revisión tanto desde el punto de vista técnico jurídico como desde el punto de vista político criminal.

La motivación de la Sentencia Criterios de la Sala de Casación Civil*

Levis Ignacio Zerpa**

La motivación con la que el juez expone las razones de su convencimiento y de su decisión, además de ser una garantía de equitativo y ponderado juicio, es un medio de control del fundamento de la decisión para las partes, para el juez de la impugnación, y para la opinión pública en general.

Enrico Tullio Liebman

El deber de exponer los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la sentencia, tiene una continuidad histórica en nuestro país. Eliminada su tradición de las viejas leyes españolas, aplicadas a América, fue restablecida por el Dr. Francisco Espejo, jurista eminente, en la Constitución de Barcelona de 1812. Durante los primeros años de la República, la obligatoriedad de fundar los fallos se conservó en nuestras primeras constituciones y de ellas hizo recepción el código arandino con carácter de orden público.

Humberto Cuenca

-
- * Conferencia dictada en las Jornadas de Derecho Procesal José Rodríguez U., Puerto La Cruz, 1998.
 - ** Profesor en los cursos de Postgrado de las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello en las especialidades de Derecho Mercantil y Derecho Procesal.

Sumario

Introducción

1. Noción y finalidades de la motivación.
2. La obligación de motivar la sentencia.
3. La motivación en la Constitución.
4. El contenido de la motivación.
5. Los requisitos de la motivación.
6. La falta de motivación o inmotivación de la sentencia.
7. Los criterios actuales de la Sala de Casación Civil.

Bibliografía citada.

INTRODUCCIÓN

En esta ponencia estudiamos los aspectos generales de la motivación de la sentencia, destacando los principales criterios que sobre ellos ha venido elaborando la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Si se considera a la sentencia como el acto jurisdiccional por excelencia, resulta evidente la importancia jurídica que reviste su apropiada motivación. Esta exigencia de expresar los fundamentos de las decisiones judiciales tiene el carácter de derecho fundamental; ella puede apreciarse como garantía básica de la función jurisdiccional. Su previsión expresa en algunos textos constitucionales demuestra el indicado carácter.

La motivación incide tanto en los aspectos internos como en los externos del fenómeno procesal. Ella debe constituir evidencia esencial de la forma razonada y razonable con que la justicia es impartida por los juzgadores. Su rigurosa exigencia es un antídoto eficaz contra la arbitrariedad.

Para que se pueda considerar que la motivación es válida, resulta imprescindible que se le sujete a claras exigencias de razonabilidad. No se trata de un simple requisito formal de la sentencia. Ella constituye el núcleo del fallo. Cualquier conjunto argumental no puede aceptarse como motivación válida.

En la ponderación de los requisitos que debe cumplir la motivación se debe ser muy estricto. Los jueces deben contribuir a la legitimación del Poder Judicial, produciendo buenas decisiones, cuya íntegra justificación jurídica emane de su mismo texto.

La Sala de Casación Civil debe continuar cumpliendo la importante función pedagógica que realiza en este campo. Ella debe revisar y afinar sus criterios, tanto en la ordenación como en el esclarecimiento de las diversas causales de inmotivación.

En este trabajo, además de los usuales apoyos doctrinarios, hemos destacado los principales criterios recientes de la Sala, procurando contribuir a su divulgación y discusión en los medios académicos y forenses.

El carácter general de esta ponencia, entre otras causas, explica sus necesarias limitaciones y omisiones. Son muchos los temas que su preparación nos ha suscitado y sobre los cuales nos proponemos seguir investigando.

La motivación de la sentencia es un buen punto de mira para la exploración y el estudio del ordenamiento jurídico en su realidad. Con tales propósitos se ha elaborado el trabajo que le ofrecemos, estimado lector.

1. NOCIÓN Y FINALIDADES DE LA MOTIVACIÓN

La motivación constituye un ejercicio de persuasión dirigido a convencer sobre la juridicidad de la decisión contenida en la sentencia. Ella cumple la función de demostrar que el fallo está sometido al ordenamiento jurídico; está formada por los argumentos de hecho y de derecho que sirven de sostén a la parte dispositiva de la sentencia. Con la motivación se justifica la decisión judicial; ella debe poner de manifiesto la racionalidad jurídica de la solución dada a la pretensión procesal y a su resistencia, planteadas por las partes en el proceso.

La motivación debe contener los razonamientos que conducen a justificar la solución dada al problema jurídico debatido en el proceso. Ella nos permite diferenciar la ineludible racionalidad jurídica de la simple arbitrariedad. El Maestro COUTURE sostiene que el deber de motivar la sentencia se le impone al Juez "como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su

decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria”¹.

La finalidad de la motivación puede apreciarse tanto en el área interna del proceso o área endoprosesal, así como también en el área externa o extraprosesal.

El *área endoprosesal* está referida a los sujetos del proceso, tanto a las partes como a los jueces. Con razón se ha sostenido que la motivación sirve “para convencer a las partes de la corrección de la sentencia, logrando así una mayor confianza del ciudadano en la administración de justicia derivada, precisamente, de una constatación detenida del caso particular”². Ella es el medio para poner en evidencia ante las partes la ineludible sujeción de la función jurisdiccional al ordenamiento jurídico del Estado. La motivación tiende a dar legitimación al Poder Judicial, aportando a quienes son afectados por las sentencias las razones jurídicas de las decisiones contenidas en ellas.

La motivación permite que las partes puedan hacer un apropiado uso de los recursos procesales, señalando los errores del fallo y demostrando sus deficiencias fácticas y normativas. Ella constituye una forma esencial de garantizar el derecho a la defensa, previsto de manera genérica en el artículo 68 de la Constitución de la República. En reciente doctrina se expresa que la motivación, entendida como la exposición de los razonamientos por los cuales se acoge una u otra postura de las partes, “es una de las consecuencias de la recepción de la garantía constitucional de la defensa”³.

-
- 1 “Una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del magistrado”; vease su indispensable y apreciado manual —Fundamentos del Derecho Procesal Civil— pág. 286.
 - 2 Véase en la excelente tesis doctoral, dirigida por Manuel SERRA DOMINGUEZ y elaborada por Sergi GUASCH FERNÁNDEZ —El Hecho y el Derecho en la Casación Civil— pág. 450.
 - 3 La afirmación es de Alex CAROCCA PÉREZ, quien también expresa lo siguiente: “Aunque debemos advertir que los fundamentos de la exigencia de motivación son mucho más amplios, ya que no sólo es necesaria para considerar respetada a la defensa, ... sino también a otras garantías de la acción, desde luego, la tutela judicial efectiva y, quizás, del ejercicio de la misma jurisdicción.” El autor añade que en relación “con la defensa, la clave se encuentra en que la obligación de motivar las sentencias, que al mismo tiempo constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de que sus respectivas alegaciones y pruebas serán efectivamente valoradas por el Tribunal. De ese modo, permite comprobar el cumplimiento de la

En el ejercicio de los recursos tiene función primordial la motivación de la sentencia, bien sea que el recurso lo conozca el mismo órgano jurisdiccional o que el conocimiento, como es usual, le corresponda a otro órgano jurisdiccional⁴.

En reciente sentencia de la Sala de Casación Civil (10-Marzo-1998) con ponencia del Magistrado César BUSTAMANTE PULIDO, se hizo una buena síntesis de las finalidades referidas, en la forma siguiente:

El requisito de motivación impone al juez el deber de expresar en la sentencia los motivos de hecho y de derecho que sustentan lo decidido. Esta exigencia tiene por objeto: a) Controlar la arbitrariedad del sentenciador, pues le impone justificar el razonamiento lógico que siguió para establecer el dispositivo; y b) garantizar el legítimo derecho de defensa de las partes, porque éstas requieren conocer los motivos de la decisión para determinar si están conformes con ella. En caso contrario, podrán interponer los recursos previstos en la ley, con el fin de obtener una posterior revisión sobre la legalidad de lo sentenciado. (Véase en la valiosa obra de Jurisprudencia de O. Pierre Tapia Nº 3, marzo, 1998, pág. 385).

obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial que es la esencia de la garantía de la defensa. En definitiva, la motivación de las sentencias judiciales permite tomar conocimiento del *iter* de la formación del convencimiento del juzgador y comprobar si realmente se han respetado las exigencias esenciales de la defensa procesal, aparte de otros fines menos importantes a nuestros efectos.”; véase en su valiosa tesis doctoral dirigida por Francisco RAMOS MENDEZ -Garantía Constitucional de la Defensa Procesal— págs. 340-1.

- 4 Sobre el recurso de apelación y sus relaciones con la motivación recomendamos la lectura del Capítulo III del magnífico trabajo de Víctor FAIREN GUILLEN —El Razonamiento de los Tribunales de Apelación—, pags. 53 y siguientes. El autor se expresa sobre las cuestiones que venimos tratando en la forma siguiente: “Ya en principio —y aunque no somos de los abusones a quienes *todo lo que les molesta resulta inconstitucional* estimamos que esta amotivación, cuando las leyes la exigen —y están muy acertadas en ello—, vulnera la Constitución (Art. 120-3) ya que dificulta las defensas de las partes; es una garantía de justicia —de que se intenta hacerla— de las más importantes: en la motivación —que según el mismo Tribunal Supremo presta el incalculable servicio de explicar el fallo: es la *razón* del mismo— el juez o el tribunal dan cuentas a las partes, y se puede estimar que en el derecho de acción —y en su desarrollo, el de pretensión— está comprendido el de obtener tales explicaciones de conducta. Y como se ha dicho, no solamente para obtener una satisfacción puramente intelectual, sino para adecuar la defensa.”; véase en pág. 57.

En otra sentencia de la Sala, con ponencia del Magistrado Alirio ABREU BURELLI, se expresó lo siguiente:

Constata la Sala que la recurrida al dictar decisión, no cumplió con lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, porque para poder verificar si el oferente había cumplido satisfactoriamente con los requisitos establecidos en los numerales 3° y 4° del artículo 1.307 del Código Civil, ha debido constatar del artículo lo que sobre el particular habían estipulado las partes, lo cual fue obviado totalmente.

A juicio de esta Sala, la recurrida no está motivada, y ello en definitiva impide a las partes saber las razones de hecho y de derecho en que se funda el sentenciador para adoptar su decisión e impide controlar la legalidad del fallo (Sentencia N° 166, Exp. N° 96-125, la fuente es el disquete de jurisprudencia de Juris Computer del mes de diciembre de 1997).

En el área extraprocesal debe partirse de la idea básica de ser la justicia expresión de la soberanía del pueblo. Esta concepción es acogida expresamente en la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer en el nuevo texto de su artículo primero que el ejercicio de la justicia emana del pueblo y se realiza por los órganos del Poder Judicial, el cual es independiente de los demás órganos del Poder Público⁵.

Las motivaciones comprensibles y cercanas al sentimiento de justicia general del pueblo, tienden a la siempre necesaria legitimación del Poder Judicial. En tal sentido se afirma que

el ciudadano tiene derecho a conocer la motivación de las sentencias con el objeto de contrastar su racionalidad. De esta manera, el ciudadano se configura como controlador de las resoluciones. Así, puede considerarse que la mejor de las justificaciones es la que presenta un mayor consenso entre la mayoría de la comunidad. Es entonces cuando se habla de un acercamiento de la justicia al ciudadano. El pueblo no comprende cómo puede perderse un proceso por requisitos formalistas, no entiende el lenguaje jurídico complicado. Pero todo ello es secundario frente a una sentencia que no permita conocer adecuadamente las razones de la decisión. La comunidad no precisa tanto una decisión correcta como la mejor justificación racional posible... Así, los órganos jurisdiccionales presentan su justificación ante la opinión

5 Esta Ley ha sido objeto de una amplia reforma su texto se ha publicado en la Gaceta Oficial N° 5.262 Extraordinario, de fecha 11 de septiembre de 1998. La mayor parte de su articulado entrará en vigencia el día primero de julio de 1999.

pública para su examen... estando entre esta opinión pública la comunidad jurídica... de ese control cabe derivar la legitimidad del control democrático sobre la función jurisdiccional... si este control es importante es porque la traslación de la justificación a la sociedad obliga a adoptar unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigente⁶.

En la doctrina procesal contemporánea se ha llamado la atención sobre estos aspectos extraprocesales de la motivación de la sentencia. Mientras la comunidad jurídica, formada por jueces, abogados, estudiantes y otras personas con cultura jurídica media, puede emplear criterios técnicos, en mayor o menor grado, para analizar el fallo y su motivación, el público en general tiende a ver en la sentencia no tanto la simple solución jurídica del litigio, sino más bien la escogencia ética y política que está en el fondo de toda decisión judicial. Al público le interesa, especialmente, la toma de posición frente a la justicia sustancial por parte del Juez, la cual está expresada en la motivación de la sentencia y contenida en la solución dada al específico conflicto de intereses del cual surge la controversia judicial⁷.

En nuestra doctrina procesal, el Maestro CUENCA con su permanente sentido social del derecho, nos recuerda que “si bien el dispositivo del fallo interesa fundamentalmente a las partes para resolver su controversia,

-
- 6 Estas ideas son de GUASCH FERNÁNDEZ, quien concluye su argumentación así: En definitiva, la motivación de las resoluciones es para el justiciable una de más las preciosas garantías. Le protege contra la arbitrariedad, le suministra la prueba de que su acción ha sido examinada racionalmente y, al mismo tiempo, sirve de obstáculo a que el Juez pueda sustraer su decisión al control de la casación... De esta manera se garantiza la naturaleza cognoscitiva del juicio, vinculándolo en derecho a la legalidad y de hecho a la prueba... Ello es igualmente predicable del Tribunal Supremo y de la casación. Desde una perspectiva dialéctica, porque la motivación deja al descubierto los errores del razonamiento interpretativo de la norma aplicable a los supuestos concretos del litigio y, desde una finalidad uniformadora, porque si sus sentencias pueden constituir modelos ejemplificativos precisan una adecuada justificación de la solución.; véase en su ob. cit. Págs. 451-2.
- 7 Estos criterios han sido expresados por Michele TARUFFO en su extraordinaria obra -La Motivazione della Sentenza Civile-. El autor destaca que al reducir la abstracción implícita en la idea de *público en general*, ello significa que la sentencia viene interpretada y juzgada sobre la base de los valores asumidos como propios, en una determinada situación histórica y política, por la clase o el grupo social dentro del cual la sentencia viene a ser considerada como *significativa* en el plano de la elección de valores. Véase en pág. 45.

la parte motiva de la sentencia interesa a la colectividad y al Estado porque es la expresión razonada del derecho”⁸.

La parte motiva de la sentencia viene a constituir el núcleo de la jurisprudencia, entendida ésta como la forma de interpretar y aplicar el derecho en la vida real, más allá de lo que han podido pensar, proponerse o establecer los autores de las normas. En la motivación se puede percibir al Juez demostrando sus conocimientos del derecho, su mayor o menor pericia jurídica; ella nos permite apreciar su formación cultural, tanto la específicamente jurídica como la de carácter general⁹.

La motivación de la sentencia cumple, además, una importante función de pedagogía jurídica, de enseñanza razonada del derecho y de su aplicación a los casos concretos, contribuyendo a su mejor conocimiento y a la mayor formación de la conciencia cívica de la sociedad. En la motivación están presentes los elementos que permiten a los operadores del derecho hacer las inferencias imprescindibles para la actividad predictiva; ella tiene una función indiciaria¹⁰ esencial, nos sirve tanto para planificar las futuras conductas como para prevenir consecuencias indeseables de las regulaciones jurídicas.

Una buena síntesis de las ideas expuestas es expresada en la doctrina francesa así:

-
- 8 El admirado Maestro señala de seguidas la función política y social que debe cumplir la casación: “Sin olvidar sus propósitos iniciales, como órgano unificador de la jurisprudencia e integrador de la ley, la casación ha evolucionado hacia una institución política y social y no puede permanecer indiferente ante el razonamiento desviado ni ante la arbitrariedad ideológica”; véase en su importante obra —Curso de Casación Civil— Tomo I, pág. 132.
 - 9 El Maestro CUENCA destaca el carácter técnico y la complejidad de la sentencia, afirmando que “A medida que aquilata su contenido científico, se aleja de la razón común para convertirse en difícil experticia de derecho”. El Maestro también afirma que la motivación es, de las tres partes de la sentencia, “la más útil a la ciencia del derecho y ella constituye el núcleo más importante para la formación de la jurisprudencia” añadiendo que “en la parte motiva (el Juez) es un catedrático que dicta lecciones de derecho, un funcionario docente”; véase su ob. cit. págs 117 y 132.
 - 10 TARUFFO hace un minucioso análisis de la motivación de la sentencia como fuente de indicios. Para apreciar la importancia de esta cuestión se debe destacar que le dedica todo el Capítulo Segundo de su citada obra, extendiéndose desde la página 63 hasta la 106.

Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de *maldecir a los jueces*. Los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación. Igualmente le permiten no colocarse de nuevo en una situación que haga nacer un segundo proceso. Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y la manera de combinarlas con las antiguas. Dan a los comentaristas, especialmente a los comentaristas de sentencias, la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, agruparlas, clasificarlas, sacar de ellas las oportunas lecciones y a menudo también preparar las soluciones del porvenir¹¹.

2. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA SENTENCIA

El Código de Procedimiento Civil vigente (1987) dispone en el artículo 243 que toda sentencia debe contener: “4º Los motivos de hecho y de derecho de la decisión”.

Esta disposición resulta más precisa que la tradicional mención contenida en nuestros anteriores Códigos de Procedimiento Civil, desde 1873, en los cuales sólo se decía que la sentencia: “También contendrá los fundamentos en que se apoye ...”.

En la clásica obra de Arminio BORJAS hay una apropiada interpretación de tal exigencia legal, sus explicaciones han sido recogidas en forma reiterada en las sentencias de nuestros Tribunales. Su muy atinado comentario es el siguiente:

Esta parte de la sentencia debe expresar las razones de hecho y de derecho que han llevado al ánimo del juzgador la convicción de que son exactas y fundadas las declaraciones de la parte dispositiva. Los razonamientos fundamentales de toda condenación o absolución, no son tan sólo una garantía contra las decisiones arbitrarias, sino un medio eficaz de obligar a los magistrados a examinar todas y cada una

11 El ilustrativo texto es de T. SAWEL en su importante artículo “Historia del juicio motivado” publicado en la Revista de Derecho Público (Francia) 1.955, págs. 5-6; la cita está tomada de la obra de Chaim PERELMAN -La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica- pág. 202.

de las cuestiones controvertidas, apreciar cada uno de los hechos constantes de autos y a considerar bajo todos sus aspectos el problema jurídico planteado¹².

La exigencia legal de motivación de la sentencia, en su fuente procesal, nos viene desde el Código de Procedimiento Judicial (1836), el cual dispone en el artículo 1° de la Ley Única de su Título III, que el Juez debe explicar en la sentencia todos los fundamentos y la ley aplicable al caso. Igualmente se encuentra en las disposiciones comunes a que se refiere la Ley Única del Título XI, la siguiente disposición:

Artículo 20. Los Tribunales no usarán en ningún caso de autos oscuros o ambiguos, como los de *venga en forma, ocurra a quien corresponda*, u otros semejantes: siempre expresarán la Ley o fundamento aplicable al caso, la formalidad a que se ha faltado, o el Juez a quien deba ocurrirse.

Esta disposición se ha mantenido en nuestra legislación procesal, correspondiendo a la segunda parte del vigente artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, el cual reza así:

12 BORJAS también hace otras importantes afirmaciones sobre la motivación de la sentencia, las cuales se han convertido en enseñanza permanente para la formación del pensamiento jurídico venezolano, siendo seguidas y citadas con frecuencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, las cuales se pasan a transcribir: “Los motivos equivalen a las premisas en el silogismo de la sentencia; y como tales, a fin de que la conclusión no resulte falsa, han de ser verdaderos, evidentes, hechos demostrados, principios doctrinarios, preceptos legales, y no simples aseveraciones o asertos sentenciosos sin base ni razón. Es claro que los jueces no están obligados a dar el porqué de cada motivo, *la razón de cada razón*, pero para que los fundamentos expuestos sean, como es debido, demostraciones de lo dispositivo, no podrán consistir en meras afirmaciones sobre puntos de hecho, sin que hayan precedido la exposición de tales hechos y un análisis de las pruebas constantes de autos, antecedentes éstos que son indispensables para que hagan manifiesto como es que, aplicando el juzgador las reglas legales del caso, ha llegado a la apreciación que establece como fundamento del fallo. No deben imitarse ni admitirse algunas expresiones, harto frecuentemente empleadas por los Tribunales, como las de “consta de autos” “aparece comprobado”, “resulta demostrado de las pruebas evacuadas” y otras análogas, que lejos de ser motivos fundados, constituyen peticiones de principio, porque aceptan como demostración o como prueba aquello mismo que debe ser probado. Todas y cada una de las diversas decisiones contenidas en lo dispositivo de la sentencia deben aparecer fundamentadas en la parte motiva... lo que importa es que aparezca expuesta la razón de cada una de las conclusiones de lo dispositivo.” Véase en su perdurable obra —Comentarios al Código de Procedimiento civil Venezolano— Tomo II, págs 109-10.

En ningún caso usarán los Tribunales de providencias vagas u oscuras, como las de *venga en forma, ocurra a quien corresponda*, u otras semejantes, pues siempre deberá indicarse la ley aplicable al caso, la formalidad a que se haya faltado, o el Juez a quien deba ocurrirse.

3. LA MOTIVACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

El maestro CUENCA nos recuerda que la motivación de la sentencia fue restablecida en nuestro país, luego de su eliminación en las últimas leyes de la monarquía española, en la Constitución de Barcelona de 1812, obra del eminente jurista Dr. Francisco Espejo.

A pesar de que en diferentes legislaciones europeas¹³ anteriores a la Revolución Francesa estaba prevista la obligación de motivar las sentencias, es a partir de ésta cuando se hace énfasis en tal exigencia. Se trata del surgimiento de la concepción moderna de la motivación, entendida inicialmente “como control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional aunque referido sólo a los elementos de derecho y no a los probatorios”¹⁴.

La obligación de motivar se explica por la necesidad de ejercer mayor control sobre la función jurisdiccional, al crearse un nuevo orden normativo. La motivación se considera como una garantía de la igualdad

13 Sobre estos antecedentes puede verse el interesante trabajo de Philippe GODDING —Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen age a la fin du 18^e siecle— contenido en la obra —La Motivation des Decisions de Justice— formada por estudios publicados por Ch. PERELMAN y P. FORIERS, pags. 37 a 67. GODDING señala que en el Decreto de la Constituyente francesa del 16-24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial, quedó establecida la obligación de motivar las sentencias; añadiendo que en ley francesa del 20 de abril de 1810 se dispuso, en su artículo 10, la nulidad de las sentencias carentes de motivación; véase en pág. 67. Sobre el tema en estudio, dentro de la legislación española, puede consultarse el trabajo de Manuel ORTELLS RAMOS —Origen histórico del deber de motivar las sentencias— publicado en la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Nº 4, 1977, pags. 899 a 932.

Desde la perspectiva de la doctrina italiana puede verse el trabajo de Fulvio MANCUSO —Per la storia della motivazione nei secoli XVI XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299) publicado en la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile- Nº 1, Marzo, 1995, págs. 285 a 310.

14 Este importante señalamiento es hecho por GUASCH FERNÁNDEZ en su citada obra, pág. 446.

y del sometimiento de todos, tanto los jueces como los justiciables, a las nuevas regulaciones legales; por ello puede afirmarse que se trata de una verdadera garantía de otras garantías o una garantía de segundo grado.

En la Constitución de Italia (1947) se establece, en su artículo 111, dentro de las normas sobre la jurisdicción, que todas las providencias jurisdiccionales deben ser motivadas.

En la vigente Constitución de España (1978) se dispone en el artículo 120.3, dentro del título dedicado al Poder Judicial, que las sentencias serán siempre motivadas. El Tribunal Constitucional español afirma, con frecuencia, que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una decisión fundada en derecho que le ponga fin al proceso; de esta forma los problemas de la motivación resultan necesariamente vinculados con la fundamental previsión contenida en el artículo 24.1, en el cual se dispone lo siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”¹⁵.

En nuestra vigente constitución, cuyas regulaciones procesales son muy exiguas, nada se dice sobre la obligación de motivar las sentencias. Ella debe entenderse contenida en el artículo 68 y en la previsión general del artículo 50.

La importancia de este tema y la conveniencia de su previsión expresa, estimamos oportuno recordarla frente a los aires de renovación constitucional presentes en el panorama nacional.

15 En la doctrina española reciente puede verse el trabajo de Joan PICO I JUNOY — Las Garantías Constitucionales del Proceso—; el autor cita numerosas sentencias del Tribunal Constitucional conteniendo tal criterio, en la Nota 138. Además, hace las siguientes afirmaciones: “Por ello, una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho, siendo lesiva del art. 24.1 C.E. Así ocurre en los casos en los que la sentencia contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, en consecuencia, carente de motivación.... Esta obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen imponen que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente”; véase en págs. 60-1.

4. EL CONTENIDO DE LA MOTIVACIÓN

La actual exigencia legal comprende tanto los motivos de hecho como los motivos de derecho. Se ha sostenido en nuestra doctrina procesal acreditada¹⁶ que

el poder del juez, al momento de su decisión, se encuentra vinculado al derecho (*quaestio iuris*), y a la certeza de los hechos (*quaestio facti*), se sigue aquí que la motivación del fallo ha de comprender ambas cuestiones, como expresamente lo exige el Art. 243, Ord. 4º C.P.C.... En relación a las primeras, deben expresarse en el fallo las razones de derecho que condujeron a lo dispositivo, lo que implica la mención de las normas generales y abstractas de la ley que el juez utiliza para determinar el contenido material de la norma individual en que consiste la sentencia, lo que no puede obviarse en ninguna forma, por tratarse de un proceso de individualización y concreción de mandatos que deben ser expresados en el acto.

Sobre los fundamentos de hecho, el mismo procesalista se expresa así:

En relación a la cuestión de hecho, el juez debe llegar a la convicción o certeza moral y jurídica de la existencia de aquellos alegados en la demanda y en la contestación, y expresar en la sentencia las razones que le han llevado a esta convicción, las pruebas que ha considerado y el valor que les ha atribuido. En esta materia, lo que tiene valor como apreciación de las pruebas y de fundamentación congruente, no es la mera afirmación que haga el juez de haber apreciado y comparado las pruebas, sino el procedimiento lógico seguido en el análisis y en la utilización de los recaudos y demás elementos del proceso, labor que debe quedar revelada en el fallo.

En nuestra reiterada jurisprudencia casacional se expresan conceptos similares a los antes expuestos, como ejemplo se transcribe una sentencia reciente:

Las razones de hecho de la decisión están conformadas por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran, y las razones de derecho por las normas que el juez

16 Las explicaciones que se transcriben son del procesalista Arístides RENGEL-ROMBERG, uno de los cuatro autores del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, el cual, con pocas modificaciones, constituye la legislación vigente en nuestro país; véase su valiosa obra —Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el nuevo Código de 1987)— Volumen II págs. 299 a 301.

aplicó para resolver la controversia. Por consecuencia, el examen de las pruebas constituye presupuesto indispensable de la cuestión de hecho que el juez debe motivar.

El artículo 509 del Código de Procedimiento Civil impone al juez el deber de analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresando siempre su criterio respecto de ellas. De igual forma, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil le ordena atenerse a lo alegado y probado en autos.

La adecuada labor de apreciación de la prueba comprende el análisis sobre su legalidad y contenido, para luego fijar los hechos que ésta demuestra e indicar el mérito probatorio que merece. Este razonamiento lógico debe constar en la sentencia, so pena de que sea inmotivada. (Sentencia de fecha 10-Marzo-1998, con ponencia del Magistrado César BUSTAMANTE PULIDO, en el juicio de Oscar Soto Valencia contra Sestilio Tomassoni Vignarelli; véase en P.T. N° 3, Marzo, 1998, pág. 386).

5. LOS REQUISITOS DE LA MOTIVACIÓN

Para que la motivación de la sentencia pueda cumplir, en forma apropiada, sus importantes finalidades jurídicas y se le considere válida en derecho, es necesario que de cumplimiento a cada una de las exigencias mínimas señaladas por la doctrina procesal contemporánea, a saber: expresa, clara, completa, legítima y lógica¹⁷.

17 Estas exigencias del contenido de la motivación son estudiadas con gran acierto y claridad por Jorge DE LA RUA, quien expresa que la sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final, la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En este camino el juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Por ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados ...; véase su trabajo —La sentencia - Presupuestos externos y requisitos internos de la decisión judicial—, contenido en su obra —Teoría General del Proceso— pág. 150. En este parte seguimos muy de cerca las ordenadas ideas contenidas en dicho valioso trabajo, cuya lectura recomendamos, especialmente desde la pág. 150 hasta la pág. 158; las transcripciones son tomadas del mismo.

5.1. La motivación debe ser expresa, ella no puede ser suplida por la remisión a otras sentencias o a otros textos contenidos en el expediente de la causa. El Juez puede acoger y reiterar las motivaciones contenidas en las sentencias recurridas, manifestándolo así en forma explícita, sin que de lugar a dudas. La motivación no puede ser tácita ni darse como sobreentendida.

La Sala ha reiterado en reciente sentencia (17-Diciembre-1997) su criterio sobre la posibilidad de dar motivación al fallo apelado, acogiendo en forma expresa la de la sentencia recurrida; el pensamiento casacional se expresa así:

La Sala siempre ha afirmado que el juez de alzada es libre de acoger o no las bases del fallo apelado, y que aun cuando no es recomendable la reproducción total de la motivación de la sentencia apelada, tal situación no vicia la validez del fallo, pues al hacer suyos y repetir la fundamentación de primera instancia da motivación propia a la sentencia dictada por el *ad quem*. (Sentencia con ponencia del Magistrado Aníbal RUEDA, en el juicio de Central Parts La Castellana C. A. contra María Felicitas Lesseur de Town; véase en P.T. Nº 12, diciembre, 1997, pag. 305).

5.2. La motivación debe ser clara, expresándose en forma comprensible los argumentos aportados para justificar la decisión. La sentencia será nula cuando por la oscuridad de los conceptos que en ella se emplean, no resulte posible conocer a cabalidad el pensamiento del juzgador.

5.3. La motivación debe ser completa, debiendo abarcar todas las cuestiones que sirven de fundamento a la decisión, tanto las de hecho como las de derecho. De La Rúa lo expresa con gran claridad así:

Respecto de los *hechos*, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que *emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiénolas a valoración crítica*

El juez debe *consignar las conclusiones de hecho* a que llega, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación en *derecho* de la sentencia, porque constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria; la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos.

En relación con los hechos y las pruebas cursantes en autos, el juez debe ser muy cuidadoso en la consideración de cada una de ellas. Es necesario evitar que la sentencia resulte viciada por el llamado *silencio de pruebas*, caso en el cual el fallo no contiene todos los motivos de hecho de la decisión. Las normas rectoras en este campo probatorio son las contenidas en los artículos 12 y 509 del vigente Código de Procedimiento Civil, referidas en la sentencia antes citada de fecha 10-Marzo-1998.

Para que la sentencia esté fundamentada en derecho se hace necesario demostrar que los hechos, cuya existencia resulta de la apreciación de las pruebas cursantes en autos, constituyen las hipótesis fácticas de las normas jurídicas aplicadas. Es necesario indicar las disposiciones legales en que se basa la decisión contenida en el fallo; la conclusión de la sentencia debe estar fundamentada en el ordenamiento jurídico, en alguna de sus fuentes normativas. Recordemos que el citado texto del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, señala que *siempre debe indicarse la ley aplicable al caso*. Es de lamentar que la Sala de Casación Civil no haya sido rigurosa en la exigencia de este importante requisito de la sentencia.

Con buen sentido el autor que venimos siguiendo ha dicho, sobre la necesidad de la cita legal, que ella debe recaer sobre lo que es esencial o sustancial en la decisión tomada.

No es necesario hacerlo sobre cada una de las premisas o conclusiones secundarias, ni es indispensable que todas y cada una de las afirmaciones, proposiciones y consideraciones tengan el respaldo de un texto legal. Sólo se requiere que en lo sustancial se haga la mención legal pertinente y que corresponda a la acción juzgada.

La Sala ha reiterado similares criterios generales sobre los fundamentos de hecho y de derecho, en decisión de fecha 20-Noviembre-1997, expresándolos así:

La motivación debe estar constituida por las razones de hecho y derecho que dan los jueces como fundamento del dispositivo. Las primeras están formadas por el establecimiento de los hechos con ajustamiento a las pruebas que los demuestran y las segundas, la aplicación a éstos de los preceptos legales y los principios doctrinarios atinentes... Conforme a este criterio, pues, la debida motivación de la cuestión de hecho sólo será aquella que cubra adecuadamente esos dos campos, esto es, el establecimiento y la apreciación de los hechos de la causa;

y la cuestión de derecho, se resume en la subsunción de los hechos establecidos en las normas jurídicas que los consagran, a través del enlace lógico de la situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley... (Ponencia del Magistrado Héctor GRISANTI LUCIANI, en el juicio de Joseph Antonio Martín Moussa Chemaly contra Sucesión de Juan Mendiri; véase en P.T.Nº 11, Noviembre, 1997, págs. 311-2).

5.4. La motivación debe ser legítima. Afirma De La Rúa que la motivación debe estar basada en pruebas que sean legales y válidas. Él señala que la motivación es ilegítima cuando se sirve de pruebas que no han sido incorporadas al proceso o cuando se omite la consideración de una prueba esencial que si ha sido incorporada.

5.5. La motivación debe ser lógica. Es necesario que la sentencia contenga una motivación debidamente razonada con respeto a las reglas del recto pensar. El Juez debe someterse a las pautas que proporciona la lógica, con sus especiales particularidades al emplearse en el ámbito de lo jurídico¹⁸. Para que esta exigencia de la motivación sea cumplida, se requieren los siguientes requisitos específicos:

5.5.1. Ella debe ser coherente, es decir, no infringir la regla de la no contradicción. Ella debe estar formada por un conjunto armonioso de razonamientos, formulados sin violar los principios básicos del

18 Sobre las especificidades que presenta la lógica jurídica y sus nuevos enfoques, con especial énfasis en la teoría de la argumentación, puede verse el magnífico estudio, antes citado, de Chaim PERELMAN —La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica—. En este campo es de importancia citar su claro pensamiento: “Nada se opone a que el razonamiento judicial se presente, a fin de cuentas, bajo la forma de un silogismo, pero esta forma no garantiza en absoluto el valor de la conclusión. Si ésta es socialmente inaceptable, es que las premisas han sido aceptadas a la ligera. El debate judicial y la lógica jurídica —no lo olvidemos— a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio. El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla.”; véase en pág. 232. Sobre esta interesante temática del razonamiento jurídico y de sus especiales características puede verse nuestro opúsculo —El Razonamiento Jurídico—, en el cual señalamos las cuatro consideradas en la doctrina como básicas, a saber: a) es problemático o tópico; b) es práctico; c) es valorativo o axiológico; y d) es dialéctico o retórico.

pensamiento lógico, a saber: de identidad, de no contradicción y de tercero excluido. Expresado en otras palabras, la motivación debe ser congruente, no contradictoria e inequívoca.

5.5.2. Ella debe ser derivada, para lo cual se debe respetar el principio de razón suficiente: el razonamiento de la motivación debe estar integrado por inferencias razonables, las cuales sean deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que sobre la base de ellas va siendo determinada. Además es necesario que la motivación en derecho tenga como punto de partida las conclusiones fácticas establecidas; ellas son las bases de las inferencias jurídicas. Dicho de otra forma, la motivación debe ser concordante, verdadera o auténtica y suficiente.

5.5.3. Ella debe ser adecuada a las normas de la psicología y de la experiencia común. En relación con estas exigencias se deben considerar las máximas de experiencia o conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común, previstos en el artículo 12 de nuestro Código de Procedimiento Civil, debidamente razonados y fundamentados para demostrar su existencia en el proceso. También se hace necesario señalar los posibles hechos notorios, previstos en el artículo 506 *eiusdem*; los cuales pueden servir de fundamento a la decisión, con los pertinentes razonamientos que los justifiquen.

6. LA FALTA DE MOTIVACIÓN O INMOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

En el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil se establece que será nula la sentencia cuando le falten las determinaciones contenidas en el artículo 243 *eiusdem*, entre las cuales se encuentran los referidos motivos de hecho y de derecho de la decisión.

La casación civil venezolana tiene una profusa jurisprudencia sobre el problema de la falta de motivación de la sentencia, también llamada inmotivación, en la cual se pueden apreciar marcadas diferencias de criterio y ostensibles contradicciones entre ellos.

El Maestro CUENCA nos presenta una interesante muestra de los criterios sostenidos en la doctrina tradicional de la casación civil, los cuales pasamos a reproducir, añadiendo entre paréntesis la fecha de la fuente para la mejor comprensión y valoración de cada uno de ellos en el tiempo:

1. El error en el razonamiento es incensurable cuando está ajustado a derecho (1918).
2. Sólo cuando los motivos erróneos influyen sobre el dispositivo acarrear la nulidad de la sentencia (1922).
3. El choque entre los razonamientos de una misma parte motiva, no anula la sentencia (1922).
4. El conflicto entre la motivación y el dispositivo es sólo censurable cuando es consecuencia de un error de derecho o hace inejecutable el fallo (1945).
5. Se considera que la contradicción entre los motivos no es controlable en casación, porque sólo la parte dispositiva alcanza la autoridad e inmutabilidad de la cosa juzgada y es también la única ejecutable (1929).

Como puede apreciarse, se trata de criterios cuestionables de la casación civil venezolana tradicional. Por contraste, el Maestro señala que la casación ha atemperado un poco, en algunas oportunidades, el rigor de la doctrina tradicional, reseñando los siguientes criterios opuestos, algunos de ellos de más reciente data:

1. La motivación errada equivale a falta de motivación (1959).
2. Los considerandos son contradictorios cuando versan sobre un mismo objeto y se destruyen los unos a los otros, lo que hace inmotivado el fallo (1914 y 1917).
3. La soberanía de los jueces en la apreciación de la prueba no los exime de dar a sus fallos el orden y la claridad que exige la ley y cuya existencia es indispensable para conocer si hay o no error jurídico en la admisión de los hechos que sirven de fundamento a esta misma convicción (1916).
4. La contradicción de los motivos entre sí equivale a carencia de motivos (1952).
5. La falta de razonamiento capaz de explicar el rechazo de una prueba influye sobre el dispositivo y el fallo debe ser anulado (1957).
6. Los motivos no pueden ser simples afirmaciones, repertorio de datos tomado de los mismos autos, sino razonamiento lógico, de peso

jurídico, que expliquen el fundamento de las declaraciones hechas en la recurrida (1960)¹⁹.

La comparación de los anteriores criterios, expresados por nuestra casación, nos pone de manifiesto la diversidad de las apreciaciones dadas sobre esta importante cuestión de la inmotivación de la sentencia.

La muy variada muestra jurisprudencial es fuente reveladora de la evolución constante del pensamiento jurídico, de su permanente carácter dialéctico, de sus impulsos para avanzar y perfeccionarse, pero también, inevitablemente, de sus indeseables retrocesos.

7. LOS CRITERIOS ACTUALES DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

La Sala de Casación Civil ha venido ordenando y precisando sus criterios sobre la falta de motivación de la sentencia, habiendo clasificado los supuestos de inmotivación en cinco hipótesis, a saber:

1. Cuando la sentencia no contenga materialmente ningún razonamiento de hecho ni de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo.
2. Cuando los motivos se destruyen los unos a los otros por contradicciones graves o inconciliables, generando una situación equiparable a la falta de fundamentos.
3. Cuando las razones expresadas por el sentenciador no guardan relación alguna con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas, caso en el cual los motivos aducidos, a causa de su manifiesta incongruencia con los términos en que quedó circunscrita la *litis*, deben ser tenidos jurídicamente como inexistentes.
4. Cuando los motivos son tan vagos, generales, inocuos, ilógicos o absurdos que impiden a la alzada o a la casación conocer el criterio jurídico que siguió el juez para dictar su decisión, caso éste que también se equipara a la falta de motivación.
5. Cuando se deja de analizar una prueba de autos o se ha analizado de manera parcial. En este caso se incurre en el denominado vicio de silencio de prueba.

19 Véase en su ob. cit. págs. 127-8.

El primero de los casos es muy difícil de encontrar en la jurisprudencia²⁰. La más elemental noción de racionalidad impide que la sentencia se presente sin motivación alguna.

Cuando los motivos se contradicen, resultando incompatibles entre sí, la situación se debe apreciar también como equivalente a la falta de motivación. En este caso nos encontramos con la violación del elemental principio lógico de no contradicción.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, en relación con la motivación contradictoria, se ha sostenido que ella “equivale a inmotivación, siempre que, naturalmente, la contradicción verse sobre un mismo punto. En este sentido, la Sala ha establecido que “es de principio, y así lo tiene decidido este Tribunal de Casación en jurisprudencia constante, que la contradicción entre los considerandos de un fallo que conduce a la destrucción recíproca de los mismos, es la que versa sobre un mismo objeto, caso en el cual resulta inmotivado el fallo...”²¹

En el citado fallo de fecha 17-diciembre-1997, la Sala explica los diversos casos de contradicciones en la sentencia, precisando sus tres posibilidades lógicas, en la forma siguiente:

20 RENGEL-ROMBERG afirma lo siguiente: “puede ocurrir que la sentencia no contenga materialmente ningún razonamiento, caso de rara ocurrencia, que revelará el vicio en su forma más crasa...”; véase en su citado —Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano— Tomo II, pág. 318. En relación con las hipótesis indicadas, se pueden apreciar las siguientes afirmaciones, expresadas en la doctrina procesal española reciente: “Por supuesto por motivación omitida debe entenderse la ausencia de motivos en la resolución~ pero habrá que convenir que se trata de un supuesto raro, casi de laboratorio ... Pero deben asimilarse a la motivación omitida una serie de supuestos en los que se intenta encubrir la existencia de una motivación que en realidad está ausente: los motivos ilusorios o ficticios, la simple afirmación de motivos genéricos... los motivos tomados de otra decisión...”; véase en la obra de Vicente C. GUZMÁN FLUJA —El Recurso de Casación Civil (Control de hecho y de derecho)— pág. 203.

21 Así lo señala el procesalista Leopoldo MÁRQUEZ AÑEZ en su obra —Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana—. El autor también destaca que “conforme a la jurisprudencia de la Sala, la contradicción en los motivos envuelve inmotivación, cuando los motivos se destruyen los unos a los otros por contradicciones graves o inconciliables, generando así una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos”; véase en págs. 72-3.

Cuando la contradicción existe entre las decisiones de la parte dispositiva, a tal punto que se destruyan mutuamente, puede decirse que en realidad no hay decisión ejecutable, porque a la ejecución de unas se oponen las otras, y no hay razón para dar prevalencia a aquéllas sobre éstas, o viceversa. El fallo es, irremisiblemente, nulo en todo su texto.

Cuando la motivación ocurre entre los motivos y lo dispositivo, y es de tal naturaleza que no aparezca justificada la decisión sobre la cuestión resuelta, la sentencia es evidentemente nula. Los motivos constituyen las causas determinantes de la decisión y llenas, por consiguiente, el fin de revelar el sentido y alcance de ella. Si, pues, entre uno y otra existe flagrante oposición, la sentencia carece de validez por defecto de base legal.

Y, por último, cuando la contradicción está entre los motivos del fallo, de tal modo que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, entonces no puede menos que decirse que la decisión carece de fundamentos, que es del todo inmotivada, y por tanto, nula. (Ponencia del Magistrado Aníbal RUEDA en el juicio de Central Parts La Castellana C. A. contra María Felicitas Lesseur de Town; véase en P.T. N° 12, Diciembre, 1997, pag. 307).

Si los motivos contenidos en la sentencia no guardan relación con lo decidido, careciendo de atingencia, la situación se equipara a la falta de motivación; la ausencia de congruencia entre la motivación y lo dispositivo impide apreciar la verdadera motivación del fallo.

En reciente sentencia de la Sala de Casación Civil, con buen apoyo doctrinario²², se expresa un valioso criterio sobre la imprescindible corrección de los aspectos lógicos del fallo y su necesario control casacional, a saber:

La doctrina más representativa en la materia, tanto nacional como extranjera, es conteste de ubicar a los considerandos recíprocamente contradictorios inmersos en una misma decisión judicial en el aliterado ámbito del vicio de actividad de inmotivación por motivos contradictorios.

Por conducto del anotado vicio de actividad —motivación contradictoria— este Alto Tribunal, en ejercicio de su jurisdicción casacional, está investido de irrestricta potestad para controlar la corrección *lógica-formal* del razonamiento de carácter silogístico a que se reduzca el acto de juzgamiento integrante de una decisión

22 Los autores citados por el ponente, en forma directa o indirecta, son: MATTIROLLO, CALAMANDREI, MARCANO RODRÍGUEZ, MÁRQUEZ AÑEZ y RENGEL-ROMBERG.

judicial.(Sentencia de fecha 25-Junio-1998, con ponencia del Magistrado Conjuéz Andrés Octavio MENDEZ CARVALLO, en el juicio de Juan Cruz Moreno contra Hacienda Los Chaguaramos C. A.; véase en P.T. Nº 6, Junio, 1998, pags. 337-8).

En la misma situación se consideran los casos de motivos vagos, genéricos, incoherentes o que en alguna forma son violatorios de otras de las pautas establecidas por la lógica²³.

El silencio de prueba ha pasado a ser la quinta hipótesis de inmotivación de la sentencia. Este criterio se estableció en la conocida sentencia de fecha 28 de abril de 1993, con ponencia del Magistrado Carlos TREJO PADILLA, en el caso de Inversiones Sinamaica C. A. contra Parcelamiento Chacao C. A., habiéndose reiterado en sucesivas decisiones, sin disidencia alguna²⁴. La argumentación aportada para fundamentar el cambio del criterio casacional es la siguiente:

Ahora bien, penetrada la Sala de serias dudas, en torno a la calificación del silencio de pruebas como error de juzgamiento, y sólo denunciabile, en consecuencia, en la forma antes explicada, lo que se corrobora más con la manifestación del legislador, categórica y precisa del ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, cuando se

23 CALAMANDREI ha destacado la importancia de la logicidad de la sentencia, desde la perspectiva de su motivación, en tal sentido expresa las siguientes ideas: "La censura por defecto de motivación, tal como se encuentra elaborado éste en la práctica, tiende a someter la sentencia de mérito en todas sus partes (cuestión de derecho y cuestión de hecho) a un control, como si dijéramos de *logicidad*; puesto que la sentencia debe contener, en la parte llamada "motivación", la esquemática descripción del itinerario lógico que llevó al juez a las conclusiones incluidas en la parte dispositiva, y la justificación de los argumentos de derecho y de hecho que constituyeron las etapas de aquel recorrido, la casación, a título de "defecto de motivación", puede extenderse a censurar, no sólo la existencia ... sino también la consistencia, la perfección y la coherencia lógica y racional de esa motivación: no sólo a verificar si en la sentencia ha referido el juez como razonó, sino también a controlar si razonó bien, es decir, en forma que respondiera a las leyes de la lógica y, por tanto, de modo convincente y exhaustivo"; véase en su obra de síntesis — Casación Civil— pág. 107.

24 Para el estudio del interesante problema de la comunidad de la prueba y sus relaciones con la inmotivación de la sentencia, puede verse nuestro trabajo —La comunidad de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Civil— publicado en la obra —Derecho Procesal Civil - Jornadas Homenaje a los 50 años de docencia del Doctor Aníbal Rueda— págs. 82 a 108. Al cambio de criterio señalado, con citas de algunos fallos que lo reiteran, nos referimos en las págs. 103-4.

requiere que el fallo contenga los fundamentos de hecho y de derecho, mucho más precisa que la carencia de fundamentos que establecía el artículo 162 del Código derogado... más que errores de juicio, incurre en falta de motivación de la decisión, como modalidad propia del defecto de actividad en la formación del fallo, y en consecuencia, tal silencio de prueba, en todas sus manifestaciones, como defecto de actividad sólo es denunciable por recurso de casación por defecto de actividad con base en el ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, con alegato de violación del ordinal 4º del artículo 243 *eiusdem*, que puede colorearse con la denuncia de los artículos 509 y 12 del citado Código. (P.T. N° 4, Abril, 1993, págs. 314-5).

En relación con las formas como puede producirse el vicio de inmotivación por silencio de pruebas, es pacífico el criterio de la Sala, reiterado en reciente decisión y expresado en la forma siguiente:

...el vicio de inmotivación por silencio de pruebas se produce cuando el juez, contrariando lo dispuesto por el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, a) omite en forma absoluta toda consideración sobre un elemento probatorio, es decir, cuando silencia la prueba en su totalidad; y b) no obstante dejar constancia en el fallo de la promoción y evacuación de las mismas, prescinde de su análisis, contraviniendo la doctrina de que el examen se impone así la prueba sea inocua, ilegal o impertinente, pues justamente a esa calificación no puede llegar el juez si previamente no emite su juicio de valoración. (Sentencia de fecha 25-Junio1998 con ponencia del Magistrado José Luis BONNEMAISON W., en el juicio de Nicolás E. García Alfonzo contra Ven-American de Oriente C. A.; véase en P.T., N° 6, Junio, 1998, págs. 348-9).

Resulta de interés señalar los criterios de la Sala respecto a la valoración idónea de la prueba testimonial, para evitar el vicio de inmotivación, haciendo importantes precisiones; el pensamiento casacional se expresa así:

Lo expuesto permite determinar que la valoración de la prueba testimonial debe comprender la mención del interrogatorio formulado a los deponentes, porque ello constituye la base que permitirá al juez concluir cuáles son los hechos demostrados por la prueba analizada. No es necesario transcribir las preguntas, repreguntas y respuestas. Basta con una síntesis de todas ellas. Si el juez incumple con este deber, habrá silenciado las razones por las que aprecia la prueba testimonial y dictará entonces un fallo sin acoger el principio de autosuficiencia; esto es, que no se basta a sí mismo y requiere de elementos extraños para completarlo o perfeccionarlo, pues para

conocer el dicho de los testigos será necesario acudir al acta del expediente que contiene la prueba. (Sentencia de fecha 10-Marzo-1998 con ponencia del Magistrado César BUSTAMANTE PULIDO, antes citada).

En el mismo sentido puede indicarse otra reciente sentencia (02-Junio-1998) con ponencia del Magistrado Aníbal RUEDA, reiterando los criterios pacíficos de la Sala sobre la prueba testimonial, a saber:

La prueba testimonial exige que los jueces expresen los elementos intelectuales mínimos que le han servido para valorar esta prueba y, en ese sentido, es imprescindible que se indique, así sea en forma resumida, los particulares acerca de los cuales fueron repreguntados los testigos, las respuestas que dieron así como también los hechos pertinentes que el sentenciador da por demostrados con la evacuación de dicha prueba. Todo ellos a los fines de declarar si la acción o la excepción ha sido bien fundamentada en los hechos. (Sentencia dictada en el juicio de Deyanira Inmaculada Guevara Fragosa y otro contra Jaime Antonio Creixems Brito; véase en P.T. Nº 6, Junio, 1998, pag. 350).

En otro fallo se indica el vicio de inmotivación respecto a la prueba testimonial, en forma por demás ilustrativa:

De la lectura del fallo recurrido encuentra esta Sala que el sentenciador da por probado un hecho con las declaraciones rendidas por los testigos promovidos, sin indicar ni siquiera de una manera resumida, las respuestas dadas por dichos testigos a las preguntas y las repreguntas a que fueron sometidos, por lo que esta Sala no puede considerar suficientemente motivada la sentencia impugnada, y debe declarar procedente la denuncia examinada y así se decide. (Sentencia Nº 188, con ponencia del Magistrado Aníbal RUEDA, Exp. 96-781; la fuente es el disquete de jurisprudencia de Juris Computer del mes de diciembre de 1997).

En sentencia reciente de la Sala (26-Febrero-1998), con ponencia del Magistrado Héctor GRISANTI LUCIANI, se reitera el criterio tradicional de que “el vicio de inmotivación existe cuando la sentencia carece de fundamentos, y no cuando éstos sean escasos o exiguos”.

Frente a esta interesante cuestión de la motivación escasa o exigua, MARQUEZ AÑEZ ha hecho valiosas consideraciones, expresadas en la forma siguiente:

Cuando se toma en cuenta de los elevados objetivos que están involucrados en el requisito de motivación de los fallos, que lo erigen como valla contra la arbitrariedad, y que al mismo tiempo impone a los jueces deberes de investigación y raciocinio que deben reflejarse en su pronunciamiento, no es fácil aceptar la idea de que tales deberes pueden considerarse satisfechos, en los casos en que su cumplimiento ha sido insuficiente, mezquino, o limitado gravemente. Pero debo reconocer que en este punto de la exigüidad de la motivación, ciertamente se rozan áreas muy difíciles de reconducir en reglas claras de apreciación, que permitan establecer cuando la exigüidad rebasa el límite de una insuficiencia tolerable, para convertirse en una verdadera falta de motivación, y por lo tanto, dar lugar a la declaración del vicio por falta absoluta de fundamentos. (Págs. 69-70 de su ob. cit).

El autor concluye este planteamiento recomendando el empleo de los criterios sobre la apreciación en conjunto de los fundamentos en relación con la parte dispositiva, acogiendo así ideas de MATTIROLO expuestas en su Tratado de Derecho Judicial.

Pensamos que la Sala debe hacer una revisión profunda de los criterios tradicionales mantenidos sobre la motivación escasa o exigua. Esta importante cuestión debe solucionarse con el mayor cuidado, en beneficio del derecho de defensa y atendiendo a su indiscutible carácter de riguroso orden público.

En esta tarea de nuestra jurisprudencia de mayor rango, pueden servir de orientación las sabias palabras cargadas de humanismo de Piero CALAMANDREI:

... el juez no sólo puede sino que debe buscar la respuesta, más que en la ley, en su propia conciencia. La sentencia no surge directamente de la ley: surge de la conciencia del juez, estimulada por múltiples motivos psicológicos, entre los cuales la ley constituye el motivo más importante, pero no el único; un motivo que, para transformarse en sentencia tiene que encontrarse y fundirse, como en un crisol, con los demás motivos de orden moral, en contacto con los cuales se transforma, de abstracta proposición lógica, en concreta voluntad individual. (En la conferencia de Bari (1955) —La función de la jurisprudencia en el tiempo presente— publicada en sus —Estudios sobre el Proceso Civil— pág. 234)

Bibliografía

- BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo II, Tercera Edición. Ediciones Sales, Caracas, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Casación Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín E. J. E. A. Buenos Aires, 1959.
- Derecho Procesal Civil*. Estudios sobre el Proceso Civil (Vol. III) Traducción de Santiago Sentís Melendo E. J. E. A. Buenos Aires, 1973.
- CARROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición (póstuma) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.
- CUENCA, Humberto. *Curso de Casación Civil*. Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962.
- DE LA RUA, Jorge. *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.
- FAIREN GULLEN, Víctor. *El Razonamiento de los Tribunales de Apelación*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GODDING, Philippe. "Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen age a la fin du 18^o siecle" En: *La Motivation Des Desisions de Justice*. Etudes publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, 1978.
- GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El Hecho y El Derecho en la Casación Civil*. José María Bosch Editor, Barcelona. 1998.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El Recurso de Casación Civil* (Control de hecho y de derecho). Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- LEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. E. J. E. A, Buenos Aires, 1980.
- MANCUSO, Fulvio. "Per la storia della motivaciones della senteza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Nº1, Marzo, 1995.

- MÁRQUEZ AÑEZ, Leopoldo. *Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. "Origen Histórico del deber de Motivar las Sentencias". En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, 1977.
- PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Traducción de Luis Diez-Picazo. Editorial Civitas, S.A, Madrid, 1979.
- PICO I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. José María Bosch Editor, Barcelona 1997.
- RENGEL-ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)*. Editorial Arte, Caracas, 1979, Tomo II.
- TARUFFO, Michele. *La Motivazione Della Sentenza Civile*. CEDAM, Padova, 1975.
- ZERPA, Levis Ignacio. *El Razonamiento Jurídico*. En: -Temas de Derecho Mercantil. (Homenaje a al memoria del Dr. Hugo Marmol Marqués). Anales del Postgrado - Volumen I. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1989
- "La comunidad de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Civil" En: *Derecho Procesal Civil. Jornadas Homenaje a los 50 años de docencia del Dr. Aníbal Rueda- Vadell* Hermanos Editores, Valencia, 1998.

Servicios de seguridad privada en Venezuela . Políticas estatales, ordenamiento jurídico y percepción social

María G. Morais de Guerrero *

I. INTRODUCCIÓN

Desde la Segunda Guerra Mundial, más precisamente en los últimos 30 años, los Servicios de Seguridad Privada se han venido incrementando de manera notable en las democracias occidentales. Venezuela no ha sido una excepción.

En otras latitudes, en contraste con lo que ocurre en nuestro país, la proliferación de estos servicios ha despertado la inquietud en diversas autoridades gubernamentales (particularmente en Estados Unidos y Canadá), así como de los especialistas en Ciencias Sociales, dando lugar a una multiplicidad de estudios, coloquios y publicaciones sobre la privatización de la justicia, específicamente sobre la privatización de la función policial. Han surgido así una serie de interrogantes en relación al fenómeno; a los cambios en la naturaleza de la función policial; a la

* Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, investigadora responsable del trabajo denominado "Servicios de Seguridad Privada en Venezuela".

dicotomía seguridad pública/seguridad privada; a la delimitación de los espacios propios de cada una, su complementariedad, interdependencia o paralelismo; a las diferentes manifestaciones, niveles de organización y complejidad de estos servicios. Asimismo, los aspectos conceptuales han generado las más acaloradas polémicas.

Hace tiempo que el equipo del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello se preocupa por este tema porque poco a poco nos fuimos dando cuenta de que la seguridad privada está en todas partes, permea todas las dimensiones de la vida moderna y, aun cuando lo aceptemos de forma pasiva y condescendiente, ella invade cada vez más nuestra privacidad. Pasamos entonces a buscar las implicaciones socio-jurídicas del fenómeno, pareciéndonos importante averiguar si los servicios de seguridad privada estarían conculcando derechos de los ciudadanos. En tal sentido, solicitamos y obtuvimos del CONICIT financiamiento para desarrollar una investigación que empezó en noviembre de 1995 y culminó en febrero de 1998.

La observación del fenómeno, las interrogantes antes señaladas, así como las lecturas previas realizadas para elaborar el Proyecto de Investigación, condujeron a la formulación de las siguientes hipótesis iniciales:

- 1) La Seguridad Privada ha desbordado el actual ordenamiento jurídico y el Estado de Derecho;
- 2) El Estado ha estimulado y/o tolerado la implantación de las Empresas de Seguridad Privada;
- 3) La proliferación de los diferentes tipos de servicios de seguridad privada se debe entre otras razones, a la pérdida de confianza de los ciudadanos en la efectividad de los servicios de seguridad pública, a los intereses del capital y a los intereses particulares de policías y sobre todo de ex-policías.

El estudio tuvo como objetivo central hacer un diagnóstico sobre los orígenes y alcance de los Servicios de Seguridad Privada en Venezuela (en el lapso comprendido entre 1958 y 1996), indagando sobre su ideología, determinando su marco jurídico, evaluando las políticas estatales respecto a estos servicios, aportando datos sobre su dimensión y funcionamiento, incluso indagando la percepción que sobre ellos tienen los ciudadanos. Por otra parte nos pareció importante conocer la legislación de otros países, por lo cual hicimos un análisis comparado de varias

leyes y reglamentos extranjeros, especialmente latinoamericanos, referidos a los Servicios de Seguridad Privada.

La investigación nos deparó muchas sorpresas, la primera de ellas fue el tamaño y complejidad del universo a investigar. Al percatarnos de que estamos inmersos en un mundo donde todos y todo se vigila, entendimos que las manifestaciones del fenómeno eran infinitas, y, en consecuencia, establecer los límites de la investigación resultó ser una tarea difícil. Podríamos decir que el amplio y complejo mundo de la seguridad privada nos desbordó y por ello, aun cuando establecimos unas hipótesis que hemos llevado a corroboración, el grueso del estudio resultó ser un extenso diagnóstico descriptivo de las varias dimensiones del fenómeno: la jurídica, la estatal, la empresarial y la psico-social, lo cual exigió la realización de una serie de estudios complementarios y por ende la utilización de varios procedimientos y medios de intervención afines a la metodología cuantitativa y cualitativa.

El extensísimo Informe Final de la investigación se presentó en nueve capítulos más conclusiones y referencias, así como en cuatro documentos. En los capítulos, además de describir el proceso investigativo y el marco teórico, se desarrollaron los aspectos fundamentales de la investigación, se presentaron los resultados, se demostraron las hipótesis y se cumplió con los objetivos planteados. Los Documentos contienen el texto completo de los siguientes estudios complementarios: Estudio de casos: Centros Comerciales y Empresas de Seguridad; Entrevistas con los Empresarios y el Estudio de la percepción y actitud de la ciudadanía frente a la seguridad, a los Servicios de Seguridad Privada y a sus derechos.

A los fines de cumplir con los requerimientos reglamentarios del CONICIT hemos debido escribir este artículo que, en honor a la verdad, es una obra colectiva, pues resume el trabajo realizado por todos los investigadores que intervinieron en el proceso investigativo, inclusive en la redacción del Informe Final. Así, son co-autores de este artículo: Rosa del Olmo, Ruth Capriles, Cristóbal Cornieles, Antonio Silva, Bartolomé Romero, Carmen Elena Balbás, Elba Rísquez y Carla Serrano.

Fue muy difícil decidirnos sobre el contenido de este artículo, cuyos límites espaciales nos impone una síntesis muy apretada de los múltiples aspectos o dimensiones tratados en la investigación. Todos nos parecían interesantes y relevantes pero, finalmente, optamos por presentar algunos de los resultados que quizás constituyan el aporte más significativo de la

investigación: la posición asumida por el Estado Venezolano ante ese servicio-negocio, el funcionamiento de los servicios de seguridad privada en el marco del ordenamiento jurídico y en los linderos del Estado de Derecho, y la percepción social sobre dichos servicios. Lamentamos no incluir íntegramente, por razones de espacio, las referencias bibliográficas, porque éstas constituyen una contribución al conocimiento del tema y han sido una parte importante de la investigación¹.

II. EL ESTADO FRENTE AL SERVICIO-NEGOCIO DE LA SEGURIDAD PRIVADA

El estudio ha permitido demostrar que, el Estado Venezolano ha mantenido a lo largo de las tres últimas décadas una actitud de tolerancia, incluso de justificación racional y de fomento y protección de la seguridad privada. Esta demostración se basa principalmente en las conclusiones arribadas sobre: 1) el origen del servicio-negocio de la seguridad; 2) las dimensiones del mismo; 3) la debilidad en el régimen de los controles.

1. Origen del servicio-negocio de la Seguridad Privada

Para precisar los orígenes y la dimensión del servicio-negocio de la Seguridad Privada es necesario hacer algunas precisiones conceptuales.

El término *seguridad* es ambiguo e impreciso, tiene varias acepciones y su significado y contenido varía según el adjetivo que se le agregue: Seguridad de Estado, Seguridad Pública, Seguridad Individual o Personal, Seguridad Ciudadana, etc. Igual dificultad se presenta cuando se trata de precisar lo que es *privado*, puesto que es objeto de un intenso debate y se han hecho grandes esfuerzos para establecer los linderos entre lo público y lo privado. No obstante, nos pareció innecesario

1 El 21 de junio de 1974, once Compañías de Seguridad Venezolanas se reúnen y fundan la Cámara Nacional de Vigilancia y Protección-CANAVIPRO, con la intención de conformar un marco institucional para estas empresas y defender sus intereses. Esa Cámara afiliada a FEDECAMARAS y CONSECOMERCIO, agrupaciones con las que mantiene estrechos nexos, es una asociación muy dinámica que actúa inmediata y eficazmente ante cualquier amenaza a los intereses del gremio, bien sea que provenga de las instituciones estatales, de los medios de comunicación, de los trabajadores, de particulares, de otros gremios o de los competidores. En junio de 1996 agrupaba ochenta y cuatro empresas y en noviembre de 1997, ciento veinticinco.

enfascarnos en las discusiones y controversias que ambos términos suscitan, razón por la cual dejamos sentado que, a los efectos de la investigación, consideramos *privado* lo que no es estatal y que la palabra *seguridad* se circunscribe a la protección de personas y bienes. Si entendemos por *servicio* las acciones personales u organizacionales destinadas a satisfacer necesidades, queda claro que cuando usamos la expresión *Servicios de Seguridad Privada* nos estamos refiriendo a personas u organizaciones distintas al Estado, (independientemente de la forma que este asuma) que se disponen a satisfacer las necesidades de protección de otras personas, sean naturales o jurídicas y de sus bienes, de su patrimonio, su propiedad.

En toda la literatura que revisamos sobre el tema no encontramos ninguna definición satisfactoria de Seguridad Privada, puesto que su campo de acción es tan amplio y diversificado que los autores prefieren ofrecer un listado de las funciones o ensayar algunas clasificaciones. Acogiendo el mismo criterio no emprendimos la tarea de afinar conceptos y presentamos los tipos de Servicios de Seguridad Privada y algunas clasificaciones para luego identificar el marco dentro del cual desarrollamos la investigación.

Lo primero es distinguir entre los servicios de protección *contratados* y servicios de seguridad *internos o propios*. Los servicios contratados son aquellos prestados por empresas o particulares a cambio de un precio. Los servicios internos son los operados por las propias entidades o empresas públicas o privadas (compañías petroleras, complejos industriales, supermercados, tiendas por departamentos, etc.) para resguardar sus activos y operaciones, de daños y pérdidas. Los programas de protección interna no sólo hacen prevención, represión del delito y control sobre los actos de las personas efectuados dentro de la empresa, sino que comprenden también las pérdidas causadas por vandalismo, desperdicios, accidentes, fuego y desastres naturales. Suelen actuar en tres direcciones: a) seguridad física, que incluye los medios para controlar el acceso a la propiedad, protección externa de la misma, protección de la mercancía, valores e instalaciones; b) protección de la información: documentos, secretos industriales o cualquier tipo de información secreta; c) seguridad del personal que comprende las medidas necesarias para chequear las calificaciones del nuevo personal, los programas orientados a desarrollar la conciencia de seguridad entre el personal y la protección de ejecutivos.

Después, se debe distinguir las empresas que *fabrican y comercializan* equipos mecánicos y electrónicos de seguridad (llaves, puertas, vidrios de seguridad, alarmas, videos, cerrojos electrónicos, etc.) de las que operan con la *acción o actividad del hombre* (vigilancia, patrullaje, etc.). Entre las que operan con la actividad humana están las que realizan: **a) Vigilancia o custodia y protección** de personas y propiedades (residencias, comercios, bancos, industrias, colegios, espectáculos, valores, etc.), cuya finalidad es la prevención de delitos comunes, con vistas a evitar pérdidas; **b) Investigación** que provee información sobre la reputación y las actividades de las personas; actividades de los trabajadores dentro de las empresas, sobre actividades de empresas competidoras (espionaje industrial); antecedentes laborales, chequeos de curriculum, protección del crédito, personas desaparecidas, etc.; **c) Prevención de pérdidas**. Las agencias de protección especializadas en identificar las causas de las posibles pérdidas, los riesgos existentes y cómo evitarlos. Disponen y entrenan el personal para hacerlo; **d) Detección de delitos**, especialmente en lo referente a fraudes comerciales y delitos por computadora. Esta es una actividad que ya se acostumbra en Europa y que surge como consecuencia de que la policía pública no tiene herramientas ni el conocimiento adecuado para detectar este tipo de crimen y que las empresas víctimas de estos delitos prefieren mantenerlos en secreto, lo cual configura una forma de Justicia Privada.

Nuestro estudio se ubica en la categoría de *Servicios de Seguridad Privada por contrato que operan con la acción o actividad humana, ejerciendo funciones de vigilancia, custodia y protección de personas y propiedades*. Una vez precisados los límites de la investigación es sencillo ubicar exactamente la fecha de su aparición en Venezuela. Fue precisamente el 10 de octubre de 1958 cuando se crea la primera empresa de vigilancia en el país: *Serenos Asociados*, fundada por Guillermo Penso y Martín Gornés. El 17 de octubre del mismo año se constituye otra empresa denominada *Servicio PanAmericano de Protección*, dedicada al transporte de valores, fundada por Luis Del Pino, quien la vende posteriormente a la transnacional norteamericana de la Seguridad Brinks. En agosto de 1963, Nelson Dao funda la empresa *Transporte de Valores Caribe, C.A. (TRANSVLCAR)*, la cual nació para asegurar el abastecimiento de dinero al Banco del Caribe, pero que ha tenido un vertiginoso crecimiento al punto de que hoy tiene varias empresas filiales dedicadas al transporte y custodia de valores, documentos y paquetería. Opera a

nivel nacional y acapara el 50% del mercado de transporte de valores en el país.

El 15 de junio de 1965, José Antonio Olavarría, asociado con la Transnacional Wackenhut, funda *Venezolana de Seguridad y Vigilancia (VESEVICA)* y en octubre del mismo año Guillermo Penso crea *Serenos Metropolitanos*. En el año 1966 surgen tres compañías, *Guardianes Privados, S.A.*, (el 12 de abril), *VIPRICA*, (el 5 de agosto), fundada por Santos Gómez, ex-Director de la Digepol y la compañía de *Serenos Industriales y Comerciales, SERINCO* (el 23 de octubre), creada por Carlos Cifuentes. Estas fueron las primeras empresas del país, que surgen sin que existiese ninguna regulación jurídica en la materia. No había nada que impidiese su nacimiento, funcionamiento y desarrollo.

Si consideramos que la primera empresa se funda en el año 1958, más precisamente el 10 de octubre, es decir a escasos nueve meses de la caída de Pérez Jiménez, no se puede atribuir su surgimiento “al hampa desbordada”, a la “pavorosa inseguridad”, razones que actualmente se aducen para justificar el auge de estas compañías, porque tales fenómenos no tenían, en aquel momento, las dimensiones actuales. La verdad es que el surgimiento del negocio de la seguridad privada fue simultáneo con el proceso de transición de un orden dictatorial al sistema democrático. La movilización social, los disturbios callejeros, la guerrilla, las amenazas diversas al orden democrático en proceso de instalación favorecieron la tolerancia del Estado hacia el surgimiento de este negocio y su dedicación a cuidar la propiedad privada que el Estado no podía proteger en tales circunstancias de emergencia nacional y con una policía dedicada más a mantener el orden social que a resguardar la propiedad privada.

2. Las dimensiones del negocio

El Estado ha tolerado el crecimiento numérico de las empresas de seguridad privada, su extensión espacial (territorial) y la ampliación de sus operaciones. Para determinar la dimensión de los Servicios de Seguridad Privada, se optó por tomar dos elementos: la extensión de su campo de acción y la cantidad de empresas, efectivos, armamentos y recursos que manejan.

En Venezuela, según el artículo 2º del Decreto 699 (del 14-01-1975) que regula los Servicios de Seguridad en nuestro país, el Ministerio

de Relaciones Interiores puede autorizar el funcionamiento de tres (3) tipos de empresas:

- a) Vigilancia y Protección de Propiedades,
- b) Traslado de Valores,
- c) Investigaciones sobre Personas y Bienes.

Esta simple clasificación, sin embargo, esconde la variedad de servicios prestados. En el curso de la investigación detectamos que las empresas prestan los siguientes servicios: vigilancia física de residencias y vehículos; vigilancia en el hogar durante celebraciones y vacaciones; servicio de respuesta de alarma, vigilancia bancaria; vigilancia en comercios, clínicas y escuelas; vigilancia industrial; protección de ejecutivos y personalidades; seguridad de eventos; protección de urbanizaciones, casetas; traslado de valores, blindaje de vehículos; vigilancia de transporte de mercancías secas; investigaciones especiales; detección y prevención de pérdidas; ingeniería de seguridad: tecnología de vanguardia en circuito cerrado de televisión, control y monitores de seguridad; sistema de intercomunicación de audio y video; detección y alarma contra incendio; instalación de sofisticados equipos de acceso; detección mediante alarma de intrusos; busca personas; envío expreso-traslado de documentos; adiestramiento básico en tiro policial y de combate; curso avanzado en el uso de armas de fuego; curso básico para agentes de seguridad industrial y protección familiar; curso para instructores FIE-30; curso técnico avanzado policial para agentes municipales.

Del artículo “Lupa con esos cachos” publicado en la Revista Feriado (*El Nacional*, 28-1-1996), firmado por Juan Barreto, se puede extraer un listado de casos que atienden los investigadores privados: “amores traicionados de todo tipo (60% de los clientes son mujeres, 30% hombres y 10% indefinidos); niños y adolescentes desaparecidos; madres que mandan vigilar niñas para saber si son vírgenes o a los varones para saber si realmente lo son; empresas que mandan seguir a sus ejecutivos en los viajes de negocios para saber con quiénes se reúnen; fieles que mandan a investigar la vida de los religiosos; corporaciones que sufren hurtos; espionaje industrial; recomendaciones a compañías que quieren preservar secretos; cangrejos policiales”.

Es evidente que las empresas de seguridad prestan servicios que exceden los límites establecidos por el Decreto 699. De ahí que los propios empresarios, sintiendo que están actuando en la ilegalidad, vengan

insistiendo en la necesidad de un nuevo Reglamento. A finales del año 1995, introdujeron un proyecto de "Reglamento de los Servicios de Seguridad Privada", en el cual se enrolan y definen las modalidades de servicios de manera a cubrir todas las actividades que realizan, pero hasta ahora el Estado no ha respondido a ese planteamiento.

De acuerdo al *Registro de Empresas de la Dirección de Armas y Explosivos* del Ministerio de Relaciones Exteriores (M.R.I.) podríamos clasificar la Seguridad Privada en Venezuela en dos grandes grupos: a) Empresas y Agentes Privados por Contrato; b) Seguridad Interna de grandes Empresas y Corporaciones.

Según las actividades que realizan podríamos clasificarlas en: a) Empresas que fabrican y venden sistemas de seguridad mecánica y electrónica sin la participación del vigilante; b) Empresas que venden sistemas de seguridad electrónica (respuesta de alarma) incluyendo en el mismo paquete el vigilante, el equipo, y el mantenimiento de los equipos; c) Vigilancia: bancaria, seguridad residencial, seguridad industrial y comercial, seguridad petrolera, custodia de personas, y del transporte de mercancía seca; d) Transporte de Valores; e) Investigaciones.

Los Servicios de Investigación sobre personas y bienes están autorizados en el art. 2º del Decreto 699 y los arts. 23, 24 y 25 tienen dispositivos que se refieren a los requisitos que deben reunir quienes quieran dedicarse a este tipo de servicios, a la obligación de indicar en sus tarjetas de identificación el carácter del servicio que prestan y al deber de denunciar ante la autoridad correspondiente cuando tenga conocimiento de algún hecho punible. No obstante, según las Memorias y Cuentas del M.R.I., a partir de 1986, dichos servicios desaparecen y en 1989 se explica que la desaparición es parte de la política estatal. Obsérvese que a pesar de ello, las empresas autorizadas como "de vigilancia" realizan investigaciones. Además, en las páginas de clasificados de la prensa nacional abundan avisos que ofrecen servicios de investigación.

Por último, dentro del punto del campo de acción de la Seguridad Privada es necesario señalar que se viene observando la tendencia de la Policía Pública a privatizar sus servicios. En el mes de mayo de 1996, la prensa nacional ha reseñado la airada reacción de la Cámara Nacional de Vigilancia y Protección ante el hecho de que algunas Policías Municipales y Estadales están cobrando por los Servicios de Seguridad que prestan a particulares. Las Entidades Federales donde esto estaría ocurriendo son Lara, Zulia, Carabobo, Aragua y Anzoátegui.

En cuanto al aspecto cuantitativo en Venezuela, el panorama es el siguiente: según los datos obtenidos en junio de 1995 en la División de Operaciones de la Dirección de Armas y Explosivos del M.R.I., hasta diciembre de 1994 estaban registradas en dicho Ministerio 339 Empresas de Seguridad (11 de las cuales aparecen como inactivas), distribuidas así: 326 de Vigilancia y Protección, 12 de Traslado y Custodia de Valores y una de investigación. Asimismo, el Ministerio exhibió, en aquella ocasión, un registro de 316 comercializadoras, sin especificar si eran de armas u otros dispositivos de seguridad.

Exactamente un año después, en junio de 1996 obtuvimos otro listado del M.R.I. que reporta 420 empresas de seguridad autorizadas hasta mayo de aquel año, 17 de ellas inactivas. Solamente 9 están registradas como “sin fines de lucro”, es decir, empresas que cuentan con su propia seguridad interna. En mayo de 1997 obtuvimos otro listado donde se encuentran 102 nuevas empresas, autorizadas por el Ministerio de Relaciones Interiores entre mayo de 1996 y abril de 1997. Para mediados del año 1997 habían en Venezuela 522 Empresas de Seguridad.

Estas cifras no incluyen, evidentemente, las llamadas compañías “piratas”, que según declaraciones del actual Director de Armas y Explosivos, Coronel César Loaiza son aproximadamente 200 (El Nacional, 9 de septiembre de 1996, p. D8). Dichas compañías son las que no están autorizadas por el Ministerio de Relaciones Interiores pero que igualmente funcionan, la mayoría de la manera más precaria y desde los lugares más insólitos: maletas de carro, celdas de los penales, estacionamientos, etc. También hay otras, igualmente “piratas”, pero perfectamente organizadas.

El estudio permitió detectar la progresión de las autorizaciones que se ha acentuado en la década de los 90. En el lustro 90-94, hubo un incremento de 200% de autorizaciones en relación al lustro anterior. De 1990 hasta mayo de 1996 se autorizaron 234 empresas, lo que representa más del 50% de todas las autorizaciones concedidas en los 15 años anteriores. Si queremos identificar la progresión con los períodos presidenciales, encontramos que durante el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez se autorizaron 50 compañías; en el de Luis Herrera Campins, 47; en el de Jaime Lusinchi, 53; en el segundo de Pérez, compartido por Ramón J. Velásquez, 256. En el gobierno de Caldera, hasta mayo de 1996, se habían autorizado 95 (incluidas en el gráfico), pero posteriormente hasta abril de 1997, se autorizaron 109 más, que suman 215.

El estudio detectó además una expansión de los Servicios Privados en el territorio de la República. Es así como, a partir del año 1991, la mayoría de las autorizaciones conferidas por el Ministerio de Relaciones Interiores corresponden a empresas con sede fuera del área metropolitana de Caracas. La expansión territorial de las empresas es más significativa porque muchas de ellas, con sede en Caracas tienen múltiples oficinas y sucursales en el interior del país.

En cuanto al aspecto referido al número de efectivos y armamentos, el estudio permitió concluir que estamos ante una poderosa industria que dispone de un verdadero ejército armado, realizando las más diversas funciones de vigilancia, que maneja millones, que han constituido verdaderos "holdings" de empresas, algunas de ellas conectadas con capital transnacional.

En 1991, Andrés Olavarría, entonces presidente de la Cámara Nacional de Vigilancia y Protección (CANAVIPRO)², presentó al Ministro del Interior Alejandro Izaguirre, un programa de cooperación entre Policía Pública y Empresa Privada. En dicho documento expresó que el número de vigilantes privados excedía ampliamente el número de oficiales adscritos a los diferentes entes policiales del Estado, siendo el presupuesto destinado a la Seguridad Privada considerablemente mayor que el asignado a las diferentes policías del país. Textualmente dijo que "existen 6.000 efectivos de la Policía Técnica Judicial en todo el país y 8.000 agentes adscritos a la P.M. En cambio existen más de 20.000 vigilantes privados en todo el territorio nacional. En relación al presupuesto del Estado, la P.T.J. cuenta con 800 millones de bolívares anuales y la P.M. con 1.650 millones mientras que las Empresas de Vigilancia Privada manejan anualmente un presupuesto de 4.100 millones de bolívares.

En junio de 1996, dicha Cámara consideraba que la facturación anual de las empresas estaba por el orden de 81.000 millones de bolívares,

2 El 21 de junio de 1974, once Compañías de Seguridad Venezolana se reúnen y fundan al Cámara Nacional de Vigilancia y Protección - CANAVIPRO, con la intención de conformar un marco institucional para estas empresas y defender sus intereses. Esa Cámara afiliada a FEDECAMARAS y CONSECOMERCIO, agrupaciones con las que mantiene estrechos nexos, es una asociación muy dinámica que actúa inmediata y eficazmente ante cualquier amenaza a los intereses del gremio, bien sea que provenga de las instituciones estatales, de los medios de comunicación, de los trabajadores, de particulares, de otros gremios o de los competidores. En junio de 1996 agrupaba ochenta y cuatro empresas y en noviembre de 1997, ciento veinticinco.

cifra a la cual llegan haciendo la sencilla operación de multiplicar el costo mensual del servicio por vigilante (Bs.150.000.00) por el número de vigilantes (45.000) y por 12 meses. Eliseo Sarmiento, Presidente de Consecomercio, expresó que las Empresas de Comercio y Servicio invierten 36.000 millones de bolívares en el mantenimiento de Servicios de Seguridad (costo que considera un impuesto indirecto y es trasladado al consumidor), (Seguridad en Acción N° 1, año 1996, p.18). El estudio de Caso sobre Empresas de Seguridad que realizamos en el curso de la investigación arroja cifras impresionantes. Algunas empresas, especialmente las dedicadas al transporte de valores han llegado a facturar, durante el ejercicio 1994-1995 aproximadamente 6 mil millones de bolívares.

El número de vigilantes que presta sus servicios a las empresas de seguridad es muy difícil de precisar debido a la altísima rotación de los mismos en sus puestos de trabajo. Igual dificultad se encuentra para estimar el porte de armas porque el M.R.I. es incapaz de llevar el control de armas extraviadas y recuperadas. No obstante, Cristina Hoag estima que desde el comienzo de la década presente las filas de los vigilantes privados han ido aumentando a razón de 20% anual, y que sólo en Caracas, los 8.000 vigilantes privados que trabajan en la ciudad igualan el total de efectivos de los cuerpos de seguridad (Seguridad en Acción N° 1, año 1996, p. 20).

3. La debilidad en el Régimen de los Controles

La tolerancia del Estado se manifiesta también en la laxitud e inoperancia de los controles que, tanto a nivel normativo como a nivel fáctico, ejerce o debería ejercer sobre las Empresas de Seguridad Privada. Se entiende por nivel normativo, la actividad reguladora expresada en el marco jurídico de los Servicios de Seguridad Privada, conformado por normas legales, que regulan incidentalmente esta actividad y normas sub-legales, contenidas tanto en Decretos como en Resoluciones ministeriales. El nivel fáctico se expresa a través de la actuación de los organismos estatales encargados de diseñar y aplicar las políticas y hacer cumplir las normas. Evidentemente ambos niveles se enlazan.

A. El control normativo

Desde 1958 hasta 1966, es decir, durante los ocho primeros años de existencia de las Empresas de Seguridad Privada en el país, el negocio transcurre en una especie de limbo normativo. Los primeros servicios de

vigilancia y protección surgieron al solo amparo de la Ley de Armas y Explosivos de 1939 y su Reglamento. La acción del Estado se manifiesta, si acaso, esporádicamente en algunos actos puntuales de algunas entidades públicas que asumen inherencia en el asunto. Por relatos de empresarios de la Seguridad Privada, sabemos que en esos primeros años del negocio, los vigilantes privados obtenían de las Prefecturas carnets como policías *ad honorem* que fungían como autorizaciones de portes de armas (escopetas, principalmente).

De acuerdo a la Ley de Armas y Explosivos de 1939, es el Ejecutivo Federal el encargado de autorizar portes, permisos de fabricación e importaciones de armas no prohibidas (las armas que no son de guerra, tal y como son definidas en el Art. 9º de la LAEX). Por su parte el Reglamento de la Ley previó, en su artículo 38, la posibilidad de importar armas para algunos fines, tales como el transporte de valores y el “resguardo de una hacienda o fundo pecuario”, lo cual pudiera considerarse como una previsión relacionada con los Servicios de Seguridad Privada, aun cuando no constituyera una regulación específica de los mismos. También el Ministerio de Comunicaciones tiene durante esos primeros años alguna inherencia en el negocio, pues era el organismo que otorgaba permisos a los transportistas de valores para carga y descarga en bancos, comercio e industrias en general.

El 12 de agosto de 1963, y probablemente vinculado al proceso de afianzamiento de la democracia, la lucha contra la guerrilla y las elecciones que se efectuarían ese mismo año, el Ministerio de Relaciones Interiores emite una Resolución (Nº 9), mediante la cual rescata como de su competencia la expedición de permisos de portes de armas destinadas a fines distintos a la cacería. Esa competencia le había sido conferida por el Reglamento de la Ley de Armas y Explosivos de 1940 (G.O.Nº 20.170), en su Art. 40, epígrafes 1º y 2º donde se estipula el Ministerio de Relaciones Interiores como el órgano competente para expedir permisos de porte de arma; y como lugar de control de armas mediante un Registro de todos los portes. De tal forma, la resolución ministerial de 1963 no hace sino reiterar la normativa del año 40 que aparentemente no era cumplida hasta la fecha, o era suplida por la actuación de las Prefecturas. Puede presumirse esa reiteración como necesaria dentro del proceso de control estatal de la guerrilla armada interna, pero con ese acto, y a efectos del negocio de la seguridad privada, el MRI se establece, desde entonces, como la oficina del Ejecutivo encargada del control de armas. El

funcionamiento de las Empresas de Seguridad Privada, sin embargo, parece permanecer en manos del poder municipal o estatal que hubiese reclamado la competencia.

Desde 1963, algunas decisiones públicas parecen ir gestando el proceso hacia la definición del servicio-negocio de la seguridad privada y su primera regulación en 1966. Se producen entonces decisiones que comienzan a enmarcar la política estatal frente al servicio-negocio. Además de la mencionada Resolución del MRI, encontramos algunos dictámenes de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia que definen por primera vez la legitimidad del negocio y los límites del mismo.

Pueden organizarse sociedades privadas, cumpliendo los requisitos exigidos por las leyes civiles y mercantiles, que tengan por objeto la vigilancia de bienes y personas, siempre que tales organizaciones no traten de atribuir funciones policiales. Incluso los empleados de esas sociedades pueden portar armas siempre que cumplan con las disposiciones de la ley sobre Armas y Explosivos. (Dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, nº 104 del 6.7.1964).

Este dictamen, y otros similares, justifican por primera vez de parte del Estado la existencia del negocio de la seguridad privada como ejercicio legítimo de la actividad lucrativa y de defensa de la propiedad privada; y traza una primera línea limítrofe entre las actividades públicas de policía y las actividades privadas de defensa de personas y propiedades; línea que con el tiempo se irá marcando como distinción fundamental entre las funciones coercitivas propias del poder público y las preventivas, como opción por el propio ciudadano; la cual constituirá con el tiempo no sólo la definición por excelencia del ámbito de legitimidad de la actividad privada, sino además la justificación misma del ejercicio privado de una función que podría considerarse hegemónica del Estado.

En 1966, el Decreto N° 559 del presidente Raúl Leoni somete el servicio-negocio de la Seguridad Privada a una primera regulación. La relevancia de este decreto reside evidentemente en la emisión de una normativa específica para un negocio peculiar por la índole de su función en el ámbito de la seguridad pública, y que había proliferado durante ocho años bajo regulaciones generales y acciones ejecutivas dispersas, discrecionales y puntuales. Puede decirse entonces que en 1966 se manifiesta por primera vez una voluntad y una política del Estado más o menos coherente frente al negocio de la seguridad privada. Esa normativa ancla el cumplimiento de la política estatal en el MRI y representa además

el primer marco regulatorio y controlador de la actividad privada en esa área difusa que es la seguridad pública. No podemos extendernos aquí en el contenido e implicaciones de esa normativa, sin embargo vale insistir en la significación de la misma como emisión de una voluntad estatal. Con ella el Estado hace dos cosas: 1º reconoce que es legítimo el ejercicio privado de protección de personas y bienes; 2º determina que dada la cercanía de esa función con la función de salvaguardar la seguridad de las personas y sus bienes, esa actividad privada funcionará mediante autorización especial del MRI y deberá someter a inspección oficial la naturaleza de sus actividades, su nómina de vigilantes, y el registro y autorización de los medios de producción: las armas.

La intención controladora del Decreto es clara y una detenida lectura del articulado pone de manifiesto la amplia discrecionalidad concedida al ente controlador, hecho que se repite en el Decreto Nº 699 actualmente vigente y que acarrea consecuencias negativas consecuencias que comentaremos más adelante.

Ocho años después se inició una preocupación estatal por la reforma del reglamento a fin de incluir aspectos no contenidos en el entonces vigente. Así, el 12 de noviembre de 1974 se dicta el Decreto Nº 534, publicado en la Gaceta Oficial Nº 30.584 del 27 de diciembre, y que estuvo vigente por escasos días porque el artículo 5º excluía al personal de los servicios de protección de la legislación laboral, al considerarlos cuerpos armados. Fue tanta la discusión generada que el Decreto 534 debió ser sustituido, días después, por el Decreto Nº 699, del 14 de enero de 1975, publicado en la Gaceta Oficial Nº 30.597 de la misma fecha.

El Decreto Nº 699, el vigente *Reglamento de los Servicios de Vigilancia, Protección e Investigación*, a semejanza del Decreto Nº 559, concentra en manos del Ministerio de Relaciones Interiores las facultades de autorización y control de las empresas ampliando considerablemente el listado de requisitos para la concesión de las autorizaciones (art. 8º) e introduciendo disposiciones relativas al armamento, vehículos y formación del vigilante.

El Decreto contiene disposiciones destinadas a controlar las armas (tipo de armamento permitido, importación, fiscalización, etc.) y la formación del vigilante, aspecto directamente relacionado con el control de calidad del servicio prestado.

El Decreto 699 establece, en sus arts. 26, 27 y 28, básicamente tres mecanismos de control:

a) remisión de un informe contentivo de la relación del personal en servicio, la relación de clientes y la relación del personal retirado;

b) necesidad de aprobación por parte del M.R.I. de cualquier modificación habida en la empresa: ubicación, organización, estructura, horario de trabajo, titularidad de acciones;

c) Inspecciones periódicas. Las *sanciones* previstas en el Título IV, arts. 29 al 32 son dos: la suspensión y la revocatoria de la autorización. No obstante, los dispositivos reglamentarios sobre el particular no dejan claro las reglas del juego, concediendo al M.R.I. una discrecionalidad tan amplia que propicia la inercia o la arbitrariedad de los controladores, incidiendo en la realización de las inspecciones y otras formas de control y favoreciendo la inoperancia de las sanciones. A falta de sanciones, los empresarios inescrupulosos abusan. Sabemos por ejemplo que en la práctica, muchas empresas autorizadas para vigilancia hacen investigaciones y exceden el límite territorial autorizado. Está además el elevado número de empresas "piratas", sobre las cuales no se ejerce ningún control.

Con posterioridad a esa regulación general de 1975, fueron dictándose normas complementarias, por decretos y por resoluciones ministeriales. Se dictaron, así, normas presidenciales en materia de seguridad bancaria en 1977 con vigencia a partir de 1978, y resoluciones del Ministerio de Relaciones Interiores sobre uniformes (1981), evaluaciones psicológicas (1982), registro de vigilantes y transportistas (1985) y cursos básicos de adiestramiento (1991). Además, se dictó una resolución sobre pago por parte de las empresas de los derechos fiscales por concepto de la autorización de porte de armas de vigilantes y transportistas (1987) por parte de los Ministerios de Relaciones Interiores y del Trabajo, conjuntamente. Todo ello, constituye sin duda, expresiones de control por vía normativa que deberían completar el Decreto 699, pero no han logrado cumplir cabalmente su objetivo. Así, los hallazgos de la investigación nos permiten afirmar que el control desde el punto de vista normativo es débil puesto que adolece de imprecisiones, vacíos y confusiones, que en nada coadyuvan o propician la eficacia de los controles en la práctica.

B.- El control fáctico

El órgano público, directamente encargado del control de las Empresas de Seguridad Privada es el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección Nacional de Armas y Explosivos (DINAEX), tal como consta en el Reglamento Interno de ese Ministerio, dictado el 15 de enero de 1993 (Gaceta Oficial Nº 4517, extraordinaria de la misma fecha). En efecto, el numeral 2.1.3. establece que corresponde a la División de Operaciones: a) realizar periódica y sistemáticamente, la fiscalización de las empresas de vigilancia privada, de las empresas de vigilancia propia, de las empresas de investigaciones privadas, de los centros de formación de vigilantes, de los transportistas de valores e investigadores, de las fábricas de fuegos artificiales y de los talleres de reparación de armas de uso civil; b) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre el funcionamiento de las empresas sujetas a su área de competencia. No obstante, el proceso investigativo reveló que a nivel práctico la improvisación y la discontinuidad es la característica de la actividad controladora de la Dirección de Armas y Explosivos.

Hemos tomado como indicadores para evaluar los controles fácticos: **a)** el proceso de otorgamiento de autorización a una empresa de seguridad y **b)** las inspecciones.

a) *El proceso para la concesión de autorizaciones* es larguísimo - consta de 21 trámites o pasos- y exige del aspirante la presentación de 24 documentos. De esos, 19 son requisitos contemplados en el Decreto 699 y los demás son solicitados adicionalmente por la DINAEX. No hay lapso definido para la duración de estos trámites, ya que esto depende exclusivamente del interés del solicitante; en promedio, a grosso modo, se tarda más de un mes.

Si nos basamos en la cantidad de recaudos exigidos y en lo minucioso del proceso de autorización, jamás se podría explicar la enorme cantidad de empresas de seguridad que existen en el país autorizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Como sabemos, hay años cuando se autorizaron más de 100 compañías. Si el proceso se llevara tal como está previsto, la cantidad de funcionarios involucrados tendría que ser mucho mayor o, los que hay tendrían que hacer muchas horas extras. Todo ello hace suponer que en algún momento o instancia se obvian requisitos y saltan el procedimiento.

b) Respecto a las Inspecciones, éstas se realizan de manera totalmente discrecional. El director de la DINAEX, conjuntamente con los Jefes de cada División realizan el trabajo como mejor les parece y pueden, en función de los recursos disponibles. El criterio para las inspecciones varía de director a director, ya que los continuos cambios de política impiden darle coherencia y continuidad al trabajo. No hay un patrón estándar de lo que se va a inspeccionar ni está establecida la periodicidad de las visitas. Las inspecciones se hacen, principalmente, por **crisis**, (léase: cuando se presenta algún problema con una empresa), como por ejemplo, robo de armamento, una compañía denunciada por ilegal, etc. Debido a la falta de recursos y equipos, la Dirección no puede hacerse cargo de todas las visitas que requerirían la cantidad de compañías que funcionan a nivel nacional. Así, las inspecciones son aleatorias, realizadas al azar por uno solo de los funcionarios de la División de Operaciones, durando, en promedio, medio día de trabajo. El funcionario efectúa la inspección con base en un instructivo diseñado por la Dirección y formalmente debe chequear 36 documentos. Cualquiera que lea el listado de ítems a supervisar se percata de que es absolutamente imposible examinarlos en cuatro horas, ni siquiera en un día.

Otros problemas que deben afrontar las inspecciones son el soborno, la corrupción del funcionario encargado de realizarlas (sobre el particular no es necesaria suspicacia, cuando se sabe que en el año 1997 los sueldos de los controladores no superaban los Bs.75.000) y el atraso tecnológico en el manejo de la información ya que todo se registra, contabiliza y lleva manualmente, lo que merman, indiscutiblemente, la eficiencia y eficacia del trabajo.

En cuanto a los efectos de las inspecciones resultó patente lo laxa y permisiva que es la actitud asumida por la DINAEX, que en todo momento busca mediar, conciliar y solucionar las fallas. Se evita suspender o revocar una autorización para evitar complicaciones mayores: dejar sin trabajo a un contingente de hombres o el cliente sin vigilancia.

La inoperancia controladora del Estado no se agota con la actuación de la DINAEX sino que se repite en las instituciones que colateral o incidentalmente deberían ejercer funciones de control de algunos aspectos de la seguridad privada. Por ejemplo, el INCE, al que le corresponde el control de calidad de la formación de vigilantes, y el Servicio de Armamentos de las Fuerzas Armadas, que debería controlar las armas utilizadas por las empresas.

Ante la incapacidad del Ministerio de Relaciones Interiores para cumplir su función controladora, los empresarios se han visto en la necesidad de solicitar inspecciones, de financiar las supervisiones estatales y de implementar sus propios mecanismos de control a través de la Cámara que las agrupa (CANAVIPRO).

Se podría concluir esta acápite afirmando que las políticas y acciones estatales hacia el servicio-negocio de la seguridad privada son ambiguas y erráticas, evadiéndose consistentemente la regulación de esas relaciones en forma de Ley, permitiendo flagrantemente su expansión numérica y territorial, así como la actuación discrecional de los funcionarios encargados del control de los servicios. Así el estudio confirmó la hipótesis de que el Estado ha estimulado y/o tolerado la implantación de las Empresas de Seguridad Privada.

III. SEGURIDAD PRIVADA, ORDENAMIENTO JURÍDICO Y ESTADO DE DERECHO

Como dijimos anteriormente, una de nuestras hipótesis era la de que la Seguridad Privada ha desbordado el actual ordenamiento jurídico venezolano. El estudio permitió confirmar esta conjetura inicial porque se demostró que: 1) el marco jurídico de los Servicios de Seguridad Privada es insuficiente; 2) estos servicios ejercen un control social paralelo al del Estado y, 3) su actuación puede vulnerar derechos de los ciudadanos. Expliquemos, brevemente estos hallazgos:

1. El marco jurídico de los Servicios de Seguridad Privada es insuficiente

El marco jurídico de los Servicios de Seguridad Privada en Venezuela está conformado por normas de rango legal y sub-legal, fundamentalmente por Decretos y Resoluciones. Por regla general las normas dirigidas específicamente a regular esta actividad son de rango sub-legal, a excepción de algunas disposiciones de la Ley de Timbres Fiscales y la Ley de Armas y Explosivos. Dicho marco jurídico se resume de la siguiente forma:

1. Leyes Relacionadas:

Ley de Timbres Fiscales (27-5-1994), (Arts.8 y 48); Ley de Conscriptión y Alistamiento Militar (21-8-1978), (Art.18); Ley de Armas y

Explosivos (12-6-1939), (Arts.21, 22 y 24), Reglamento de la Ley de Armas y Explosivos (13-2-1949), (Art.38)

2. Decretos Presidenciales:

Decreto N° 699 “Reglamento de los Servicios Privados de Vigilancia, Protección e Investigación” (14-1-1975); Decreto N° 2514 “Normas Generales de Seguridad Bancaria” (27-12-1977); Decreto N° 2410 “Creación del Consejo por la Protección de Institutos Financieros” (8-7-1992)

3. Resoluciones Ministeriales (Ministerio de Relaciones Interiores)

Resolución N° 49 “Sobre Uniformes” (5-2-1981); Resolución N° 108 “Sobre Exámenes a Personal de Empresas de Seguridad” (1-2-1985); Resolución N° 186 “Sobre Registro Nacional de Vigilantes Privados y Transportistas de Valores” (20-8-1985); Resolución N° 0336 “Sobre Derechos Fiscales por permiso de porte de armas” (29-4-1978), Resolución N° 0025 del Ministerio del Trabajo; Resolución N° 368 “Sobre Cursos de Adiestramiento” (5-2-1991); Resolución N° 543 “Sobre Uniformes” (30-12-1997)

La normativa dirigida específicamente a los Servicios de Seguridad Privada regula las siguientes materias: régimen de autorización y control de las empresas que prestan estos servicios; régimen de ingreso, capacitación y control de los vigilantes privados; régimen de control de los servicios y actividades desarrolladas, límites y condiciones de prestación de servicios; régimen tributario; uniformes; servicios de seguridad bancaria. No obstante, el contenido de esa normativa es insuficiente para establecer con claridad los límites de los servicios de seguridad privada, para regular todas las actividades que realizan y todos los servicios que actualmente prestan y controlar la operación de las empresas y vigilantes. Estas limitaciones son graves porque no abordan la regulación de aspectos fundamentales y adquieren mayor importancia con la inserción de esos servicios dentro del proceso globalizador³.

3 El estudio demostró que la faz del negocio de la Seguridad Privada está cambiando rápidamente por la influencia de los procesos de globalización. Detectamos un negocio impulsado por los acontecimientos actuales de flujos de inversiones extranjeras y globales. Vimos el capital transnacional vinculado a nuevas inversiones bancarias, turísticas y petroleras entrando en el negocio local de la Seguridad Privada e impulsando a nuevas asociaciones regionales.

Además de la insuficiencia de la normativa, el estudio nos permitió advertir que la reglamentación de los Servicios de Seguridad Privada es inconstitucional. En efecto, estos servicios son actividades de servicio público que se materializan a través de actividades de policía pero no son un servicio público en sentido restringido, pues ninguna ley los ha reconocido o previsto como tales. En consecuencia, los particulares pueden desarrollar esas actividades dentro del marco del ejercicio del derecho a la libertad económica, consagrado en el artículo 96 de la Constitución de la República, sin más límites que los establecidos en la Ley por motivos de interés general. De allí que, cualquier restricción al desarrollo de esas actividades establecido en actos de rango sub-legal es inconstitucional, debido a que vulnera la garantía constitucional de la reserva legal, consagrada en el numeral 24 del artículo 136 ejusdem. Ocurre que una porción significativa de las normas de rango sub-legal que conforman el marco jurídico de estos servicios establecen limitaciones y restricciones a los particulares para desarrollar esas actividades estando por lo tanto viciadas de inconstitucionalidad por vulnerar el derecho a la libertad económica y contravenir la garantía de la reserva legal.

2. Los Servicios de Seguridad Privada ejercen un control social paralelo al del Estado

Sin duda, las actuaciones de los Servicios de Seguridad Privada ejercen control social porque se corresponden con los elementos identificados por los autores como elementos característicos de dicho control y que serían: definición de determinada conducta como censurable; detección e identificación del responsable; restricción, supresión y sanción de ciertas conductas, bien sea cuando su prohibición se encuentra en una norma legal o cuando su prohibición o censura emanan de una norma social no escrita ni sancionada por el Estado.

Dichos servicios ejercen una nueva y peculiar forma de control que no se realiza desde el Estado ni opera dentro de los límites del Derecho Penal. Es un control paralelo al ejercido por el Estado que se mueve dentro de un sistema de justicia propio, siendo más amplio que el ejercido por las instancias públicas. A este sistema de justicia privada no le interesa cumplir las formalidades de los procesos legales, sino resguardar los activos de la empresa que contrata seguridad privada y para ello tipifica conductas y crea sanciones.

Los Estudios de Caso, tanto el de los centros comerciales como el de las empresas, permitieron demostrar que son los gerentes, coordinadores y jefes de operaciones de las empresas de seguridad, en combinación con sus clientes, o los reglamentos y/o decisiones de las juntas de condominio, quienes definen los comportamientos del público lesivos a los intereses privados, y las sanciones correspondientes. Esto implica que las acciones que van a ser prevenidas o sancionadas pueden ser, además de las definidas en la ley penal, otras que el Estado no considera delitos pero que perjudican los intereses de la empresa contratante. Se detectó que una persona puede no haber cometido delito alguno y ser retenida por haber vulnerado alguna de las definiciones hechas en el ámbito privado. Igualmente se apreció cómo ese sistema de justicia privada institucionaliza formas de negociación, mediación, arbitraje y arreglos entre el infractor y los propietarios, que reemplazan los conceptos de culpa y delito por los de riesgo y pérdida. Por eso no se denuncia los delitos cometidos en el área privada, actuándose de acuerdo a los procedimientos legales establecidos sólo cuando resulta inevitable.

Se demostró asimismo la ampliación del control en el sentido de que se vio claramente cómo los miembros de una empresa, ajenos al departamento de seguridad, participan también en estas funciones detectando riesgos y pérdidas. El desarrollo de la tecnología de vigilancia también amplía el control en el sentido de hacerlo constante e invisible.

3. La actuación de los Servicios Seguridad Privada vulnera o puede vulnerar derechos de los ciudadanos

Se constató que la actuación de las empresas de Seguridad Privada puede violar en determinado momento cualesquiera de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Siendo estos servicios iguales o parecidos a los prestados por las policías públicas, los derechos que se encuentran en una situación especial de riesgo de ser vulnerados son: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad de tránsito, a la igualdad y la no discriminación, a la vida privada o la privacidad, a la inviolabilidad de la correspondencia y a la propia imagen. Esos derechos pueden ser vulnerados bien por un acto abusivo, arbitrario o extralimitado de las empresas de seguridad privada o sus trabajadores (vigilantes) o por la propia naturaleza de los servicios prestados (piénsese en los servicios de investigación sobre personas y bienes). Sin embargo, a pesar de esta situación no existe un desarrollo legislativo ni organismos gubernamentales

dirigidos específicamente a proteger a las personas de las actuaciones de las empresas de seguridad que menoscaban derechos humanos.

IV. SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA Y PERCEPCIÓN SOCIAL

Para coadyuvar a la demostración de hipótesis y dar cumplimiento a uno de los objetivos específicos de la investigación, se realizó un estudio que permitió obtener una información amplia sobre diversos aspectos de la percepción y actitud de las personas hacia la Seguridad Privada. Como diseño se realizó una observación por Encuesta, circunscrita a dos grupos y como población de estudio se escogió una muestra intencional constituida por 150 unidades familiares y comerciales, de la zona metropolitana, en base a los siguientes criterios: con vigilancia y sin vigilancia privada diferenciados por residencias-urbanizaciones (grupo I) y comercios (grupo II). Se seleccionaron estos sectores por estar entre la clientela privada de mayor demanda, después de Industrias y Bancos. Igualmente se controló que las unidades familiares y comerciales procedieran de los municipios que configuran el área metropolitana: Libertador, Chacao, Petare, Baruta, El Hatillo.

Además de los datos socio-demográficos de los entrevistados y de las condiciones de vigilancia en su sector, se indagó sobre las siguientes dimensiones: a) la necesidad real y sentida sobre el problema de la inseguridad en la zona o sector donde se encontraba el entrevistado; b) creencias sobre la privatización y actitudes hacia las empresas de Seguridad Privada, en cuanto a funciones, efectividad e imagen del sector; c) razones para contratar los servicios de seguridad privada; d) percepción sobre la conculcación de derechos y sobre la desigualdad jurídica y social que crea la privatización de la Seguridad Pública.

Los resultados obtenidos pueden resumirse de la siguiente manera:

a) *Percepción sobre el problema de la seguridad: necesidad real y sentida*

Existe entre los entrevistados, en general, la percepción de situaciones objetivas de inseguridad y vivencias subjetivas de la misma. Así, aunque se reconozca la presencia de cuerpos policiales públicos y privados, que cumplen funciones de vigilancia y control en el ámbito de sus áreas residenciales y comerciales, las personas entrevistadas perciben

y “sufren” un clima de inseguridad, real o imaginario, que se traduce al calificar las zonas donde viven y trabajan como de mediano y alto riesgo delictivo.

Los actos percibidos como de inseguridad son, en primer lugar, los que atentan contra bienes materiales o la propiedad privada: robos de vehículos (34.6%), robos de vivienda y comercios (25.2%), y en segundo lugar, los que atentan contra las personas: asaltos y atracos (29.9%), homicidios (3.0%), violaciones (1.7%) y secuestros de personas (1.3%). Los secuestros de personas y violaciones se reportan en su mayoría en zonas residenciales, tanto con vigilancia como sin vigilancia (1.8% y 2.2% respectivamente). La percepción de vivir en situación de riesgo, no se modifica aún entre los entrevistados que tienen vigilancia privada, pues el porcentaje que califica su zona o sector entre alto y mediano riesgo es 77.9%, al igual que el grupo sin vigilancia que también se califica en la misma proporción, 77%.

Este sentimiento de inseguridad puede ser un mecanismo psicológico de defensa perceptiva, que se refuerza a través de la información directa sobre experiencias delictivas vicarias que posiblemente adquieren a través de su interacción con grupos de referencia (amigos, de trabajo, familiares, etc.) o a través de la propagación de incidentes delictivos, especialmente los más dramáticos, divulgados o comentados en los medios de comunicación audiovisuales e impresos, creándose una cadena expansiva de un temor colectivo que puede llevar a sobredimensionar el problema de la inseguridad.

En cualquier caso, ese sentimiento de inseguridad genera, en la población estudiada, mecanismos adaptativos distintos. Una de las soluciones preferidas por la muestra es la contratación de servicios de seguridad privada. Otro mecanismo es la acción organizada entre vecinos, dueños de local y cuerpos policiales estatales o municipales (casi otra forma de privatización social del servicio público de seguridad), y finalmente la acción de las asociaciones de vecinos, como grupos civiles organizados de defensa.

Un porcentaje relativamente pequeño de la muestra manifiesta una actitud de temor hacia sectores de menores recursos o a sus miembros, los que son vistos como distintos y amenazantes, pues es en estos sectores donde se ubica al transgresor o al delincuente. Así lo demuestra la verbalización de algunos entrevistados: “barrio X cerca”, “presencia de

personas peligrosas”, “buhoneros”, “hay que protegerse de los Hernancitos”, etc.

b) Creencias sobre la privatización y actitudes hacia las Empresas de Seguridad Privada, en cuanto a funciones, efectividad e imagen del sector

Ante la expansión de los servicios de seguridad privada se consideró pertinente detectar la orientación valorativa de los ciudadanos hacia la privatización o no de la seguridad pública, así como su actitud hacia las empresas y los servicios de protección que éstas ofrecen. En tal sentido, se constató una tendencia a conciliar el concurso entre el Estado y Organizaciones Privadas (54.6%) para brindar y compartir responsabilidades en la protección del ciudadano, aunque un 38.3% también sostiene que la seguridad ciudadana debe seguir siendo competencia exclusiva del Estado. Sólo un 7.1% está orientada hacia la privatización total.

En el grupo entrevistado se observa que a la Seguridad Pública se le sigue otorgando ciertas virtudes o ventajas tales como: mejor recurso humano, pues tiene mayor capacitación y entrenamiento, mayor capacidad de cobertura y radio de acción y el estar mejor dotada en armamentos para cumplir con la función represiva que la Empresa de Seguridad Privada, a la que se considera en los actuales momentos como una alternativa frente al desborde delictivo y la pérdida de la competencia de los cuerpos de seguridad pública, en lo que respecta a la falta de mística en su trabajo y pérdida de valores éticos.

Los entrevistados consideran que a los sectores más vulnerables, por tener más bienes que proteger, se les debe permitir el derecho a acceder a más mecanismos de seguridad y máxime si lo pueden pagar. Es por ello que, en la mayoría de los entrevistados, existe una posición valorativa que se orienta a considerar que la Seguridad Pública debe ser compartida con organizaciones y empresas provenientes del sector privado.

Ante la pregunta de si las empresas privadas deben estar bajo el control estatal, el 54.6% considera que debe existir un organismo del Estado para vigilarlas y supervisarlas, mientras que un 44% opina que deben ser autónomas.

Sobre las funciones que deben ejercer, la mayoría de dichas empresas considera que éstas deben ser únicamente de prevención (43%) y de prevención-represión (41.5%), aglutinando ambas el 84.5% de las respuestas de los entrevistados. Asombra el alto porcentaje de la muestra que acepta que las compañías de seguridad privada ejerzan funciones de represión, lo cual, aunado al deseo manifiesto de mayor control estatal sobre los servicios de vigilancia y seguridad, parece indicar que, ante la inseguridad, se apela a una solución represiva del fenómeno delictivo, que tiene tintes de autoritarismo.

Las Empresas de Seguridad Privada en general son percibidas en forma positiva tanto por el grupo con vigilancia como por el que no la tiene, aceptando ambos que cumplen una función medianamente eficaz (62.7%), a eficaz (19%). Sólo un 18.3% del total de la muestra las enjuicia como poco eficaz. En el sub-grupo, con vigilancia, la percepción del desempeño de las empresas privadas, como medianamente eficaz, se incrementa hasta llegar a un 89% de los entrevistados. Igualmente el 82.6 de esta sub-muestra considera que la seguridad en su zona o sector ha mejorado con la contratación del servicio.

Esta imagen altamente positiva hacia la Seguridad Privada se reafirma cuando evalúan en forma particular a la empresa contratada, siendo su opinión la siguiente: medianamente eficaz el 65.2%, y eficaz el 24.6%, lo que representa el 89.8% de los usuarios del servicio. El grupo que contrata dichos servicios reconoce que el índice de hechos delictivos en su zona/sector ha disminuido. El reducido grupo de sujetos (12) que considera que el problema de inseguridad no ha disminuido, aún con el servicio contratado, aduce las razones siguientes para seguir manteniéndolo: “porque es un mal necesario”, o “porque las compañías aseguradoras del comercio la exigen”.

Sin embargo, la valoración positiva no se mantiene respecto al recurso humano que es reclutado por las empresas de la seguridad privada, del cual la muestra estudiada tiene una imagen negativa y al que se califica como: “irresponsable”, “poco capacitado” y “falta de entrenamiento”; al que se le reprocha su bajo nivel educativo y se ve con desconfianza, por provenir de los sectores marginales hacia los que se tiene una actitud prejuiciada. Es interesante acotar que al personal de seguridad privada y pública se los percibe como provenientes de los mismos ámbitos sociales que el delincuente y se le otorgan los atributos negativos que a los malandros, en realidad parece ser una discriminación

social disfrazada hacia los estratos más bajos de la población: “Barrio, malandro y personal de seguridad parecen ser sinónimos de delincuencia”.

c) Razones para contratar seguridad privada

Las razones para contratar esos servicios varían según la condición de tener vigilancia o no. Así, en la sub-muestra con vigilancia, 47,8% responden que es para contrarrestar la inseguridad experimentada en su zona o sector (“atracos en la zona”, “robos a viviendas o a comercios”, “robos de vehículos”) y un 37.8% identifica como causa la prevención (anticiparse al riesgo): “evitar la entrada de personas extrañas...”, “prevenir robos y asaltos”, “poder vivir con mayor tranquilidad”. Sin embargo, al momento de elegir la compañía a contratar se ponderan los siguientes aspectos: precios y costos (41%); si la compañía brinda mejor servicios y protección (7.7%), confianza en la compañía (31.1%) y tipo de servicios que ofrece (29.5%). Esta situación varía para la sub-muestra sin vigilancia, que señala como motivos para no contratar el servicio privado: los altos costos (52%), la desconfianza en el personal (33.3%), no brindar mayor seguridad (29.2%) baja calidad de los servicios que ofrece 23.6% y un 15.3% que considera que no hay diferencia entre la protección pública y la privada.

d) Percepción de la conculcación de Derechos y desigualdades sociales que crea la privatización de la seguridad ciudadana

El desplazamiento de funciones de seguridad a las empresas privadas, así como ciertas acciones que realizan en la práctica, lleva a preguntar si el ciudadano común tiene conciencia de los derechos que pueden estar siendo lesionados con dichas prácticas, cuyo objetivo sería el resguardo y protección propia y de terceros. Así, ante la pregunta de si la seguridad privada afecta sus derechos, ambos grupos contestan mayoritariamente en forma negativa, 81.2% en el grupo I y un 65.8% en el grupo II. Del grupo de personas que sí consideran sus derechos afectados, 17.4% en el grupo I y 23.3% del grupo II identifica entre estos derechos la libertad de movimiento (“poder acceder a sitios”, “poder transitar libremente”) y el derecho a la propiedad privada.

A pesar de que los entrevistados no perciban que la actuación de los Servicios de Seguridad Privada violan derechos ciudadanos, reconocen que el uso de los servicios puede originar diferencias sociales, ya que

sólo pueden acceder a ellos los grupos más pudientes, debido a su alto costo, llegando hasta vérselo como símbolo de status. Igualmente se reconoce que el uso de la seguridad privada es socialmente injusto pues se establece una condición discriminativa hacia ciertos sectores, a los que se les percibe como “carenciados y débiles”, pues se les coartaría el derecho constitucional de ser protegidos. Es injusto, no porque se le considere un bien distributivo para todos, sino por que su costo económico es lo que no permite su acceso o democratización, prevaleciendo más los derechos privados que los públicos, hasta ver como natural que los que puedan pagar lo hagan, aunque se reconozca que la seguridad ciudadana es un derecho colectivo que pertenece a todos.

Para concluir, es importante recordar que habíamos planteado como hipótesis que “la proliferación de los Servicios de Seguridad Privada se debe a la pérdida de confianza de los ciudadanos en la efectividad de los servicios de seguridad pública...”. El estudio de la percepción y actitud de la ciudadanía frente a la seguridad privada refutó la relación establecida en esta hipótesis entre la variable de confianza en los servicios públicos y el crecimiento del negocio. En efecto, se ha demostrado que la contratación de los servicios de seguridad privada no está vinculada tanto a la confianza o desconfianza respecto a los cuerpos de seguridad, sean públicos o privados, sino más bien al sentimiento de inseguridad de la población frente al crecimiento de la delincuencia.

Este sentimiento de inseguridad se mostró como una variable interviniente tan inmediata que impulsa a la contratación de servicios privados, aunque se confíe más en la seguridad pública e independientemente de la confianza y la información que se tenga sobre el servicio privado, así como de su legitimidad o posible conculcación de sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA (1992) *Informe Anual 1991*, Parte III: “La situación actual de la Seguridad Privada en España”. Madrid, pp.17-25.
- BECKER, T. (1974) “The place of Private Police en Society: An area of research for the Social Sciences” *Social Problems*, N° 21, pp. 438-453.

- CANADIAN SOCIETY FOR INDUSTRIAL SECURITY (1992) "The Chapman Report. Law Enforcement and Private Security. A public Perspective".
- CHAPARRO ROJAS, Franklin (1980) *Los servicios de vigilancia privada y su importancia dentro de la seguridad y defensa*. Caracas: Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional, (mimeo).
- _____ : (1981) *Las Empresas de Vigilancia en Venezuela y su Filosofía Gerencial*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (mimeo).
- CUNNINGHAM, William, Jonh STRAUCHS y Clifford VAN METER (1990) *The Halcrest Report. Private Security Trends*. Tomo II, Butterworth-Heineman. Ma.USA: Edit. Stoneham.
- DE WAARD, J.J. y J. VAN DER HORK, J. (1991) *La Seguridad Privada. Informe*. Dirección de Información del Departamento de Prevención de la Delincuencia del Ministerio de Justicia de Holanda (mimeo).
- GABALDON, Luis Gerardo (1987) *Control Social y Criminología*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- _____ : (1989) "Hacia un modelo de desempeño de las Agencias formales de Control Social", *Revista CENIPEC*, Nº 12, Universidad de Los Andes. Mérida, pp.35-48.
- JOHNSTON, Les (1992) *The Rebirth of Private Policing*. Londres: Ed. Routledge.
- LARRAURI, Elena (1992) "Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada", *Papers d'estudis i formació*, Nº 8. Barcelona, pp.213-225.
- MARX, Gary (1987) "The Interweaving of Public and Private in Undercover Work en C. Shearing y Ph Stenning: *Private Policing*. California: Sage Publications. pp. 172-193.
- RIERA, Argenis (1985 a) *Los gendarmes del orden en América Latina*, Mérida: Ed. Venezolana.
- _____ : (1985 b) *La dialéctica de la función Policial*, Caracas: Ed. Edisil.
- SHEARING, Clifford y Philip STENNING (1977) *Private Security and Law Enforcement in Canadá*, Task Force on Law enforcement of Canadá (mimeo).

- _____ : (1981): "Private Justice: The privatization of Social Control Under Monopoly Capitalism", en *American Society of Criminology Annual Meeting*, Washington, D.C. (mimeo).
- _____ : (1987) *Private Policing*, California: Sage Publications.
- SHEARING Clifford (1984) "La Sécurité Privée au Canada: Quelques questions et reponses", *Criminologie*, Vol. XVII, N° 1. pp. 59-89.
- SOUTH, Nigel (1989) "Reconstructing Policing: Differentiation and Contradiction in Post-War Private Public Policing" en R. Matthews (Ed.) *Privatizing Criminal Justice*. Londres: Sage.
- SPITZER, Steven y Andrew T, Scull (1977) "Privatization and Capitalist Development: "The case of the private police", *Social Problems*, N° 25, pp.18-29.
- SPITZER, Steven (1981): "The Political Economy of Police", en David F. Greeberg *Crime and Capitalism*. Palo Alto, California: Ed. Mayfizld Publishy.
- STENNING, Philip (1989) "Private Police and Public Police: Toward a Redefinition of the Police Role", en Loree D., (Ed) *Future Issues in Policing: Symposium Proceedings*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada.

La teoría del velo corporativo y su aplicación en el derecho venezolano

Roquefélix Arvelo Villamizar*

Sumario

Sinopsis. I. La inmutabilidad patrimonial de los controladores de las sociedades como aliciente económico. II. Lifting the veil. La doctrina de la penetración, del allanamiento o de la desestimación jurídica. III. La licitud de las actividades de las sociedades anónimas. IV. Antecedentes de las sociedades anónimas y desarrollo del principio de la intangibilidad patrimonial. V. La personalidad jurídica. ¿Apariencia o Ficción?. VI. Responsabilidad patrimonial de los accionistas de una sociedad anónima y tutela jurídica. VII. La doctrina de Juan M. Dobson. VIII. Otras posturas que fundamentan la tesis del abuso de la personalidad jurídica. IX. Aspectos singulares de nuestra legislación patria. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

SINOPSIS

Se pretende con el presente estudio desarrollar uno de los puntos más controvertidos dentro de la comunidad jurídica mundial, pues lo que se pretende implica un cambio radical a la quimera que hasta nuestros tiempos ha individualizado a las personas jurídicas como entes colectivos

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

distintos a sus representantes tanto jurídica como económicamente, dando como resultado la disimilitud en cuanto al régimen de responsabilidades. De manera que la primera limitación que se nos presenta es el tipo de ente colectivo que servirá de base para este análisis, pero que creemos será el cimiento originario de un posterior efecto reflejo en cualquier otro ente colectivo capaz de separar su responsabilidad patrimonial en relación a las personas físicas que la sostienen. A este respecto, proponemos a las sociedades de capital o por acciones como son las anónimas, por constituir según su naturaleza las más representativas de este argumento, y en cuanto a ello, de inmediato se trasluce la disposición general contenida en el ordinal 3º del artículo 201 del Código de Comercio venezolano, que a la letra dispone:

Artículo 201. “Las compañías de comercio son de las especies siguientes:

Ordinal 3º- *La compañía anónima, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción*”. (cursivas nuestras).

Se observa de la disposición transcrita, que cada socio sabe a cuánto está obligado y qué es exactamente lo que quiere arriesgar, garantizando con ello su responsabilidad personal general al limitarla únicamente al monto de su acción. Pero, la sociedad anónima como condicionante a la responsabilidad patrimonial no es un vehículo de fraude ni de estafa, sino que su origen viene dado como un medio mancomunado de voluntades encaminadas al progreso económico en base a la inversión. Luego, mientras los socios se percaten de que su patrimonio personal está protegido, obviamente eso estimulará su eventual cuota de participación a través de la inversión en la riqueza mundial, y ello más que un punto negativo es un aliciente para el progreso económico.

Ahora bien, por uno u otro camino y en lo atinente al objeto en estudio, la doctrina del *velo corporativo* como principal *efecto* del abuso de la personalidad jurídica (*causa*) de una de estas sociedades o mejor la caída del velo corporativo, permite flexibilizar el principio de la responsabilidad limitada de los socios ante los acreedores de la sociedad, el cual ha sido y es la piedra angular que ha desarrollado como ya se dijo, el progreso económico a nivel de empresas organizadas. Es más, permite penetrar en la verdadera realidad de la persona jurídica interpuesta

o independiente en apariencia redhibiendo el sustrato que le da contenido, y de allí que se haya desarrollado a su vez *la doctrina de la penetración o del allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil en apariencia para de este modo atacar a la verdadera empresa “detrás de esa apariencia”, esto es, a la persona física de los socios provistos (como dijera un destacado jurista del derecho probatorio) de esa armazón de acero que ¡aparentemente! hace invulnerable su patrimonio particular.*

No obstante, pretendemos en este trabajo fundamentar la posible mutabilidad de este principio aplicando por una parte las normas generales de los artículos 1.863 y 1.864 del Código Civil, que comprometen todos los bienes habidos y por haber de los deudores (*accionistas*) como prenda común de sus acreedores —principio de la *par conditio creditorum*—, aplicables también en materia mercantil por mandato del artículo 8 del Código de Comercio. No para pretender desplazar la norma rectora de la responsabilidad personal limitada para accionistas de una sociedad de capital como lo es la anónima, sino para hacerla valer frente a ésta y excepcionalmente, siempre que la sociedad comprometida haya sido creada como servidora de fines repudiados por el derecho, de fines ilícitos, tales como el fraude a la Ley o la simulación, dependiendo de cada caso. En este momento, a mi criterio es posible atacar a la persona de los socios implicando su responsabilidad patrimonial incluso con todos sus bienes, sean sociales o no, ya que de esa manera se permite restablecer el orden jurídico infringido por una apariencia que se produjo ficticiamente para obtener fines ilícitos o en fraude de ley, de algún contrato o de terceros, quienes podrán atacar por vía ordinaria fundamentándose tal vez en una responsabilidad extracontractual por *culpa* o abuso de derecho o en una posible nulidad con la subsiguiente responsabilidad civil por daños y perjuicios.

1. LA INMUTABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ACCIONISTAS COMO UN ALICIENTE ECONÓMICO

Contrariamente a nuestra posición introductoria, surge una nota negativa de la doctrina pretendida, y es que si bien la clara y segura ventaja que resulta para los inversionistas la responsabilidad limitada de su patrimonio en las sociedades de capital, puede verse oscurecida por la doctrina de la penetración o caída del velo corporativo, denominada en Norteamérica la tesis del *disregard of legal entity* o el momento del

great hour(tiempo de la insolvencia). En razón de que si se invirtió poco y a bajos riesgos para ganar mucho por virtud de la protección de mi patrimonio, el cual es un principio impulsor de la economía que tiene una data de dos siglos de antigüedad, precisamente por ser una vertiente, un camino seguro, un incentivo para la inversión; entonces, la penetración y vulnerabilidad de la sociedad mercantil interpuesta para atacar directamente a la persona de los accionistas nos lleva a pensar que hoy en día, retrotrayendo los objetivos alcanzados el inversionista vería frenada su participación al observar que su propio capital puede verse afectado, incluso así la sociedad sea una realidad distinta. Pero como toda ficción creada por el derecho, puede a su vez extinguirse por el mismo, llevando a un declive económico que nos costó aproximadamente dos siglos. Sin embargo, no puede pensarse de esta forma bajo ninguna circunstancia, puesto que si bien ya vimos que pueden existir formas de darle una interpretación menos literal al ordinal 3º del artículo 201 del Código de Comercio frente a una “interpretación progresiva de la Ley” (*conforme a esta técnica, el Máximo Tribunal de la República puede y hasta debe interpretar el sentido de las Leyes y adaptarlas progresivamente a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos, a fin de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia*. Vid. Iribarren Monteverde, Enrique: “de la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso administrativo de anulación por obra de la jurisprudencia”. Pág. 156), también es cierto que esto sólo es posible excepcionalmente, es decir, cuando se haya utilizado un ente colectivo como el comentado para fines contrarios al ordenamiento jurídico, a las buenas costumbres o al orden público, de manera que puede estar revestida su creación y funcionamiento por una causa ilícita o por fraudulenta, teniendo entonces que el principio referido anteriormente en la norma transcrita, no se puede concebir como prestador de estos fines, pues entonces el derecho sería un instrumento de burla y no de control social. Además, esta norma no puede interpretarse aisladamente del restante ordenamiento jurídico, sino de manera sistemática y concordante, atendiendo a su verdadero sentido en una relación integradora. —*Al efecto, ha sido criterio pacífico y reiterado de la Corte que “no cabe interpretar aisladamente una norma sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte. Sent. de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en el caso de la nulidad por motivos de inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes. 06-11-97—*

Finalmente, esta norma general no ha quedado derogada sino que debemos entender su real alcance, su verdadera aplicabilidad. Luego, si las personas que están detrás de una sociedad anónima la han constituido sólo con fines *contra ius*, nada de exótico tendrá la posibilidad de accionar contra las personas escondidas detrás de esa apariencia por haber abusado de la personalidad jurídica que el derecho le otorgó para realizar una actividad económica lícita.

II. LIFTING THE VEIL. LA DOCTRINA DE LA PENETRACIÓN, DEL ALLANAMIENTO O DE LA DESESTIMACIÓN JURÍDICA

La teoría del *disregard* anglosajón (*disregard of legal corporateness*) o el poder de los jueces de levantar el velo —*lifting the veil*—, ha llevado al mercantilista ALFREDO MORLES a comentarnos sobre la *desestimación de la personalidad jurídica*, haciendo énfasis en el anteproyecto de la Ley de sociedades mercantiles en su artículo 225 y en el razonamiento de autores extranjeros, de la siguiente manera:

... cuando el recurso societario es utilizado para violar la Ley, la buena fe, en forma fraudulenta o para producir daños a terceros, es lógico que coordinando la normativa societaria con el plexo del ordenamiento jurídico, se “suspenda” el beneficio de la personalidad por vía de declarar su inoponibilidad respecto sólo de los perjudicados, haciendo responsables directos a los socios, o a los controlantes que hicieron posible la violación de la Ley... (cursivas nuestras).

Ahora bien, es labor casuística la realidad jurídica venezolana oscilante alrededor de los casos que ejemplarizan la preocupación que estamos tratando. Sin embargo, existen casos muy precisos aunque aislados en los que la utilización de las sociedades anónimas como entes morales o jurídicos que son, se ha desviado de los fines que persiguió nuestro legislador mercantil, ello de esa manera implica que la causa de estos contratos sociales trajo como resultado un ente autónomo basado en actividades ilícitas, en tanto que los socios cometen lo que comúnmente se ha llamado “EL FRAUDE A LA LEY”. Así pues, es menester señalar supuestos como el de las *acciones en tesorería, sociedades interpuestas, evasión fiscal, subcapitalizaciones, capitalización de empresas conexas*, entre otros; en los que es posible levantar el velo de la corporación de que se trate —*es decir, allanar la personalidad jurídica del ente colectivo*— para que el verdadero responsable asuma su compromiso patrimonial

que protegía con la apariencia que le brindan sus obligaciones independientes respecto de la sociedad que le sirve. En este sentido, es común que la respuesta a esta posibilidad sea negativa pues como ya vimos el Código de Comercio venezolano es claro al señalar que la responsabilidad patrimonial de las sociedades anónimas está restringida al capital social, obligándose los socios sólo hasta el monto accionario singular. Empero, ya examinamos en nuestra consideración, que tal limitante es perfectamente compatible con los requerimientos y fines legales que se exigen no sólo para la constitución y funcionamiento de estas sociedades, sino que son esenciales para ser aceptados por el sistema jurídico de una colectividad, razón por la cual el trastoque de estas exigencias conlleva también la posibilidad de hacer extensiva la responsabilidad eventual del ente colectivo a la *realidad detrás de la apariencia, donde la teoría del velo corporativo pretende acceder a la realidad jurídica de una sociedad verdadera (Lift the veil, supone la empresa detrás de la pantalla: sociedad aparente)*¹, esto es, a los miembros sociales, y de allí que la responsabilidad directa sea factible.

III. LA LICITUD DE LAS ACTIVIDADES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Lo que hemos predicado anteriormente no implica un desestímulo para la inversión, sino un principio proteccionista al orden de la legalidad y de los terceros de la sociedad interpuesta. Más aún, cuando lo que se quiere con la constitución de una sociedad anónima es la realización de una actividad comercial lícita, lo otro, es decir, el fraude a la legalidad siempre implicará un riesgo mayor que como consecuencia sancionatoria se impone al protagonista. Y, en el particular caso de las sociedades anónimas el protagonista de la actividad comercial lícita siempre será la sociedad, mientras que el protagonista del fraude puede ser la persona de los administradores o de los socios.

Ahora bien, lo que nos toca no es tarea fácil ya que la tesis del levantamiento del velo corporativo ha recibido poca acogida en nuestro país tanto legal como jurisprudencialmente, cuestión distinta a lo sucedido en otros países como Norteamérica, Argentina o España, donde ha sido ampliamente desarrollada y aplicada.

1 MBUJ, Tulio: " *La simulación y el fraude de Ley en la nueva Ley General Tributaria*". Madrid, 1993, pág. 50.

IV. ANTECEDENTES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD PATRIMONIAL

Los antecedentes históricos de nuestras sociedades anónimas se remontan a las *societates vectigalium publicanorum* del derecho romano, formadas para tomar en arrendamiento los impuestos y encargarse de su percepción, ya que en ellas las responsabilidades de los socios eran limitadas, y éstos podían transmitir sus derechos en la sociedad². No obstante sólo tienen de común con la actual sociedad anónima su carácter corporativo y la transmisibilidad de los derechos sociales³. Otros autores consideran que, verdaderamente la sociedad anónima surge cuando se constituyen grandes empresas de descubrimiento y colonización de nuevas tierras, y para ello se organiza la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1.602), la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1.621), etcétera⁴. La idea de la sociedad anónima surge como proyecto, en el que varios socios quedaban obligados solamente hasta la concurrencia de su aportación, nadie quedaría comprometido más que por un capital social, aunque el concepto de limitación de la responsabilidad por el importe de las acciones suscritas no se muestra claro y patente en las primitivas compañías y no se formula legalmente hasta el Código de Comercio francés de 1807. Desde ese entonces, ya nos encontramos ante un ente capitalista que, teniendo un patrimonio propio dividido en acciones funciona bajo un tentador principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Esto quiere decir que el socio no se obliga frente a la sociedad a responder ante ella a no ser que sea la cuantía que equivale a su aportación, de antemano fijada. El accionista arriesga, en el peor de los casos, todo lo más su acción. No hay responsabilidad personal del socio por las deudas sociales, sino sólo la responsabilidad del patrimonio social, y esto, sólo esto, es la garantía de los acreedores.

En este sentido, la sociedad anónima posee una especial atracción para realizar empresas de gran magnitud, puesto que permite obtener la colaboración económica de un gran número de individuos, cada uno de

² MOLINA MANTILLA, Roberto, *Derecho Mercantil*, Pág. 323, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.

³ GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid. 1976.

⁴ GARRIGUES, Joaquín: *Nuevos hechos*, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas; Mantilla Molina, Loc. cit.

los cuales, ante la perspectiva de una razonable ganancia no teme arriesgar una porción de su patrimonio, que unida a la de muchos otros llega a constituir una masa de bienes de la magnitud requerida por el tipo de empresa que se va a emprender, y que por formar un patrimonio separado⁵, el de los socios, resulta independiente por completo de las vicisitudes de la vida de ellos. Asimismo, la fácil negociabilidad del título accionario que representa la inversión del socio, le permite considerarlo como un elemento líquido de su patrimonio que simplemente puede convertirse en dinero. De esta manera, la inversión a diminutos riesgos o en todo caso, al riesgo que quiera el socio o accionista con comprensible y ligera negociabilidad, representa un estímulo para el proceso económico de un sistema. También es cierto que por su parte —*si así se desea ver*—, los terceros contratantes con la sociedad ven garantizado su crédito con el determinado capital social de la compañía, salvo para ellos, la cuestión de que un individuo vea mermada su pretensión por la insolvencia societaria o por el concurso de los acreedores a la prenda común constitutiva de su patrimonio.

De cualquier forma, nos parece, que la idea de sociedad anónima no es otra cosa que una pujante respuesta a la fase evolutiva de las economías capitalistas, planteándose con esta situación la necesidad de un mecanismo legal que al tiempo que proteja y estimule las expectativas de los inversionistas, refuerce el control por organismos estatales capaces de asegurar la confianza pública en la operatividad y el funcionamiento de la usanza, lo cual asegura la contraprestación para ambas partes. Sin embargo, las irregularidades en las sociedades mercantiles afectan tanto

5 En principio la persona sólo tiene un patrimonio, integrado por derechos que responden de obligaciones y que sólo y excepcionalmente por motivos y a través de procedimientos establecidos por la Ley, pueden ser constituidos *Patrimonios Separados*, y en consecuencia, apartados determinados bienes (*rectius* = derechos) de la eventual ejecución de los acreedores de la persona (véanse, arts. 1.863 y 1.864 del Código Civil venezolano). Se habla de patrimonio separado, para indicar la existencia de una masa patrimonial (entiéndase relaciones jurídicas) perteneciente a un sujeto y distinta de su patrimonio general. Se dice separado porque en principio cada persona lo que tiene es un patrimonio, y según *Aubry y Rau*, una persona sin patrimonio no existiría, pues el patrimonio es, más que la tenencia actual de derechos y obligaciones, la posibilidad permanente de llegar a tener incita a la persona jurídica. Finalmente, se cita como un caso de patrimonio separado en el ordenamiento jurídico venezolano, el conjunto de obligaciones y derechos patrimoniales destinadas por el comerciante al ejercicio de la empresa mercantil. Consúltese a Manuel Simón Egaña, *Bienes y Derechos Reales*, pág. 46, Caracas, 1964.

a la sociedad en su estructura y funcionamiento interno, como en las relaciones externas, y en este último particular la garantía del tercero o acreedor de la sociedad que le causare un daño, será pues el capital social, quedando incólume el patrimonio propio y personal del socio, pues lo que arriesgó fue lo que perdió y no más. Pero, cabe preguntarse *¿cuál será la situación, de ser la sociedad la causante del daño patrimonial al tercero, como consecuencia de la actividad del socio-accionista protegido precisamente por la apariencia de dicha sociedad ?...* Es por ello que se nos presenta este punto como el paradigma clave para atacar el principio de la intangibilidad patrimonial del socio, que no es más que una tesis clásica que cualquier tendencia moderna ha de superar.

En otro sentido, pero sin alejarnos del tema en comento, vemos que el desarrollo capitalista conduce siempre a una participación creciente de ahorro público en esquemas empresariales. Un marco jurídico *transparente* para la sociedad anónima, con un efectivo régimen de responsabilidad para los administradores; una preservación adecuada del clima de competencia con la regulación de las prácticas restrictivas; un *comportamiento legal y honesto* frente al consumidor, para protegerlo de la eventual conducta abusiva o fraudulenta del empresario; son condiciones indispensables para una armoniosa convivencia entre capitalistas y ahorristas⁶. Pero la eventual estructuración de sociedades anónimas con fines ilícitos o lícitamente creadas con el sólo fin de abusar de la personalidad jurídica en apariencia e independiente del socio que supone esta forma societaria, demuestra la necesidad de aplicar la sanción directa que le corresponde al verdadero responsable.

A este respecto, y como dijera el insigne Roberto Goldschmidt, la forma de la sociedad anónima sólo ha sido creada para limitar la responsabilidad de los socios. Existe un número considerable de sociedades anónimas que antes eran sociedades en nombre colectivo y que se transformaron, luego, en sociedades por acciones. Por ello, un número elevado de sociedades anónimas son en realidad *sociedades colectivas con responsabilidad limitada*, más cuando tenemos un Código de Comercio con sociedades anónimas liberales que permiten la

6 MORLES HERNANDEZ, Alfredo, "Estudios de Derecho Mercantil" Homenaje al Dr. Jorge Enrique Núñez. Maracaibo, 1990.

constitución y funcionamiento de este tipo social sin las restricciones que se observan en otros países⁷.

V. LA PERSONALIDAD JURÍDICA. ¿APARIENCIA O FICCIÓN?

ANTONIO POLO, catedrático de la Universidad de Barcelona, en su obra *Empresa y Sociedad*, cita al maestro GARRIGUES, diciendo, que la sociedad anónima no es una empresa sino la persona jurídica titular de la empresa. En tal sentido, conviene recordar, que cuando se habla de sociedad como titular de la empresa se está utilizando una terminología eminentemente jurídica, haciendo de la sociedad-empresario el sujeto de derecho capaz de asumir derechos y obligaciones. Sin embargo, no tenemos duda en cuanto a que la sociedad sea pura creación jurídica, sólo que en este punto debemos distinguir la ficción jurídica de la apariencia, a fin de aparejar a la sociedad anónima con alguna de estas. De tal modo, muchísimas veces suele confundirse apariencia y ficciones jurídicas. Pero, se trata de conceptos distintos.

1°. La apariencia es *realidad*, nunca la ficción. Aunque es una realidad externa necesariamente discrepante con la de fondo (p. ej., acreedor o heredero que, en realidad no son tales, pero lo son para el deudor. Tan es así, que el pago a aquéllos es válido). 2°. la apariencia deriva directamente de una norma jurídica. La ficción deriva indirectamente, por la vía de una presunción <*de iure*>. 3°. La apariencia equipara la institución que falta o falla, con los efectos que tendría si existiese. La ficción no sólo sustituye los efectos sino la estructura, que faltan por otros y otras artificiales. Además de ello, la ficción jurídica es siempre un fenómeno objetivo. La apariencia lo es mixto, puesto que necesita de unas circunstancias externas que la hagan creíble a los terceros (aspecto objetivo), y además que éstos se la crean (buena fe, *aspecto subjetivo*). La ficción se refiere a las partes de una relación o cuasi relación jurídica; la apariencia además a los terceros. El derecho constituye la ficción y limita la apariencia. Lo primero porque siendo aquéllo *irreal*, el ordenamiento jurídico debe hacer un esfuerzo de imaginación, creándola. Lo segundo, porque siendo la apariencia realidad exclusivamente externa,

7 GOLDSCHMIDT, Roberto, *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Vol. XXVII, Caracas, 1962.

el sistema solamente tiene que decidir, y decir, en qué casos queda tutelada. Lo que implica limitar su protección.

Coinciden, no obstante una y otra en que derivan ambas de una norma jurídica concreta, ya que ni la ficción ni la apariencia son inducibles ni deducibles de los preceptos legales (analogía <legis>, <iuris>), pues no llegan a tener el alcance, significado y naturaleza de los principios generales del derecho.

Con todo lo anterior, se observa que la ficción y la apariencia se separan, aunque se parezcan (así por ejemplo, la ficción sería la entrega material de una cosa mediante escritura pública, o por la entrega de las llaves donde los muebles están guardados). La ficción es un escape a las exigencias naturales de la realidad, para resguardarse en una realidad más tolerable o accesible. La apariencia resulta, no de una huida, sino de una escisión de la realidad en dos, una externa (apariencia = *sociedad anónima*) y otra interna (realidad de fondo = *accionistas*, socios y demás empresarios), que una vez separadas se enfrentan como opuestas⁸. Así pues, una sociedad anónima con personalidad jurídica propia resumida en la adquisición de la cualidad de sujeto de derecho y en la atribución de un patrimonio separado *aproximándose aparentemente* a la condición de sujeto de obligaciones y derechos de las personas físicas⁹, se aleja de las ficciones jurídicas y se acerca a una apariencia jurídica, ya que la misma presenta una realidad externa y una interna, y para ello TULLIO ROSEMBUJ, señala que la teoría del levantamiento del velo, pretende acceder a la realidad jurídica de una sociedad verdadera (recordemos que, “la apariencia es realidad, *nunca ficción*), mientras que la simulación subjetiva no sirve sino para mostrar que la única realidad jurídica que se ofrece es ficticia. En el primer caso, siempre habrá empresa —*realidad de fondo*— detrás de la máscara o velo de la personalidad jurídica —*apariencia jurídica*—, hecho que nunca se producirá en el segundo. La sociedad ficticia o simulada no significa *apariencia* de una empresa, sino sólo y exclusivamente la apariencia de una sociedad, en tanto que *lift the veil* (levantamiento del velo) supone la empresa detrás de la pantalla:

8 MARTINEZ DE VELASCO CANO, José Ignacio, “*La Exteriorización de los Actos Jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*”. Pág. 49-54. BOSCH, casa editorial, S.A. Barcelona.

9 *Cfr.* Sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de diciembre de 1992, con ponencia del magistrado Dr. Aníbal Rueda, en el juicio de Gloria Gil París contra Rafael Gustavo Pérez Jiménez y otros, en el expediente Nº 92-203.

sociedad aparente. La sociedad ficticia no es la sociedad aparente, en cuya virtud dos o más personas simulan ante terceros una relación societaria que no existe. La sociedad aparente es una sociedad simulada destinada a convencer a los terceros que su realidad es indiscutible: la manifestación de la realidad societaria oculta su existencia¹⁰ (con lo cual se corrobora nuestra tesis de que la sociedad anónima es pura apariencia jurídica y no ficción, en razón de que cumple con el aspecto objetivo y subjetivo de tal naturaleza mixta antes referida). Además la apariencia jurídica que reviste a la sociedad, la dota tal como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico de eficacia externa o ante terceros y no sólo internamente como es propio de la ficción. Pues bien, si la sociedad anónima es una apariencia jurídica que oculta una realidad de fondo, concibiendo dos realidades legalmente distintas, la pregunta que subyace es ¿qué hacer para atacar al que valiéndose de tal apariencia hace con ellas cosas que no tienen nombre? y, es un dato humorístico que en 1975 narra JOAQUIN GARRIGUES WALKER que un amigo suyo le decía que las sociedades anónimas se llaman así porque en ellas se hacen cosas que no tiene nombre. Aparte de esa observación —y al mismo tiempo de profundo sentido— su tío, el mercantilista JOAQUÍN GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, escribía que <una de las características de toda sociedad anónima es la de ser una sociedad regida democráticamente>.

Al respecto, uno de sus discípulos, BROSETA, también escribía lo siguiente¹¹:

..existe un curioso paralelismo entre las estructuras legales de las sociedades anónimas y las estructuras políticas de los países de régimen democrático, lo cual se comprende si tenemos en cuenta que toda sociedad anónima posee unos estatutos, que actúan como ordenamiento constitucional, un órgano deliberante supremo (la junta de accionistas) y un órgano ejecutivo (el consejo de administración)...que todos los accionistas poseen un haz de derechos individuales inderogables...que sus decisiones se adoptan por el democrático sistema de las mayorías, decisiones que son vinculantes para las minorías...que en las sociedades

10 *Ibid*, pág. 8, cita N° 1.

11 SENOSEAIN ARIAS, Manuel, “*La protección Jurídica del Ciudadano*”, extracto del tema “OTRA VEZ ¿EL MAYOR PELIGRO, EL ESTADO?”, pág. 495, Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Tomo I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993.

anónimas se establece un régimen de tutela para las minorías...y que, finalmente, se permite la tutela judicial de los acuerdos del órgano supremo deliberante de la sociedad anónima...

VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA Y TUTELA JURÍDICA DE LOS ACREEDORES

Este tema está íntimamente vinculado a la tesis del velo corporativo, la cual se atribuye en su desarrollo a la doctrina y jurisprudencia estadounidense, la cual tiene antecedentes desde el siglo pasado en sentencias de los tribunales de la nación del Norte; aunque su desarrollo doctrinario es de los años treinta a través de las obras de FREDERICK POWELL y de WILLIAM O. DOUGLAS¹². Según esta teoría, producida la insolvencia de una sociedad, y dadas ciertas circunstancias, la responsabilidad de la sociedad insolvente por sus pasivos puede extenderse a terceros, bien que se trate de personas naturales o de personas jurídicas. Es decir, que la limitación de responsabilidad otorgada por el ordenamiento jurídico como resultado del cumplimiento de las formalidades y de los procedimientos de constitución de una sociedad por acciones no es absoluta, sino que está condicionada al cumplimiento de una actuación determinada¹³. Asimismo, esta teoría tiene su fundamento en el uso indebido de la *función económico-social* atribuida a la sociedad por acciones (artículo 1.185 del Código Civil —*abuso de derecho*—)¹⁴ según algunos autores. La sociedad como institución es reconocida por el ordenamiento jurídico como persona jurídica y con patrimonio autónomo. La función económico-social, *de interés público*, que debe cumplir la sociedad anónima, es un principio de aceptación universal. Para ello se separan los patrimonios de los accionistas¹⁵ del patrimonio de la sociedad; y se apartan, como dos obligaciones distintas, diferentes, a cargo de los accionistas y a cargo de la sociedad¹⁶. Como puede observarse de lo anterior, la doctrina ha interpretado el fin último de la

12 BORJAS, Leopoldo, Ciclo de Conferencias sobre: Aspectos Fundamentales de la Emergencia Financiera, “*Derechos de los aborristas e inversionistas, acreedores de los Bancos e Instituciones Financieras*”, realizado en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el 14 y 15 de junio de 1995.

13 *Idem.*

14 *Idem.*

15 *Ibid.*, pág. 10, cita Nº 5.

16 *Cfr.* BORJAS, Leopoldo, *op. citum.*

sociedad para poder justificar el rompimiento de la fábula dispuesta, en principio, en el ordinal 3° del artículo 201 del Código de Comercio, para lo cual se propone la violación de la *función económico-social del ente societario* (lo que al parecer es una función de interés público), cuestión que ya fue propuesta *ab-initio* como la responsabilidad *ilimitada del socio-accionista o persona distinta de la sociedad* cuando aquella apariencia haya sido creada como servidora de fines repudiados por el derecho, de fines ilícitos, entre ellos el fraude a la Ley.

De manera que, si la sociedad anónima en el ejercicio de esa función económico-social a la que se refiere Leopoldo Borjas en su conferencia sobre la Emergencia Financiera, adopta, directa o indirectamente, pero sin cumplir con los requisitos legales para su transformación otro tipo social; o se dedica a otros negocios no especificados en su objeto social, sin la publicación o registro de la modificación correspondiente de sus estatutos, estará incumpliendo esa función económico-social de interés público. No obstante, y sin negar lo anterior, creemos que existen casos más interesantes por solapados que se verifican dentro de estos supuestos, y para ello obsérvese a una sociedad que no escatima esfuerzos en el cumplimiento de todos los fines legales que exigen su creación y posterior actividad, pero que en definitiva es una sociedad *interpuesta, o creada para evadir impuestos fiscales, o creada como sociedad espejo*, etc. De otro modo, las sociedades por acciones o de capital al suscribir o adquirir acciones o al celebrar contratos que permitan el control sobre otra sociedad se hace con el propósito, entre muchos otros, de eludir prohibiciones legales o contractuales, o para perjudicar o defraudar a acreedores u otros terceros, engendrándose una maraña inventada para enredarlo todo¹⁷.

Finalmente, Borjas concluye simplistamente diciendo que en Venezuela no es aplicable la doctrina del “*disregard*” porque ella no se fundamenta en ninguna disposición legal, pero taimadamente señala, que los contratos correspondientes pueden ser contrarios a la Ley y, lo que es peor o más grave, en fraude de ella —tales serían los casos de concentraciones de empresas o unión de sociedades—. Sobre el particular, el referido autor señala, que la causa del contrato es esencial para la existencia del mismo y si esos contratos, además, como negocios jurídicos, son un acto doble de voluntad, es decir, de cada una de las partes,

17 *Ibid.*, pág. 15, cita N° 12.

quienes pretenden conseguir aquel determinado efecto, propósito o fin que la norma jurídica atribuye a esos contratos. Esa relación entre la voluntad y la expresión, entre el contenido y la forma del negocio jurídico, ha dado lugar a diversas figuras, entre ellas a la simulación y a la interposición presunta de personas. En cambio que la relación entre la causa del contrato y el motivo del mismo, ha dado lugar al negocio fiduciario, al negocio indirecto, al contrato en contra de la Ley y en fraude de la ley por ilicitud del motivo y al contrato en fraude de los acreedores. Como se observa de estos conceptos, Borjas plantea una doble situación. Por una parte, la incongruencia entre lo que se exterioriza, entre lo ostensible (forma) y lo que realmente es (contenido); y por la otra, la incongruencia entre el fin alcanzado por la sociedad de comercio contrario a derecho, proponiendo con lo último la acción de nulidad por el vicio en la causa o en los motivos que constituyen esos contratos sociales. De este modo, pareciera que Borjas se aparta de una solución determinada como lo es el allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad, para adherirse al derecho común como respuesta a estas ilicitudes y, en especial, a la acción de nulidad por causa ilícita o por fraude a la Ley (artículo 1.157 del Código Civil). En este sentido el contrato en contra de la ley es un negocio ilícito, porque tiene una causa ilícita, o por la ilicitud de otros de sus elementos, como, por ejemplo, por ilicitud del objeto de la obligación, por la incapacidad de las partes o de una de ellas para ser sujeto de negocio, y finalmente, por ilicitud del motivo cuando este es relevante, (artículos 1.141 y 1.142 del Código Civil)¹⁸. Por su parte, el contrato en fraude de la Ley, citando nuevamente a este autor, se configura cuando el motivo del contrato es ilícito, estando dirigido a *eludir* una norma imperativa que prohíbe que con el negocio se logre un determinado efecto, persiguiendo un resultado análogo, el negocio se califica como en fraude de la Ley. Se distinguen, así, los dos elementos del negocio en fraude de la Ley: un elemento objetivo, como es la *idoneidad* del negocio para conseguir el resultado análogo a aquél prohibido; y, un elemento subjetivo —*quizás el más importante*—, como es el propósito de eludir la norma imperativa. Y entonces, también la condición o el modo ilícitos, comportan la nulidad del negocio (artículo 1.200 del Código Civil).

18 *Ibid.*, pág. 15, cita Nº 12.

Sin embargo, a mi entender el contrato en fraude de la ley no sólo será ilícito cuando contravenga una disposición particular e imperativa, sino cuando tal burla se desprenda del cotejo con el plexo jurídico restante¹⁹, y así se desprende de manera más acabada de la disposición contenida en el artículo 6º numeral 4º del Código Civil español, que dispone:

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados *en fraude de Ley* y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (cursivas nuestras).

Como se observa de la norma referida, es posible el fraude de una disposición jurídica que ofrezca la permeabilidad de una conducta que la desvirtúe, sólo que en ese caso tal conducta aparentemente no viola dicha norma sino que se adhiere a las alternativas que ella ofrece, y este es precisamente el momento en que la aparente licitud muestra su verdadera cara al contraponerse al ordenamiento jurídico integral.

En cuanto a los acreedores, el contrato fraudulento que los vulnera, no es por el contrario un negocio ilícito. Aquí lo que es ilícito es el acto, es decir, la conciencia o voluntad de causar un daño; y, además la causación del daño mismo²⁰.

Otro tratadista del tema, es precisamente el profesor español MIGUEL EMBID IRUJO, al comentar la sentencia de la Sala Primera del TS del 02 de abril de 1990, expresa lo siguiente:

Como se desprende de los hechos, estamos ante una de esas acciones que no tienen nombre, y por eso las sociedades anónimas se llaman así. Los resultados procesales son los siguientes ...En el escrito de conclusiones que figura en autos, la parte demandante desentierra la vieja teoría del derecho germánico, la distinción entre el débito y la responsabilidad (*eschuld y halftung*) —las expresiones en alemán son de la propia sentencia—, tratando con ello de justificar una responsabilidad sin deuda procedente del contrato de fianza solidaria por ella suscrito. En el derecho moderno no es admisible esta teoría, ya que la deuda y la responsabilidad son elementos institucionales del

19 Véase, artículo 225 del antiguo proyecto de Ley sobre Sociedades Mercantiles.

20 *Ibid.*, pág. 15, cita Nº 12. Al respecto se describen los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, correlativamente con el artículo 945 y siguientes del Código de Comercio; y los artículos 90 y siguientes del Código Orgánico Tributario.

fenómeno de la obligación, que no constituyen figuras jurídicas autónomas y distintas. Se es responsable porque se debe algo o se ha debido algo, y concretamente en el caso que nos ocupa el artículo 1.822 del CC dice precisamente que “por fianza se obliga uno a pagar y a cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste”. Así pues, el fiador es un obligado al pago, y como tal responsable de su patrimonio, y mucho más si la fianza es solidaria (art. 1.822.2 CC); descartada esta fundamentación jurídica, y analizados y valorados los hechos anteriormente descritos, no se puede por menos que acudir a la moderna orientación jurisdiccional, ratificada en abundantes sentencias, entre la que destacamos la del 28/05/84, relativa a la permisiva práctica de penetrar en el ***sustratum de las entidades o sociedades***, a los que la Ley confiere personalidad jurídica propia con el fin de evitar que, ***a la sombra de esta ficción legal*** (la cursiva, y negrita es del autor, mientras que es nuestro el subrayado), se pueden perjudicar intereses privados o públicos, o bien pueden ser utilizados como camino de *fraude* (cursiva nuestra). Se trata de permitir a los jueces que puedan levantar el *velo jurídico* y penetrar en el interior de tales personas jurídicas, cuando sea preciso para evitar el abuso de tales independencias (STS 24 de mayo de 1984, 17 de julio y 26 de octubre de 1987 y 24 de diciembre de 1988)²¹.

Como es sabido, la doctrina del <<levantamiento del velo de la personalidad jurídica>> ha nacido como un expediente antiformalista destinado a realizar la justicia material del caso. En numerosas ocasiones el respeto a la personalidad jurídica de la sociedad anónima, con la exclusión plena de la responsabilidad del socio por las deudas sociales, traía consigo el perjuicio de terceros o de intereses públicos. Para evitarlo se hacía necesario la “desconsideración” del dogma de la personalidad jurídica de la sociedad y hacer recaer la responsabilidad sobre las personas que se escondían bajo la misma²².

VII. LA DOCTRINA DE JUAN M. DOBSON (PRINCIPIO DE LA COMUNICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA)

En vanguardia, JUAN M. DOBSON, al tratar la desestimación o redhibición de la personalidad jurídica²³, también le da prioridad al

21 *Ibíd.*, pág. 14.

22 *Idem.*

23 DOBSON M., Juan, “*El Abuso de la Personalidad Jurídica (en el derecho privado)*”, 2a. edición inalterada. Ediciones *Depalma*, Buenos Aires, 1991. Pág. 3 y ss..

derecho estadounidense —con el *piercing of the veil*—, y la trata como un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Como vemos el abuso se hace de la forma jurídica: pero en gran cantidad de casos se hace con abuso de los privilegios que importan ciertos tipos sociales que ofrecen la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio al caso aportado²⁴. Estos supuestos deben distinguirse, ya que los remedios jurídicos en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, *pero se le niega al socio la responsabilidad limitada*. Quizá el origen de la designación sea la traducción de la fórmula utilizada en el derecho angloamericano: “*disregard of legal entity*”. Pero, la traducción muchas veces resulta engañosa. En el contexto del derecho de los Estados Unidos el término *legal entity* no es fácilmente sustituible por nuestra personalidad jurídica²⁵. Si bien resulta indiscutible que en el derecho norteamericano las “*corporations*” tienen “*legal entity*”, no lo es tanto que las “*partnerships*” lo tengan. Estas últimas son consideradas simples agregados de personas, sin estar dotadas de tal entidad legal (“*simple or mere aggregate theory*”), que era la posición inicial del *common law*²⁶. La responsabilidad limitada de la *corporation* en el derecho angloamericano ha sido visto como una consecuencia de su calidad de ente jurídico, ya que al haber un ente de derecho, las deudas le corresponden a él, y no a los socios. De allí que el *disregard of legal entity* en los Estados Unidos importa la desestimación de la consideración como sujeto autorizado para actuar en la vida económica de la nación, y el ser considerados como “mero agregado de personas”²⁷. En nuestro derecho todas las sociedades están dotadas de personalidad jurídica, desde las irregulares a las anónimas. Finaliza su exposición Dobson, admitiendo la comunicabilidad de la responsabilidad de una sociedad a sus socios, lo que en nada afectaría a la personalidad jurídica de la sociedad. Pero, rehusa la utilización de todas estas teorías de la desestimación o negación de la personalidad jurídica, o de la

24 *Idem.*

25 *Idem.*

26 *Idem.*

27 *Idem.*

redhibición de la misma, por considerar que todas estas denominaciones lo que dejan ver, lo que denotan, es el efecto; la consecuencia, pero, se subordina la causa de tal circunstancia. Por tal motivo, propone este autor, que al contrario, el término *Abuso de la Personalidad Jurídica* carece de esas connotaciones y denota efectivamente la verdadera causa del remedio, y no el efecto del mismo. No obstante, el derecho angloamericano inobserva venturosamente la teoría del abuso de derecho en sus concepciones jurídicas generales, por lo que tampoco la utiliza como fundamentación de su doctrina del *disregard of legal entity*²⁸.

VIII. OTRAS POSTURAS QUE FUNDAMENTAN EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El escritorio jurídico español Uria & Menéndez, opina que el tema del fraude a la Ley está estrechamente vinculado a la problemática del abuso de la personalidad jurídica y la llamada doctrina del levantamiento del velo²⁹. La doctrina y la jurisprudencia se valen a menudo del expediente del abuso de la personalidad jurídica o del levantamiento del velo a fin de resolver de una manera razonable y equitativa ciertos casos cuya solución por otras vías técnicas más adecuadas presenta una notable complejidad heurística y constructiva. Tal vez por ello haya hecho fortuna la tesis de SERIK que trata de reconducir todas las manifestaciones de empleo anómalo o fraudulento de la persona jurídica al expediente del *abuso de derecho*³⁰.

En este mismo sentido, el insigne profesor de la Universidad de París JOSEPH HAMEL ha calificado de abuso de autonomía patrimonial la práctica generalizada de crear sociedades cuya independencia y autonomía es sólo aparente. En igual forma se pronuncia el profesor GARRIGUES al señalar: que entramos aquí en el abuso de la persona jurídica. Este abuso es posible precisamente gracias al carácter instrumental que tiene la atribución de la personalidad jurídica, como aparato técnico ofrecido por la Ley para el logro de finalidades lícitas que los individuos por sí solos no podrían conseguir. Pero ocurre que ese instrumento jurídico

28 J. CUETO. RUA, *Abuso de derecho*, R.D.C.O., 1976, pág. 727.

29 Cfr. DE ÁNGEL YAGUEZ, "La Doctrina del Levantamiento del Velo" de la Persona Jurídica en la reciente jurisprudencia, Madrid, 1990.

30 Cfr. SERIK, *Apariencia y realidad en las sociedades anónimas*. Trat. Esp., Barcelona 1958, *passim*, esp. pp. 241 y ss.

puede dar lugar a un uso indebido, a un mal uso del instrumento. Cuando tal cosa ocurre y la Ley permanece silenciosa, la jurisprudencia, principalmente la Norteamericana y la alemana, han reaccionado decretando el apartamiento de la persona jurídica para penetrar hasta el fondo, para llegar a las personas individuales que precisamente se ocultan detrás del aparato técnico. Según SERIK, existe abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata o bien de burlar la ley, o bien de burlar unas obligaciones contractuales, o bien de perjudicar dolosamente a los terceros.

IX. ASPECTOS SINGULARES DE NUESTRA LEGISLACIÓN PATRIA

Una vez analizados los supuestos generales que sustentan el tema del abuso de la personalidad jurídica, tenemos que el Código Civil venezolano, regula el supuesto de abuso de derecho en su artículo 1.185. De manera que, es posible en el ámbito privado exigir la responsabilidad a quien atendiendo al ejercicio de su derecho haya causado un daño a otro y, especialmente cuando en vista de no poder realizar por sí sólo un negocio jurídico creó un instrumento autónomo pero, de burla respecto de Ley, de contratos o de terceros. Por otra parte, también es posible adherirse a la doctrina de Borjas, y ejercer la correspondiente acción de nulidad por causa o motivos ilícitos. Pero, lo importante es contar con armas generales que no pretenden por nada desplazar la norma directriz de responsabilidad limitada a que se contrae el Código de Comercio, sino de buscar su aplicabilidad, su verdadero sentido cuando la directriz haya sido servidora de burla y de fraude, recordando además, que un sistema jurídico es algo integral precisamente por sistemático y nunca por aislado.

Desde otro punto de vista, también es posible contar con leyes especiales que ya han previsto tal eventualidad. En tal virtud, las Leyes Tributarias establecen marcos regulatorios que impiden que con el uso de la personalidad jurídica independiente en apariencia se produzcan defraudaciones fiscales. Lo propio hace la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera, al anticipar en su artículo 16, lo siguiente:

Artículo 16.- "A los efectos de esta Ley se consideran empresas relacionadas con un banco o institución financiera, además de las personas señaladas en el artículo 4° de la Ley General de Bancos y

otras Instituciones Financieras, los grupos financieros señalados en sus artículos 101 y 102. Las personas jurídicas domiciliadas o no en la República de Venezuela, a las que se refieren los literales a y b del numeral 6 del artículo 120 de la citada Ley.

También podrán ser consideradas personas vinculadas o relacionadas aquellas personas naturales o jurídicas o entidades o colectividades cuando tengan entre sí vinculación accionaria, financiera, organizativa o jurídica, y existan fundados indicios que con la adopción de formas y procedimientos jurídicos ajustados a derecho, se han utilizado medios para eludir las prohibiciones de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o disminuido la responsabilidad patrimonial que deriva de los negocios realizados con el respectivo ente. Igualmente podrá ser considerado deudor la persona, entidad o colectividad que ejerza directa o indirectamente la administración o posea la mayor proporción de capital de alguna de las personas jurídicas referidas. Solo el juez que conozca de la causa podrá establecer otros criterios de vinculación”.

Según dicha disposición se considera patrimonialmente responsable incluso a la persona física o jurídica que posea la mayor porción de capital de las personas jurídicas vinculadas o relacionadas con un banco o Institución financiera, siempre que tales entidades se hayan constituido con la finalidad de adoptar formas y procedimientos jurídicos *ajustados a derecho* para eludir, burlar o trastocar las prohibiciones de la Ley de Bancos y otras Instituciones Financieras o disminuir la responsabilidad patrimonial que deriva de los negocios realizados con el respectivo ente.

De modo que, esta Ley especial prevé la posibilidad de que ante la constitución de una sociedad anónima con fines ilícitos sea posible atacar al verdadero responsable, esto es, al controlador o accionista de dicha empresa; cuestión que representa una significativa evolución al alcance del principio de la intangibilidad ya comentado a propósito del ordinal 3º del artículo 201 del Código de Comercio venezolano

Finalmente, con similares presupuestos y consecuencias a los instituidos en la Ley de Emergencia Financiera existe un caso aislado pero de relevante magnitud, como lo son las acciones en tesorería, y para ello es necesario traer a colación la decisión de la Comisión Nacional de Valores del 26 de octubre de 1990, que contempló la concurrencia de un importante porcentaje de capital social del Banco de Venezuela, SAICA. A este respecto, la pregunta inmediata fue y es, *¿se podrá considerar como acciones en tesorería de una sociedad mercantil de naturaleza financiera que haga oferta pública de sus acciones, aquellas que han*

sido adquiridas con recursos económicos de esa misma sociedad o de otra sociedad muy vinculada a ésta y bajo una misma unidad de mando por otras sociedades formalmente distintas a la primera, pero con la que mantienen y ejecutan una estrecha y profunda relación de conexidad y de unidad económica? ¿será ello un supuesto de fraude a la Ley? A la luz de este caso se trató de un conjunto de sociedades que formal y aparentemente son independientes —en nuestro caso— del Banco de Venezuela, SAICA., y en atención a ello han adquirido una cantidad de acciones de la referida institución bancaria. Sin embargo, están recíprocamente entrelazadas e interconectadas directa e indirectamente formando una “unidad económica compleja” pero compacta que responde a un mismo interés o a una misma unidad de propósitos y fines. Sería absurdo que frente a esta situación y frente a las sofisticaciones que adquiere la organización de un grupo económico, se pretenda variar de su contenido imperativo a diversas normas de la Ley de Mercado de Capitales. Se utilizan abusivamente las formas jurídicas, cuando ellas no son relajables por el particular. En nuestro caso la realidad económica no puede verse independientemente de la realidad jurídica, pues el orden público vulnerado clama por un restablecimiento. De modo que, siendo prohibido por el artículo 43 de la Ley de Mercado de Capitales, la adquisición de acciones propias —ex-artículo 263 del Código de Comercio— se deduce que todo el cúmulo indiciario en el caso del Banco de Venezuela, revela la existencia de claras vinculaciones entre las empresas antes referidas en dicho caso y el Banco bajo análisis, resultando el desvirtuamiento por vías indirectas pero fraguadas de una prohibición legislativa.

Por ello, la Comisión Nacional de Valores estimó, que las acciones del Banco de Venezuela, SAICA, poseídas en propiedad, al menos formalmente, por las empresas relacionadas o conexas, deben considerarse en realidad como acciones en tesorería del Banco de Venezuela, a los efectos de la prohibición de formar parte del quórum en las asambleas de accionistas de dicha sociedad y, a la votación en las mismas asambleas, tal como lo prescribe el artículo 47 de la Ley de Mercado de Capitales. No cabe duda, que la situación entre el Banco de Venezuela, SAICA., y las empresas conexas que siendo independientes jurídicamente pero dependientes económicamente, origina un fraude a la Ley a través del abuso de la personalidad independiente en apariencia. Cuestión que quizás permita el levantamiento del velo en el momento de la insolvencia,

o momento en que el capital social no puede solventar las obligaciones sociales por responsabilidad de la realidad oculta tras de él (*great hour*).

Definitivamente, y ya para concluir este trabajo, cuando se abusa de la personalidad jurídica como supuesto de fraude de Ley, de contratos o de terceros, determinante del levantamiento del velo sobre aquella, para declarar la ineficacia de su apariencia protectora como sujeto individualizado de derechos y obligaciones, pudiera ser que se repunte como sujeto de delito al que actuare de directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma. También es posible que en el orden civil administrativo o mercantil, se establezcan las mismas connotaciones que se han indicado anteriormente para la supuesta autoría penal de los representantes de las sociedades, resultando entonces patrimonialmente responsables, los socios, administradores, gerentes o cualquier otro controlador de dicha entidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BORJAS, Leopoldo: "Ciclo de Conferencia sobre *Aspectos Fundamentales de la Emergencia Financiera*". Realizado en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 14 y 15 de junio de 1995.
- CAÑIZARES, Felipe de Sola: "Tratado de Sociedades por Acciones en Derecho Comparado. Pág. 45 y ss. Buenos Aires, 1957.
- J. CUETO, Rúa: *Abuso de derecho*. Pág. 727. R.D.C.O. 1976.
- EGAÑA, Manuel Simón: *Bienes y Derechos Reales*. Pág. 46. Caracas, 1964.
- GARRIGUES, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil". Séptima Edición. Madrid, 1976.
- GARRIGUES, Joaquín: *Nuevos Hechos. Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*.
- GOLDSCHMIDT, Roberto: *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Vol. XXVII. Caracas, 1952.
- DOBSON M., Juan: "El Abuso de la Personalidad Jurídica (en *el Derecho Privado*)". 2a. Edición inalterada. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1991.

- MARTÍNEZ DE VELASCO CANO, José Ignacio: *La Exteriorización de los Actos Jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Pág. 49 y ss. Editorial BOSCH. Barcelona.
- MOLINA MANTILLA, Roberto: *Derecho Mercantil*. Pág. 323. Editorial Porrúa, S.A. México. 1977.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Derecho Mercantil Hoy*. Estudios de derecho mercantil en homenaje al Dr. Jorge Enrique Núñez. Instituto de Estudios Jurídicos "Dr. Angel Francisco Crice". Maracaibo, 1990.
- POLO, Antonio: *Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues*. Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues. Pág. 312 y siguientes. Editorial Tecnos. Madrid, 1971.
- RIPERT, Georges: *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires, 1954.
- ROSEMBUJ, Tulio: *La Simulación y el Fraude de Ley en la Nueva Ley General Tributaria*. Pág. 50. Madrid, 1993.
- SANOSEIN ARIAS, Manuel: "La Protección Jurídica del Ciudadano". Extracto del tema *Otra vez ¿el mayor peligro el estado?*. Pág. 495. Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Tomo 1. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993.
- SERIK: *Apariencia y Realidad en las Sociedades Anónimas*. Trat. Esp., Pág. 241 y ss.. Barcelona, 1958.
- URÍA, Rodrigo: "Acciones en Tesorería y Fraude a la Ley". Dictamen realizado con ocasión del caso Banco de Venezuela.

SECCIÓN DE DOCTRINA
Extranjera

Medida autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)*

Mabel De los Santos**

Sumario

1. Introducción. 2. Precisiones conceptuales. 3. Caracteres propios de las medidas cautelares y caracteres de las medidas autosatisfactivas. Diferencias y semejanzas. 4. Recepción jurisprudencial, doctrinaria y legislativa de la medida y del proceso autosatisfactivo. 5. Esquemas legales propuestos. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia y la doctrina de los últimos años ha comenzado a distinguir ciertas situaciones merecedoras de tutela jurisdiccional urgente, que no encuadran en el esquema legal propio de las medidas precautorias, no obstante lo cual se acude a la invocación de la medida cautelar genérica a los fines de obtener la protección jurisdiccional de los derechos, por no existir en la legislación otra vía procesal eficaz.

* Comunicación al Congreso de Derecho Procesal Iberoamericano, Brasilia, 1998.

** Profesora de Derecho Procesal, República Argentina.

Es así como encontramos en los anales de jurisprudencia referencias a la *medida cautelar autónoma*,¹ la *cautela satisfactiva*² y a la *medida autosatisfactiva*³, conceptos que desarrollara con algunas variantes la doctrina procesal nacional y extranjera⁴, pero que esencialmente designan un proceso urgente que se caracteriza por no ser instrumental como las medidas cautelares propiamente dichas. Por su lado, mucho se ha escrito

1 Ver: ENFed. Civ. y Com., Sala 2da.. 5/3/97, «Deutsche Bank Argentina S.A. c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios s/ medidas cautelares», causa nro. 20.717/96. Ficha nº 1985. Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, publicado por revista El Derecho del 16/7/97. ENApel. Contencioso Administrativo Federal. Sala 4ta.. 22/2/91. «Alcon Laboratorios Argentina S.A. c/ Ministerio de Salud Pública de la Nación s/ amparo», Base SAIJ, sumario nº K0004576.

ZAMBRANO, Pedro. «Medidas cautelares 'autónomas' y la garantía de defensa en juicio: Por el artículo 230 del Código Procesal o por el art. 12 de la ley 19549?. La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo. entrega del 28/5/98. p. 8/18. comentando rallo de la CNFed. Contencioso-administrativo, sala III, marzo 7-995, «Exxon Chemical Argentina S.A, c. D.G.I.»

2 Ver: ENCiv, sala G, , 4/5/94, «Zambardieri, Juan C. v. Municipalidad de Buenos Aires», J.A. 1995-IV-413, con nota de Augusto Mario MORELLO: «La cautela satisfactiva». J.A. 1995-IV-414).

3 Ver: CCiv. y Com. Rosario. sala III, mayo 5-997; «M.L.N. c. R.C.», La Ley 1997-F-483. anotado por Jorge Mario GALDOS, «Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva». LL 1997-F-483/93.SAGARNA. Fernando A., «El proceso autosatisfactivo: un destello en la oscuridad». J.A. semanario del 29/4/98 nro. 6087 pág. 18/27.

4 MORELLO, Augusto M.. «La cautela satisfactiva», J.A. 1995-IV-414, PEYRANO, Jorge W., «Lo urgente y lo cautelar», J.A. 1995-I-899, «Informe sobre las medidas autosatisfactivas», LL 1996-A-1000; «Las medidas autosatisfactivas en materia comercial», J.A. 1996-1-823, «Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva» E.D. 169-1347, «Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas», J.A. 1997-II-926, «Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas. La Ley revista del 16/2/98, p. 2: VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, «Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor» Rev. La Ley del 17/10/97; DE LOS SANTOS. Mabel «Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas», J.A. 1997-IV-800; entre otros. GUERRA PEREZ, Walter: «Designación de proveedores e interventores de sociedades comerciales», Ponencia presentada en las VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, realizadas en La Paloma. abril de 1995, Libro de Ponencias, p. 37/47 . El autor. citando a BARRIOS DE ANGELIS, utiliza dicha terminología para referirse a las medidas urgentes que preve el art. 184 inc. 2º de la ley uruguaya de sociedades comerciales.

también sobre la *tutela anticipatoria*⁵, conceptualmente diversa de la referida medida autosatisfactiva por cuanto no genera un proceso autónomo, la que se caracteriza por no tener por finalidad garantizar la ejecución de la sentencia —como las providencias cautelares sino que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable. También se han publicado trabajos sobre la *cautela material*, concepto comprensivo de las medidas anticipatorias o interinales y de las definitivas, esbozado hace ya algunos años por el maestro Morello⁶ y desarrollado por prestigiosa doctrina procesal y civilista⁷. Advertía con preocupación Morello en el texto citado acerca de la insuficiencia del esquema cautelar clásico y sobre la necesidad de que la doctrina “se haga cargo y suministre fundamentos más congruentes (y por ende apropiados) a fenómenos que continúan alojándose en la esfera indiscriminada del aseguramiento cautelar.

Ahora bien, la circunstancia por la cual se acude a las medidas cautelares para obtener el dictado de este tipo de medidas diferenciadas, ante la ausencia de previsión legal y encuadre procesal de estas últimas, radica en que las mismas participan de algunos caracteres propios de las medidas cautelares, especialmente de su carácter “urgente”, lo que la hace la vía procesal más afín. La nota característica de estos *procesos urgentes* consiste en la prevalencia en el trámite del principio de celeridad, que obliga a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad, con la finalidad de acordar una tutela eficaz y rápida⁸. Ha sintetizado sobre el

5 MORELLO. Augusto M., «La cautela material», J.A. 1992-IV-314; BERIZONCE, Roberto O., «Tutela anticipada y definitiva», J.A. 1996-IV-741 RIVAS, Adolfo, «La jurisdicción anticipatoria», ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe, Argentina, en julio de 1995. Anexo Com. nro. 2 del Libro de Ponencias. CSJN, agosto y-1997. “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S.R.L. y otros”; Rev. La Ley del 5/2/98, pág. 1/3, comentado por Mario Augusto MORELLO.

6 MORELLO, Augusto M., “La cautela material”, J.A. 1992-IV-1992.

7 DE LAZZARI. Eduardo. “La cautela material”, J.A. 1996-IV-651. ANDORNO, L.O., “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano”. J.A. 1995-II-887; LORENZETTI, R.L. “La tutela civil inhibitoria”, LL 1995-C-1217; NICOLAU. N.L. “La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional”. LL 1996-A-1245. MADARIAGA, R. E., “La llamada “cautela material”, E.D. 171-1064.

8 DE LOS SANTOS, Mabel. “La medida cautelar innovativa y anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados “procesos urgentes”, J.A. 1996-I-633 y doctrina allí citada.

particular Peyrano que «*si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar*»⁹, comprendiendo el género denominado «proceso urgente» diversas especies, tales como las medidas precautorias, las anticipatorias y las autosatisfactivas.

Con particular referencia a la llamada *medida autosatisfactiva* — cuyo análisis se abordará seguidamente a los fines de su comparación y diferenciación de lo estrictamente cautelar— cabe puntualizar que sus contornos resultan sin duda difusos, no existiendo coincidencia en la doctrina sobre su naturaleza, procedimiento y especialmente sobre si resulta conveniente establecer un trámite especial para acordar protección jurisdiccional a esos pedimentos urgentes, tal como lo testimonian los textos citados en las notas precedentes. A ese fin se determinarán los caracteres de este especial tipo de proceso urgente, comparándolos con los propios de las medidas cautelares a los fines de establecer su naturaleza jurídica. Sobre esa base, así como a través del análisis de casos y del texto de los proyectos de inclusión legislativa del instituto, se analizará si resulta necesario y conveniente legislar sobre esta medida de manera autónoma, como una modesta contribución más al estudio de este novedoso fenómeno que ha destacado la doctrina.

La temática que se aborda se vincula indudablemente con una moderna concepción del proceso que pone el acento en el valor “eficacia” y en el carácter instrumental de las normas procesales en el sentido que su finalidad radica en la efectividad de los derechos sustanciales¹⁰.

Las vías para alcanzar la eficacia del servicio de justicia han sido resumidas por prestigiosa doctrina en los siguientes tópicos: la prevalencia de la inmediación y la oralidad, un activismo judicial repotenciado, el ensanchamiento del elenco de legitimados y el reforzamiento y ampliación de la protección cautelar a los fines de evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía¹¹. Así también es indudable la vigencia de un pensamiento procesal pragmático y sensible a las consecuencias

9 PEYRANO, J.W.; “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, J.A. 1997-II-926: “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, LL del 19/12/95. entre muchos otros.

10 Cfr. art. XII del Título Preliminar del Anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y art. 14 del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

11 SAUX

de sus decisiones y de una concepción del derecho menos formalista y más preocupada por la manera en que lo acepta el medio al que rige¹².

De conformidad con las pautas que establece esa corriente de pensamiento y teniendo en cuenta, especialmente, las necesidades que plantea la sociedad y la “praxis” jurisdiccional de esta época, resulta imperioso reanalizar el ámbito de las normas cautelares y diferenciarlas de otros “procesos urgentes” a los fines de su debida conceptualización y determinación de los requisitos legales exigibles, en tanto ello contribuye al diseño de un servicio de justicia eficaz, que facilite la efectiva realización del derecho material.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

Definimos a las denominadas “medidas autosatisfactivas” —siguiendo a Peyrano¹³ y el texto de las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes durante el mes de agosto de 1997— diciendo que *son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables* “inaudita et altera pars” y *mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles*. Las mismas importan una *satisfacción* definitiva de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostiene que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Se ha señalado asimismo que las mismas pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover “vías de hecho” sin tener que recurrir a la postulación de medidas precautorias que ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, en algunos casos, no desean ni necesitan promover los justiciables.

Resulta ilustrativa de la definición realizada la pretensión planteada en autos *Clavero, Miguel Angel y. Comité Olímpico Argentino* que tramitara por ante el Juzgado Nacional en lo Civil de Feria en el mes de julio de 1996. El demandante promovió allí juicio de amparo y una medida cautelar

12 PERELMAN, Chain, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, Edit. Civitas, Madrid, 1979, p. 180.

13 PEYRANO, Jorge Walter, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, J.A. 1997-II-926.

genérica que provocó el dictado, con fecha 24-7-96, de la resolución cautelar que se transcribe:

Disponer que la demandada arbitre de inmediato las medidas necesarias e idóneas para que, en cuanto de ella dependa, se proceda a la acreditación de Miguel Angel Clavero en su condición de integrante del equipo de ciclistas de nuestro país ante los Juegos de la XXVI Olimpiada, solventando a su costo o de quien corresponda el importe del pasaje, alojamiento y viáticos necesarios; debiendo adoptar asimismo las medidas pertinentes en la sede de los juegos olímpicos para la efectiva participación del actor en los mismos (cfr. arts. 230, 232 y cc. del C.P.C.C.).

El caso tuvo amplia difusión periodística. Se trataba de un joven ciclista (Miguel Angel Clavero) con muchos antecedentes deportivos y que había sido nominado para integrar la delegación de ciclismo en los Juegos de la XXVI Olimpiada de Atlanta (EE.UU.). El deportista viajó con pasajes oficiales a Atlanta e inicialmente se alojó en la Villa Olímpica. Sin embargo al día siguiente e inopinadamente, el jefe de la delegación le habría informado “que, por no estar en los listados oficiales, debía retirarse inmediatamente de la Villa”, lo que provocó su regreso a Buenos Aires. Ante la inminencia de la realización de la justa deportiva de su especialidad, Clavero logró el despacho cautelar antes transcripto, aunque, en definitiva, no volvió a Atlanta por circunstancias que tornaron inoficioso su retorno, aún cuando el Comité Olímpico Argentino había cumplido la orden judicial.

Ahora bien, ninguna duda cabe que lo único que pretendía el actor era lograr el dictado de la medida ordenada, pero para hacerlo debió adosar una pretensión principal de amparo. Lo expuesto fue destacado al dictarse sentencia respecto del amparo con fecha 1 de agosto de 1996 pues se resolvió dar por concluido el proceso por haberse agotado el objeto de la acción deducida con el dictado de la cautelar y se señaló que la cuestión planteada encuadraba en lo que la doctrina procesal moderna denominara “medidas autosatisfactivas”. En efecto, el objeto del amparo se había consumido con el dictado de la cautelar genérica peticionada, restando sólo resolver sobre las costas de ese proceso sumarísimo.

Interesa destacar asimismo que la medida no se dispuso “inaudita parte” sino que se citó a la demandada a una audiencia para conocer si mediaban reparos relevantes a la pretensión urgente de Clavero y que la

misma se ordenó sin contracautela con fundamento en la “fuerte probabilidad” del derecho invocado y la inexistencia de reparos por parte de la accionada, todo lo cual evidencia las diferencias existentes entre este tipo de medidas y las estrictamente cautelares¹⁴.

Como se observa lo que singulariza a las llamadas medidas autosatisfactivas es precisamente que se agotan con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, de manera que se diferencian principalmente de las medidas cautelares por cuanto éstas son esencialmente “instrumentales”, siendo esta nota lo que caracteriza la función típica e inconfundible de las providencias cautelares en cuanto producen interinamente los efectos decisorios o ejecutorios de la sentencia principal en espera del dictado de la misma, la que, cualquiera sea su contenido e independientemente de cualquier nuevo examen, marcará necesariamente el término de su efímero cielo vital¹⁵.

Es cierto que participan de algunos rasgos comunes con las medidas cautelares, tales como su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que en determinados casos sea despachable “inaudita parte”, pero existen diferencias de tal relevancia que permiten concluir sin hesitación que no se trata de una medida cautelar sino de un proceso urgente autónomo.

3. CARACTERES PROPIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y CARACTERES DE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS

Reseñados en tales términos los contornos de este instituto procesal analizaremos con detenimiento los caracteres propios de las medidas cautelares y los de las autosatisfactivas para concluir sobre la naturaleza jurídica de las últimas. La calificación de una determinada institución jurídica no es pura pérdida de tiempo en cuestiones bizantinas. La explicación de la realidad de modo correcto exige siempre una lograda calificación toda vez que de ello se derivan importantes consecuencias,

14 DE LOS SANTOS, M.. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas” citado, J.A. 1997-IV.

15 CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Edit. “El Foro”. 1997. p. 139/140.

no sólo teóricas sino también —y fundamentalmente— prácticas. Cualquier determinación de la concreta posición de un instituto jurídico tiene la indudable utilidad de contribuir a la siempre necesaria y compleja integración de lagunas, cooperando también en la distinción de instituciones afines.

En ese orden de ideas y a los fines de explicar los caracteres propios de las medidas cautelares diremos que ellas son instrumentales, provisionales, mutables o flexibles, se disponen “inaudita parte”, el conocimiento para decretarlas es “en grado de apariencia” —no de certeza—, no producen efectos de cosa juzgada material, no causan instancia, su acogimiento no configura prejuzgamiento, no tienen incidencia directa sobre la relación procesal, son de ejecutabilidad inmediata y revisten carácter urgente.

a) *Carácter instrumental*: Esta nota distintiva, formulada por Calamandrei, consiste en la característica configuradora de las medidas cautelares que las vincula a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado¹⁶. Las mismas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, de la cual aseguran preventivamente su resultado práctico. Nacen al servicio de una providencia definitiva. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata por cuanto más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si bien todas las normas procesales son instrumentales respecto de la actuación del derecho material, las medidas cautelares son —como expresara Calamandrei— “instrumento del instrumento” en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional.

De este modo la tutela cautelar se preve por el legislador como medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso, funcione eficazmente, haciendo realidad esa afirmación teórica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ahora bien, como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación al proceso principal, vale decir, a la tutela judicial que en él se presta. Ello se traduce en una serie de consecuencias que deben verificarse para

16 CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, Edit. Librería El Foro. Bs. As., 1997. pág. 44 y ss.

afirmar la existencia de esa relación de dependencia con el proceso principal y que se analizan seguidamente.

En primer lugar: *la medida se acuerda teniendo en mira el objeto de un proceso principal pendiente o que se habrá de iniciar*, a cuyo efecto el régimen legal preve un plazo de caducidad de la medida si no se promueve el juicio al que accede la cautelar (vgr. art. 207 C.P.C.N.:

Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba...).

En segundo término, la instrumentalidad exige que finalizado el proceso principal la medida cautelar se extinga. Nacida en previsión de la prestación de una tutela judicial, una vez obtenida ésta la resolución cautelar está destinada a desaparecer por falta de fines¹⁷. Sin embargo esta consecuencia tiene matices vinculados con el tipo de sentencia que ponga fin al proceso principal y con las modalidades de su eventual ejecución, si se trata de una sentencia de condena.

En tercer lugar, toda medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento en que es concedida, *tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal*. Nace con una duración limitada que deriva de su carácter provisional (art. 202 C.P.C.N.: “Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.”), pero es la instrumentalidad la que determina su momento final¹⁸.

Finalmente, la relación de medio a fin existente entre la medida cautelar y el proceso principal impone que exista *correlación entre la medida que se ha de adoptar y el posible contenido de la sentencia*. Los efectos que se deriven de la cautela deben ser adecuados para cumplir esa función asignada de asegurar la efectividad práctica de la resolución

17 CALDERON CUADRADO. María Pía, “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil” citado, p. 35, con cita de Calamandrei, “Introduzione...”, p. 21.

18 DE LOS SANTOS. M. “La medida cautelar genérica o innominada” en “Tratado de las medidas cautelares”. obra coordinada por J.W. Peyrano, T. 4, pág. 143/144. En efecto: si no se promueve el proceso principal en el plazo establecido, se produce la caducidad de la medida cautelar. Si el proceso concluye por desistimiento o caducidad de la instancia o si se rechaza la demanda, cae la medida cautelar.

definitiva de la litis. Ahora bien, esta consecuencia del carácter instrumental debe interpretarse en sentido amplio, entendiendo que es admisible toda medida que asegure o garantice la *efectividad de la sentencia* y no sólo aquellas destinadas a asegurar la ejecución.

Sobre el particular Calamandrei destacó que la relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, que el autor agrupa en cuatro categorías: 1) las providencias que aseguran la futura ejecución forzada de la sentencia de condena, 2) las que deciden interinamente sobre la relación sustancial controvertida hasta tanto sobrevenga la decisión definitiva y con miras a evitar perjuicios irreparables derivados del mantenimiento de la situación existente, 3) las providencias instructorias anticipadas —que en nuestro derecho positivo y no obstante su finalidad cautelar se las considera un instituto jurídico diferenciado: las medidas de prueba anticipadas— y 4) las resoluciones que deciden sobre la contracautela que se establezca para evitar eventuales perjuicios derivados de la traba indebida de la medida cautelar¹⁹.

Ahora bien, la cuestión adquiere relevancia en tanto la jurisprudencia registra casos de denegatoria de cautelares por coincidir con el objeto de la pretensión principal, decisiones que parten de la concepción de la cautelar como mera aseguradora de la eventual ejecución de la sentencia, omitiendo que su contenido es más amplio y que la cautela puede ser no sólo conservativa sino también innovativa²⁰, pudiendo incluso anticipar provisionalmente el contenido de la decisión de mérito sobre la pretensión principal.

19 J CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio...*, citado. p. 53/64, Edit. El Foro, Bs. As., 1997.

20 CARNELUTTI. Francisco, "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. de N. Alcalá Zamora y Castillo y S. Sentis Melendo. T. 1. Bs. As., Uthea, 1944, p. 249: "Las exigencias que pueden determinar el arreglo provisional del litigio mediante la alteración y no mediante el mantenimiento del estado de hecho, son lógicamente opuestas a las que he indicado en el número precedente. Existe, en efecto, casos en los que se comprometería el resultado del proceso, jurisdiccional o ejecutivo, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho. Es preciso arrancar del principio de que el buen éxito del proceso, tanto desde el punto de vista del conocimiento como de su ejecución, depende, por lo que atañe a su propia posibilidad o al menos a su plenitud, de una serie de circunstancias materiales, sin cuyo concurso el acertamiento o la ejecución fallarían total o parcialmente a su finalidad".

b) *Provisionalidad*: Se entiende que son provisionales' o interinas por cuanto mantienen su vigencia en tanto subsistan las circunstancias que las engendraron. Asimismo, denegada una medida precautoria su rechazo no impide recabarla nuevamente, en tanto se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho²¹.

Tal carácter resulta del propio texto del art. 202 C.P.C.N.: "Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento."

El carácter provisorio de las medidas cautelares no significa apartamiento del principio de preclusión que opera la extinción de la facultad de impugnar los pronunciamientos jurisdiccionales cuando transcurre el plazo que establece la ley. De allí que para solicitar el levantamiento de una medida cautelar firme —vale decir: fuera de los casos que preve el art. 198 del C.P.C.N.— debe demostrarse que cesaron las causas que la determinaron. No se puede fundar el pedido en que ellas fueron inicialmente improcedentes, desde que, de ser así debió recurrirse dentro del plazo legal²².

c) *Mutabilidad o flexibilidad*: Para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, puede disponerse un aseguramiento distinto al solicitado u obtenido, o limitarlo teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger (art. 204 C.P.C.N.). Asimismo, cuando la medida no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada, el acreedor puede solicitar su ampliación, mejora o sustitución, mientras que el deudor está autorizado a recabar su sustitución por otra menos perjudicial que garantice suficientemente el derecho del primero (art. 203 C.P.C.N.).

Así resulta del texto de los artículos 203 y 204 del C.P.C.N. antes citados:

ART. 203: (Modificación) El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.

21 DE LAZZARI. Eduardo; *Medidas cautelares*. T. 1, p. 11. Edit. Platense, Bs. As., 1986.

22 ARAZI. Roland y FENOCHIETTO, Carlos E., *Régimen del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Editorial Astrea. Bs. As., 1994. p. 215.

El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.

ART. 204:(Facultades del juez)- El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger.

d) *Se decretan “inaudita parte”*: Establece el art. 198 C.P.C.N. que “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte...” La razón de dicha disposición debe hallarse en la necesidad de eficacia de la tutela cautelar pues si se cursara notificación a quien se pretende afectar con la medida se le otorgaría la posibilidad de frustrar precisamente el objeto a que tiende.

e) El *conocimiento* jurisdiccional para decretarlas es *en grado de apariencia*, no de certeza. Adviértase que el principio de cognición, que es el grado de conocimiento que asume el juez frente a las situaciones jurídicas que se plantean en los procesos para emitir una declaración de la voluntad de la ley²³, es en materia cautelar en grado de “apariencia”: el juez debe verificar la apariencia o “humo de buen derecho” del peticionante de la medida. El juez no declara cierto ni el derecho del acreedor ni el cumplimiento del deudor, sino el *fomus boni iuris* y el peligro de que el probable derecho sea violado, o sea ciertos hechos de los cuales resulta la verosimilitud de que exista un crédito y que, sin la efectivización de la cautelar, tal crédito pueda permanecer insatisfecho²⁴.

f) *No producen los efectos de la cosa juzgada material, no causan instancia y su acogimiento no configura prejuzgamiento*, caracteres derivados de la mutabilidad o flexibilidad analizadas precedentemente.

g) *No tienen incidencia directa sobre la relación procesal en sí*, de allí que no interrumpen el plazo de caducidad de la instancia.

23 CARLI, Carlo, *La Demanda Civil*. p. 7, Edit. Lex, Bs. As., 1980.

24 CARNELUTTI, F; *Derecho Procesal Civil y Penal*, T. 1, p. 418, Edit. Librería El Foro, Bs. As., 1981.

h) Son *de ejecutabilidad inmediata*: los recursos contra las mismas se conceden con efecto devolutivo (no suspensivo) y ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento.

Así lo establece el art. 198 del C.P.C.N.:

..Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento....

La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.

i) Revisten *carácter urgente*. Este rasgo de las medidas cautelares resulta de su propia naturaleza y del contenido de diversas disposiciones legales. En efecto, las mismas pueden solicitarse aún antes de deducida la demanda (art. 195 C.P.C.N.), en caso de contienda de competencia establece el art. 12 del C.P.C.N. que "...ambos jueces suspenderán los procedimientos sobre lo principal, salvo las medidas precautorias o cualquier diligencia de cuya omisión pudiere resultar perjuicio irreparable"; se arbitra un mecanismo especial de suma celeridad para recibir información sumaria (art. 197 C.P.C.N.), tramitan por expediente separado (ídem), ningún incidente planteado por el destinatario de la medida puede detener su cumplimiento (art. 198 C.P.C.N.), se decretan sin sustanciación (ídem), entre otros.

Dicho carácter urgente que, como señala con acierto De Lázzari²⁵, fuera poco difundido por la doctrina, ha adquirido relevancia en razón de los más recientes estudios doctrinarios que lo consideran el rasgo común de las medidas cautelares con otros institutos de tutela urgente que no son estrictamente precautorios —por no compartir los restantes caracteres que estudiáramos—, tales como las medidas autosatisfactivas.

Así también se deriva de dicho carácter urgente que las providencias simples para resolver sobre pedimentos cautelares deban emitirse "inmediatamente" y no dentro del plazo de tres días, de conformidad con lo dispuesto por el art. 34 inc. 3º a) *in fine* del C.P.C.N.²⁶.

25 DE LAZZARI, Eduardo, ob. cit.. T. 1, p. 12/13.

26 DE LAZZARI, ob. cit.. T. 1, p 83/84, comentario del art. 198: "Naturaleza de las providencias cautelares. Plazo para dictar resolución."

Veamos ahora los caracteres salientes de este nuevo instituto procesal que ha dado en llamarse *medida autosatisfactiva*. Es conteste la doctrina en sostener que el rasgo común de este tipo de providencias con las cautelares radica en el *carácter de urgente* que se explicara precedentemente. Esto supone que su dictado debe efectuarse en el lapso más breve posible y aún *inaudita parte*. Sin embargo coincido con la opinión de Berizonce²⁷ en cuanto a que no en todos los casos deberían ser decretadas sin oír a la contraparte. En efecto, si media una fuerte probabilidad cercana a la certeza del derecho la medida podrá disponerse “inaudita parte”, de lo contrario deberá preverse algún tipo de sustanciación rápida, compatible con la efectividad de lo pretendido y con el carácter urgente de la pretensión.

Por su lado y por derivación lógica del carácter urgente de la medida autosatisfactiva, la misma participa de otra nota propia de las medidas cautelares: *la ejecutabilidad inmediata* de lo decidido, pues seguramente frustraría la finalidad de la medida que se admitieran recursos con efecto suspensivo contra la resolución que la acuerda o que algún incidente pudiera suspender su ejecución.

Respecto del carácter de *mutable o flexible* referido a la discrecionalidad del juez para acordar una medida diferente de la peticionada o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho a proteger, el mismo es aplicable a la medida autosatisfactiva en tanto resulta inherente a las decisiones urgentes. La razón de la acentuada discrecionalidad del juez de la urgencia implica apreciación subjetiva y cierta dosis de flexibilidad pero, obviamente, no justifica la arbitrariedad²⁸. En el caso de la medida autosatisfactiva tal carácter permite al juez “disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique”.

Con independencia de estos tres caracteres comunes entre las medidas autosatisfactivas y las cautelares, respecto de las demás características antes reseñadas existen importantes diferencias que son las que hacen difícil encuadrar estos pedimentos en la estructura cautelar clásica.

27 BERIZONCE, Roberto, “La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)”, J.A., semanario nro. 6.093 del 10-6-98, pág. 13.

28 BERIZONCE, “La tutela anticipatoria...” cit., p. 8. DITTRICH, L. “Natura e presupposti del provvedimento d’urgenza” allí citado, p. 238).

En efecto, como se señalara precedentemente, la medida autosatisfactiva *no es instrumental*, circunstancia que evidencia su condición de diligencia no cautelar. *Tampoco es provisional* por cuanto su resultado no queda ligado al resultado de una litis principal que no existe; ello obviamente sin perjuicio de reconocer que, como toda decisión judicial se encuentra sujeta implícitamente a la regla *rebus sic stantibus*, vale decir, puede cesar si se modifican las circunstancias tenidas en cuenta para acordarlas²⁹.

Por su lado la medida autosatisfactiva no necesariamente debe disponerse “inaudita parte”, debiendo reservarse dicha posibilidad exclusivamente para los supuestos en que exista convicción suficiente, cercana a la certeza, respecto del derecho invocado. Adviértase que tratándose de procesos de cognición restringida, que agotan el conflicto y lo resuelven de una vez y para siempre, el mero contralor ulterior en vía recursiva resulta insuficiente en la mayoría de los casos para resguardar adecuadamente el principio de bilateralidad o defensa en juicio. Consecuentemente, siempre que las particularidades del caso lo permitan, debiera admitirse alguna suerte de sustanciación rápida o audiencia urgente³⁰.

Finalmente, en cuanto a los requisitos para la procedencia de las medidas autosatisfactivas cabe puntualizar que tal como lo destacan los proyectos de reforma que prevén el instituto, el grado de conocimiento para disponer la tutela autosatisfactiva es la existencia de una *fuerte probabilidad* cercana a la certeza y no la simple verosimilitud³¹. Asimismo siempre es necesario, al igual que en el esquema cautelar clásico, que exista *peligro en la demora*, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se frustre el

29 PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., vol. VIII, p. 49/50.

30 Ver Conclusiones de la Comisión IV “Tutela anticipada y definitoria” en las *VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil*, Comercial y Procesal, Junín, Septiembre de 1996.

31 El anteproyecto de Código para la Ciudad de Buenos Aires elaborado por los Dres. Morello, Arazi y Kaminker exige que “Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto” (art 67 —Medidas autosatisfactivas—) y el texto del anteproyecto de introducción en el Código Procesal de Santa Fe, elaborado por el Ateneo de Estudios Procesales de Rosario exige que medie “... pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta d que lo postulado sea atendible...” (art. 21 bis del Cód. Proc. de Santa Fe).

derecho invocado, recaudo que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo³². Finalmente, no en todos los casos será necesaria la prestación de *contracautela*, la que sólo procederá cuando la medida se decreta *inaudita parte* y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado.

No puede soslayarse que algunos principios de la teoría general de las medidas cautelares sirven para explicar y resolver este tipo de requerimientos urgentes, tales como la relación entre el grado de apariencia del derecho y la entidad de la contracautela (a mayor verosimilitud del derecho: menor contracautela y viceversa), pero tal circunstancia no resulta suficiente para concluir que este proceso autónomo, no instrumental, sea cautelar.

En efecto, se trata de una medida que genera un proceso autónomo en el sentido que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo. Su dictado acarrea, insisto, una satisfacción definitiva de los requerimientos del postulante. Se impone aclarar que lo de “satisfacción definitiva” debe entenderse en sus justos límites. El maestro Morello esclarece sobre el particular que ello se producirá en el supuesto de que la medida autosatisfactiva sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias interpuestas por el beneficiario de la misma³³.

Como corolario de lo expuesto precedentemente pueden reseñarse las diferencias entre la medida cautelar y la medida autosatisfactiva en las siguientes características diferenciadas propias de esta última:

- a) No es instrumental,
- b) no es provisoria,
- c) su dictado no debe realizarse necesariamente “inaudita parte”, siendo menester en algunos casos alguna suerte de sustanciación rápida,

32 El anteproyecto para la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 67 requiere que la “tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración”. Por su lado el anteproyecto de reforma elaborado por el Ateneo de Estudios Procesales de Rosario (art. 21 bis) del Cod. Proc. de Santa Fe exige que sea “impostergable prestar tutela judicial inmediata”.

33 “MORELLO, Augusto M., *La cautela satisfactiva*, J. A. 1995-IV 414.

d) es requisito de procedencia de la misma que se acredite una fuerte probabilidad —cercana a la certeza— de la atendibilidad del derecho invocado,

e) no siempre es exigible la prestación de contracautela para su efectivización, especialmente si ha mediado sustanciación previa a su despacho.

En síntesis: el análisis efectuado permite concluir, a mi modo de ver, que pocos son los caracteres comunes entre las medidas cautelares y las denominadas autosatisfactivas, consistiendo básicamente el elemento común en el carácter urgente, del que deriva la ejecutabilidad inmediata, la mutabilidad y el requisito del peligro en la demora para su despacho favorable que se traduce en la necesidad de tutela judicial inmediata a los fines de evitar la frustración del derecho. Los restantes caracteres y requisitos propios del esquema cautelar son ajenos a la esencia y finalidad del proceso autosatisfactivo, el que por su naturaleza constituye un *proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable “inaudita parte” y previa contracautela, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho. Es asimismo un medio de tutela rápida y extraordinaria, admisible restrictivamente ante la inexistencia de otra vía procesal eficaz.*

4. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL, DOCTRINARIA Y LEGISLATIVA DE LA MEDIDA Y DEL PROCESO AUTOSATISFACTIVO

Es posible encontrar ejemplos de medidas autosatisfactivas en la jurisprudencia nacional, habiéndose invocado generalmente como vía para deducir tales requerimientos la medida cautelar genérica o innominada, promoviendo simultánea o inmediatamente una pretensión principal (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para mantener viva la solución de urgencia lograda, evitando así la caducidad de la medida precautoria, pretensiones principales que en muchos casos quedaban vacías de contenido al resolverse sobre la denominada “medida cautelar”³⁴.

³⁴ “La medida cautelar dispuesta —orden al ISSB de abstenerse de impulsar el apremio hasta tanto sea resuelto el recurso de alza— no implica, de suyo, prejuzgar sobre la cuestión de fondo (la acción de amparo ha sido desistida quedando el trámite reducido a la obtención de una “medida cautelar autónoma”). Semejante decisión

El tema que nos ocupa ha sido también objeto de análisis en el XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, celebrado en la ciudad de Corrientes en Agosto de 1997, estableciéndose sobre el particular las siguientes conclusiones:

Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándole así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis* que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de

aparece, pues, como una medida razonable y prudente y de vigencia temporal limitada. Una vez que el ministerio se pronuncie sobre el recurso, en el sentido que fuere, la cautelar quedará naturalmente desprovista de finalidad ya que o bien se dejará sin efecto el cargo por aportes adeudados o bien será legitimado administrativamente; en el primer caso será inviable el apremio y la prohibición de innovar dirigida al instituto perderá todo sentido; en el segundo, nada obstará al proceso de ejecución fiscal, con lo que la cautelar quedará agotada por cumplimiento de su objeto”.

“Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala 2da., 5/3/97, “Deutsche Bank Argentina S.A. c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios s/ medidas cautelares”, Causa Nº 20.717/96. Ficha Nº 1985, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal publicado por Revista *El Derecho* del 16-7-97.

“Si bien es cierto que no existe disposición legal alguna que prohíba utilizar la sumarísima acción de amparo con el alcance de una medida precautoria, no puede argumentarse la inexistencia de otra vía adecuada a esos fines cuando el accionante tiene la posibilidad de utilizar —al no resolverse la cuestión en sede administrativa— la cautelar autónoma legislada en el Código Procesal (arts 195, 202, 232 y cc.), de la que no puede decirse que no tenga mayor rapidez e igual eficacia que la acción que aquí se intenta.”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 4ta., 22/2/91, “Alcon Laboratorios Argentina S.A. c/ Ministerio de Salud Pública de la Nación s/ amparo”. Base SAIJ, sumario nro. K004576.

“La procedencia de la medida cautelar autónoma —que suspende la ejecución de un acto administrativo de la D.G.I. mientras se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por la denegatoria del pedido de compensación de deuda—, no implica la afectación de las facultades para fiscalizar o verificar el seguimiento de los trámites que la D.G.I. estime pertinente para determinar su crédito.”

CNFed. Contencioso-administrativo, sala III, marzo 7-995, “Exxon Chemical Argentina S.A. c. Dirección General Impositiva”. La ley, Suplemento de Derecho Administrativo, del 28-5-98, p. 8; con nota de Pedro Zambrano, “Medidas cautelares ‘autónomas’ y la garantía de la defensa en juicio: ¿Por el artículo 230 del Código Procesal o por el artículo 12 de la ley 19549?”

que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.

Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.

Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas.

Sobre el particular resultan también relevantes las Conclusiones de la Comisión VI —Tutela anticipada y definitiva— de las *VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal* realizadas en Septiembre de 1996 en Junín, Pcia. de Buenos Aires, donde se sostuvo que:

- 1) Corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie, constituida por la denominada cautela material.
- 2) Interín se concreta la regulación legal sugerida puede recurrirse — en casos absolutamente excepcionales— al art. 232 del C.P.C.N. o normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares...

Son asimismo relevantes los aportes doctrinarios sobre la autosatisfactiva, publicados en las revistas jurídicas durante el último tiempo, que se reseñaran en la nota 4 realizada al pie de la introducción a este trabajo.

En el ámbito legislativo el Anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé bajo la denominación de “Medidas autosatisfactivas” la procedencia de este tipo de procesos urgentes autónomos, con sujeción a determinados requisitos en su artículo 67. Asimismo el anteproyecto de introducción de la medida autosatisfactiva al texto codificado vigente en la Provincia de Santa Fe, bajo el artículo 21 bis, también legisla sobre el particular.

5. ESQUEMAS LEGALES PROPUESTOS

Establece el artículo 67 del anteproyecto de Código de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

“Art. 67 (Medidas autosatisfactivas). En aquellos supuestos excepcionales en que:

1) Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto.
2) Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración.

3) No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo.

4) Si el Juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela. Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionante.

Por su lado el texto del anteproyecto santafesino reza:

Art. 21bis del Código Procesal de Santa Fe: Los jueces —a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata— deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;

b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines,

c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

d) Los jueces podrán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído;

e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar por impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto que acredite *prima facie* la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestará contracautela suficiente.

Requisitos de procedencia:

La medida es de excepción —como se expresara al analizar su naturaleza jurídica— y sujeta en ambos textos a los siguientes requisitos:

1. Que se acredite un “interés tutelable cierto y manifiesto” o la “probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible”, vale decir, una “probabilidad cierta o fuerte” cercana a la certeza, justificándose que se prescindiera de la certeza absoluta y se la sustituya por ese grado de conocimiento sólo en razón de la urgencia de la tutela.

2. Que sea imprescindible una tutela inmediata, recaudo que con diversos giros expresan ambos proyectos: “que la tutela inmediata sea imprescindible” (67, Cód. C.B.A.) y “que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho...contrarias a derecho...”(21 bis, Cód. Proc. Sta. Fe).

3. Que el interés del postulante se circunscriba a obtener la solución de urgencia requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos afines, fórmula del anteproyecto santafesino que el art. 67 del anteproyecto para la Ciudad de Buenos Aires sintetiza en que “no fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo”.

4. En ambos la prestación de contracautela es optativa.

El anteproyecto santafesino regula por su parte el procedimiento (despacho directo de la medida o, según el caso, previa y reducida sustanciación consistente en la “posibilidad de ser oído”) y el régimen impugnativo que permite optar entre el recurso de apelación con efecto devolutivo o un juicio declarativo sumario de oposición, que también carece de efectos suspensivos de la ejecución de la medida ordenada. Agrega el proyecto que, previa caución y en caso de acreditar que la medida autosatisfactiva causa un perjuicio de imposible reparación, podrá disponerse la suspensión provisoria de la misma.

El anteproyecto para la Ciudad de Buenos Aires no legisla el trámite aplicable, pero en el artículo 66 establece que “el régimen de cumplimiento, de recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela respecto de las decisiones sobre tutela anticipatoria y medidas autosatisfactivas, será el establecido para las medidas cautelares”, resultando adecuada la aplicación del régimen cautelar en esos aspectos derivados de caracteres comunes entre ambas medidas. Si ambas son medidas urgentes, flexibles y de ejecutabilidad inmediata, como se estableciera en párrafos precedentes, resulta coherente la aplicación del régimen cautelar clásico en materia de cumplimiento, recurso y modificaciones relativas a la medida o a la caución.

A la discrecionalidad o mutabilidad se refiere también el citado anteproyecto cuando establece que “se podrán disponer *las medidas que la índole de la protección adecuada indique*, bajo la responsabilidad del peticionante”, carácter que resulta inherente a todo proceso urgente donde la acentuada discrecionalidad del juez se vincula con la eficacia misma de la tutela, como lo enuncia con claridad el texto transcrito.

Finalmente el mismo texto se refiere a la responsabilidad del peticionante de la medida, que entiendo debe regirse por la norma del artículo 208 del proyecto —idéntico a igual artículo del texto del código vigente en la Nación— conforme el cual quien solicitó la misma debe responder cuando media abuso o exceso en el derecho que otorga la ley, la que se configura aún por negligencia o por omisión de la prudencia normal³⁵.

Ahora bien, hasta la fecha el instituto que tratamos no se ha convertido en ley, circunstancia que sin embargo no ha obstado a que en algunos casos se acuerde esta tutela autónoma bajo el ropaje de una medida cautelar genérica o de una medida innovativa, dejando luego sin contenido la acción principal a la que se adosaba la denominada “cautelar”. En muchos otros precedentes las medidas han sido denegadas por ausencia de un texto legal expreso que las prevea y les acuerde esa vía procesal

35 DE LOS SANTOS, M., “Algunas precisiones acerca de la responsabilidad civil derivada de la traba de medidas cautelares”, Revista Doctrina y Jurisprudencia del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, n° 1 p. 27 (marzo-abril/1992).

urgente a la protección de los derechos sustanciales invocados³⁶ o, en otros casos, por no encuadrar en el esquema cautelar clásico³⁷.

De lo expuesto se colige que existen serias dificultades para que los justiciables puedan previsiblemente obtener este tipo de tutela urgente autónoma, circunstancia que hace aconsejable el dictado de algún tipo de norma procesal positiva que, con carácter general, prevea la posibilidad de obtención de la medida autosatisfactiva y sus recaudos de procedencia. El Derecho positivo, enseñaba Recasens Siches, es siempre una obra circunstancial, "...las normas jurídicas son gestadas y elaboradas bajo el estímulo de unas ciertas necesidades sentidas en una sociedad y en una época determinadas, es decir, bajo el conjuro de las urgencias de una cierta circunstancia social..." concluyendo por ello que para su interpretación deben confrontarse sus efectos con el propósito que inspiró su elaboración³⁸. Es a través del modo como se perfilan legalmente sus caracteres que podrá aventarse el riesgo inherente a la ampliación de las resoluciones coyunturales de manera que no afecten la seguridad y la garantía del debido proceso.

6. CONCLUSIONES

1. Las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables "inaudita parte" o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible.

36 C. Civil y Comercial Rosario, Sala III, mayo 5-997, "M.I.N. c. R.C.", La Ley, 1997-F-483, comentado por GALDOS. J.M. "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva".

37 CNCiv.. Sala G. 4/5/94, "Zambardieri, Juan c. Municip. de Buenos Aires, J.A. 1995-IV-413, comentado por MORELLO. A.M.. "La cautela satisfactiva". en el cual se deniega una medida satisfactiva solicitada como medida cautelar innovativa con fundamento en que la finalidad de las medidas cautelares es complementaria de cualquier tipo o especie de proceso, circunstancia que no autoriza a que las mismas tramiten en forma autónoma o propia.

38 RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, p. 213 a 215, Edit. Porrúa, México, 1970.

2. Tienen en común con las medidas cautelares: su carácter urgente, ser de ejecutabilidad inmediata y mutables o flexibles (sustituibles por otra medida más apropiada).
3. Se diferencian de las providencias cautelares por cuanto no son instrumentales sino autónomas, no son provisionales sino definitivas, no necesariamente deben disponerse “inaudita parte”, el grado de conocimiento para despacharlas consiste en que exista casi certeza del derecho (fuerte probabilidad o interés tutelable cierto y manifiesto) y pueden ordenarse previa contracautela o prescindir de ella según el caso. El requisito de “peligro en la demora”, propio de las medidas cautelares, en la materia se traduce en que la tutela inmediata sea imprescindible, frustrándose en caso contrario el derecho invocado.
4. La medida se obtiene en el ámbito de un proceso urgente; autónomo, dispositivo y contradictorio, con una bilateralidad de trámite rápido o posterior al despacho de la resolución.
5. El mayor beneficio del instituto radica en su maleabilidad para acordar una protección rápida y, por ende, eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto³⁹. De esa manera contribuye a que el proceso permita la efectiva operatividad de los derechos sustanciales.

39 Se han expuesto como supuestos de aplicación de la norma: la tutela de los consumidores y usuarios a la luz de la ley de defensa de los consumidores (24.240: ADLA, LIII-D-4125), la protección inherente a la intimidad (art. 1071 bis C.C.). La proscripción de la violencia familiar (ley 24.270). La protección del derecho al nombre (ley 18.248 arts. 20 y 21), la suspensión judicial de las asambleas de sociedades anónimas y de la ejecución de sus resoluciones, la cesación de infracciones al régimen de propiedad horizontal, la tutela contra el trato discriminatorio (ley 23.592) (cfr. Vázquez Ferreyra, “Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor”, LL 17-10-97; Peyrano, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas.” cit., p. 933/37, Berizonce, “La tutela anticipatoria... cit., p. 10. Existiendo previsión legal específica en el derecho de fondo los requisitos de procedencia se rigen por ese estatuto, siendo aplicable subsidiariamente el régimen procesal, que no puede conceder el marco de la ley sustancial. (cfr. Berizonce, ob. cit., p. 13).

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

**Selección de bibliografía y comentarios
por Alberto Baumeister Toledo**

Revista N° 10 de Derecho de Seguros del Comité Ibero Latinoamericano de AIDA. Editorial Javegraf, Bogotá, Colombia, 1997, un volumen, 457 páginas

Con la presentación elogiosa de los hasta entonces Presidente de la Asociación Mundial de Derecho de Seguros (AIDA), Dr. John Butler y del Comité Iberoamericano de la misma Asociación Internacional (CILA), Dr. Arturo Díaz Bravo, la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá en unión del Comité Ibero latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (CILA/AIDA) y el FIDES, nos entregan el décimo número de la comentada Revista, que hasta ahora nos ha brindado selecto y novedoso material Doctrinario, Técnico, Jurisprudencial y Legislativo en materia de Seguros y con autoría de reputados Profesores y tratadistas en la materia a nivel internacional.

En la Sección Doctrinal de este nuevo número se nos brinda un selecto e interesante temario, iniciándose con la continuación del trabajo sobre Seguro y los Tratados de Libre Comercio, cuya primera parte ya nos presentaran los Profesores Díaz Lobato, Romero Salas, Mercado Padilla, Andrade C., Espinosa y Torres Gómez; el Profesor Fernando Sánchez Calero, entrega un interesante trabajo sobre “La acción directa del tercero damnificado en el Seguro de Responsabilidad Civil”; Carlos I. Jaramillo hace un examen del celebre principio de La “comunidad de suerte” en el Reaseguro; Walter Villa dedica unas cuantas páginas a la subrogación en materia de seguros a la luz de la legislación peruana; Eduardo Alvarez F. nos trata sobre la protección del asegurado en Derecho Mexicano y sobre la misma temática, Fernando Suárez G. nos habla del Defensor del Asegurado en España. El Profesor Jean Bigot se refiere a la “solución de litigios en materia de Seguros”; Oscar Benclowicz trata el tema de la cobertura asegurativa de los riesgos laborales en Argentina y

Alejandro Venegas F. nos da las novedades sobre el nuevo régimen de pensiones en Colombia.

En la sección técnico económica, Carsten Böhmer nos refiere un estudio comparativo de las coberturas de responsabilidad civil por contaminación entre Alemania y España; Mario Hernández Neira nos presenta un interesante resumen de la actividad Aseguradora Colombiana de los años 1989 al 1995 y se reproducen cifras y datos de la actividad Aseguradora Paraguaya.

En materia jurisprudencial se consigna un balance de la jurisdicción arbitral Colombiana de seguros de 1977 al 1986 cuyo autor es Andrés Ordoñez, con reseña de los principales laudos y la doctrina en ellos sentada y Jorge Presa Alonso examina interesante decisión en materia de “cláusulas de exclusión de cobertura” en Uruguay.

Por último la Sección Legislativa, reproduce la nueva Ley de Seguros de El Salvador (1995) y los Profesores, Francisco J. Tirado S y Arturo Díaz Bravo hacen comentarios sobre la mediación en la nueva Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en España (1995), el primero, y el segundo se refiere a modificaciones en el Código de Comercio y Ley que regula la actividad, ambas Mexicanas (1996 y 1997), relacionadas con el arbitraje, disposiciones sancionadoras en el caso de incumplimientos de la aseguradora y carácter de título ejecutivo de las pólizas de seguros.

Estamos seguros que el lector de este número de la revista encontrará amenidad, novedad y deleite en el tratamiento del material reseñado y hará una puesta al día en las materias que son objeto de publicación.

Este número trae además el índice general de las diez primeras Revistas.

Estudios sobre Derecho de Familia, Francisco López Herrera, Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, un volumen, 166 páginas, Primera edición, Editorial Texto, Caracas, Venezuela, ISBN 980-244-173-2.

La obra en referencia, como lo indica su autor, contiene cuatro estudios sobre Derecho de Familia que son versiones con puesta al día de anteriores publicaciones y trabajos del autor sobre “Los efectos en

Venezuela del denominado matrimonio de Common Law del Derecho Norteamericano”, “ Consideraciones sobre el sistema de la administración de los bienes comunes en el régimen legal de la comunidad de gananciales”, “Consideraciones sobre algunos aspectos del régimen de la comunidad concubinaria” y “ Consideraciones sobre las nuevas formas de originar vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela”.

Estos cuatro estudios del autor, que tilda modestamente él de “trabajos”, son interesantísimos estudios sobre cada uno de los temas a los que ellos se refieren y de palpitable interés actual.

El primero de los mismos aborda lo relacionado con la validez en Venezuela del matrimonio aún admitido en ciertos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, aceptado por el Common Law, en el cual existe el vínculo no obstante la ausencia absoluta o parcial de la celebración formal del acto, y el cual se lo conoce por igual como “matrimonio consensual y matrimonio de hecho”.

Después de un minucioso examen de las reglas sobre el matrimonio en Venezuela, en especial las que atañen a las formalidades que debe revestir dicho acto en nuestro sistema legal, el autor concluye sosteniendo la validez y aceptación que debe darse en nuestro sistema a dicho tipo de matrimonio, sea entre ciudadanos de ese país sea de venezolanos que lo hayan contraído en aquél, conforme a dichas normas, aún después de la firma de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el Registro de los Matrimonios ¹.

Sostiene el autor, no obstante ser el principal propósito de la aludida Convención, que el consentimiento matrimonial debe ser prestado ante la autoridad competente y testigos determinados por la Ley para formalizarlo y que todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro especial destinado al efecto, que dichos matrimonios, tanto en derecho de los Estados Unidos de Norteamérica como en Derecho Venezolano, continúan siendo válidos, entre otras razones porque de lo que se trata es de garantizar que al matrimonio no se puede acceder sino mediante el pleno y libre consentimiento del hombre y de la mujer que lo contraen, lo cual es, a su vez, la misma esencia del comentado matrimonio de *Common Law*.

1 Esta convención fue promovida por la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1962, fecha a la cual se adhirió Estados Unidos de Norteamérica y a la que por igual Venezuela prestó su adhesión también el 21 de julio de 1982 (G.O. Extraordinaria 3008 del 31-8-82).

En apoyo de lo citado, advierte el Profesor López Herrera, que así lo ha venido ratificando jurisprudencia y doctrina de derecho norteamericano, posterior a 1964. Por igual cabe destacar que en Venezuela, el solo hecho de haber adherido a la referida convención tampoco permite pensar ha sido eliminado el matrimonio especial contemplado en los artículos 82,98 y 101 del vigente Código Civil.

En torno al segundo de dichos estudios, hace el autor un exhaustivo examen del régimen de los bienes comunes administrados por cualquiera de los cónyuges en el régimen legal de la comunidad de gananciales, para concluir en primer lugar, en que estos son todos aquellos que no siendo propios o exclusivos del cónyuge en cuestión, figuran a su nombre o se encuentran en su posesión y en lo casos excepcionales contemplados en el artículo 168 del Código Civil (enajenación o gravamen de inmuebles y derechos o bienes muebles sometidos a régimen especial de publicidad) que los mismos y las operaciones a que ellos se refieren son taxativa y expresamente los aludidos en la norma, no pudiendo extenderse, dicho régimen especial, a otros bienes ni a otras operaciones.

Por último analiza el discutido tema de si pueden o no los cónyuges otorgar válidamente poderes generales de administración y disposición que abarquen dichos bienes sometidos a régimen especial, destacando que a su juicio si puede hacérselo, toda vez que tales disposiciones consagran un régimen de protección que no es de orden público, sino dirigidos a la protección de intereses de carácter privado.

En cuanto al estudio relacionado con el régimen de la comunidad concubinaria, el autor rechaza la existencia de la misma en casos de multiplicidad de uniones concubinarias y disiente de la opinión de algunos doctrinantes² y de ciertos fallos de Casación y Tribunales de instancia, que han venido admitiendo la coexistencia de la comunidad patrimonial matrimonial con la comunidad patrimonial concubinaria (aún existiendo vínculo matrimonial válido entre el concubino y su esposa preexistente), lo cual a juicio del autor constituye una franca violación de la misma normativa analizada y un caos para los patrimonios matrimoniales.

Respecto al cuarto tema tratado, relacionado con las nuevas formas de generar vida humana (inseminaciones artificiales y la fertilización *in vitro*, con consideraciones inclusive sobre los casos de clonación) el

2 Julián Llinasvega.

autor considera que las mismas salvo los supuestos de fertilización artificial entre los mismos esposos, y sin disponibilidad de semen o de óvulos para futuros experimentos o fertilizaciones, son contrarios al orden público y a las buenas costumbres, generadores de graves problemas desde el punto de vista institucional para la paternidad y la familia y por tanto concluye recomendando la mayor de las prudencias a nuestros legisladores cuando se trate de regular dichos supuestos en la Ley para amparar tales situaciones.

Repetimos, los cuatro temas tratados, al cual más interesante y de actualidad, ameritan la lectura de esta obra del Profesor López Herrera quien con su experiencia en la materia y su claro sistema de exposición, nos trae inquietudes y soluciones en tópicos de particular interés para los colegas que ejercen Derecho de Familia o tienen interés en las materias reseñadas.

Reporte Anual 1997/98 de la International Bureau of Fiscal Documentation (Oficina Internacional de Documentación Fiscal) IBDF. Editorial International Bureau of Fiscal documentation, The Netherlands, 1998, un volumen, 166 páginas.

La mencionada entidad, ha puesto en circulación su Reporte de Actividades por el período 1997/98. La IBDF, que son sus siglas distintivas, es una fundación independiente, de carácter privado, sin fines de lucro para la investigación y divulgación del Derecho Fiscal, tiene como sede Holanda y está cumpliendo sesenta años de vida.

En su mencionado reporte destaca como sus objetivos fundamentales la investigación, desarrollo y proceso de sistematización de información sobre Derecho Fiscal e inversiones extranjeras a nivel de Derecho Comparado, tanto desde el punto de vista de la legislación interna como internacional de los diversos sistemas de derecho fiscal mundial.

Para el apoyo y cumplimiento de su fines cuenta además con una Academia internacional de formación en materia Impositiva (International Tax Academy), y está dotada de una biblioteca especializada en la materia con más de treinta mil obras sobre legislación fiscal y temas sobre

inversiones a nivel mundial y patrocina boletines de información periódica sobre materia fiscal.

Entre sus planes reseña los servicios de investigación, formación de personal y consultoría a nivel de diversos países del mundo, investigación, preparación de proyectos y estudios a nivel oficial y privado, análisis de regulaciones impositivas y su impacto social y estudio de la implementación de normas de índole fiscal, así como su adecuado y correcto sistema de aplicación.

Por igual dicta cursos, seminarios y programas de entrenamiento para el sector público y privado, sobre derecho fiscal interno, internacional y comparado.

Su staff cuenta con 60 abogados y economistas multilingües de 32 países y sus servicios son requeridos en 150 países por instituciones gubernamentales, universidades, institutos de investigación y empresas privadas, que son usuarios de sus cursos, investigaciones, publicaciones e información especializada, cursos y entrenamiento de personal.

En el período reseñado en la publicación que es objeto de comentario, ha dictado seminarios y cursos de entrenamiento sobre Cláusulas de limitación de beneficios (Viena), Tópicos seleccionados en materia de tributación internacional (Amsterdam), Transferencia de Tecnología, Reforma fiscal en México, Frankfurt, París y Londres; Técnicas de planificación impositiva internacional y Concepto de “establecimiento permanente en derecho tributario”, estos dos últimos en Amsterdam.

Igualmente, en forma habitual dicta cursos para empresas privadas y organismos gubernamentales sobre: Estructuras de Holdings, Planificación Tributaria Internacional, Gerencia Tributaria, Aplicación de Tratados impositivos, Principios de tributación Internacional, Relevancia de la doble tributación y Auditoría Fiscal, entre otros.

Los interesados en las publicaciones, información sobre cursos y los demás servicios de esta importante institución, pueden contactar con las Oficinas Principales de IBDF, P.O. Box 20237, 1000 HE Amsterdam, Holanda. Fax (31)(0) 206228658.

De paso sea señalar que en el IBDF presta sus servicios nuestra colega venezolana, doctora Sonia Zapata, quien se desempeña como Investigadora Asociada para el área Latinoamericana (E mail: SOZarrobaIBDF.NL.)

SECCIÓN DE ESPECIALES

Varios

1. Congresos, Jornadas y Eventos realizados durante 1998

X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS , MARRAKESH, MAYO 1998

Tal como lo teníamos anunciado en Mayo de 1998 se realizó el Congreso Mundial de Derecho de Seguros patrocinado por la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) y cuyo país sede lo fuera MARRUECOS. El evento tuvo como temas centrales lo relacionado con Los Intermediarios en Seguros y los Derechos de los Beneficiarios en el contrato de Seguros. Resultado de una minuciosa encuesta realizada entre los diversos países miembros, se produjeron dos interesantes volúmenes que contienen indispensable información a nivel de Derecho Comparado sobre ambos temas y un resumen de las relatorías presentadas por los Profesores Dra. Zoulikha Nasri y Dr. Rob Merkin.

En el marco de dicho Congreso se eligieron las nuevas autoridades de la Asociación , se rindió homenaje a algunos de sus miembros por su especial colaboración con AIDA.

El país sede nos y la organización del evento nos dejaron profundamente impresionados. Al Congreso concurren más de cuatrocientos participantes. No hubo detalle que dejara de tomarse en consideración.

CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

En la ciudad de Brasilia durante la primera quincena de Agosto, y como se lo anunciara en nuestro anterior número de la Revista, fue celebrado dicho Congreso cuyo tema central fue “Temas actuales de Derecho Procesal Iberoamericano”. Al mismo asistió un nutrido grupo de compatriotas, miembros del instituto y otros interesados.

En el mencionado evento se aprobó igualmente una reforma de los Estatutos del Instituto Latinoamericano y se acordó el ingreso de nuevos miembros.

El libro que recoge las ponencias discutidas, lleva por título: TEMAS ACTUALES DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANO (TEMAS ATUAIS DO Direito Proccesual Ibero Americano)- Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, 1998, Brasilia, tiene sello editorial de la Revista Forense, Rio Janeiro, Brasil, 1998.

En el mismo se da cabida a dos trabajos del hoy desaparecido profesor Adolfo Gelsi Bidart: “De si algo tiene que ver el amor con el derecho y Cuestionamientos de la jurisprudencia vinculante” y por igual se reproducen trabajos de Víctor Fairen Guillen, sobre “ La acción de jactancia como forma de tutela anticipada en el proceso civil. Su futuro” , de Ricardo Henríquez La Roche sobre Las formas diferenciadas de tutela en el proceso civil iberoamericano; de José Roberto Dos Santos Bedaque, As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro; el de José Ovalle Favela sobre Tutela anticipada en el proceso civil ibero americano; de Athos Gusmao Carneiro titulado Da Tutela Antecipada no direito processual Brasileiro; de Raul Tavolari Oliveros sobre Enseñanza del Derecho Procesal; el de Gualberto Lucas Sosa, Tribunales Nacionales y Supra Nacionales en el proceso de integración del Mercosur; de Adroaldo Furtado Fabricio, Arbitragem internacional no mercosul; el de Angel Landoni Sosa sobre Importancia del Código del Proceso Civil Modelo para Iberoamérica en la perspectiva del Mercosur; de José Luis Vasquez Sotelo, A Jurisprudencia vinculante na “Common Law e na Civil Law; el de Miguel Teixeira de Sousa, A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente en Portugal; de Daniel González Alvarez, sobre La conciliación Penal en Iberoamérica;y, el de Antonio Scarance Fernandes, O consenso na justica penal brasileira.

La Revista procurará reproducir algunas de las ponencias y comunicaciones presentadas en futuras ediciones, tal como ha quedado hecho con el de la Profesora Mabel De Los Santos en este mismo número (Sección de Doctrina Extranjera).

**PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO PROCESAL JOSÉ RODRÍGUEZ URRACA,
PATROCINADAS POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DEL ESTADO ANZOÁTEGUI Y
EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DEL CITADO COLEGIO**

El pasado mes de octubre en la ciudad de Puerto La Cruz, y con completa asistencia de abogados y estudiantes, fueron celebradas las Primeras Jornadas de Derecho Procesal cuyo epónimo es el nombre de nuestro apreciado Profesor José Rodríguez U. miembro del Instituto latinoamericano de Derecho Procesal y Profesor iniciador de los Cursos de Post Grado de la Universidad Católica Andrés Bello en el Interior de la República.

Los temas tratados en dichas Jornadas fueron "Aventuras y desventuras de la Audiencia Preliminar a cargo del Homenajeadó José Rodríguez U.; Arbitraje Comercial. Responsabilidad de las Cámaras de Comercio, cuyo expositor fue el Dr. Pedro José Mantellini González; La Confesión ficta a cargo del Dr. Jesús E. Cabrera Romero; Función Judicial por el Dr. René Molina Galicia; Sistema de la Prueba Imposible en el Código de Procedimiento Civil por José Araujo Parra; El Procedimiento especial ejecutivo de rendición de cuentas cuya exposición estuvo a cargo de Alberto Baumeister Toledo y La motivación de las sentencias a cargo del Profesor Levis Ignacio Zerpa, la cual se reproduce en esta misma Revista (Sección de Doctrina Nacional) .

La conferencia magistral estuvo a cargo del Dr. Jairo Parra Quijano, Profesor invitado extranjero, Presidente del Instituto Colombiano de Estudios de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, conocido y reputado especialista en Derecho probatorio y autor de varias obras en la materia, cuya exposición versó sobre Los nuevos medios de Prueba en el Proceso Civil.

La Revista se hace eco del merecido homenaje al Profesor Rodríguez Urraca y espera que continúen celebrándose con el mismo éxito las futuras jornadas.

XIX JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO

Del 11 al 16 de Octubre se realizó el mencionado evento, teniendo como país sede a Portugal. Al mismo asistieron 313 delegados de diez y ocho países Iberoamericano, incluyendo Italia, país que recién se incorpora al Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Nuestro país contó con 29 delegados asistentes, cuya gran mayoría pertenece a la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) y entre quienes se encontraban su Presidente, Dr. Armando Montilla, y como Jefe de la delegación oficial estuvo el Dr. José Andrés Octavio.

Los temas tratados fueron los de Criminalización de las infracciones Tributarias y Encuadramiento Fiscal de la subcapitalización de empresas. Las varias interesantes ponencias y comunicaciones y tres de las conferencias magistrales dictadas en el evento se encuentran publicadas en cuatro volúmenes que fueron entregados a los participantes.

El cierre del evento correspondió al Ministro de Finanzas de la República de Portugal con una espléndida charla en la que recalcó la importancia de los dos temas centrales del evento a la luz de los procesos de globalización.

En la plenaria de la asamblea del Instituto se hizo recordatorio de la lamentable desaparición entre otros de dos ilustres miembros del Instituto, el Profesor Valdés Costa, quien fuera inclusive fundador del mismo, y previamente promotor y fundador de la Asociación de Derecho Tributario Uruguayo, autor de numerosos trabajos sobre la materia y de dos de las más importantes obras sobre Derecho Tributario Iberoamericano. Por igual, el Director de nuestra Revista tuvo a su cargo hacer memoria de nuestra recordada colega y amiga, egresada de nuestra Universidad, quien así mismo falleciera siendo Presidenta de la AVDT, Dra. Ilse Van Der Velde. Ambas desapariciones constituyen irreparables pérdidas, para el Derecho Tributario de los respectivos países de los cuáles eran nativos y para la comunidad internacional del Derecho Tributario.

Se anunció que el próximo Congreso tendrá como sede la ciudad de Bahía, en Brasil, en el año 2000 cuyos temas centrales serán Derechos Humanos y Derecho Fiscal y el proceso de codificación del Derecho Fiscal. Se anunció igualmente que la sede del Congreso subsiguiente será Roma en el 2002.

En nuestra revista procuraremos reproducir algunas de las ponencias presentadas a las citadas Jornadas las que como de costumbre estuvieron enmarcadas dentro del más riguroso ámbito científico y en las que se aprobaron sendas resoluciones sobre el tratamiento que es deseable sea impartido a los temas centrales del evento en los diferentes sistemas de derecho de los países miembros del Instituto.

JORNADAS SOBRE ARBITRAJE Y DERECHO DE SEGUROS

El pasado 22 de julio en el Auditorio de la Cámara de Aseguradores de Venezuela, patrocinadas por Avedese - Aida y la Cámara de Aseguradores de Venezuela, fueron realizadas las Jornadas sobre Arbitraje especial administrativo contemplado en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y la Ley de Arbitraje Comercial y su aplicación al Seguro, evento al cual concurrió un considerable número de asistentes y en el cual intervinieron como ponentes sobre los referidos temas el Dr. Carlos Acedo Sucre y el o Director de nuestra Revista

JORNADAS SOBRE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL

Entre los meses de julio a septiembre de 1998, varias instituciones promovieron conferencias y eventos para la divulgación y mejor conocimiento de la nueva Ley de Arbitraje Comercial, entre las mismas pueden mencionarse las que auspiciaran la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela con la Federación de Colegios de Abogados, las del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal y finalmente la de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con la Cámara de Comercio de Caracas.

En el último de los citados eventos se trataron entre otros los siguientes temas: "El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial a cargo del Dr. Aristides Rengel R., La Justicia Arbitral y la Justicia Judicial por el Dr. José V. Haro, El Procedimiento Arbitral por Alberto Baumeister Toledo, El Arbitraje y los contratos de interés nacional a cargo del Dr. Allan Brewer Carías; Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial por el Dr. Ricardo Henríquez La Roche, Los Recursos contra el Laudo Arbitral por el Dr. Andrés Mesgravis; El Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo Uncitral) a

cargo de la Dra. Tatiana B de Maekelt; El Arbitraje Independiente, el Arbitraje Institucional y el funcionamiento de los Centros de Arbitraje por el Dr. James Otis Rodner y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y su Reglamento a cargo de la Dra. Diana Droulers.

El temario de las Conferencias antes aludidas, similar al que constituyera tema central de los otros dos eventos sobre el mismo tema y la calidad de los expositores al igual que el número de participantes en los mismos, ponen de manifiesto la importancia de los aspectos tratados y el interés que ha suscitado la nueva Ley de Arbitraje Comercial .

Los expositores dieron cuenta de algunos problemas que derivan de lagunas existentes en el anterior y nuevo ordenamiento sobre el arbitraje y las novedades de la nueva institución arbitral.

Los entes patrocinantes de dichas conferencias darán a la publicidad el contenido de las diversas exposiciones que se realizaron, de lo cual nuestra Revista hará reseña oportuna.

La Revista de la Facultad hace votos por el éxito de la nueva normativa arbitral y confía que el gremio de abogados y los empresarios le concedan a la institución arbitral todo el apoyo que requiere la puesta en práctica de este invalorable método alternativo de solución de los conflictos.

IV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO "ALLAN R. BREWER CARIÁS"

Con el patrocinio de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda) una vez más se llevaron a cabo las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías, del 9 al 12 de noviembre de 1998 con presencia de conocidos tratadistas internacionales y nacionales en Derecho Administrativo. Esta vez contamos con la presencia de Profesores de siete países, entre otros de Enric Argullol I Murgadas, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Miguel Casino y Luciano Parejo A. por España, Juan Carlos Esguerra, Sandra Morelli y Jaime Orlando Santofimio G por Colombia, Christian Pielow por Alemania, Pierre Delvolvé por Francia, Luciano Vandelli por Italia; Adilson Abreu Dallari por Brasil y entre los participantes Venezolanos intervinieron, Hildegard Rondón de Sansó, Luis Fraga Pitaluga, , Armando Rodríguez y nuestro apreciado

amigo y miembro del Consejo Editorial, Profesor Allan Brewer Carías, cuyo nombre honra al de las comentadas jornadas. El tema central del evento lo fué en torno a la Relación Jurídico Administrativa y el Procedimiento Administrativo.

Las ponencias y conferencias integran un volumen de 359 páginas, editado por Editorial Arte, Venezuela, 1998, ISBN 980-6373-45-6, que puede obtenerse en FUNEDA (Av. Tamanaco, Edif. Impres, Sótano 3, El Rosal Caracas.

IV JORNADAS VENEZOLANAS DE DERECHO TRIBUTARIO

A finales de año por igual con el patrocinio de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario se llevaron a cabo las IV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Sus temas centrales fueron: I.- El Régimen impositivo de las actividades petroleras, Minería y de Servicios Conexos, habiendo sido su Relator General el Dr. Oswaldo Anzola, y el II.- La Doble tributación internacional, cuya relatoría correspondió al Dr. Francisco García Arjona. Los Profesores José Pedro Montero Traibel y Gabriel Casado Ollero resultaron ser los profesores extranjeros invitados y entre otras ponencias y comunicaciones se examinaron las de Germán Acedo P sobre la Fiscalización Tributaria en la Industria Petrolera; de Juan Cristóbal Carmona B. sobre Naturaleza jurídica de los Impuestos de explotación y de refinación o manufactura contemplados en la Ley de Hidrocarburos, la de Cesar Hernández sobre la Rebaja por Inversiones de la industria Petrolera bajo los convenios de asociaciones estratégicas. En torno al concepto de "Establecimiento permanente como criterio de vinculación territorial del poder tributario municipal en el impuesto sobre Patente de Industria Comercio, presentaron su ponencia los Drs. Humberto Romero M y Mónica Vilorio Méndez. Adriana Vigilancia García presentó un interesante estudio sobre Los Ríos como bienes del dominio público, y la competencia nacional sobre aguas y la potestad tributaria Municipal. Los Profesores Federico Araujo, Leonardo Palacios y Juan C. Garantón abordaron el tema relacionado con " Los Convenios operativos como vehículos de desarrollo de actividades petroleras" y José Rafael Belisario examinó lo relacionado con La Tributación Municipal y la apertura petrolera, con especial referencia al caso de los contribuyentes transeúntes en materia de servicios petroleros.

Sobre el segundo tema de las Jornadas el Profesor Montero T. examinó el tema relacionado con la Armonización Tributaria en los procesos de Integración, Andrés Eloy León Rojas presentó una ponencia sobre la Doble Tributación intencional y sus diferencias entre países desarrollados y en vías de desarrollo, a Rodolfo Luzardo B. correspondió presentar su ponencia sobre Ámbito constitucional de los tratados para evitar la doble tributación internacional, Alberto Benshimol B. examinó en la suya lo atinente a Interpretación uniforme de los tratados bilaterales para evitar la doble tributación.

Por último los temas relacionados con la Definición de “establecimiento permanente en el marco de los Tratados Internacionales sobre la materia, y su impacto sobre la tributación municipal, el del principio de No agravación en los convenios para evitar la doble tributación y el del régimen impositivo a la renta aplicable al suministro de servicios de tecnología y asistencia técnica desde el exterior, correspondieron ser examinados en las ponencias de María Carolina Graterol, Ronald E. Evans M. y Jesús A. Sol Gil, respectivamente.

Las ponencias y conferencias integran un volumen de 492 paginas, que lleva por título IV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, editado por Livrosca, Venezuela, 1998, ISBN 980-07-5419-9 y cuya distribución la hace su mismo Editor.

La Revista se congratula con el éxito obtenido en dichas Jornadas, por su alta calidad científica, por los ponentes participantes y por la adopción de la nueva metodología para obtener de dicho evento “ resoluciones y recomendaciones concretas” en torno a los temas examinados en dichas Jornadas, por trascender sus fines de meras especulaciones científicas.

2. Jornadas y eventos por realizarse en 1999

EVENTOS Y CONGRESOS EN DERECHO PROCESAL

Como se recordará , del 23 al 28 de agosto se realizará en Viena, el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, sobre cuyo temario hiciéramos oportuna reseña en el número 52 de esta Revista. Para mayor información contactar Springer Verlag KG. Congress Secretariat,

11 Wltkongre B fur ProzeBrecht. Sahsenplatz 4-6, Box 89, A-1201, Wien, Austria.

Del 18 al 23 de abril tendrá lugar igualmente el XVI Congreso Mexicano de Derecho Procesal en la ciudad de Guanajuato, con temas tan interesantes como La competencia concurrente en material federal y local, Teoría de la Prueba y la Enseñanza del Derecho Procesal. Informes en el Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Tlfs. (52-5) 5430929 y Fax (52-5) 5431420.

Por igual se llevarán a cabo en Uruguay las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal del 15 al 17 de Mayo. Para mayor información dirigirse al Colegio de Abogados del Uruguay, C.P 11100, Montevideo, Uruguay. Telefax (598-2) 9002065, 90023778.

Se da también noticia sobre el XX Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, a celebrarse en San Martín de los Andes entre el 6 y 9 de octubre con variados temas. Interesados comunicarse con Antártida Argentina, 352, (8300) Neuquen , Argentina. Fax (54-99) 424188.

Finalmente debemos reportar la realización del Primer Curso de capacitación para Profesores en Derecho Procesal, el cual será realizado en México del 16 al 20 de julio, organizado por el Colegio de Profesores de la Facultad de Derecho UNAM. Para detalles contactar con el Dr. Cipriano Gómez Lara. Telefax (52-5) 5469372.

XII CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA EN COREA

En 1998 por igual tuvo lugar en Corea del Sur, Seúl, el XII Congreso organizado por la Sociedad Internacional de Criminología y cuyo tema central fue “ Delito y Justicia en un mundo cambiante: Perspectivas Asiáticas y Globales”, sobre el cual nos hace una interesante reseña al final de esta sección nuestro apreciado colaborador Dr. Elio Gómez Grillo y a la cual les remitimos.

Eventos

CREACIÓN DEL INSTITUTO VENEZOLANO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL (INVEDEPRO)

La Revista de la Facultad se congratula con la reciente creación y puesta en funcionamiento del mencionado Instituto, Asociación civil sin fines de lucro, y cuyo fin fundamental, como lo señala su documento constitutivo lo es, entre otros promover el estudio, divulgación, perfeccionamiento y desarrollo del Derecho Procesal Venezolano; procurar el mayor acercamiento, nacional e internacional, entre las personas naturales o jurídicas dedicadas al estudio, enseñanza y aplicación de las disciplinas jurídicas procesales, incentivar entre sus asociados la investigación científica de dicha rama del derecho, difundir las nuevas tendencias doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas sobre dicha especialidad, y todo otro acto relacionado directa o indirectamente con los anteriores fines y propósitos.

La puesta en funcionamiento de este Instituto era una sentida y vieja aspiración de varios de los colegas que transitan por el Derecho Procesal ante la realidad de lo no operatividad del Instituto Venezolano de Derecho Procesal, ente que era el llamado a realizar dichas tareas y objetivos así como a representar el pensamiento procesal venezolano, dentro y fuera de nuestro país.

El Instituto tiene su sede principal en la ciudad de Caracas, y su Junta Directiva viene funcionando regularmente los segundos y cuartos jueves de cada mes.

La primera Junta Directiva del Instituto quedó integrada por Mariolga Quintero Tirado, Presidente, Luis Aquiles Mejía, Vicepresidente, Ildefonso Ifill Pino, Secretario, Jonás González, Tesorero, Salvador Benaim, Bibliotecario .

Para el Consejo de Méritos fueron hechas las siguientes designaciones: Alberto Baumeister Toledo, José Araujo Juárez, Georgina Morales, Carlos Guía Parra, Andrés Méndez C, Alberto Blanco Uribe, Paolo Longo, Juan C. Livinalli y Antonio Canova González.

Hasta la fecha y como será en lo adelante la norma, se han producido en la sede del Instituto disertaciones sobre diversos temas de actualidad en materia de Derecho Procesal a cargo de miembros del instituto, tales

como perención breve, los nuevos acuerdos reparatorios en el Código Orgánico Procesal Penal, consideraciones sobre la nueva Ley de Arbitraje Comercial, entre otros.

Ya se encuentra en preparación la Revista del Instituto y se adelanta la organización del Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal (Abril de 1999), así como la organización del próximo Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, para lo cual INVEDEPRO se ofreció como patrocinante y organizador del evento en el año 2000.

Los interesados en inscribirse en INVEDEPRO o en asistir a sus eventos, pueden comunicarse con la Dra. Mariolga Quintero o con cualquiera de los Directores de dicho ente por el Fax 58-2- 7617472 o por el Apartado Postal 51322, Caracas 1010-A, Venezuela.

El Instituto, además, está patrocinando el funcionamiento de un Centro Institucional de Arbitraje Comercial, que funcionará en su sede, y para lo cual ya se adelantan los preparativos para contar con la sede institucional del Centro, selección de árbitros, puesta en vigencia de los Reglamentos pertinentes sobre procedimiento en el Centro y normas sobre honorarios y gastos del proceso arbitral.

Primera Conferencia Interamericana de Normatividad Bancaria, realizada en México del 24 al 25 de septiembre pasados y patrocinada por El Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano, la Asociación de Banqueros de México y la Federación Latinoamericana de Bancos, entre otros.

II Congreso Nacional de Derecho de Seguros: La asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE-AIDA) nos participó oportunamente el diferimiento de dicho evento para el venidero mes de Febrero de 1999, de lo cual se dará oportuno aviso a los interesados, respetándose en un todo el temario previamente anunciado (Revista 52).

Noticias Varias

Durante el periodo entre ésta y la anterior publicación de nuestra Revista, reseñamos igualmente la celebración entre otros los siguientes eventos que merecen especial mención:

CELEBRACIÓN DE LOS CUARENTA AÑOS DE LA CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS

Con una serie de conferencias sobre diversos aspectos vinculados a la actividad aseguradora fueron celebrados los cuarenta años de la creación del ente supervisor y de control de las entidades de seguros entre los días 26 al 28 de julio pasado, entre los temas abordados merecen especial mención los de cooperación institucional entre el ente supervisor de la actividad aseguradora con la Superintendencias de Bancos y la Comisión Nacional de Valores los cuales estuvieron a cargo respectivamente del Superintendente de Bancos y la Presidenta de la Comisión Nacional de Valores Dra. Aída Lamus, quien fue egresada de nuestra Facultad y por último correspondió a nuestro Director Alberto Baumeister T. disertar sobre “Nuevas tendencias e instituciones en materia de seguros a nivel de Derecho Comparado”.

CELEBRACIÓN DEL CINCUENTA (50) ANIVERSARIO DE LA CREACIÓN DE LA EDITORIAL MARCIAL PONS, ESPAÑA

El pasado mes de septiembre de 1998, se celebró dicho acontecimiento. Con todo placer nuestra Revista se hace eco de este aniversario, haciendo llegar nuestras sinceras felicitaciones a sus Directivos y en especial a Don Juan José Pons Alonso.

Para todos los abogados que visitan España o que solicitan la adquisición de obras jurídicas, es de obligatorio conocimiento esta reputada casa Editorial entre cuyas publicaciones se encuentran las de algunos autores venezolanos y las de conocidos autores españoles y de otras nacionalidades. La Casa Marcial Pons distribuye igualmente obras de varias Editoriales de otros países y es la editora de importantes revistas vinculadas al medio de la Comunidad Europea y Latinoamericana.

Los colegas que visitan Madrid o Barcelona tienen como rutina una pasada por la mencionada Casa Editorial, de la cual varias generaciones han nutrido sus bibliotecas.

Nuestro deseo es que Marcial Pons, Ediciones, continúe cosechando éxitos como hasta ahora lo ha hecho y que perdure mucho más el reputado sello editorial de esa Casa.

**EL XII CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA EN COREA
POR EL DOCTOR ELIO GÓMEZ GRILLO.**

Acaba de celebrarse en Corea del Sur, en Seúl, el XII Congreso Internacional de Criminología. Es el máximo evento criminológico internacional que tiene lugar en el mundo. Lo organiza la Sociedad Internacional de Criminología cada cinco años y éste mas reciente es el número 12. El tema central fue *“Delito y justicia en un mundo cambiante: Perspectivas asiáticas y globales”*.

Asistimos cerca de ochocientos criminólogos provenientes de los cinco continentes y se organizaron alrededor de doscientas reuniones de trabajo distribuidas en sesiones plenarias con exposiciones magistrales, ponencias para discutir y mesas redondas. Los idiomas oficiales fueron, coreano, inglés, francés y español.

Se destaca en este Congreso la circunstancia de ser la primera vez que él tiene lugar en el continente asiático. Ello significa la incorporación definitiva de esta parte del mundo al trabajo científico criminológico universal. Así lo entendieron las instituciones surcoreanas criminoponales y los organismos vinculados a ellas. Todos y todas hicieron un esfuerzo realmente gigantesco para organizar este cónclave y a fe que lograron los resultados esperados y merecidos.

Porque en este XII Congreso Internacional de Criminología se puso de relieve una organización impecable, donde todo funcionó como un mecanismo de relojería. Y ese engranaje formal fue llenado por ponencias, trabajos, exposiciones de docenas de especialistas que llevaron a Seúl las últimas novedades científicas del hacer criminológico universal. Una asistencia masiva de criminólogos coreanos, japoneses y chinos, llenó el congreso, la lado de europeos, africanos, australianos y norteamericanos. De Latinoamérica hubo representación de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, México, Perú, Venezuela. Unos quince a veinte latinoamericanos en total.

La primera gran sesión plenaria se refirió justamente a la situación de la criminología asiática en el estudio del delito y de la justicia en el siglo XXI. El primero en abordar el asunto fue el profesor coreano Hyung Kook Lee, quien se refirió a “La significación de la familia en la justicia criminal coreana”, e insistió, entre otras cosas, en cómo la TV afecta a los niños coreanos como afecta a todos los niños del mundo. A

los oídos occidentales les llamó particularmente la atención su afirmación de que muchas de las ideas de la filosofía de Confucio se han incluido en la justicia criminal.

Para su conferencia el profesor taiwanés Chuen-Jim Sheu, manejó unas estadísticas que impresionaron. Conmovió también su afirmación de que la criminología como disciplina científica es producto de la cultura occidental, pero que en Asia no se habla mucho de esto. Así por lo menos lo dijo el traductor.

La segunda sesión plenaria internacionalizó mas aún el Congreso, al intervenir el profesor australiano Ross Homek, quien tocó un tema universal: *La prevención de los delitos causados por el alcohol*. Cuando lo oía, me acordaba de la frase de un escritor jocoso venezolano, quien solía decir que “el alcohol es un producto excedente que ha sido desacreditado por los borrachos”.

Se oyeron conferencias de criminólogos canadienses, Serge Brochu; húngaros, Miklos Leval; franceses, Anne Marie Favard, Drillaud; ingleses, David Farrington; italianos, Uberto Gatti; norteamericanos, Jack Greene; israelitas, Leslie Sebba; suecos, P.O. Wikstrom. Entre las voces en español se oyeron a dos damas: la mexicana María de la Luz Lima Maldivo y la española Gema Varona Martínez, del Instituto Vasco de Criminología, que con tanta eficacia dirige mi amigo Antonio Berístain, sacerdote jesuita y criminólogo de renombre internacional. Doña María de la Luz, es, por cierto, la esposa del Maestro mexicano Luis Rodríguez Manzanera, uno de los criminólogos mas famosos y celebrado de América Latina, se refirió a *La experiencia latinoamericana en cuanto a las tendencias en la delincuencia policial*. El tema de Gema fue realmente original, a saber: Culturas Jurídicas y Justicia Restaurativa: *El caso de una comunidad gitana en Gipuzkoa*.

En estas sesiones plenarias una de las conferencias magistrales mejor recibidas por la atenta y numerosa asamblea de especialistas, fue dictada por la Profesora Danesa Ulla Bondeson, una rubia excepcionalmente simpática, por cierto, quien se refirió a las *Tendencias Globales en Materia Correccional*. O sea, en cierto modo, a las cárceles.

La expositora manejó con dominio y soltura realmente notables, el tema de la prisión, señalando cómo las investigaciones científicas demuestran los efectos negativos de la prisión frente a los resultados

favorables del tratamiento no institucional, es decir, de la aplicación de las penas no privativas de libertad.

Verdadera conmoción provocó la exposición del profesor húngaro Miklos Leval, quien abordó: *La cuestión del cambio social y la evolución del delito: El caso del Este Europeo*. El conferencista expresó con verdadera objetividad científica los cambios producidos en la criminalidad de algunos países del este europeo que dejaron de ser socialistas. Su conclusión fue, después de citar cifras y más cifras, que la delincuencia, en general, se ha agravado en esos países, tanto en cantidad como en calidad.

En la sesión plenaria de clausura se desarrolló el tema *El futuro de la Criminología*. Expusieron los tres directivos centrales de la Sociedad Internacional de Criminología. El alemán Hans Juergen Kernes, quien es el Presidente de la STC; el francés Georges Pocca, Secretario General, y el norteamericano Lawrence Sherman, Presidente de la Comisión Científica. ¿Los temas abordados? Respectivamente, *El Crecimiento Mundial de la Criminología*; *El Futuro de la STC en el Asia y en el Mundo*; y *La Criminología y la Prevención del Crimen en el Siglo XXI*.

En estos Congresos se halla la última palabra, la actualización, el "aggiornamiento" de las doctrinas e investigaciones criminológicas que se están haciendo en el mundo en la hora presente. Esto es lo que se publicará en revistas y en libros de Criminología en los próximos cinco, diez o más años. Adelantémonos enterándonos ahora de todo eso.

Homenajes

CREACIÓN DE LA BIBLIOTECA DR. CARLOS TREJO PADILLA EN LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

El pasado mes de octubre tuvo lugar el acto solemne de la inauguración de la Biblioteca especializada de la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, la cual lleva el nombre de quien fuera prominente Magistrado de la misma, nuestro recordado amigo el Dr. Carlos Trejo Padilla, cuya reciedumbre mezclada con su especial bonhomía y sólidos conocimientos de Derecho en muy variadas ramas, pero en especial el Derecho Procesal y en particular sobre el Recurso de Casación lo harán siempre de grata recordación. Nuestra Revista se

congratula con dicho acto al destacar que era este un homenaje que merecía desde tiempo atrás el Dr. Trejo Padilla. El discurso de orden estuvo a cargo del Magistrado Dr. Aníbal Rueda, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia y en el acto estuvieron presentes su viuda, hijos y un nutrido grupo de colegas que con su presencia quiso rendir tributo al Maestro Trejo, como le nombraban sus amigos.

En dicho acto se anunció la publicación de los extractos de las sentencias cuya ponencia tuvo a cargo el maestro Trejo y en efecto en el pasado mes de diciembre apareció a la luz pública el primer volumen de las mismas, cuyo trabajo de compilación estuvo a cargo de varios de los Magistrados de la Sala de Casación y de los auxiliares de dicha Sala, con lo cual se pone a disposición de los especialistas en Casación y de los estudiosos del Derecho Procesal la interesante doctrina del Tribunal Supremo en cuya creación contribuyó el maestro Trejo Padilla.

IN MEMORIAM

ÍLSE VAN DER VELDE

Con sentido pesar la Dirección de esta Revista da noticia de la desaparición de la Dra. Ilse Van Der Velde el 15 de mayo de 1998. La distinguida colega formaba parte de la plantilla de profesores de Pre y Post Grado de nuestra facultad, de la cual egreso en la primera promoción de sus abogados. Por igual se desempeñó como catedrática en la Universidad Central de Venezuela, fue fundadora y Presidenta de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y en el momento de su muerte culminaba su carrera judicial como Conjuez a cargo de la Sala Especial Tributaria de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Fue una profesional integral en todo el sentido de la palabra, ya antes de su graduación fue fundadora y motor de la Consultoría Jurídica Gratuita de la UCAB donde además impartió clases de práctica jurídica. Formó parte de la Administración del Impuesto sobre la Renta, se desempeño luego durante muchos años como Juez Primero de lo Contencioso Tributario, caracterizándose siempre por su seriedad y honestidad en el desempeño de los cargos que le fueron confiados. Le correspondió dictar importantes decisiones en casos Fiscales y en sus sentencias siempre procuró el equilibrio entre la administración y el contribuyente y generó novedosa jurisprudencia en materia de amparo

tributario, fue así mismo autora de varios trabajos sobre temas de Derecho Financiero y en especial sobre Procedimiento Tributario.

La Fundación de Estudios de Derecho Público (Funeda) patrocinó la publicación de un Libro Homenaje a la distinguida profesional, cuyo tema central es “La Administración Tributaria y los derechos de los Contribuyentes” en el cual le rindieron homenaje póstumo un nutrido grupo de especialistas en la materia, todos ellos sus compañeros en la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. En acto especial realizado el pasado 28 de septiembre se realizó la presentación de la citada publicación, ocasión en la que destacaron sus dotes como profesional exitosa, docente renombrada y madre ejemplar la Dra. Belén Ramírez, Presidenta de Funeda, el Dr. Alejandro Osorio, quien la precedió en el cargo en la Sala Especial Tributaria y el Dr. Leonardo Palacios en representación de Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Hacemos llegar nuestra sentida condolencia a sus hijos y familiares quienes pueden tener por seguro que su grato recuerdo siempre estará presente entre los que la conocimos y tuvimos la suerte de contar con su amistad.

ADOLFO GELSI BIDART

Con profunda pena reportamos por igual la lamentable desaparición del profesor Adolfo Gelsi Bidart, ocurrido en Montevideo, el pasado 3 de septiembre. El profesor fue destacado especialista en Procesal, integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal del cual fue su primera autoridad, como Secretario designado en la reunión constitutiva de 1957, cargo en el cual se mantuvo activo hasta 1967, ente con el cual colaboró hasta el pasado Congreso de Brasil. Gelsi fue co-redactor del Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Hacemos llegar nuestro pesar a familiares y amigos y especialmente al Instituto de estudios de Derecho Procesal de Uruguay. Esta sentida desaparición difícilmente podrá cubrirse por la especiales dotes que adornaban al recordado maestro.

SECCIÓN DE REVISTAS

1. PUBLICACIONES RECIBIDAS POR CANJE

Desde nuestra revista anterior y hasta diciembre de 1998, damos cuenta del recibo de las obras que se detallan a continuación:

Origen y denominación de la publicación	nº/Año
1. Colegio de Abogados de la Plata. <i>Revista del Colegio de Abogados de la Plata</i>	58
2. Editorial Jurídica Venezolana. <i>Revista de Derecho Público</i>	61-62
3. Institut Für Wissenschaftliche. <i>Diálogo Científico</i>	1
4. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. <i>Horizonte</i>	76
5. Universidad de Córdoba. <i>Estudios de Investigaciones Franco-Española</i>	16
6. Universidad Católica del Táchira. <i>Tributum</i>	3
7. Universidad Católica del Táchira. <i>Revista Tachirenses de Derecho.</i>	9
8. Universidad de Carabobo. <i>Anuario</i>	20
9. Universidad de La Laguna. <i>Anales de la Facultad de Derecho</i>	15
10. Universidad de Zaragoza. <i>Proyecto Social</i>	5
11. Universite de Liege J. Doppagne. <i>Actualités du Droit</i>	1998-3

continúa...

...continuación

Origen y denominación de la publicación	nº/Año
12. Universidad de Los Andes. <i>Revista de Derecho y Reforma Agraria</i>	28
13. Universidade Do Vale Do Rio Dos Sinos. <i>Estudios Jurídicos + libro: Epistemología Jurídica e Democracia</i>	78-79-80
14. Ministerio Da Justicia. Lisboa-Portugal. <i>Documentacao E Direito Comparado</i>	69-72
15. Ministerio Da Justicia. Lisboa-Portugal. <i>Boletim Do Ministerio Da Iusticia</i>	464-465
16. Badell & Grau. Despacho de Abogados. <i>Cuadernos Jurídicos</i>	3

2. NUEVAS PUBLICACIONES

Nombre de la publicación	nº/Año
1. <i>Curso de Derecho Mercantil (Tomos I, II y III lujo y rústica)</i> Alfredo Morles Hernández	1998
2. <i>Diálogo y concentración social en Venezuela</i> César Augusto Carballo Mena y Humberto Villasmil Prieto	1998
3. <i>Estudios sobre derecho de familia</i> Francisco López Herrera	1998
4. <i>La hipoteca inmobiliaria</i> José Luis Aguilar Gorrondona	1998
5. <i>Lógica jurídica. Hacia una argumentación jurídica. 2da. edición (rústica y lujo)</i> Tarsicio Jáñez Barrio	1998
6. <i>Persona (Derecho Civil I) (2da. edición. Tomo I, lujo y rústica)</i> Alfredo Morles Hernández	1998
7. <i>Posiciones Juradas</i> Gilberto Guerrero Quintero	1998

continúa...

...continuación

Nombre de la publicación	nº/Año
8. <i>Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal</i> Varios Autores	1998
9. <i>Recurso de casación. La cuestión de hecho y el Artículo 320 del Código de Procedimiento Civil</i> Leopoldo Márquez Añez	1998
10. <i>Revista de la Facultad de Derecho</i>	52
11. <i>Temas de Derecho Inquilinario</i> Lorenzo Fernández Gómez	1998
12. <i>Teoría General del Proceso. 2da. ed.</i> Vicente J. Puppio	1998
13. <i>Tripartismo y Derecho del Trabajo</i> César Augusto Carballo Mena y Humberto Villasmil Prieto	1998

RESEÑA

Curso de Derecho Mercantil. Alfredo Morles Hernández. Tomo I: Introducción, la empresa, el empresario; Tomo II: Las sociedades mercantiles; Tomo III: Los títulos valores. Cuarta edición, UCAB. Caracas, 1998

Sea propicio este número de nuestra Revista de Derecho, para comentar la valiosa actualización realizada por el doctor Morles de su *Curso de Derecho Mercantil*. No sé si soy lo absolutamente riguroso que requiere la precisión académica al hablar de “actualización”. En efecto, el trabajo de Morles supone en algunos temas sustanciales un análisis completamente nuevo en nuestro medio. Este novedoso enfoque, combinado con una exhaustiva consideración de la mejor bibliografía mercantil existente, nos aporta una obra que no dudo en calificar como resaltante. El replanteo de algunos temas como por ejemplo el análisis del Derecho Mercantil alrededor de la figura de la empresa y del empresario como el núcleo central de nuestra disciplina y no del enfoque tradicional del acto de comercio y del comerciante, coloca el estudio de la materia en armonía con las más recientes tendencias doctrinales y con la realidad del tráfico. Con gran acierto el profesor Morles explica el Derecho Mercantil “como el derecho ordenador de la organización y de la actividad económica de los empresarios en el mercado”. Su enfoque nos ayuda a entender los profundos cambios que se están produciendo en nuestra ciencia y la necesidad de abordar temas reservados en el pasado a otras disciplinas jurídicas. Con gran entusiasmo disfrutamos de sus magníficos capítulos acerca del “estado actual del Derecho Mercantil” en Venezuela y de la “competencia”. En este último, introduce la discusión de temas casi siempre reservados al derecho civil, como los contratos por adhesión o la responsabilidad por el producto, colmando así un vacío doctrinal.

De gran mérito es la referencia obligada en la obra de Morles a los anteproyectos de Ley General de Títulos Valores (1984) y de Sociedades Mercantiles (entregado al Ministerio de Justicia en 1988). Igualmente es valiosísima la cita constante del derecho comunitario europeo, la cual refleja un importante esfuerzo por contribuir jurídicamente a la integración económica. En sus tomos dedicados a Títulos Valores y Sociedades

Mercantiles, está presente la necesidad de preservar para el futuro el esfuerzo de nuestros anteproyectos.

En materia de Sociedades las citas de Morles a las Directivas de la Comunidad Europea son referencia necesaria para cualquier estudioso de la materia, ya que el derecho comunitario europeo se ha transformado en una fuente renovadora del Derecho Mercantil. En este mismo tema societario sus capítulos sobre el Accionista Minoritario y los Grupos de Sociedades, aporta un estudio requerido por nuestra doctrina. No solamente el trabajo del profesor Morles es importante desde el punto de vista sustancial, quizás uno de los aspectos más resaltantes de su obra es que nunca pierde de vista al destinatario fundamental: el estudiante de derecho, hacia el cual va dirigida una cuidadosa y clara conceptualización de nuestra disciplina que concluye cada capítulo del Tomo I con un “resumen” y objetivos que permiten revisar en pocas líneas lo que el capítulo nos quiere decir. En este sentido se nos manifiesta la dilatada trayectoria docente del autor del cual bien podríamos decir que ha aprendido enseñando.

En materia de títulos valores, la actualización se pone de relieve en las citas y en la crítica de la más reciente doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en la revisión de las tendencias doctrinales clásicas y de las nuevas orientaciones, así como en el planteamiento de los problemas de los nuevos títulos y del manejo electrónico de la creación y de la circulación de los documentos informáticos.

El Curso de Derecho Mercantil del profesor Morles es un texto para el estudio de la disciplina en el siglo XIX. Su orientación comparatista informa sobre el estado actual de la materia a los países que han sido la fuente tradicional de inspiración de nuestro derecho, como España, Francia, Italia y Alemania; así como también la noticia de la situación en Argentina, México, Brasil, Colombia y Chile.

El Curso de Derecho Mercantil del profesor Morles no sólo es apreciado en nuestro país, sino que es conocido fuera de nuestras fronteras. En la 16ª edición del “Traité de Droit Commercial” de Ripert y Roblot, Tomo I, L.G.D.J., París, 1966, pág. 51, hay referencia a la 2ª edición de 1987; en la reciente segunda edición del Manual de Derecho Comercial de José Alberto Garrone y Mario E. Castro Sammartino, editado por Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, las citas del texto de Morles comienzan en la primera página; en las Instituciones de Derecho Mercantil

de Jorge Barrera Graf, de Editora Porrúa, México 1989, se alude a las opiniones de Morles en varias ocasiones; en Colombia, Ramón Madriñán de la Torre, en la séptima edición de sus Principios de Derecho Mercantil, lo recoge en su bibliografía.

La cuarta edición a la cual se refieren estos comentarios ha merecido la siguiente opinión del ilustrado mercantilista argentino Mario Alberto Bonfanti:

Le escribo no con sorpresa —porque sus cualidades de jurista cabal son archiconocidas—, sino con satisfacción, al comprobar luego de un repaso general de los temas tratados, la creciente profundidad de su labor jurídica, más allá de lo cuantitativo (teniendo en cuenta el cúmulo de referencias bibliográficas), sino por la calidad de su exposición implicando ese indispensable (y no siempre logrado) equilibrio conceptual en lo económico-financiero-jurídico.

Considero altamente valiosa su contribución al Derecho Mercantil, que lo ubica a usted, incuestionablemente, entre los grandes comercialistas de América Latina, en la doble visión teórica y práctica de esa rama jurídica que pareciera inagotable, nutrida, además, por el desprendimiento de las ramas de derecho aduanero, bancario, bursátil, concursal, económico, financiero, monetario, societario y de seguros; con el aditamento —ahora— de la problemática de los nuevos “productos” financieros; independientemente del impacto de la tecnología en la vorágine de las operaciones cotidianas.

Hace algunos años tuve la oportunidad de comentar en esta misma revista el discurso de incorporación del doctor Morles a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Hoy, con el mismo entusiasmo, damos la bienvenida a un texto que enriquece nuestra bibliografía latinoamericana y que constituye un instrumento fundamental para los que enseñamos Derecho Mercantil en nuestros países.

ESTE EJEMPLAR SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL TEXTO
AV. EL CORTIJO, QTA. MARISA, N° 4
LOS ROSALES - CARACAS - VENEZUELA
TELEFONO: 632.97.17