

Revista de Estudiantes de Derecho
de la Universidad Monteávila

Derecho y Sociedad

5

Edición homenaje
a Arístides Rengel Röemberg

Andrés A. Mezgravis
Ricardo Henríquez La Roche
Alberto Baumeister Toledo
Oswaldo Parilli A.
Luis Alfredo Hernández Merlanti
Pedro Alberto Jedlicka Zapata
Mariolga Quintero Tirado
Luis Fraga Pittaluga
Pedro Perera

Abril
2004



Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano

Andrés A. Mezgravis

En homenaje al Prof. Dr. Arístides Rengel Römberg, quien durante todos los años que compartimos en el Escritorio Travieso Evans Arria Rengel & Paz, me demostró que su mayor virtud no era la de ser uno de los más insignes juristas que ha tenido el país, autor de la obra procesal científica más completa que se haya publicado en Venezuela en toda su historia, sino su modestia y sencillez.

SUMARIO

- I. Introducción**
- II. La finalidad precautoria y el alcance de la función de los árbitros en el sistema venezolano**
- III. Tipos de medidas cautelares**
- IV. Requisitos de procedencia**
- V. Ejecución de las medidas cautelares**
- VI. Las medidas cautelares inaudita parte**
- VII. Medidas Cautelares prearbitrales**
- VIII. Medidas cautelares dictadas en el extranjero**
- IX. La oposición a la medida cautelar**
 - 1. Oportunidad y procedimiento para la oposición de parte**
 - 2. Oposición de terceros**
 - a. Oposición de terceros en sede arbitral**

- b. Oposición de terceros en sede judicial**
- X. El recurso de nulidad contra la medida cautelar**
- XI. La demanda de tercería**
 - 1. Ciertas precisiones conceptuales**
 - 2. El Juez competente**
- XII. Conclusiones**

I. INTRODUCCIÓN

Un importante avance que coloca a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana de 1998 ("LAC") a la par de las legislaciones más modernas, es que reconoce expresamente la facultad que tienen los árbitros de dictar medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto de la controversia.

Decimos que es un gran avance de la legislación venezolana, porque este asunto ha sido ampliamente discutido por la doctrina¹, y porque todavía un gran número de ordenamientos jurídicos limita o excluye esa facultad, que debería ser natural e inherente a la función de los árbitros². La mayoría de las legislaciones, que todavía pareciera no tener absolutamente claro que el monopolio exclusivo del Estado no es la resolución de las controversias, sino el uso del *poder coactivo (ius imperium)*, impide a los árbitros ejercer esa facultad, al establecer de manera imperativa la necesidad de acudir a los *tribunales judiciales* cuando, antes o durante el proceso de arbitraje, surja la necesidad de que se decreten medidas cautelares³. Esos ordenamientos jurídicos limitan inadecuadamente la facultad (*de conocimiento o cognición*) de los árbitros y restringen la autonomía de la voluntad de las partes cuando establecen que la parte interesada debe necesariamente acudir a los tribunales judiciales para que sean éstos quienes dicten y practiquen cualquier medida cautelar⁴.

El legislador venezolano, en cambio, optó por la tendencia moderna contenida en el Reglamento y en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI),

¹ Cfr. GÓMEZ JENE, Miguel; *El Arbitraje Comercial Internacional en la Unión Europea: La eficacia del Laudo Arbitral*, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 70, quien señala que la doctrina mayoritaria se ha inclinado a aceptarla.

² El artículo 753 de del Código Procesal Nacional, idéntico al art. 791 del Código de Buenos Aires, establece: "Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al Juez y éste deberá prestar el auxilio de jurisdicción para su más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral." La Ley brasileña y la uruguaya contienen normativas similares. Cfr. SANTOS BELANDRO Ruben; *Arbitraje comercial internacional*, Tercera edición, Oxford, México 2000, p. 293

³ Así lo establece la legislación italiana. Cfr. RUBINO-SAMMARTANO Mauro; *Il Diritto dell' Arbitrato*, Terza Edizione, Cedam, Milani, 2002, p. 636 y ss.

⁴ Sin que ello implique una renuncia al arbitraje respecto al fondo del asunto o una sumisión a la jurisdicción ordinaria.

mejor conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL⁵, que *reconocen expresamente* que el árbitro tiene la facultad de dictar medidas preventivas, diferenciando así el decreto de las medidas (facultad de conocer y decidir) de lo que sería su ejecución forzosa o compulsiva (*poder coactivo*).

En efecto, establece el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL⁶:

“1. A petición de cualquiera de las partes, el Tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El Tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el coste de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el Tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir de

⁵ Para un amplio estudio sobre la formación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en fecha 21 de junio de 1.985, véase PARRA-ARANGUREN Gonzalo; “La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985)”, Rev. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 97, UCV, Caracas, 1.995, pp. 265-403.

⁶ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y Resolución 31/98 de la Asamblea General del 15-12-1976.

cualquiera de las partes una garantía apropiada en onexión con esas medidas”.

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial⁷, modificado y vigente a partir del 1 de Abril del 2001, reproduce el mismo principio de la UNCITRAL en su artículo 23:

“1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje, ni como una renuncia a ese convenio.”

El artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (conocida como la Convención de Panamá), remite a las normas del Reglamento de la Comisión Interamericana antes citado, salvo pacto en contrario de las partes. Cabe aclarar que esta convención es un tratado internacional ratificado por Venezuela⁸.

⁷ <http://www.ciac-ciac.org/reglamentos.html> Este reglamento, en su versión anterior de 1996, también contenía el mismo principio en materia de medidas cautelares.

⁸ Gaceta Oficial N° 3.310, del 22-2-85. Ratificación 22-3-85, Depósito del instrumento 16-5-85. De allí que algunos afirmen que dicha convención es “ley de la República, y por ende dicha remisión es de carácter legal.” En este sentido: LÓPEZ FONSECA Manuel; “Las Medidas cautelares en el arbitraje”, Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Tomo II, UCV, Caracas, 2002, p. 19. En realidad ello no es más que producto de un mito ampliamente divulgado en nuestro foro, pues, el tratado internacional, o aplica como tal y tiene un rango superior al de la ley, o simplemente no aplica como cuerpo normativo. Debemos advertir que un tratado internacional no se transforma en “ley de la República” por el hecho de que haya sido ratificado por Venezuela. La Convención Interamericana conserva su rango de tratado internacional (superior a la Ley, art. 1 LDIP y 8 CPC) cuando las partes del acuerdo de arbitraje son ciudadanos de alguno de los Estados que haya ratificado

La Ley de Derecho Internacional Privado suiza, del 18 de Diciembre de 1987, prevé una solución distinta. En efecto, el artículo 183.2 establece que: “*en un primer momento, la otra parte es invitada a aceptar de ‘buen grado’ la adopción de la medida cautelar. En caso de una conducta afirmativa, la cuestión es resuelta en el estricto marco del arbitraje. Por el contrario, si la parte rechaza someterse a la adopción de la medida cautelar, entonces el tribunal arbitral puede pedir la ayuda de la jurisdicción estatal, en cuyo caso el juez o tribunal ordinario requerido se halla obligado a colaborar con el árbitro, dentro de los límites de la Ley...*”⁹.

En el Derecho colombiano, la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares se remonta al decreto 2279 de 1989, posibilidad ésta que fue ratificada más recientemente con el Decreto 1818 de 1998. No obstante, este ordenamiento jurídico limita a dos las medidas en cuestión: i) la inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro; y, ii) el secuestro de bienes muebles¹⁰.

En cambio en Venezuela, la redacción bastante clara del artículo 26 y del artículo 28 de la LAC, no restringen de manera alguna, como veremos más adelante, la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares que consideren necesarias respecto del *objeto en litigio*. Por el contrario, la LAC reconoce y extiende esa facultad al establecer que el tribunal arbitral puede pedir asistencia a los tribunales judiciales ordinarios para la *ejecución* de tales medidas, quienes tienen el deber de atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia.

dicha Convención, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. De no ser así, dicha Convención no aplica ni como tratado internacional, ni como Ley de la República. En algunos casos, cuando se trata de tratados internacionales muy conocidos (como por ejemplo el Código de Bustamante), pero sólo el Estado de una de las partes involucradas lo ha ratificado, se suele aplicar como “principios de Derecho Internacional generalmente aceptados”. En otras palabras, o los tratados tienen rango superior a la Ley, (ambas partes son ciudadanos de Estados que lo han ratificado) o no aplica. Excepcionalmente tienen un rango inferior a la Ley (de principios generalmente aceptados), pero en ningún caso los tratados internacionales se aplican como Ley.

⁹ LORCA NAVARRETE Antonio M; *Derecho de Arbitraje interno e internacional*. Editorial Tecnos, Madrid 1989, p. 128.

¹⁰ BENETTI SALGAR Julio; *EL Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Sgda. Edic., Edit Temis, Bogotá, 2001, pp. 178-179.

II. LA FINALIDAD PRECAUTORIA Y EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN DE LOS ÁRBITROS EN EL SISTEMA VENEZOLANO

Establece expresamente el artículo 26 de la LAC que, *salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. Igualmente establece esta norma legal que el tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.*

Como puede observarse, la redacción de la ley venezolana en términos generales es bastante similar a la contenida en el artículo 26 del Reglamento UNCITRAL, no requiere que en un primer momento se invite a la otra parte para que acepte de buena manera la adopción de la medida cautelar, como lo prevé la ley suiza, ni tampoco exige que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal como lo dispone la ley colombiana.

Se ha dicho que el “carácter excepcional que le otorga la mayoría de la doctrina a las medidas cautelares implica que se requiere norma expresa para dictarlas”¹¹. Los que sostienen esta tesis se fundamentan básicamente en que las medidas cautelares afectan el derecho de propiedad de la parte contra quien se dictan, y de acuerdo con la Constitución y el Código Civil, cualquier limitación al derecho de propiedad debe establecerse por Ley¹².

Lejos de lo que algunos podrían pensar, la facultad de decretar medidas cautelares, en nuestra opinión, no requiere de una norma legal expresa, pues, como se infiere del mismo artículo 26 de la LAC¹³, es en principio el acuerdo de las partes o el acuerdo en contrario de éstas (*autonomía de la voluntad*) el que permite o prohíbe a los árbitros que puedan decretarlas. Ello no debería causar alarma alguna, pues así como el árbitro, con fundamento en la fuerza vinculante del acuerdo de arbitraje suscrito por las partes, decide con efecto de *cosa juzgada* el fondo de la

¹¹ Cfr. MATTHIES Roland; *Arbitrariedad y arbitraje*, Caracas 1.996, pp. 64 y 65. También LÓPEZ FONSECA Manuel; “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje,” Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, UCV, Caracas, 2002, p. 18.

¹² Cfr. LÓPEZ FONSECA. *Ob. Cit.*, p. 17 y p. 19.

¹³ Que establece: “Salvo acuerdo en contrario de las partes...”

controversia, pudiendo afectar claramente el derecho de propiedad de la parte vencida, con mayor razón y con base a esos mismos fundamentos, podría adoptar medidas cautelares cuya finalidad inmediata es la de asegurar de manera preventiva la eficacia práctica del laudo arbitral¹⁴.

Como sostiene el profesor HENRÍQUEZ LA ROCHE, “*si las partes, en dicho acuerdo, determinan como regla procesal, la aplicación de las medidas precautelativas, los árbitros deben acordarlas si están dados los requisitos que las mismas partes se hayan dado en el acuerdo, aunque no existiese el artículo el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial*”¹⁵.

No es, por tanto, el derecho de propiedad, como algunos piensan, el que restringe la función de los árbitros, ni el que impone interpretaciones restrictivas¹⁶, es precisamente la *autonomía de la voluntad* en el ámbito de los derechos disponibles, lo que les permite a las partes pactar un acuerdo (de arbitraje) que le da esa facultad a un tercero denominado árbitro, designado por ellas mismas o a través de los mecanismos o reglamentos escogidos también por ellas mismas. Esa facultad (poder cautelar) que tiene el árbitro no le ha sido delegada por la Ley o por el Estado, sino por las propias partes en materias disponibles en que cabe transacción. El legislador, según sus políticas legislativas, opta entre *reconocer y permitir expresamente* esa facultad que le otorgan las partes al árbitro, como ocurre en el caso del sistema venezolano, o restringirla o prohibirla, como es el caso de

¹⁴ A favor de la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial, además de HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, pp. 221 y ss, también HUNG VAILLANT Francisco; *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica, Caracas, 2001, p. 199. A favor de la procedencia de las medidas cautelares incluso en el arbitramento regulado en el CPC véase ORTÍZ-ORTÍZ Rafael; *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, pp 416 y 417. Para un amplio estudio de las medidas cautelares en general y un análisis de por qué la jurisprudencia en el pasado se ha manifestado en el Derecho Comparado reacia a admitir que se pueda conferir a los árbitros el poder cautelar, véase CALAMANDREI Piero; *Providencias Cautelares*, Edit. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires 1984, especialmente p. 141.

¹⁵ HENRÍQUEZ LA ROCHE Ricardo; *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, Editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000, p. 226.

¹⁶ Como nos advierte el maestro COVIELLO, “*hay que guardarse también de la máxima errónea tan divulgada y tenida generalmente como axioma, de que las disposiciones de índole excepcional no son susceptibles de interpretación extensiva*”. Cfr. COVIELLO Nicolás; *Doctrina General del Derecho Civil*, Edit Hispano-Americana, México, 1949, p. 84.

aquellas legislaciones que están convencidas de que, de lo contrario, estarían relajando el “*monopolio exclusivo*” del Estado. Esta dualidad desnuda la división que existe entre las legislaciones que adoptan una concepción cautelar enmarcada en la autonomía de la voluntad de las partes, y aquellas que siguen una corriente “*judicialista*” que restringe ese ámbito¹⁷.

Cabe aclarar que la facultad cautelar de los árbitros surge, no con la promulgación de la LAC que expresamente la reconoce, ni en el momento en que una de las partes tolera la práctica de la medida cautelar solicitada por la otra, sino en el momento de la suscripción, por ambas partes, del acuerdo de arbitraje que consiente tácitamente esa posibilidad, acuerdo éste que como todo contrato, es ley entre las partes¹⁸. Luego de suscrito el acuerdo de arbitraje que dota al tribunal arbitral de la facultad de resolver, con carácter de cosa juzgada, el fondo de la controversia, es lógico y natural que dicho tribunal arbitral también esté facultado para garantizar la efectividad del laudo arbitral que eventualmente dictará. Ello, además de una facultad, también es un deber del tribunal arbitral, pues, qué sentido tendría que los árbitros dicten un laudo que al final del proceso no pueda ser ejecutado.

Es por ello, que luego de suscrito el acuerdo y surgida la controversia que da origen al arbitraje propiamente dicho, mal puede pretender una de las partes que ha dado su consentimiento para que la controversia sea resuelta de manera *definitiva y vinculante* mediante arbitraje, desconocer

¹⁷ Esa dualidad en el Derecho comparado es analizada por Augusto M. MORELLO en su obra: *La Adecuación del Contrato por las Partes, por el juez, por los árbitros*. Edit. Platense, La Plata 1994, p. 95 y ss. Nuestra jurisprudencia sobre lo que es en realidad “*monopolio exclusivo*” del Estado ha señalado: “*Así, la jurisdicción tiene dos momentos uno que es el de cognición que equivale a la tutela jurisdiccional de los derechos y el otro es el de ejecución que es equivalente a la tutela coactiva de los mismos (sic). De tal manera que, como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, la tutela coactiva de los derechos es del monopolio exclusivo del Estado. En virtud de ello el ejercicio de la función jurisdiccional permitida por el Estado a los árbitros, no es total, ni está excluida del control por parte de los órganos judiciales, ni tampoco es excluyente de la cooperación que éstos le puedan prestar. Así, la justicia arbitral debe servirse de la justicia judicial, a los fines que esta última controle los excesos que pudieran suscitarse en el arbitraje y, además, para ejecutar forzosamente las obligaciones que del arbitraje se deriven para las partes. Ello, en definitiva, está dispuesto como garantía para que sea verdaderamente efectiva la tutela que se busca por esta especial vía (con el arbitraje) de solución de conflictos*”. SPA, Sent. N° 00174, del 3-3-04, caso Secretario General Nacional del Sindicato Nacional de Gandoleros, contra la Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira, S.R.L., ponencia de Hadel Mostafá Paolini.

¹⁸ Cfr. Art. 1.159 C. Civil Venezolano.

las medidas cautelares decretadas precisamente con la finalidad de asegurar las resultas del proceso, por quien tiene la misión de dictar el laudo arbitral que en virtud de la Ley tendrá efecto de sentencia judicial ejecutoria.

A pesar de la claridad del artículo 26 de la LAC, la novedad del asunto generó polémicas en nuestro foro¹⁹. Algunos, como SARMIENTO SOSA, señalaron que los árbitros *no pueden decretar las medidas cautelares que competen a los órganos jurisdiccionales, porque los árbitros carecen de la autoridad para ejercer la función jurisdiccional atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República*²⁰, otros, como BAUMEISTER, afirmaron que la potestad cautelar no era plena en el arbitraje comercial *independiente*, y que era totalmente ausente en el arbitraje *ordinario* (arbitramento del CPC) y en el arbitraje *institucional*²¹, y otros llegaron al extremo de afirmar que los artículos 26 y 28 eran inconstitucionales²². Y es que mientras no se distinga con precisión *la facultad de conocer y decidir*, que tradicionalmente se le ha reconocido a los árbitros, de la potestad de ejecutar *coactivamente* las decisiones adoptadas, concebida esta última como una atribución exclusiva y reservada a los órganos estatales, difícilmente se podrá comprender cabalmente que la finalidad precautoria, enmarcada en la facultad de *conocimiento (cognición)*, es inherente a esta atribución y, por ende, a la función de los árbitros.

Afortunadamente, la Sala Político Administrativa, cuyos actuales magistrados Levis Ignacio Zerpa, Yolanda Jaimes y Hadel Mostafá Paolini, en honor a la verdad han dictado una serie de sentencias que configuran verdaderos obstáculos al desarrollo del arbitraje²³, ratificó, sin embargo, en

¹⁹ Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, pp. 9 y ss.

²⁰ Cfr. SARMIENTO SOSA Carlos; *Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca C.A., Caracas, pp. 55-56.

²¹ Cfr. BAUMEISTER TOLEDO Alberto; "Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicables en los casos de Arbitrajes Regidos por la Ley de Arbitraje Comercial", en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Ccs, 1999, p. 91. La improcedencia de cada una de esas afirmaciones es ampliamente explicada por HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, pp. 226-227.

²² Cfr. ARAUJO PARRA, José; "Medidas Cautelares en el Arbitraje", en *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*, N° 3, Junio 2000, p. 216.

²³ Lo cual no es novedoso ni exclusivo de Venezuela, pues, la generalidad de los ordenamientos jurídicos que han adoptado modernas leyes de arbitraje, se han encontrado con una

una reciente e interesante sentencia, que del artículo 26 de la LAC se desprende “*la potestad para dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza, sin lugar a dudas del tribunal arbitral, o más concretamente, de los árbitros, que conociendo el fondo de la causa, deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar*”²⁴.

Como puede observarse, bajo el sistema venezolano las dudas en lo referente a la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares, no tienen en la actualidad mayor justificación.

III. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 26 de la LAC no especifica cuáles son las medidas cautelares que pueden ser dictadas por los árbitros. Como antes indicamos, la tendencia moderna apunta a que las legislaciones arbitrales reconozcan, y no limiten las potestades cautelares inherentes a la función de los árbitros. No obstante, hasta hace poco, la mayoría de las legislaciones restringían la potestad cautelar, algunas de manera absoluta, como era el caso de la Ley de Arbitraje española 36/1998, otras, de manera relativa, como era y sigue siendo el caso de la legislación colombiana que limita dicha potestad a dos medidas concretas: a) la inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro; y, b) el secuestro de bienes muebles. Las dos medidas de aseguramiento previstas en la legislación colombiana tienen un elemento común: “*Que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes...*”²⁵.

generación de abogados y jueces que jamás recibió en las aulas universitarias enseñanzas sobre esta materia, y por ello tienden a ver en el arbitraje “una anómala derogación de la jurisdicción, a comprimir y controlar de cualquier modo”. Cfr. MORELLO, *Ob. Cit.*, p. 95.

²⁴ Criterio expuesto por primera vez en sentencia de la SPA N° 2.161 de fecha 10-10-01, caso Arpígra Concesiones Viales, C.A. vs Gobernación del Estado Falcón, y ratificado recientemente en sent. N° 01951 de la SPA, del 11-12-03, caso Tim International N.V.

²⁵ GAMBOA SERRANO Rafael H.; *El proceso arbitral en Colombia*. Colección Profesores, Santafé de Bogotá 1992, p. 82.

Un rápido repaso de lo ocurrido en las últimas cuatro décadas nos ayuda a comprender la evolución experimentada en esta materia. Así, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativo a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (conocido también como CIADI –siglas en español o ICSID en inglés– o Convenio de Washington)²⁶, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 cuando fue ratificado por veinte países, y que para el 15 de diciembre de 2002 había sido ratificado por 136 Estados miembros, refleja esa dicotomía de restringir de manera absoluta o relativa las potestades cautelares de los árbitros. En efecto, el artículo 47 de este Convenio establece que “*salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*”²⁷. Como puede observarse, si bien esta norma es amplísima en cuanto al *tipo* de medidas que pueden dictar los árbitros, refleja por otra parte, el temor o el celo en reconocerle a los árbitros algo que no es más que parte de su función natural: la posibilidad de salvaguardar la eventual ejecución del laudo que las partes se han comprometido de manera irrevocable a respetar. De allí que, en nuestra opinión no resulte justificado que un *laudo provisional cautelar* no tenga carácter obligatorio y configure una simple *recomendación*. No obstante, no debemos olvidar que ese Con-

²⁶ GO N° 35.685 del 3-4-95. Al 15 de diciembre de 2002 había sido ratificado por 136 Estados miembros.

²⁷ La Regla 39 del procedimiento arbitral del ICSID, relativa a las Medidas provisionales establece que:

(1) En cualquier etapa del procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesaria la *dictación* (sic) de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

(5) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

venio data de 1966, cuando todavía no era muy clara la distinción entre *coacción (ius imperium)* y *potestad de conocimiento*.

Hoy en día, esa realidad está cambiando aceleradamente. En este sentido, la misma legislación española que antes negaba esa posibilidad de manera absoluta, ahora en su novísima Ley de Arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre de 2003, incorpora la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto en litigio. En efecto, inspirada, al igual que la Ley venezolana, en la Ley Modelo UNCTRAL, establece en su artículo 23 lo siguiente:

1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.*
2. *A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos*²⁸.

Un sector calificado de la Doctrina venezolana ha señalado que tal facultad de los árbitros debe entenderse que es amplia en el ordenamiento jurídico venezolano, por cuanto la Ley no especifica cuáles son las medidas que pueden ser dictadas por éstos. En este sentido, HUNG VAILLANT sostiene que al efecto serán aplicables, por vía analógica, las regulaciones

²⁸ Establece la Exposición de Motivos de esta novísima ley que “dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.” La Ley de Arbitraje y Mediación que rige en el Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997 contiene una solución similar.

sobre medidas cautelares contenidas en el CPC (artículos 585 a 600)²⁹. Por su parte, HENRÍQUEZ LA ROCHE, señala que nuestra Ley, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL, se refiere al objeto litigioso, y que éste configura un concepto amplio que en modo alguno queda limitado a las acciones reales o personales con objeto determinado³⁰. GABALDÓN también se pronuncia a favor de la interpretación del artículo 26 de la LAC en sentido amplio.

La doctrina patria precisa que esa amplitud comprende todo tipo de medidas cautelares “nominadas” (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar), como las llamadas “innominadas” (asegurativas, conservativas, anticipativas)³¹. Como ejemplos de las medidas precautorias que solicitan comúnmente las partes en los arbitrajes pueden mencionarse: la venta de artículos perecederos; órdenes de no hacer efectivas las fianzas de fiel cumplimiento o cartas de crédito *standby* por parte del beneficiario; continuación del trabajo o la obra a que se refiere el contrato mientras dure el arbitraje; orden de depósito de cantidades dinero, acciones u otros activos, con fines de garantía; ordenes de abstenerse de realizar ciertos actos o, incluso, de intentar o desistir ciertas acciones judiciales relacionadas con el arbitraje³².

Nuestra jurisprudencia ratifica esa amplitud al establecer que la materia o ámbito de la medida cautelar en el arbitraje “*está constituida por el objeto en litigio, entendido, claro está y como ha sostenido la doctrina patria, no sólo en sentido de derecho real u objeto determinado, sino aún como pretensión personal*”³³.

Por nuestra parte, coincidimos con la doctrina dominante en que la Ley no restringe en modo alguno las medidas cautelares que pueden dictar

²⁹ Cfr. HUNG VAILLANT, *Ob. Cit.*, p. 199.

³⁰ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 222.

³¹ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 231. Asimismo, GABALDÓN, *Ob. Cit.*, p. 108.

³² Cfr. OGARRÍO, Alejandro; “El Procedimiento Arbitral”, en *Arbitraje Comercial Internacional*, compilador Leonel Pereznieta Castro, Edit DJC, México 2002, p. 90. Para un lamentable caso en que una de las partes se negó a cumplir una orden cautelar de un tribunal arbitral véase *infra* nota 46.

³³ Igualmente, este criterio fue expuesto por primera vez en sentencia de la SPA N° 2.161 de fecha 10-10-01, caso Arpigna Concesiones Viales, C.A. vs Gobernación del Estado Falcón, y ratificado recientemente en sent N° 01951 de la SPA, del 11-12-03, caso Tim International N.V.

los árbitros, y por ende debe entenderse que tal facultad es amplia. No obstante, diferimos de HUNG VAILLANT en que ese silencio de la Ley también implica que se deban aplicar *analógicamente* las regulaciones sobre medidas cautelares contenidas en el CPC. (Art. 585 a 600). Existe una fuerte y peligrosa tendencia en nuestro foro de aplicar el CPC, casi de manera automática, ante cualquier duda o silencio que pudiera surgir en el desarrollo del procedimiento arbitral. Se olvida así, que todo lo concerniente al procedimiento arbitral se rige, si es un arbitraje institucional, por el respectivo reglamento al cual las partes se hayan sometido, reglamentos éstos que generalmente indican a los árbitros qué hacer en caso de silencio³⁴, y si es un arbitraje independiente, entonces, conforme al párrafo primero del artículo 618 del CPC, las partes, pueden indicar a los árbitros las formas y reglas de procedimiento que deban éstos seguir, y sólo a falta de esa indicación es que, por disposición expresa contenida en esa misma norma legal, se debe observar el procedimiento legal correspondiente (Arts. 585 y siguientes del CPC). Como puede apreciarse, en ningún caso se trataría de una aplicación analógica, en razón de que el propio legislador ha previsto la solución³⁵.

IV. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Sin perjuicio de lo antes indicado, cabe señalar que la LAC nada dice sobre los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje. No obstante, nadie duda que la función de las medidas cautelares nace de la relación entre dos circunstancias: la necesidad de que la

³⁴ Art. 12 de la LAC. La mayoría de los reglamentos otorga plena libertad a los árbitros en caso de silencio de las partes, pudiendo aplicar las normas procesales que ellos estimen conveniente, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. Cfr. Art. 15 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 16 del Reglamento del CEDCA y 6 del Reglamento del CACCC.

³⁵ Tal y como hemos señalado en otras oportunidades, en materia de arbitraje comercial *la mayoría* de las normas previstas en el CPC (arbitramento) quedaron derogadas tácitamente por las disposiciones especiales contenidas en LAC. Sin embargo, para que exista una derogación de la Ley, debe haber una colisión de preceptos legales. Cfr. SÁNCHEZ-COVISA Joaquín, "La vigencia temporal de la Ley en el ordenamiento jurídico venezolano". Obra jurídica, Edic. Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 159 y ss, por lo que concluimos que el artículo 618 del CPC es aplicable *supletoriamente* al arbitraje comercial, pues, no ha sido derogado y en materia mercantil el CPC es de aplicación supletoria: arts. 1.097 y 1.119 del C.Comercio. Para un denso y claro análisis de los presupuestos de la analogía véase COVIELLO, *Ob. Cit.*, p. 92 y ss.

medida, para ser eficaz, se dicte sin retardo, y la imposibilidad fáctica de que la decisión definitiva que resuelva la controversia sea dictada inmediatamente. Surge así la duda de cómo conciliar las dos exigencias, frecuentemente opuestas, esto es: hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde³⁶.

Nuestra doctrina no parece tener dudas de la necesidad de exigir, al igual que con las medidas cautelares judiciales, “la tricotomía que engloba el artículo 585 del CPC”: i) pendencia de una litis (*pendente lite*), ii) presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*), y iii) presunción de peligro en la mora (*periculum in mora*)³⁷. Sin embargo, admite HENRÍQUEZ LA ROCHE, que las condiciones de procedencia “pueden ser otras, más adecuadas a la causa concreta, si lo disponen así las partes en el acuerdo arbitral”³⁸.

Por nuestra parte, nos preguntamos lo siguiente: si las partes pueden disponer que las condiciones de procedencia sean otras distintas a los presupuestos exigidos en el artículo 585 del CPC, ¿de dónde surge entonces la idea de que, a falta de dicha convención, los árbitros están obligados, al igual que los jueces, a exigir dichos presupuestos?

En nuestra opinión, los árbitros dictan las medidas cautelares según su prudente arbitrio, con arreglo a su leal saber y entender, sin estar sujetos a previa determinación legal³⁹.

En efecto, el artículo 26 de la LAC establece que “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral *podrá* dictar las medidas cautelares que considere necesarias”. Igualmente, establece esta disposición legal, que el “tribunal arbitral *podrá* exigir garantía suficiente de la parte solicitante”. En este orden de ideas, es importante recordar que conforme al artículo 23 del CPC cuando la Ley dice: “El Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad. Como apunta el profesor RENGEL ROMBERG, al referirse al artículo 23 del CPC, “no se trata de una arbitraria

³⁶ Cfr. CALAMANDREI, *Ob. cit.*, p. 43.

³⁷ HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. cit.*, p. 227.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. COUTURE Eduardo; Vocabulario Jurídico. Voz: Arbitrio Judicial.

discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica"⁴⁰, y agregaríamos nosotros, *discrecionalidad* concedida en este campo al tribunal arbitral, porque las propias partes, a diferencia de lo que ocurre en la vía judicial, tienen la facultad de elegir directamente a dicho tribunal y de eliminarle convencionalmente esa potestad cautelar. También pueden las partes dificultar esa potestad cautelar, añadiendo no sólo los requisitos contemplados en el CPC, sino otros no contemplados en este texto legislativo. Y si todo esto pueden hacerlo las partes, ¿qué impedimentos existen entonces para facilitar dicha potestad, para hacerla más expedita y eficaz? En nuestro criterio ninguno.

En fin, si bien pareciera que en la generalidad de los casos lo más *equitativo o racional*, es exigir los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, no encontramos, sin embargo, razón jurídica que justifique recortarle a los árbitros las facultades discrecionales que la propia Ley les ha reconocido, y que sólo las partes interesadas pueden restringir, o incluso, extender. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral podría acordar una medida cautelar a pesar de que "la presunción del buen derecho" de la parte solicitante no esté suficientemente demostrada, si considera que el riesgo del *periculum in mora* es extremadamente grave, y la mediada en sí no causaría mayores inconvenientes a la parte contra quien se dirige. También podría exigir garantías, a pesar de que el solicitante de la medida haya demostrado fehacientemente las referidas presunciones, si considera, por ejemplo, que son cuantiosos los daños que se le pueden causar a la otra parte.

Otro argumento abunda a favor de esta tesis: la decisión dictada por el tribunal arbitral en cualquiera de los dos ejemplos, no está sujeta a apelación⁴¹. El tribunal arbitral, y sólo él, es el que discrecionalmente evalúa las circunstancias particulares del caso. Establecer de manera imperativa el cumplimiento de dichos requisitos, o restringirle al árbitro esa facultad, es atentar contra la propia naturaleza del arbitraje, en detrimento de lo que

⁴⁰ Cfr. RENGEL RÖMBERG, Arístides; "Medidas Cautelares Innominadas", Rev. Derecho Mercantil N° 16 y 17, 1994, p. 86.

⁴¹ Ni tampoco procedería, en este caso, el recurso de nulidad, pues éste se prevé en la LAC, no para atacar una decisión arbitral injusta, sino nula; nulidad que sólo responde a causales taxativas. Cfr. MEZGRAVIS Andrés; "Recursos contra el laudo arbitral"; en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Caracas, 1999, p. 241 y ss. Asimismo, véase infra X) "El recurso de nulidad contra la medida cautelar" que afecta a un tercero.

en definitiva es una materia que está y debe estar regida por la autonomía de la voluntad de las partes. Evidentemente que esto demuestra qué tan delicada es la función de los árbitros y agrega un motivo para que las partes los escojan con extremo cuidado. Si las partes, en definitiva, consideran un alto riesgo el que los árbitros posean esa discrecionalidad, entonces pueden libremente limitarla o incluso, excluirla en el acuerdo de arbitraje. Claro está, que si no lo hacen, se debe presumir (*iure et de iure*) que se la han concedido y, por ende, deben acatar y asumir las consecuencias de lo que legalmente se entiende pactado.

V. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En conexión con lo antes indicado, podría afirmarse, entonces, que la doctrina moderna es conteste en que, salvo que la respectiva legislación reserve expresamente tal potestad exclusivamente a los jueces, los árbitros pueden decretar medidas cautelares, incluso, aun cuando no exista una norma legal que ratifique expresamente ese principio⁴². El asunto se complica cuando se analiza lo concerniente a la práctica o ejecución de dichas medidas cautelares.

El artículo 28 de la LAC establece:

“El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables” (Subrayado nuestro).

Como antes mencionamos, las discrepancias se centran, no tanto en si los árbitros pueden decretar medidas cautelares, sino en si éstos tie-

⁴² Cfr SCHLOSSER, LINDACHER, BRINKMANN, HERDEGEN, en las obras citadas por RAMOS MENDEZ Francisco; “Arbitraje Internacional y Medidas Cautelares”, publicado en *Justicia*, 1984, p. 843 y ss., *Ibídem*; *Arbitraje y Proceso Internacional*, Librería Bosch, Barcelona 1987, p. 188.

nen la potestad de *ejecutar* o practicar directamente esas medidas provisionales.

Sostiene GABALDÓN que “*siempre la ejecución de las medidas cautelares estará a cargo de los tribunales estatales, porque aun cuando no fuese necesario emplear la fuerza para ejecutar la medida decretada queda abierta la posibilidad de oposiciones de terceros, que por ser tales, no están obligados a ventilarlas en el tribunal arbitral*”⁴³.

Diferimos de esa opinión por varias razones. En primer lugar, porque lo relativo a la posibilidad de *oposición de terceros* es un problema distinto que tiene soluciones previstas en el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como lo explicaremos en el siguiente punto. En segundo lugar, porque el artículo 28 de la LAC, establece que el juez *podrá* pedir asistencia a los tribunales judiciales para ejecutar la medida y no que *deberá* pedir asistencia a los tribunales para ejecutar la medida. Asimismo, el artículo 622 del CPC establece que tanto “*los Tribunales Ordinarios como las demás autoridades públicas están en el deber de prestar a los árbitros toda la cooperación que sea de su competencia para que puedan desempeñar bien su cargo.*” Por tanto, consideramos que, conforme a la legislación venezolana, no tiene cabida la posición relativa a que la actividad de los árbitros se concreta, en todos los casos, a la simple declaratoria de las medidas cautelares, sin que esté permitida en caso alguno, su directa ejecución.

Es cierto que los árbitros no podrían hacer uso directo de la fuerza para constreñir a un particular en la práctica de una medida compulsiva, ya que ello es, y debe ser siempre, monopolio exclusivo del Estado. Sin embargo, esa limitación no contradice la potestad que tienen los árbitros de practicar una medida cautelar cuando se trate de medidas cautelares *no compulsivas*⁴⁴. En algunos casos, como señala el autor mexicano OGARRIO, el árbitro puede requerir la cooperación del Juez, pero en otros puede preferir actuar de manera autónoma, sin requerir la intervención de dicho Juez. “*La relación entre el árbitro y los jueces, así como el grado de*

⁴³ Cfr. GABALDON, Frank; *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*. Edit. Livrosca C.A., Caracas 1999, p. 110.

⁴⁴ Cfr. CAIVANO, Roque; *Arbitraje*, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 239.

ayuda o intervención de estos últimos dependerá de la ley de la jurisdicción en la que se lleve a cabo el arbitraje"⁴⁵.

En efecto, no encontramos en el sistema venezolano razones jurídicas para objetar que los árbitros puedan practicar medidas cautelares en aquellos casos en que la parte sobre la cual recaiga la medida esté dispuesta a tolerarla pacíficamente o contribuya voluntariamente a su ejecución. Es más, la propia jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal señala que *"una de las características del Arbitraje es su carácter vinculante, toda vez que las partes acuden a la solución de conflictos a través de este medio extraordinario, sometiéndose a la decisión que adopte el árbitro mediante el Laudo, pues a ello se han comprometido previamente, lo cual debería implicar la voluntad de aceptación y cumplimiento de las disposiciones del mismo sin coacción alguna"*⁴⁶.

Según las estadísticas se cumple más del 80% de los laudos arbitrales, sin necesidad de ejecución forzada. En este sentido, se pregunta Ramos Méndez: *¿por qué no habrían de cumplirse de igual manera las decisiones relativas a medidas cautelares arbitrales?*⁴⁷ La práctica demuestra que las medidas cautelares son normalmente aceptadas por las partes, porque no desean confrontarse con quien en última instancia decidirá, de manera definitiva y con carácter obligatorio, el fondo de la controversia⁴⁸.

⁴⁵ OGARRIO, Alejandro; "El Procedimiento Arbitral", en *Arbitraje Comercial Internacional*, compilador Leonel Pereznieta Castro, Edit DJC, México 2002, p. 91.

⁴⁶ Sentencia de la SPA N° 00174, del 3-3-04, caso Secretario General Nacional del Sindicato Nacional de Gandoleros, contra la Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira, S.R.L., ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini.

⁴⁷ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 189.

⁴⁸ En este mismo sentido OGARRIO; *Ob. Cit.*, p. 92. Obviamente hay excepciones, lo cual a nadie debería extrañar sobre todo en momentos en que la palabra empeñada por nuestros clientes poco importa, y donde la "cultura litigiosa", y no la de solución de conflictos, es lo que todavía prevalece en algunos colegas. Así los abogados *Rafael Badell Madrid y Álvaro Badell Madrid*, intentaron una acción de amparo contra el laudo provisional dictado por el tribunal arbitral constituido en la ciudad de Miami, Florida, por reconocidos árbitros internacionales: Horacio Grigera Naón, Jhon Rooney y Emilio Pittier Octavio, que en el caso *Four Seasons* ordenó a la representada de dichos abogados, entre otras cosas, desistir y retirar una acción judicial intentada en Venezuela y abstenerse de volver a intentar dichas pretensiones en una nueva demanda ante las Cortes de Venezuela. Cfr. Sent de la SC del 26-8-03, caso *Consortio Barr, S.A.* Pensamos que con este tipo de conductas se ratifica la percepción de quienes consideran a Venezuela como una jurisdicción nada segura para la celebración de arbitrajes, fomentando así que éstos procesos, que

Aunque podrían algunos discutir si la decisión que ordena determinada conducta preventiva a una de las partes para que la cumpla voluntariamente tiene en realidad la naturaleza de una medida cautelar, nadie negará que lo importante, el objetivo principal, es que su adopción garantice el eventual cumplimiento del laudo definitivo. En el caso, por ejemplo, del embargo o secuestro ordenado por el tribunal arbitral para que se ejecute con la colaboración del ejecutado y sin coacción de los tribunales estatales, podría pensarse que, conforme a la ley venezolana, dicha medida en verdad constituye un *depósito voluntario*. En este sentido, el artículo 1.765 del Código Civil establece que el depositario únicamente está obligado a restituir los bienes entregados a quien se los haya entregado o a aquél en cuyo nombre se hizo el depósito, o que fue designado para recibirlos. No es difícil imaginar que los árbitros podrían ser las personas designadas para recibir los bienes depositados, de manera que la parte contra quien obre la medida no podría exigirle al depositario la restitución de estos bienes. Algo similar ocurre con la prohibición de enajenar y gravar convencional aceptada por muchos Registros Públicos.

Por ende, es necesario hacer la distinción entre medidas *cautelares compulsivas* y medidas *cautelares no compulsivas*. Estas últimas no requieren la intervención de los tribunales judiciales. Son ejemplos de medidas cautelares no compulsivas: la prohibición de enajenar y gravar protocolizada en la Oficina Subalterna de Registro de la propiedad inmobiliaria; la notificación privada al Administrador responsable del Libro de Accionistas a los efectos del embargo de acciones, y la notificación privada al deudor del crédito embargado, entre otras⁴⁹. Pensamos que estas medidas pueden

tienen origen en conflictos que se suscitan en el territorio de la República, se resuelvan en el extranjero. Los falsos pudores de "salvaguarda de nuestra soberanía y de la tutela judicial efectiva," no logran ni pueden eliminar la figura del arbitraje (*internacional*), cuya existencia no depende tanto de los reconocimientos judiciales nacionales, sino de la realidad comercial internacional. Sin embargo, esas conductas, así como las sentencias judiciales que las incentivan, sí frenan el desarrollo del arbitraje nacional o doméstico y, paradójicamente, ese supuesto "*nacionalismo*" favorece a los extranjeros, al privar a los abogados y árbitros venezolanos de resolver estos arbitrajes. Para un análisis de la inadmisibilidad de la acción de amparo contra el laudo arbitral véase MEZGRAVIS, Andrés; "El amparo constitucional y el Arbitraje", *Rev de Derecho Administrativo* N° 6, Edit. Sherwood, Ccs, 1999, p. 255 y ss.

⁴⁹ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, pp.242 y 243. Esta opinión también es compartida por HUNG VAILLANT, sin embargo, considera aconsejable que las medidas no compulsivas sean practicadas con el auxilio de los órganos jurisdiccionales para una mayor garantía de la efectividad de la medida, *Ob. cit.*, pp. 200-201.

ser practicadas directamente por el tribunal arbitral. El propio artículo 17 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas⁵⁰, establece que la ejecución de la medida de prohibición de enajenar y gravar la tramitará, en todo caso, el Tribunal que la haya decretado, mediante oficio dirigido al registrador del lugar donde se encuentre situado el inmueble sobre el cual recaiga la medida, *“sin que en ningún caso se requiera funcionario judicial ejecutor de medidas.”* No vemos inconveniente alguno para que esta norma sea aplicada de manera analógica al sistema arbitral venezolano. CAIVANO llega a la misma solución en Argentina a través de una aplicación analógica de la Ley 22.172: *“creemos que los registros deberían inscribir directamente las medidas cautelares comunicadas por los árbitros (satisfechos los requisitos de forma que garanticen su autenticidad) sin necesidad de orden del tribunal judicial”*⁵¹.

En varios arbitrajes independientes e institucionales, ya se han ejecutado con éxito varias medidas cautelares de este tipo. Así, por ejemplo, en el caso SUPERMERCADOS UNICASA C.A E INVERSIONES AYAL C.A vs. INVERSIONES APTIVA 2 C.A Y APTIVA SHOPPING CENTER C.A., cuya ejecución forzosa del laudo se solicitó por ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, (Expediente 8419), consta que el Tribunal Arbitral decretó y practicó sin necesidad de ser asistido por un Tribunal Judicial una serie de medidas cautelares. En efecto, se establece en el texto del referido laudo que:

“El Tribunal Arbitral, a solicitud de las demandantes y con fundamento en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, decretó: a) Mediante Providencia de fecha 18 de Julio de 2003, medida de prohibición de enajenar y gravar sobre la parcela 13 de la Urbanización Lomas del Sol, anteriormente identificada, la cual fue notificada y cumplida por el Registrador Inmobiliario competente; y b) Mediante Providencia de fecha de 15 de Octubre de 2003, medida cautelar de embargo sobre las acciones pertenecientes a INVERSIONES APTIVA 2, C.A., en el capital de APTIVA SHOPPING CENTER C.A.

⁵⁰ Cfr. GO N° 36.017 del 8-8-96.

⁵¹ Cfr. CAIVANO, *Ob. cit.*, pp. 240-241.

A los fines de la ejecución de esta última medida, la representación de APTIVA SHOPPING CENTER C.A. entregó al Tribunal el correspondiente libro de accionistas, en el cual fue estampada una nota dejando constancia del embargo decretado”⁵².

Pensamos que del mismo modo que una decisión judicial no pierde su naturaleza de sentencia por el hecho de que las partes la cumplan voluntariamente, la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral conserva su naturaleza independiente de que la parte contra quien obre la cumpla voluntariamente.

De allí que no sea del todo cierto que los árbitros sólo pueden decretar las medidas cautelares y en ningún caso practicarlas. Como vimos, los árbitros pueden ejecutar medidas cautelares en aquellos casos que, en virtud de la colaboración del ejecutado, no resultare necesaria la *coacción* o el uso de la fuerza pública, y por ende, tampoco resulte necesaria la asistencia de los tribunales judiciales.

Por otra parte, en el sistema arbitral venezolano se podría decir que la función que realiza el Juez al *asistir* al tribunal arbitral no es propiamente jurisdiccional, como tampoco lo es la que realizan los cuerpos de seguridad del Estado al *asistir* a los jueces en la práctica de las medidas. No es jurisdiccional, porque ni conoce sobre el mérito o la procedencia (*cognición*) de la medida, ni tampoco le corresponde de manera autónoma o exclusiva la *ejecución* de ésta. Al menos no en sentido estricto. Nótese que el artículo 28 de la LAC, no establece que el laudo pasará al Juez competente para que lo ejecute o para que éste resuelva sobre su *ejecución*⁵³, simplemente establece que el Juez *asistirá* al tribunal arbitral en la ejecución de dicha medida. Ejecución y asistencia son términos con significados diferentes⁵⁴. En consecuencia, pensamos que tanto el órgano asistente (Juez) como el asistido (tribunal arbitral) deben estar presentes en la

⁵² Capítulo VII, p. 86.

⁵³ Segundo elemento que conforma el concepto de “jurisdicción”. Distinto sería el caso si la norma estableciera por ejemplo: “El juez competente ejecutará las medidas cautelares compulsivas decretadas por el tribunal arbitral.” El Proyecto de Ley de Arbitraje Argentina del 2000, establece en su artículo 17.2 una redacción similar a ésta. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/argentina/legindex.html>

⁵⁴ A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras Cfr. Art. 4 C. Civil.

realización de dicho acto. Esa asistencia o cooperación que presta el Juez se trata en realidad de una función, como diría CALAMANDREI, *administrativa, de policía, verdadera y propia*⁵⁵.

Finalmente, pensamos que en el Area Metropolitana de Caracas, la solicitud de asistencia debe ser dirigida, por parte del tribunal arbitral directamente, a la Oficina Ejecutora de Medidas, conforme lo establece el artículo 9 de Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, pues, no tendría sentido alguno y configuraría un formalismo inútil⁵⁶, dirigir dicha petición al Juez de Primera Instancia, para que éste, a su vez, reenvíe dicha petición a la Oficina Ejecutora de Medidas.

VI. MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE

En principio, las medidas preventivas en el arbitraje, por razones que atañen a la naturaleza del procedimiento, únicamente pueden ser decretadas luego de que está conformado el tribunal arbitral, específicamente desde el momento de su instalación⁵⁷, lo cual generalmente se logra con la previa participación de ambas partes. Esto, a primera vista, hace suponer que no es factible concebir que un tribunal arbitral dicte alguna medida cautelar inaudita parte, puesto que ello no depende propiamente de la pendencia de la *litis* (admisión de la demanda), sino de la existencia de un tribunal arbitral⁵⁸. Y aquí, precisamente, una de las críticas más fuertes que puede recibir el arbitraje. Como bien señala MUÑOZ SABATÉ: "*sin medidas cautelares la opción arbitral es una opción moribunda*".

Agrega este autor que: "*Si de veras se pretende incorporar el arbitraje al sistema general de medidas cautelares, hay que ser consecuentes con el art. 742 del Anteproyecto que dispone, como no podía ser menos, unas medidas previas al proceso por razones de urgencia o necesidad y con el art. 736 que previsiona la posibilidad de acor-*

⁵⁵ Cfr. CALAMANDREI, *Ob. Cit.*, p. 140. Apunta el maestro italiano que "incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la, administrativa, de policía.

⁵⁶ Art. 26 de la Constitución.

⁵⁷ Art. 19 de la LAC.

⁵⁸ Cfr. HERÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, nota 171, p. 225.

darlas incluso inaudita pars, previsión que por ejemplo la práctica ha demostrado ser la más efectiva en el embargo preventivo, la medida cautelar por excelencia en la conflictividad crediticia.” Advierte MUÑOZ SABATÉ que: *“Desmontar de estos mecanismos a la medida cautelar en el arbitraje no es quitarle un adorno, sino amputarla de toda su substancia activa. Porque urgente es lo que no admite espera y necesario es lo no contingente, aquéllo de lo que no puede prescindirse si de veras se aspira a una tutela efectiva. Y yo me pregunto si los que se someten a un arbitraje no pueden experimentar, al presentar su demanda, urgencias y necesidades insustituibles y deben contentarse con lamentar la ocurrencia de haber suscrito en su día un convenio arbitral”.*

Para finalizar, este reconocido procesalista español apunta: *“Téngase en cuenta que desde que se ponen en marcha los mecanismos previstos en el convenio arbitral hasta que se constituye el colegio arbitral (momento en que según el art. 22 de la Ley de Arbitraje, comienza formalmente el proceso arbitral), pueden pasar, no ya semanas, sino meses. Es obvio que la parte que sospeche de las intenciones de solicitar la medida hará lo posible para dilatar ese día, quedando mientras tanto la otra parte en la más desoladora indefensión”*⁵⁹.

De allí que no sólo resulte conveniente, sino indispensable, que los reglamentos de los diversos centros de arbitraje, especialmente los venezolanos, prevean la manera de poder obtener medidas preventivas *inaudita parte*. Hasta ahora, sólo el Centro de Conciliación y Arbitraje CEDCA ha concebido una solución a tan importante problemática. En efecto, establece la exposición de motivos de este reglamento: *“... en virtud de que la nueva Ley de Arbitraje Comercial establece que los árbitros pueden dictar medidas cautelares y como quiera que en principio el Tribunal Arbitral se constituye luego de que la parte demandada ha tenido conocimiento de la demanda arbitral, resulta muy conveniente, para lograr una tutela jurisdiccional más efectiva, permitirle a cualesquiera de las partes inmediatamente después de introducida la demanda y sin tener que esperar la constitución del Tribunal Arbitral definitivo, poder obtener de un Tribunal Arbitral designado por el CEDCA a*

⁵⁹ MUÑOZ SABATE Luis: “Medidas Cautelares y Arbitraje en el Anteproyecto de L.E.C.”, en Presente y Futuro del Proceso Civil, J. M. Bosh, 1998, pp. 707 y ss.

esos únicos efectos las medidas cautelares que aseguren el derecho que reclama. La medida que se dicte, podrá luego ser revisada por el Tribunal Arbitral que conocerá el fondo de la controversia, inmediatamente después de su constitución”⁶⁰.

En este sentido, dispone el artículo 22.2 del Reglamento del CEDCA:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros previsto en los artículos 9 y 10 de este Reglamento, y previo el pago de las costas previstas en el Apéndice II de éste, solicitar al Director General del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director General, por uno o tres árbitros, para que resuelva sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de estos árbitros, la hará el Director General, de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral, debe estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle. Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada”.

Nótese que, a pesar de que la medida cautelar se decretaría inaudita parte y el tribunal *ad-hoc* habría sido nombrado sin la participación directa de las partes, ello sería así por consecuencia inmediata y directa de la voluntad que ellas mismas han manifestado al suscribir el acuerdo de arbitraje, el cual prevé la aplicación del Reglamento, que contiene a su vez ese

⁶⁰ La elaboración del Reglamento del CEDCA, así como la Exposición de Motivos, estuvieron a cargo de una Comisión Redactora, integrada por los abogados: José Pedro Barnola Quintero, Lubín Chacón, Pedro Perera, Santos Alberto Michelena y Andrés A. Mezgravis. Esta Comisión, la cual tuvimos el honor de coordinar, contó con la colaboración de varios destacados profesionales del derecho, entre ellos, los Profesores Luis Guillermo Govea, y Eugenio Hernández-Bretón. Mucho se enriqueció el Reglamento con las observaciones y comentarios del propio Directorio del CEDCA y de otras personas consultadas por éste.

mecanismo, el cual, es de suponer (*iure et de iure*), conocen y aceptan las partes antes de que se inicie el arbitraje⁶¹.

VII. MEDIDAS CAUTELARES PREARBITRALES

Muchas legislaciones no tienen inconveniente alguno en aceptar la competencia del Juez en concurrencia con la función del árbitro. Existen poderosas razones que justifican tal solución, entre ellas, la necesidad de adoptar medidas cautelares mientras se constituye el tribunal arbitral⁶².

En este sentido, hay centros de arbitraje como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que no han adoptado la solución acogida por el CEDCA de contemplar la posibilidad de medidas cautelares *inaudita parte*, sino que establecen una solución distinta, que si bien es muy útil para esas legislaciones a que hemos hecho referencia, no luce todavía aplicable a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el artículo 23.2 del precitado reglamento de la CCI prevé la posibilidad de que las partes puedan *antes* de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aun después, solicitar a *cualquier autoridad judicial competente* la adopción de medidas provisionales o cautelares. Eso es lo que se denomina como *medidas cautelares prearbitrales*⁶³.

Analicemos a continuación lo que al respecto ha señalado nuestra jurisprudencia. Específicamente en el caso **TIM INTERNATIONAL N.V.**, el tribunal *a quo*, el Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscrip-

⁶¹ El propio artículo 22.2 comienza advirtiendo “*salvo acuerdo en contrario de las partes...*”.

⁶² Cfr. GÓMEZ JENE, *Ob. Cit.*, p. 71, quien cita a su vez a BÖSCH, A; *Einsweiliger Rechtsschutz in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Frankfurt, Berna, Nueva York, París, 1989, pp. 159-172. COLLINS, L.; *Provisional and protective measures in international litigations*, R. Des C., 1992-III, t.234, p. 72.

⁶³ LA CCI también dispone de un reglamento denominado *Procedimiento Precautorio Prearbitral*, en vigor desde 1990, que permite a las partes obtener el nombramiento de un tercero que ordene las medidas provisionales urgentes requeridas en el marco de una controversia hasta tanto haya una decisión de una autoridad judicial o arbitral. Sin embargo, entendemos que las medidas que se adoptan a través de este reglamento no son *inaudita parte*, sino que el tercero es elegido conjuntamente por las partes. Cfr. www.iccarbitration.org

ción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 11 de agosto de 2003, declaró su *falta de jurisdicción* para conocer la causa, indicando en tal sentido:

“(...) Observa quien decide, que las reglas del CCI facultad (SIC) a las partes para que aún existiendo convenio arbitral, puedan accionar a través de los órganos judiciales para el decreto de medidas de ese tipo. Sin embargo, mal puede servir esta norma reglamentaria, (SIC) tener efectos supra legales sobre nuestra normativa interna; en tal sentido sólo funciona para remitir a cada legislación interna de los países donde tengan intereses en los negocios objeto del convenio arbitral, y puedan las partes (son 05 contratantes) solicitar medidas cautelares sobre el patrimonio de alguno de sus contratantes. Si no previeron sus contratantes, que la legislación de sus respectivos países involucrados, no dispone tal posibilidad (cautelares anticipadas), están firmando un contrato que con respecto al asunto no le beneficia. Con lo que respecta a nuestra República, viendo la remisión que hace la normativa 23.2 del CCI a nuestra legislación, no encontró este sentenciador precedente legal alguno para tal procedencia (cautelares anticipadas). Y así se establece (...)”.

El caso fue remitido a la SPA “en consulta”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, por haber declarado el *a quo* su *falta de jurisdicción* para conocer los autos. Adicionalmente, dicho fallo fue impugnado por la parte solicitante de la medida cautelar a través de la interposición del recurso de “regulación de jurisdicción”⁶⁴.

⁶⁴ Un error que comienza a arraigarse en nuestro foro es el de oponer la *falta de jurisdicción* cuando una de las partes incumple el acuerdo de arbitraje y presenta su demanda ante los tribunales judiciales. En nuestra opinión la excepción procesal correspondiente es la “prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta” (Art. 346, ord. 11). Cfr. MEZGRAVIS Andrés; “La promoción del arbitraje: Un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia”, Rev. Derecho Constitucional N° 5, Diciembre 2001, p. 144 y ss. El caso arriba analizado trata de una situación distinta: la propia parte interesada en el arbitraje acude a la vía judicial, no para dirimir en esta sede la controversia, sino para obtener la respectiva providencia cautelar conforme a lo establecido en el Reglamento de la CCI escogido por las partes.

La parte solicitante mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2003, presentado ante dicha Sala, ejerció recurso de regulación de jurisdicción, en los términos siguientes:

“(…) Desde el punto de vista de la jurisdicción que tiene este Tribunal ordinario frente al Tribunal Arbitral, debe observarse que la actuación cautelar que en este procedimiento se hizo no es excluyente del conocimiento que del fondo del litigio tenga el Tribunal Arbitral al cual las partes voluntariamente decidieron someterse. Las actuaciones cautelares allí llevadas a cabo son complementarias de la actividad jurisdiccional atribuida al Tribunal Arbitral y, precisamente por el hecho de ser simplemente cautelares, no comportan una resolución del fondo de la controversia, sino que sólo tienden a asegurar los resultados que puedan derivarse de la decisión definitiva que habrán de pronunciar los árbitros.

La propia normativa procesal que regula dicho arbitraje corriente entre TIM y Venconsul, esto es, el Reglamento de Arbitraje de la CCI que fue voluntariamente seleccionado por las partes, reconoce la posibilidad de que éstas puedan solicitar el auxilio de las autoridades judiciales ordinarias, esto es, acudir y peticionar validamente ante tribunales estatales ordinarios como ése, para que les auxilien en la protección de sus derechos e intereses que podrían verse vulnerados y ser eventualmente irreparables por el laudo arbitral definitivo. Esto es lo que precisamente autoriza el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitrajes (SIC) de la CCI.

El obstáculo más importante que encuentra el proceso arbitral en su fase cautelar, es el de cómo adoptar las medidas que salvaguarden los derechos de las partes mientras se constituye la autoridad jurisdiccional (el Tribunal Arbitral) a la cual se han sometido, cosa que ocurre cierto tiempo después de planteada la controversia. Distintas soluciones han sido adoptadas pero la recogida en el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, con base en la vasta experiencia de dicha institución como primer y más activo centro de arbitraje a nivel (sic) mun-

dial, es la de autorizar a las partes antes de que el Tribunal Arbitral entre en el conocimiento de la causa (y en ciertos casos incluso después), se permita a las partes buscar auxilio y protección preventiva de sus intereses por ante los tribunales ordinarios del lugar donde deba implementarse la medida requerida. (...)

(...) Por lo tanto, reconociendo el propio Reglamento de Arbitraje de la CCI que las partes pueden obtener válidamente una protección preventiva eficaz de sus derechos por ante un Tribunal Estadal ordinario, sin que ello implique una renuncia a su compromiso de arbitrar, es claro que el punto a dilucidar no se centra en si tal Tribunal ordinario tiene o no jurisdicción o no, porque las partes tácitamente se sometieron a ella –en lo referente a la materia cautelar- al seleccionar el Reglamento de Arbitraje de la CCI como su normativa procesal de resolución de conflictos.

En efecto, si conforme a la Ley de Arbitraje Comercial las partes pueden válidamente derogar la jurisdicción de los tribunales estadales ordinarios en lo que es la resolución de fondo de sus controversias, con más razón es obvio que pueden hacer tal derogatoria en forma parcial, reservando de los Tribunales Estadales ordinarios la potestad de decretar cautelares en auxilio del proceso arbitral que estuviere pendiente entre ellas. De hecho, las partes pudieran categorizar sus posibles controversias y declarar que sólo aquellas referentes a ciertas materias son las que pueden arbitrarse.

Por lo tanto, desde el mismo momento en que TIM, Venconsul y Digitel, entre otros, establecieron en su cláusula arbitral que se sometían en forma general e irrestricta al arbitraje previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, para resolver por ese medio cualquier disputa derivada de su contrato, incorporaron asimismo convencionalmente en su cláusula todas las disposiciones de dicho reglamento incluyendo su artículo 23 (2) invocado en este procedimiento por Digitel.

Así incorporado a la relación contractual entre las partes, dicho Reglamento de Arbitraje de la CCI define preci-

samente la medida en que la jurisdicción estatal ordinaria quedó derogada a los efectos de ese contrato, lo que en este caso incluye la provisión de que se reservó a los tribunales venezolanos la potestad de declarar medidas cautelares con base en el referido artículo 23 (2) del (sic) dicho reglamento. Y la aplicabilidad en Venezuela, en forma integral, del Reglamento de Arbitraje de la CCI, tiene su base legal clara, precisa y contundente, en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial por tratarse de un Reglamento de un centro de arbitraje reconocido y haberse pactado conforme al mismo un arbitraje constitucional. (...)

(...) Establecidas en el punto anterior las razones por las cuales los Tribunales estatales ordinarios venezolanos sí tienen jurisdicción –convencionalmente atribuida por las partes (...), faltaría establecer si un Tribunal venezolano tiene vocación para conocer de la petición formulada por TIM, en razón de sus vinculaciones territoriales y por la jurisdicción que le corresponde en esta materia. (...)

(...) En consecuencia hay que examinar las normas a que hace referencia el citado artículo 39 (en particular el artículo 40, sobre acciones de contenido patrimonial), para establecer qué otros títulos atributivos de jurisdicción vinculan territorialmente a este tribunal con el asunto que se refiere el presente procedimiento cautelar(...).

(...) En este sentido señalamos que se dan perfectamente todos y cada uno de los cuatro (4) supuestos principales indicados en el artículo 40 eiusdem, cualquiera de los cuales bastaría para afirmar que en razón de sus vinculaciones territoriales, este Tribunal tiene vocación para conocer de la petición cautelar presentada por TIM(...).”

La Sala Político para decidir señaló:

“Aunado a lo anterior, resalta la Sala que a los fines de dictar dicha medida el tribunal tendría que analizar, en primer lugar el *fumus boni iuris*, el cual es comprendido como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiendo entonces revisar

los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama; implicando entonces el necesario examen sobre cuestiones relacionadas con el fondo del asunto debatido, cuyo conocimiento le está vedado, al menos en esta etapa previa al arbitraje propiamente dicho.

Asimismo tendría que revisar el *periculum in mora*, cuya verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

En consecuencia, tal como señaló el a quo en su decisión de fecha 11 de agosto de 2003, considera la Sala que en esta etapa del proceso los órganos jurisdiccionales venezolanos no tienen jurisdicción para conocer la solicitud de medida cautelar formulada, en virtud de que tal posibilidad no está prevista en su ordenamiento legal interno. Así se decide”.

Compartimos este criterio jurisprudencial porque, efectivamente, nuestro sistema jurídico no contempla hasta ahora, salvo en el caso de algunas leyes especiales como la Ley sobre Derecho de Autor⁶⁵, la posibilidad de que los jueces dicten cautelas anticipadas⁶⁶. Según nuestro ordenamiento legal, es necesario, en principio, la existencia de un *litigio* propiamente dicho para que puedan decretarse en un proceso judicial medidas cautelares. Entre nosotros no se admite la idea de un litigio sin la existencia de un verdadero libelo de demanda. Consideramos que los particulares no podrían invadir lo que sería de estricta reserva legal como lo es el establecimiento y alcance de las funciones de los jueces del Poder Judicial. Esa norma del Reglamento de la CCI está concebida para aquellas legislaciones que sí tienen prevista la posibilidad judicial de cautelas anticipadas.

⁶⁵ Arts. 111 y 112 de la LDA, la cual admite que a los efectos del ejercicio de las acciones previstas en esta ley, el Juez pueda ordenar inspecciones oculares, experticias, **secuestro** de todo lo que constituya violación del derecho de explotación y **embargo** de los proventos que correspondan al titular del derecho, exista o no litigio entre las partes.

⁶⁶ Cfr. RENGEL ROMBERG, Arístides; “Medidas Cautelares Innominadas”, *Rev. Derecho Mercantil* N° 16 y 17, 1994, p. 88.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN EL EXTRANJERO

El ordenamiento jurídico venezolano no ha ratificado Tratado alguno sobre cooperación cautelar internacional, mucho menos en materia de arbitraje⁶⁷. La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como la Convención de Nueva York, ratificada por Venezuela y por la generalidad de los países⁶⁸, omite cualquier referencia al reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. Tal silencio, como es de esperar, ha generado un gran debate en el doctrina entre quienes, como CREMADES, BROWER, TUPMAN, SANDROCK, NÖCKER y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, se pronuncian a favor de la aplicación de este Convenio para la ejecución de las medidas cautelares en otro Estado contratante, y quienes, como VAN DEN BERG, GOLDMAN, ESPLUGUES MOTA, se pronuncian en contra⁶⁹.

Por nuestra parte, consideramos importante distinguir si la medida cautelar es dictada en conexión con el arbitraje por el Juez o es dictada por el propio tribunal arbitral. No hacer esta distinción conlleva a generalizaciones inconvenientes y resultados erróneos.

El sector de la doctrina que niega la aplicación de la Convención de Nueva York a las medidas cautelares arbitrales, sostiene, fundamentalmente, que el concepto de sentencia arbitral establecido en el artículo I.2 del referido Convenio "*no deja lugar a dudas sobre la exclusión del ámbito de aplicación material del Convenio de cualquier sentencia judicial*"⁷⁰. Ciertamente, el hecho de que lo decidido por el Juez tenga conexión con un proceso arbitral, como en efecto ocurre en los casos de aquellas legislaciones en que se le atribuye exclusivamente al Juez la potestad de dictar las medidas cautelares para el arbitraje, no le quita a esa sentencia su carácter *judicial*, y por ende, y porque no resulta aplicable la referida Convención a sentencias judiciales, resulta lógico la necesidad de que esa sentencia judicial cautelar cumpla con el proceso de exequátur conforme a la

⁶⁷ Venezuela, a pesar de ser signataria, no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adoptada en Montevideo, Uruguay, en 1979.

⁶⁸ Cfr. GO N° 4.832 Extraordinario del 29-12-94.

⁶⁹ Cfr. GÓMEZ JENE, *Ob. Cit.*, p. 71.

⁷⁰ *Idem*, p. 69.

legislación del Estado en que se quiere ejecutar. En virtud de que en la generalidad de las legislaciones, los Jueces, y no los árbitros, son los encargados de dictar las medidas cautelares en los arbitrajes, no nos resulta extraño que un sector de la doctrina haya generalizado sus conclusiones, que en realidad, en nuestra opinión, sólo son válidas para el supuesto en que las medidas cautelares son dictadas por el Juez.

En Venezuela, como antes explicamos, las medidas cautelares en el arbitraje son dictadas directamente por el propio tribunal arbitral, por lo que el principal argumento sostenido por quienes abogan por la no aplicación de la Convención de Nueva York a las medidas cautelares arbitrales resulta entre nosotros impertinente. Mal se podría argumentar que una medida cautelar dictada por un árbitro no configura una “*sentencia arbitral*”⁷¹.

Por otra parte, el sistema venezolano exige el proceso de exequátur sólo para las sentencias judiciales extranjeras, el cual se tramita ante el Tribunal Supremo de Justicia⁷². En cambio, al laudo arbitral la Ley lo exonera de este procedimiento, estableciendo únicamente un sencillo proceso de reconocimiento ante el propio Juez de Primera Instancia competente para su ejecución.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LAC el laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable y, tras una petición por escrito al Juez de Primera Instancia competente, será ejecutado por éste “sin requerir exequátur.”

Como puede observarse, resulta claro que en Venezuela un laudo arbitral extranjero referido a una medida cautelar, independientemente del país en que haya sido dictado, podría ser ejecutado en nuestro territorio sin necesidad de exequátur, conforme a la Convención de Nueva York y la

⁷¹ Establece el artículo I.2 de la Convención de Nueva York: “La expresión ‘sentencia arbitral’ no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

⁷² Para proceder a la ejecución de una sentencia judicial extranjera deberá ser declarada ejecutoria de acuerdo con el procedimiento establecido por la Ley y previa comprobación de que en ella concurren los requisitos consagrados en el artículo 53 de LDIP.

LAC⁷³. En cambio, si se trata de una sentencia judicial, es decir, si se trata de una medida cautelar dictada por un Juez en el extranjero en conexión con un arbitraje internacional, dicha sentencia requerirá del exequátur para desplegar eficacia en Venezuela.

Las consecuencias antes señaladas nos indican la importancia que tiene el lugar del arbitraje. En muchos acuerdos de arbitraje las partes se sienten inclinadas a escoger un país "neutral", en el que no pueda ser fácilmente impugnado el laudo arbitral definitivo y donde abunden las opciones de árbitros imparciales. No obstante, nos preguntamos ¿de qué vale un laudo definitivo que no se puede ejecutar por la insolvencia del deudor? En nuestra opinión, hay casos en los que una medida cautelar puede ser clave. Pactar como lugar del arbitraje un país cuya legislación atribuye la potestad cautelar exclusivamente a los Jueces podría ser letal, especialmente en aquellos casos en que el deudor únicamente tiene bienes en Venezuela⁷⁴.

IX. LA OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR

Como antes indicamos, conforme a nuestro ordenamiento jurídico son los árbitros, y no los jueces, quienes decretan las medidas cautelares en el arbitraje, y su tramitación se efectúa, en primer término, de conformidad con lo previsto por las partes en el respectivo acuerdo de arbitraje, o de

⁷³ Cabe aclarar que si bien indicamos (supra V) que en la práctica de medidas arbitrales compulsivas la asistencia la presta, en el Area Metropolitana de Caracas, el funcionario judicial ejecutor, y por tanto no era necesario dirigir dicha solicitud al Juez de Primera Instancia, en este caso, por tratarse, no sólo de una ejecución sino también de un reconocimiento, sí consideramos necesario que la petición que haga el tribunal arbitral esté dirigida a este Juez, quien, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos del reconocimiento, oficiará lo conducente a la Oficina Ejecutora de Medidas. En este sentido también véase el Convenio de La Haya relativo a la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en materia Civil o Comercial, aprobado en La Haya el 15 de noviembre de 1965. Cfr. GO 4.635 Extraordinario, del 28-9-93. Luego el 5-5-98 Venezuela lo complementó con la ratificación del Convenio para suprimir la exigencia de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, aprobado en La Haya el 5 de octubre de 1961.

⁷⁴ Si bien pactar Venezuela como sitio del arbitraje podría representar un inconveniente, por ejemplo para un inversionista extranjero, porque el recurso de nulidad se interpondría ante sus mismos tribunales, no debe olvidarse que su interposición no suspende la ejecución del laudo, mientras que el reconocimiento del laudo extranjero, que también correspondería a los tribunales venezolanos, configura un requisito indispensable para proceder a la ejecución del laudo.

conformidad con el reglamento del Centro de Arbitraje al que se hayan sometido.

1. Oportunidad y procedimiento para la oposición de parte

La LAC guarda silencio en cuanto al procedimiento que se debe aplicar para la tramitación de las medidas cautelares y su eventual oposición. Ello, en nuestra opinión, salvo el caso de la oposición de terceros, no resulta censurable. En efecto, debe recordarse que cuando surge la controversia, no está todavía constituido el tribunal arbitral. Por lo general, éste se constituye a través de un mecanismo de selección al que tienen ambas partes derecho de participar, pues, en principio, son ellas quienes designan a los árbitros. Esto implica, lógicamente, que ambas partes tienen conocimiento del proceso arbitral, es decir, están “a derecho”⁷⁵, ya que de lo contrario no podría haberse dado inicio al proceso de selección de los árbitros y mucho menos haberse constituido el tribunal arbitral competente para dictar la medida cautelar. Es por eso que, salvo lo previsto en algunos reglamentos como el del CEDCA, la regla en el arbitraje es que las medidas cautelares se dictan, no *inaudita parte* como ocurre generalmente en la vía judicial, sino con pleno conocimiento de la parte que resultará afectada por ésta. De allí que resulte lógico inferir que la parte contra quien eventualmente recaerá la medida cautelar puede oponerse a dicha solicitud desde el mismo momento en que tiene conocimiento de la respectiva petición que hace su adversario⁷⁶. Una de las características más importantes del arbitraje es que es completamente ajeno a los formalismos no esenciales, y por eso, nos parece impropio acudir a una *interpretación extensiva* para establecer lapsos preclusivos y articulaciones probatorias obligatorias como las contenidas en el artículo 602 del CPC.

Por tanto, no compartimos, la opinión de que siempre y con independencia de la regulación específica que resulte aplicable en virtud del acuerdo de arbitraje, deben los árbitros permitir el derecho de oposición según lo establece el artículo 602 y siguientes del CPC para garantizar así,

⁷⁵ Esto se evidencia en el demandante con la presentación de su solicitud o demanda de arbitraje, y con la citación en el caso del demandado.

⁷⁶ Cabe recordar que la generalidad de los reglamentos de arbitraje establecen que todos los escritos o peticiones deben presentarse en tantas copias como partes y árbitros haya, de manera que el tribunal arbitral y la parte contra quien se solicita la medida cautelar conocen la respectiva petición simultáneamente.

supuestamente, el *derecho a la defensa* de la parte contra la cual obra la providencia acordada⁷⁷. Paradójicamente, la comentada disposición legal, lejos de garantizar el derecho a la defensa de la parte afectada, pareciera que en el caso del arbitraje limitaría su defensa, por cuanto el lapso de tres días de oposición, además de limitativo y preclusivo, comenzaría, según una interpretación literal de la norma, a partir de la *ejecución* de la medida cautelar, es decir, que en principio no podría la parte afectada que tiene conocimiento de la petición cautelar oponerse a ella, sino una vez ejecutada la medida⁷⁸.

Por las razones antes expuestas, pensamos que dicha oposición, salvo acuerdo en contrario de las partes, podría ser realizada en cualquier estado del proceso arbitral.

2. Oposición de terceros

Como antes indicamos, si bien no resulta criticable la falta de regulación del procedimiento de *oposición de parte*, sí lo es, en cambio, la falta de regulación de la conducta procesal que podría desplegar *el tercero* afectado por una medida cautelar arbitral. Este silencio de la LAC genera, en nuestra opinión, uno de los problemas más difíciles de resolver.

Un sector de la doctrina nacional sostiene que los terceros, por ser tales, no están *obligados* a ventilar sus oposiciones ante el tribunal arbitral, ya que “*supondría el traer ante jueces privados a terceras personas que no han sido parte en el compromiso arbitral lo cual no es posible porque sería sustraerlos a sus jueces naturales*”⁷⁹.

Tal afirmación, a primera vista, luce muy lógica y convincente. Sin embargo, el asunto no es tan sencillo como parece. El hecho de que no constituya una *obligación* para los terceros realizar su oposición ante el tribunal arbitral, cuestión que compartimos, no excluye la posibilidad de que

⁷⁷ Cfr. A favor de esta tesis se pronuncia Badell & Grau; Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. Edit. Torino, Caracas 1998, p. 38.

⁷⁸ Esta duda no se presenta en el caso específico del embargo, ya que el Art. 377 del CPC, a diferencia del 602 iusdem, establece expresamente que la oposición puede ser realizada aun antes de practicado el embargo, o bien después de ejecutado éste.

⁷⁹ Cfr. GABALDON, Frank; *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Edit. Livrosca C.A., Caracas 1999, p. 110. También en su obra *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil*, Paredes Editores, Caracas, 1987, p. 79.

dicha actuación pueda ser realizada *voluntariamente*, y considerada, por ende, como una *carga* para dichos terceros, es decir, un acto cuya realización, a pesar de no ser obligatoria, podría beneficiarlos al provocar inmediatamente el levantamiento de la medida. Además, aun partiendo de la premisa, que más adelante analizaremos, de que la vía que tiene el tercero afectado por la medida es la vía judicial, debe entonces, tenerse presente, que los terceros tampoco están *obligados* a ventilar su oposición a una medida cautelar arbitral ante los tribunales judiciales. La ley en modo alguno establece esa obligación. De existir esta posibilidad, sería, al igual que la oposición en el proceso arbitral, una carga o facultad del tercero interesado en hacer valer su derecho. De allí que en nuestra opinión no es acertado hablar de *obligación* cuando en realidad, en todo caso o supuesto, se trataría de una *carga procesal*.

a. Oposición de terceros en sede arbitral

Es importante tener claro que la ley venezolana no regula, como sí lo hace la Ley de Arbitraje Española (2003) la oposición de terceros, pero tampoco impide la posibilidad de que éstos acudan al tribunal arbitral para formular su oposición a la medida cautelar. El problema, pensamos, no se limita a si el tercero libremente desea o no hacer oposición ante el tribunal arbitral. El asunto también se extiende al derecho que tienen las partes del arbitraje a resolver su controversia sin la intervención de extraños o de terceros que no son parte del contrato arbitral (acuerdo de arbitraje). En este sentido, cabe recordar que conforme al artículo 42 de la LAC, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros tienen la obligación de guardar la confidencialidad de todo contenido relacionado con el proceso arbitral. Adicionalmente, los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes⁸⁰. Así, en principio, las partes no pueden obligar al tercero a concurrir al proceso arbitral, ni tampoco éste obligar a aquéllas para que le permitan intervenir⁸¹.

Tenemos entonces, por un lado, el derecho del tercero a hacer valer sus derechos afectados por la medida cautelar, y por otro, el derecho de las partes del arbitraje de que ningún extraño invada la esfera de su autonomía de voluntad. Y es ésta, la autonomía de la voluntad, la que en

⁸⁰ Art. 1.159 del C. Civ. Venezolano.

⁸¹ Cfr. BENETTI SALGAR, *Ob. Cit.*, p. 176.

nuestro criterio nos da una primera solución a la problemática de la oposición de terceros en el arbitraje.

En efecto, si tanto el tercero como las partes del arbitraje están de acuerdo en permitir dicha intervención, entonces ya no habría duda que aclarar, pues, con base a la autonomía de la voluntad, es perfectamente lícito que un tercero se incorpore como parte a ese contrato o acuerdo de arbitraje. Además, el levantamiento de la práctica de una medida cautelar a petición de un tercero, en modo alguno vulnera la naturaleza del arbitraje. El hecho de que un tercero le envíe una correspondencia al tribunal arbitral manifestando su oposición a la práctica de la medida cautelar, no supone una violación de la confidencialidad del arbitraje, puesto que es el tercero quien informa al tribunal arbitral y no viceversa.

Asimismo, entendemos que, aun cuando los terceros resultan extraños al acuerdo de arbitraje, los árbitros únicamente están facultados para dictar medidas cautelares con el fin de prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución del laudo, o de evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En consecuencia, los árbitros no sólo tendrían la facultad sino también el deber de levantar o suspender la medida cuando ésta no cumple el fin cautelar para el cual estaba destinada, y obviamente que recayendo la medida cautelar en cuestión sobre un tercero extraño, y no sobre la parte destinataria, mal podría cumplirse esa finalidad.

Asimismo, debe tenerse presente que el tribunal arbitral al declarar con lugar la oposición del tercero, en modo alguno está revocando la medida o decisión contra la parte que fue dictada⁸², simplemente está *suspendiendo la práctica* errada de ésta sobre bienes, no de la parte gravada con ella, sino de un tercero ajeno al arbitraje.

La posibilidad de admitir que un tercero intervenga en el proceso arbitral, no es extraña en el Derecho Comparado. Es más, a pesar de la

⁸² Cuestión que podría hacer en atención al principio de la "variabilidad" de las medidas cautelares según el cual pueden ser modificadas e incluso suprimidas cuando varía la situación de hecho con base a la cual fueron adoptadas. Cfr MONTERO AROCA Juan; "Medidas cautelares", en Trabajos de Derecho Procesal. Librería Bosh, Barcelona 1988, p. 434.

opinión contraria de un sector importante de la doctrina de admitir que terceros que no forman parte del acuerdo de arbitraje participen en el arbitraje, la reforma de 1989 de la ley colombiana consagró expresamente tal posibilidad⁸³. En efecto, además de otros supuestos en que se prevé la intervención de terceros en el arbitraje, el Parágrafo único del artículo 32 del Decreto N° 2279, reguló específicamente la intervención de éstos en caso de que las medidas cautelares dictadas por los árbitros los afectaren.

También el Reglamento del CEDCA adopta una solución similar al establecer:

“22.4. Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante la Secretaría, en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro”.

Como puede observarse, las partes en los arbitrajes regulados por este reglamento consienten anticipadamente, conforme a dicha norma, la intervención del tercero que resulte afectado por la medida cautelar. El problema se complica cuando no se perfecciona ese acuerdo de voluntades, concretamente, cuando el tercero no está dispuesto a adherirse a dicho arbitraje que le resulta ajeno y extraño. ¿Cuál es entonces la vía que en este caso tiene el tercero afectado por la medida?

b. Oposición de terceros en sede judicial

A primera vista, pareciera que la vía que tiene el tercero que no desea presentar su pretensión en sede arbitral, es la de la oposición prevista en el artículo 546 del CPC, ante el Juez de Primera Instancia que conforme al artículo 28 de la LAC “ejecutó” la medida cautelar⁸⁴. Sin embargo, esa solución tropieza con varias dificultades. En primer lugar, el tribunal judicial a quien el tribunal arbitral solicita *asistencia* para la ejecución de la medida cautelar, simplemente presta su *colaboración* para que se ejecute la medida. La Ley en forma alguna le atribuye a ese Juez de Primera Instancia la

⁸³ Ratificada y complementada luego por la Ley 446 y el Decreto 1818 de 1998. Cfr. BENETTI SALGAR, *Ob. Cit.*, p. 176 y ss.

⁸⁴ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 253, quien considera que “la autoría de la ejecución hace al Juez funcionalmente competente para el conocimiento de toda reclamación incidental de tercero que tenga su causa en dicha ejecución”.

función de revisar o suspender una actuación arbitral que deviene de un acto que se equipara a un *laudo arbitral provisional* ⁸⁵.

Un sector de la doctrina extranjera, resalta que el juez ante quien se solicita la ejecución de la medida cautelar, no tiene potestad para modificarla, suspenderla o limitarla, debiendo solamente prestar el auxilio de su fuerza coactiva, dentro los límites de su competencia, para que así pueda cumplirse lo dispuesto en sede arbitral ⁸⁶. Incluso, como antes explicamos, la función que realiza el Juez al asistir al tribunal arbitral no es propiamente jurisdiccional, como tampoco lo es la que realizan los cuerpos de seguridad del Estado al asistir a los jueces en la práctica de las medidas. Se trata en realidad de una función, *administrativa, de policía, verdadera y propia* ⁸⁷.

Debemos, entonces, distinguir la función de *cognición* que efectúa el tribunal arbitral, de la función administrativa, *de policía* (judicial) que realiza el Juez. Al primero le corresponde, de manera *exclusiva* ⁸⁸, determinar el momento en que debe procederse al levantamiento de la medida cautelar o su modificación⁸⁹. Al segundo, en cambio, le corresponde exclusivamente, en virtud del *imperium iudicis*, ponderar el uso de la fuerza coactiva para garantizar por imperio de la Ley, la eficacia de la decisión arbitral dictada (medida cautelar).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el tribunal judicial está obligado a asistir al tribunal arbitral ⁹⁰, y sólo podría negarse a prestar su colaboración cuando la petición que le hacen los árbitros escape de su "*competencia*". Aquí deben distinguirse varias situaciones: Una cosa es que el respectivo Juez en la oportunidad en que se practica la medida se niegue a *prestar su asistencia o colaboración al tribunal arbitral*, por

⁸⁵ Contra el laudo arbitral sólo cabe el recurso de nulidad que debe ser conocido por el Tribunal Superior. Cfr. MEZGRAVIS Andrés; "Recursos contra el laudo arbitral", *Ob. Cit.*, p. 253 y ss. A favor de que la medida cautelar se equipara a un laudo arbitral provisional véase: RAMOS MENDEZ, *Ob. Cit.*, p. 189. También SCHLOSSER citado por MATTHIES Roland; *Arbitrariedad y arbitraje*, Caracas 1996, p. 65-66, y CAIVANO, Roque; *Arbitraje*, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 237.

⁸⁶ Cfr CAIVANO, *ídem*.

⁸⁷ *Supra* V.

⁸⁸ Art. 5 de la LAC.

⁸⁹ Cfr CAIVANO, *Ob. Cit.*, *ídem*.

⁹⁰ Arts. 622 del CPC y 28 de la LAC.

considerar que escapa de su *competencia*, por ejemplo, continuar con el embargo cuando un tercero alegare ser tenedor legítimo de los bienes que se pretenden embargar, demostrando que éstos se encuentran verdaderamente en su poder y presentare dicho tercero prueba fehaciente de la propiedad ⁹¹, y otra cosa muy distinta es, que luego de ejecutada la medida cautelar y prestada esa colaboración administrativa de policía, aparezca un tercero ante el funcionario judicial ejecutor de la medida, alegando, por ejemplo, ser el propietario de los bienes objeto de la medida cautelar ya practicada. Obsérvese que, en el primer supuesto el funcionario judicial ejecutor no estaría resolviendo formalmente la oposición del tercero, sino negándose simplemente a prestar su *asistencia* o *colaboración*, por las razones que expone el tercero y de conformidad con las normas que son aplicables y que determinan su *competencia* ⁹². Dicho funcionario judicial, que ejerce en este caso una *función de policía*, no tendría jurisdicción alguna para revocar o dejar sin efecto una medida cautelar que no emana de él ⁹³. Igualmente cabe observar que en el segundo supuesto, la labor administrativa del funcionario judicial ejecutor ya habría quedado completamente consumada, y por ende, habría cesado su función. El propio artículo 17 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, establece que la “*oposición*”, luego de la ejecución, será decidida por el tribunal que decretó la medida y no por el funcionario judicial ejecutor de ésta. Dicho Juez no tendría jurisdicción alguna, ni posibilidad fáctica, para dejar sin efecto una colaboración que ya fue prestada (asistencia), y mucho menos un acto ya consumado (medida cautelar) que ni siquiera emana de él. Insistimos, tal potestad corresponderá exclusivamente al tribunal que decretó la medida, es decir, al *tribunal arbitral* ⁹⁴.

⁹¹ Cfr. Art 546 del CPC y 16 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas. Cabe advertir que el funcionario judicial ejecutor no estaría resolviendo la oposición del tercero, sino negándose a prestar su *asistencia* o *colaboración*.

⁹² Cfr. Art 28 de la LAC, 546 CPC y 16 y ss, del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas.

⁹³ No tiene dicha atribución ni en el campo arbitral ni en el judicial. Mutatis mutandis, tampoco tienen esa atribución los órganos de la fuerza pública cuando prestan su asistencia o colaboración a los jueces.

⁹⁴ Cfr. Arts. 16, 17 y 18 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas.

Por las razones antes expuestas, no resulta acertado para nosotros atribuir al Juez de Primera Instancia una función que no está prevista en la Ley, como es la de revisar medidas cautelares dictadas por árbitros. En nuestro criterio, sólo hay un caso en que el Juez de Primera Instancia puede conocer la oposición de un tercero a una medida dictada con motivo de un arbitraje, y ese único caso es el de la *ejecución forzosa* del laudo arbitral. En efecto, finalizado el arbitraje, y ya en estado de ejecución forzosa del laudo, correspondería, de conformidad con el artículo 546 del CPC, al tribunal judicial encargado de la ejecución del laudo definitivo conocer la oposición al embargo que realizare algún tercero, pero nótese que se trataría, no de una *medida cautelar* dictada por el tribunal arbitral, sino de un embargo *ejecutivo* decretado y practicado por el propio tribunal judicial. Además, cabe advertir que el tribunal judicial que conocería de la ejecución forzosa del laudo, no necesariamente tendría que ser el mismo que colaboró con los árbitros en la práctica de la medida cautelar, pues el tribunal judicial competente para colaborar con los árbitros es el de Primera Instancia del sitio donde están ubicados los bienes, y el tribunal judicial encargado de la ejecución del laudo es el que fuere competente para conocer la controversia de no haberse sometido a arbitraje⁹⁵.

Como puede observarse, no es la oposición ante el Juez que asistió al tribunal arbitral la vía que tiene el tercero para hacer valer su pretensión frente a una medida cautelar arbitral que le afecte.

X. EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA LA MEDIDA CAUTELAR

La legislación arbitral española (Diciembre 2003) prevé, a diferencia de la nuestra, que lamentablemente guarda silencio, una regulación que a nuestro juicio apunta a la solución más idónea, y que debería ser acogida y mejorada en una futura reforma de la LAC. Establece el numeral 2º del artículo 23 de la referida ley:

"A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de

⁹⁵ Cfr. Art 523 CPC.

aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos". (Énfasis nuestro).

Esta solución estaría en armonía con el principio, hoy universal, adoptado por la legislación venezolana, relativo a que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad⁹⁶. Despeja toda duda de si un laudo *provisorio*, como lo es la decisión que acuerda una medida cautelar, es susceptible del recurso de nulidad que en principio está concebido para el laudo arbitral definitivo. No contradice el principio de que el Juez Superior es el competente para anular el laudo. En virtud de que el recurso de nulidad es un procedimiento exclusivamente judicial, no se presenta el problema de la intervención del tercero en el arbitraje. Y finalmente, aunque no lo menciona expresamente la norma, no habría razón para dudar que el tercero tendría un interés jurídico actual en intentar dicho recurso de nulidad⁹⁷. Tampoco, en nuestro criterio, sería un problema la causa del recurso de nulidad, puesto que el literal "d" del artículo 44 de la LAC, establece nulidad del laudo cuando "*se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje*", y es claro para nosotros que en esta causal se puede subsumir este asunto, pues, el acuerdo de arbitraje mal podría estipular que los árbitros están facultados para dictar medidas cautelares contra terceros extraños al arbitraje. En cuanto a la confidencialidad de las actas del proceso arbitral prevista en el artículo 42 de la LAC, compartimos la opinión sostenida por HENRÍQUEZ LA ROCHE de que el tercero podría hacer uso de la prueba de exhibición y de informes previstas en los artículos 433 y 437 del CPC. Sólo la justa causa, y no el simple deber de confidencialidad de las partes y de los árbitros, puede exonerar al tribunal arbitral o al respectivo centro de arbitraje, de cumplir con dichos requerimientos⁹⁸.

Sin embargo, quedaría por resolver en qué momento se entiende notificado el tercero de ese laudo *provisorio* a los fines de intentar el recurso de nulidad, y lo relativo al requisito exigido por nuestra legislación de acompañar el *expediente substanciado* por el tribunal arbitral⁹⁹.

⁹⁶ Art. 43 de la LAC.

⁹⁷ Art. 16 CPC.

⁹⁸ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 268.

⁹⁹ Art. 43 de la LAC.

El primer escollo es más un problema de técnica legislativa que un verdadero problema jurídico, ya que la notificación no es verdaderamente un requisito para poder intentar el recurso de nulidad. Es, por el contrario, una garantía a favor del recurrente, que marca, por otro lado, el inicio de un lapso preclusivo. La sola presentación del recurso indica que el tercero está efectivamente en conocimiento de dicho laudo. Interpretar lo contrario configuraría un formalismo inútil¹⁰⁰. De igual manera, la ejecución de la medida mal podría considerarse como la fecha a partir de la cual comienza a transcurrir el lapso de cinco días para intentar el recurso de nulidad, por cuanto el tercero no ha sido citado en el proceso arbitral. Esta interpretación está en sintonía con el principio consagrado en el artículo 602 del CPC que establece que el lapso de la *oposición* (tres días) no corre sino a partir de la ejecución de la medida *si la parte contra quien obre estuviere ya citada*, o dentro del tercer día siguiente a su *citación*. Por tanto, dicho lapso preclusivo de cinco días para intentar el recurso de nulidad no resulta aplicable al tercero, pues, no hay forma de que éste resulte válidamente citado en un arbitraje del cual no es parte. No se podría, sin embargo, alegar que el tercero dispone de un tiempo ilimitado para intentar dicha impugnación. En este sentido, cabe recordar que se trataría de un recurso contra un laudo *provisional*, que por su propia naturaleza está supeditado al laudo definitivo¹⁰¹, y de allí que podría ser modificado o revocado en cualquier momento por el tribunal arbitral. En otras palabras, la medida *cautelar arbitral* podría no estar vigente para el momento en que el tercero ejerciere dicho recurso, especialmente si se ha dictado el laudo definitivo, pues, en el lapso de ejecución forzosa de éste, la medida *cautelar arbitral* se extinguiría para dar paso a una nueva medida, ahora de carácter *ejecutivo*, dictada esta vez, no por el tribunal arbitral sino, por el tribunal judicial competente para la ejecución. En este supuesto ya no sería procedente el recurso de nulidad, pues, no habría laudo cautelar que impugnar, sino que procedería, de conformidad con lo establecido en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, la *oposición* al embargo ejecutivo decretado por el Juez que conoce la ejecución¹⁰², o la *tercería* que analizaremos a continuación.

¹⁰⁰ Art. 26 de la Constitución de Venezuela (1999).

¹⁰¹ Esta *subsidiariedad* es la nota verdaderamente típica de las medidas cautelares, las cuales nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la ulterior decisión definitiva. Esta nota característica también conocida como "*instrumentalidad*". Cfr. CALAMANDREI, *Ob. Cit.*, p. 44.

¹⁰² Cfr. Art 523 y ss del CPC.

XI. LA DEMANDA DE TERCERÍA

Se infiere del ordinal 1° del artículo 370 del CPC, que cuando el tercero pretenda que son suyos los bienes embargados sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos, puede acudir a la vía de la *tercería*. De allí que un sector de la doctrina considera que la demanda de tercería constituye otra alternativa o vía ordinaria que tendría el tercero afectado por una medida cautelar arbitral¹⁰³. No obstante, esta vía, al igual que el recurso de nulidad, exige un esfuerzo de interpretación para superar ciertos obstáculos.

1. Ciertas precisiones conceptuales

Ante todo, cabe aclarar que el tercero mediante la demanda de tercería, no se haría parte en el proceso principal (arbitraje), sino que por el contrario, las partes del arbitraje se convertirían en parte (demandados) en la tercería que se substancia judicialmente¹⁰⁴.

También conviene aclarar que la demanda de tercería está dirigida contra las partes del arbitraje y no contra la decisión cautelar de los árbitros. Eso sí, a través de esa acción pretende el tercero obtener una sentencia judicial favorable que prevalezca e impida la ejecución de sus bienes. Esa prevalencia no se da por una mayor jerarquía del órgano judicial sobre el arbitral, sino porque las partes del arbitraje (actor y demandado) configuran conjuntamente la parte demandada en la tercería (*litisconsorcio pasivo*). La pendencia del proceso arbitral no debe generar confusiones sobre la relatividad de la cosa juzgada. En otras palabras, la *cosa juzgada* que eventualmente se derivaría del laudo arbitral quedaría intacta y surtiría plenos efectos entre las partes de ese arbitraje, y claro está, no le resultaría oponible al tercero¹⁰⁵, pero en la relación procesal de los sujetos de ese arbitraje con el tercerista, y respecto al mismo objeto, es otro el resultado, puesto que si el tercerista triunfa, la cosa juzgada de este proceso sí comprende a los sujetos del arbitraje, por haber sido éstos la parte demandada en el juicio de tercería¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 255 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. RENGEL ROMBERG, Aristides; Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol III, Edit. Arte, Caracas, 1992, p. 162

¹⁰⁵ Cfr. Numeral 3° del artículo 1.395 del Código Civil.

¹⁰⁶ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 267.

No pensamos, como parece entender LÓPEZ FONSECA, que con la demanda de tercería existe riesgo de incumpliendo el acuerdo de arbitraje¹⁰⁷. Las partes del arbitraje en modo alguno pueden impedir la voluntad y libertad que tiene un tercero de demandarlas. Al tercero no le resulta oponible el acuerdo de arbitraje suscrito por esas partes, ni éstas estarían resolviendo su controversia ante el Juez, sino que estarían defendiéndose de una demanda distinta, interpuesta por un sujeto distinto, ante la vía judicial. Ningún acuerdo se los impide. Por tanto, no se trata de una incidencia que interfiere en el arbitraje, ni de una renuncia del acuerdo de arbitraje, sino de un procedimiento *judicial* que se inicia a voluntad de un tercero con una demanda autónoma¹⁰⁸.

2. El Juez competente

Consideramos que un asunto más complejo que el anterior es el relativo al Juez competente para conocer la demanda de tercería, pues, el artículo 371 del CPC establece que “*se propondrá ante el Juez de la causa en primera instancia.*” Una interpretación literal de esta norma legal haría inadmisibles la demanda de tercería que se presentare en un tribunal distinto al arbitral, ya que éste último no tiene otra instancia, y además, es el único que conoce la causa en la que se produjo la respectiva providencia cautelar. Sin embargo, semejante solución nos conduciría a un resultado absurdo e inaceptable. Como antes explicamos, salvo acuerdo en contrario entre el tercero y las partes, el tercero no tiene el derecho, ni tampoco la obligación, de intervenir en el proceso arbitral¹⁰⁹.

El profesor HENRÍQUEZ LA ROCHE opina que la demanda de tercería se interpone “*ante el Juez de primera Instancia competente contra (sic) las partes contendientes en el proceso arbitral y se substanciará y sentenciará según su naturaleza y cuantía*”¹¹⁰. Por su parte, LÓPEZ FONSECA, sostiene que debe ser ante “*el tribunal que haya decretado el embargo*”¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, p. 30.

¹⁰⁸ RENGEL RÖMBERG, *ídem*.

¹⁰⁹ Ver supra “b.1”

¹¹⁰ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 256.

¹¹¹ Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, p. 30.

Nosotros, en cambio, consideramos que este asunto impone una distinción. Si la tercería surge cuando se tramita la ejecución del laudo arbitral definitivo¹¹², entonces, sin duda alguna, debería presentarse la demanda de tercería ante el mismo Juez que conoce dicha ejecución. El Juez de la ejecución del laudo, y que actúa a petición de la parte del arbitraje interesada en que éste se cumpla, no es otro que aquel que hubiese conocido la controversia principal de no haberse sometido a arbitraje¹¹³. Ese es el Juez natural de la causa. Así lo establece expresamente el artículo 523 del CPC¹¹⁴. En este caso, el tercero debe interponer su demanda de tercería ante dicho Juez, la cual se instruiría y sustanciaría en cuaderno separado al de la ejecución del laudo¹¹⁵. Y sólo en ese estado, y ante ese Juez que conoce la ejecución del laudo arbitral, es que resulta aplicable el contenido del artículo 376 del CPC, conforme al cual el tercero se podría oponer a que el laudo sea ejecutado. Esta oposición debe estar fundada en instrumento público fehaciente, o en su defecto, se podría suspender la ejecución del laudo dando el tercero caución suficiente a juicio de dicho Juez.

Por otra parte, si la causa principal está en una fase anterior, es decir en una etapa previa a la ejecución del laudo definitivo, no vemos con claridad que la tercería pueda subsanar esta laguna de la Ley. En efecto, no habría certeza de cuál sería el “tribunal de la causa.” Recuérdese que el tercero, en principio, no tiene acceso a las actas del proceso arbitral, razón por la que mal podría conocer de qué trata exactamente la controversia principal y cuál, en consecuencia, hubiese sido el Juez competente para conocerla. Asumir que la competencia, entonces, le corresponde en estos casos al juez ordinario competente para conocer la demanda según su propia naturaleza y cuantía, presenta el inconveniente de que el Juez que eventualmente conozca la ejecución del laudo, probablemente no sea el mismo que el que conoce la tercería.

¹¹² A favor de que en la fase ejecutiva del laudo puede intentarse la tercería véase HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 265, quien critica el error en que incurre la antigua CSJ al confundir el significado de sentencia ejecutada y sentencia ejecutoria.

¹¹³ Nótese que en este caso, sin embargo, ya no se estaría en presencia de una medida cautelar arbitral, sino de un embargo ejecutivo decretado por un Juez.

¹¹⁴ El artículo 523 del CPC aclara que la ejecución procede no solamente contra la sentencia judicial, sino también contra cualquier acto que tenga fuerza de sentencia como son los laudos arbitrales. Para un amplio estudio de la Ejecución de la Sentencia véase RENGEL RÖMBERG, *Tratado de...*, *Ob. Cit.*, Vol VI, Caracas 2004, p. 109 y ss.

¹¹⁵ Art. 372 del CPC.

A todo esto, debemos agregar nuestras profundas dudas sobre la conveniencia práctica de la *tercería*, puesto que es muy difícil, por la propia celeridad del arbitraje, que dicho procedimiento culmine antes de que el arbitraje arribe a estado de ejecución, en cuyo caso, sería más fácil y expedito realizar la oposición al embargo prevista en el art. 546 del CPC. Las razones que encontramos para intentar la *tercería* es el embargo de los bienes en cuestión¹¹⁶, o la eventual suspensión de la ejecución del laudo conforme a lo establecido en el artículo 376 del CPC¹¹⁷. Fuera de estos supuestos, luce en nuestra opinión más conveniente para el tercero la alternativa del recurso de nulidad, o la oposición al embargo ejecutivo¹¹⁸.

XII. CONCLUSIONES

En síntesis, podemos señalar que:

1. Es lógico que el tribunal arbitral tenga la atribución de resolver todas las providencias precautorias relacionadas con la controversia sobre la cual las partes le han otorgado la facultad de decidir. Si las partes han aceptado que el tribunal arbitral resuelva la causa sin revisión judicial, es natural que también acepten la potestad de éste de dictar medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del propio laudo arbitral definitivo. La Ley sólo ratifica o restringe este principio.
2. Los árbitros en Venezuela pueden, salvo acuerdo en contrario de las partes, dictar todo tipo de providencias cautelares, y para determinar su procedencia tienen plena discrecionalidad.
3. Los árbitros en Venezuela pueden practicar medidas cautelares no compulsivas.

¹¹⁶ Un mismo bien puede ser objeto de varios embargos Cfr. 534 CPC.

¹¹⁷ Advierte esta disposición legal que: *"En todo caso de suspensión de la ejecución, el tercero será responsable del perjuicio ocasionado por el retardo, si la tercería resultare desechada"*.

¹¹⁸ Cfr. Supra "c".

4. Son factibles y lícitas en el arbitraje, las medidas cautelares inaudita parte. El Reglamento del CEDCA prevé esta solución.
5. Salvo casos excepcionales contemplados en la Ley, las medidas prearbitrales no son procedentes en el sistema venezolano.
6. En Venezuela un laudo arbitral extranjero referido a una medida cautelar, independientemente del país en que haya sido dictado, podría ser ejecutado en nuestro territorio sin necesidad de exequátur, conforme a la Convención de Nueva York y la LAC. En cambio, si se trata de una sentencia judicial, es decir, si se trata de una medida cautelar dictada por un Juez en el extranjero en conexión con un arbitraje internacional, dicha sentencia requerirá del exequátur para desplegar eficacia en Venezuela.
7. Los jueces en Venezuela están en el *deber* de prestar su colaboración y asistencia al tribunal arbitral en la práctica de medidas cautelares.
8. *La labor de asistencia de los jueces no es propiamente función jurisdiccional, sino de policía. Los jueces de primera instancia que asisten o prestan su colaboración al tribunal arbitral en la práctica de la medida cautelar, no tienen la función de revisar laudos arbitrales. Ello compete, exclusivamente, a los Jueces Superiores a través del recurso de nulidad.*
9. Si existe acuerdo de las partes, el tercero puede intervenir en el arbitraje para formular su oposición a la medida cautelar. En caso contrario, ni tiene derecho ni está obligado a intervenir en el proceso arbitral.
10. El tercero puede oponerse, no a la medida *cautelar* dictada por el tribunal arbitral, sino a la medida de embargo *ejecutiva* dictada por el Juez que conozca la ejecución del laudo definitivo.

11. El tercero podría, conforme a una interpretación extensiva, interponer un recurso de nulidad contra la medida cautelar que configura un *laudo arbitral*, aunque de carácter provisional.
12. El tercero también puede demandar en tercería a las partes del arbitraje. Si lo hace en la etapa de ejecución del laudo definitivo, el tribunal competente para conocer la tercería será el mismo que conoce de dicha ejecución. Si lo hace antes, los criterios de competencia no lucen tan claros, y aunque pudiera sostenerse que el Juez competente sería el juez ordinario según la naturaleza y cuantía de la propia demanda de tercería, dudamos de la conveniencia práctica de esta solución.
13. En fin, la intervención consensual en el arbitraje, o en su defecto, el recurso de nulidad contra el laudo provisional cautelar o la oposición al embargo *ejecutivo* decretado por el Juez, lucen, en nuestro criterio, como las soluciones más prácticas y eficaces que tiene el tercero afectado por una medida cautelar.
14. Culminamos con una recomendación: Pactar como lugar del arbitraje un país cuya legislación atribuye la potestad cautelar exclusivamente a los Jueces podría ser letal, especialmente en aquellos casos en que el deudor únicamente tiene bienes en Venezuela.

Los principios generales que rigen el nuevo proceso laboral conforme la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*

Alberto Baumeister Toledo

*«Cuanto más talento tiene el hombre
más se inclina a creer en el ajeno»
Blaise Pascal, 1623-1662.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO
2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS CAMBIOS. EXPRESO RECONOCIMIENTO EN LA CARTA MAGNA DE LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO Y LA COMPETENCIA LABORAL
3. ENUNCIADO DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS
 - 3.1. El Principio de Inmediatez en la nueva organización de la primera instancia del proceso laboral
 - 3.2. Impulso procesal a cargo del juez (Art. 6)
 - 3.3. Dentro de su potestad decisoria y con base al principio de la búsqueda de la verdad, se le exime del deber de congruencia para ciertos pronunciamientos.
 - 3.4. Oralidad
 - 3.5. Indubio Pro operario
 - 3.6. Gratuidad (Art. 8)

* Estudio en homenaje al Profesor Dr. Arístides Rengel Römberg, (versión corregida y aumentada de conferencia dictada en Maracay, Aragua, Nov. 2003).

3.7. Sana crítica (Art.10)

3.8. Averiguación de la verdad (Art. 5)

4. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN. EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO

En Venezuela recientemente fue promulgada una importante y novedosa Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹ normativa que fue el resultado de discusiones, foros, y análisis de un proyecto que de la misma partió del Poder Judicial, concretamente como iniciativa de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia.

Tanto el proyecto en su momento, como el nuevo texto legal, han dado mucho que comentar. A unos los turbó visiblemente, otros todavía no terminan de comprender las razones y fundamentos del cambio y en que consisten los mismos, y finalmente, como siempre hay un grupo que alegremente ha interpretado y seguirá interpretando los principios e instituciones, a su leal saber y entender, o haciendo mas graves y extensivos los efectos de los cambios, o acortando sus consecuencias, porque irresponsablemente no encuentran aún la justificación ni utilidad de lo modificado.

En verdad, de manera general, puede destacarse que los cambios en su mayoría resultan drásticos y chocan con los principios ordinarios del proceso civil general, aun luego de adaptado a las nuevas directrices impuestas por la Constitución Nacional. En general, puede decirse pues, que fue un cambio brusco que no solo afectó el contenido y principios que regulan la materia, sino por procurar, y así se lo hizo conocer en foros y eventos, ventajas procesales y sobre protección para la parte débil de la relación, esto es, para el trabajador, con lo cual en cierto modo se coloca a dicha parte en posición privilegiada, fue además aliñado con intervenciones, discursos y foros aupados por los propios Magistrados, donde se vendió, a nuestro modo de ver infelizmente, que la nueva competencia del Trabajo, era por y para el trabajador, y que con ella se derrumbaba el sempiterno iter procesal civil del juicio ordinario, andamiaje jurídico que se ha venido en tildar injustificadamente como antiguo, obsoleto y hasta desleal.

Lo dicho provocó desde su inicio un bloqueo a toda consideración ponderada del nuevo instrumento legal, amen de ponerse en duda la igualdad procesal que es principio y fundamento de ese y de cualquier otro

¹ Dicha Ley fue promulgada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo «GO») ordinaria No. 37504 del 13 de agosto del 2002, a la cual nos referiremos en lo adelante como «LOPT».

proceso, pues no puede haber proceso, como medio para resolver los conflictos individuales, dar cumplimiento al sagrado deber de impartir justicia y procurar la paz de la sociedad con una toma de posición o declaración de principios que se fundamente en ese proceder inicuo, esto es, la balanza de la justicia pre-inclinada hacia una de las partes.

Lo cierto del caso resulta ser que ya amainada la marea inicial, y por disposición de dicha Ley, luego de la vacante que la misma contemplaba para ir introduciendo los cambios formales y estructurales tanto en la competencia laboral, como en la implementación de las reformas adjetivas, medidas, equipos, sedes físicas, etc. que exige la nueva conformación de la Competencia Laboral, ya tendrá que aplicarse la nueva Ley, con todas sus novedades, principios e instituciones, pese a que hayan sido o no polémicos, que le hayan gustado o provocado desconcierto a la parte patronal, especialistas y doctrinantes.

En esta modesto estudio, al examinar su temario, podemos vislumbrar que se hará un breve recorrido de todo ese nuevo bagaje de instituciones, principios y novedades de la LOPT, ello explica el porqué limitaremos nuestra trabajo al examen detallado de algunos de los principios generales reguladores del nuevo proceso, al menos los mas relevantes y de paso sea decir, ello ya es bastante y delicado, pues como veremos, en los estudiados, vienen insertados, gran parte de los cambios sustanciales que provoca dicha normativa y, por tanto, de lo que a la larga creará los nuevos derroteros en la Competencia Laboral para la mejor defensa de los derechos en juego.

Advertimos de una vez, no obstante lo reciente del nuevo ordenamiento legal y del cuidado que se tuvo en el tiempo de preparación y discusión del proyecto y sus reformas ulteriores, que no todo quedó dicho, ni tampoco todo lo dicho acaparó adecuadamente cuanto tenía que decirse en la materia.

Hay conceptos confusos, redacciones un poco desacertadas. De todo ello procuraremos en este y sucesivos trabajos alertar, informar y dar soluciones, cuando así pueda hacérselo, o los destacaremos con nuestras observaciones en procura de que se busquen soluciones e ir interpretando en la mejor forma la voluntad auténtica del Legislador, sin que tampoco

pretendamos que en el corto espacio de este trabajo, agotemos el tema, ni dejemos expuesta la última palabra en la materia.

En todo caso iniciaremos nuestras observaciones destacando que la nueva Ley en materia de nuevos principios que regulan el proceso laboral, esta llena de novedades, se aparta del modelo paradigmático del proceso civil ordinario, y de lo que hasta ahora, por igual, eran principios especiales frente al Proceso Civil Ordinario, que dan un perfil muy propio al nuevo proceso laboral.

Advertimos por igual, a pesar de las innovaciones, que no resultan ellas la panacea para solucionar y mejorar definitivamente los problemas derivados de una justicia lenta, y de la necesidad de que las decisiones sean además expeditas y las mas adecuadas, ello depende obviamente de otros factores ajenos en sí al Proceso y al procedimiento laboral, tanto nuevo como viejo.

De una vez alertamos sobre la existencia de problemas graves que se harán presentes con ocasión del tramite del nuevo proceso, y quiera la suerte, que realmente se haga uso de la potestad evaluadora y consecuen- cialmente correctora de la nueva Ley², si es que tales problemas realmente son causa del fracaso, desmedro o mal empeño en la aplicación de la Ley, o si los cambios que se vislumbren procedentes, son los menester para mejorar las nuevas instituciones, todo en beneficio de una mejor administración de justicia.

Precisa recordar aquí, además, que muchos de esos cambios, han sido inducidos, o encuentran su requerimiento, en la propia Constitución Nacional³, pues no tienen raíces en el sistema tradicional procesal venezo-

² Art. 207 de la LOPT, conforme al cual «Se fija un lapso de cinco (5) años contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, para que la Asamblea Nacional conjuntamente con la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia realice una evaluación integral de los resultados obtenidos y del texto de la presente Ley».

³ Constitución Nacional de 1999, luego republicada con algunas modificaciones y su exposición de Motivos en marzo del año siguiente, sobre cuya constitucionalidad se han tejido muchas dudas, en tanto se comenta la misma fue realizada sin revisión por los constituyentistas ni órgano delegado alguno autorizado para hacerlo, y que la Exposición de Motivos, por igual, no fue tampoco del conocimiento de la Asamblea Constituyente, ni de organismo alguno por ella delegado. En adelante , en todo caso, nos referiremos a la segunda y la citaremos como «CN».

lano, ni en la anterior Ley que regula dicho campo⁴ e igualmente otros son producto de un nuevo posicionamiento del Derecho Procesal Venezolano Laboral, dentro de los principios y garantías constitucionales para afianzar lo que se quiere sea la nueva justicia laboral, obviamente parte de todo el tinglado de la nueva justicia a la luz de la Constitución vigente.

Como ya lo hemos sostenido en oportunidades anteriores en que nos ha tocado de alguna manera referimos al nuevo Procesal Laboral venezolano, los cambios de la LOPT, como en la mayoría de otras leyes procesales vigentes en el país para la fecha de promulgación de la CN en efecto, en torno a la modalidad y principios que deben regularlos han ameritado considerables ajustes, entre otras razones, porque la nueva carta fundamental ha proclamado como modelo de proceso más justo y expedito para lograr la justicia un nuevo prototipo cuyos caracteres relevantes han de ser la intermediación, la oralidad, su brevedad, y exigiéndose que por igual sea público⁵ pero en verdad en el campo de lo procesal laboral, modestamente estimamos que en algunos casos se pecó por desconocimiento de lo que se proponía, y en otros en la extensión de lo que debía entenderse era voluntad del Constituyente.

2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS CAMBIOS. EXPRESO RECONOCIMIENTO EN LA CARTA MAGNA DE LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO Y LA COMPETENCIA LABORAL

La disposición transitoria Cuarta, numeral 4 de la CN, determina claramente:

Dentro del primer año, contado a partir de su instalación la Asamblea Nacional aprobará:(...)

4.- «Una Ley orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autóno-

⁴ Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo.

⁵ Art. 257 CN «El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales».

ma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadoras en los términos previstos en esa Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso».

Adicionalmente, recordemos que el artículo 2 de la misma CN, precisa:

«Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político».

Como puede observarse, el contenido de dichos mandatos constitucionales no deben dar lugar a dudas sobre cual debe ser la conducta de los jueces, y los mismos tienen pleno reconocimiento como derechos (y/o garantías) constitucionales e inspiran a todo el ordenamiento positivo vigente o por venir.

A tenor de lo expuesto y contemplado en las normas analizadas, pareciera que en materia procesal laboral, y toda otra donde así se lo ordene, el Juez no debe aplicar fría y tajantemente la norma jurídica contemplada en el ordenamiento jurídico, sino, por el contrario debe buscar los principios de equidad aplicables al caso con el objeto de resolver o no el caso sometido a su consideración, ello, independientemente de que pudiere existir una norma del ordenamiento general que de aplicarse pudiere crear una solución diferente, pero de alguna manera no del todo justa, esto es, que la conducta decisoria del magistrado, debe estar en cierto modo al margen del precepto legal concreto si lo hubiere, o si no existiere, inclusive, deberá crear la norma aplicable mas justa aplicable a dicho caso, independientemente del texto expreso de la Ley, y en la medida que con ello se ajuste mas la solución a lo que conforme la equidad pareciere mas justo para las partes, pues la justicia o no de ese mandato, no necesariamente es la comprendida en el texto estricto de la norma, o si esta no es clara, deberá

el juez, conforme a los principios de equidad buscar cual sea el mandato aplicable para el mejor logro de la justicia.

En otras palabras, aun cuando se quebrante la seguridad jurídica formal, si de alguna manera se debe o puede lesionar el derecho para resolver el caso concreto, lo pertinente es que así lo sea, en la medida que con ello se tenga un trato mas apegado a la justicia real, a la verdad, a la verdadera intención del legislador para una mejor solución del caso.

Conforme al nuevo mandato constitucional, es este el nuevo sentido que debe darse a las disposiciones constitucionales que ordenan que en la búsqueda de la justicia, el juez, no solo se atenga a lo dispuesto en una norma del sistema, pues si de la aplicación de la misma resultare una lesión o menoscabo a los derechos debe y tiene que acudir a la equidad en búsqueda de la justicia (equidad correctiva)⁶.

Ello lo será en adición a los demás casos en que bien la Ley, o la inexistencia de norma, lo faculden para llenar los vacíos, o interpretar el mandato, con apoyo en la equidad, sin que por esto deba ponerse en duda que la justicia aplicada no sea «de Derecho», en los cuales no resulta tan aberrante observar la conducta del magistrado, ante su obligación de resolver el caso, sin excusa de ambigüedad o no existencia de norma precisa, así como tampoco resultara extraño que al encontrar contradicción entre el mandato concreto de una norma con la superior constitucional, opte por desaplicar la primera, para con ello solventar de modo más diáfano el caso concreto y producir con ello un fallo mas apegado a la justicia.

Ahora, bien resumidamente, para poner aún mas en claro la problemática que de todo ello deriva, materia que sería suficiente para ocupar todo el tiempo de este estudio, pensemos que esa solución especial lograda por vía de una interpretación correctiva, puede no ser la misma que se aplique por un juez distinto, o en otro caso similar, que corresponda al mismo juez, dejando entonces la duda sobre cual será la mas justa solución y la certeza de que ello lo será siempre o no así. Cabe pues preguntarse, con toda razón ¿Donde queda la Seguridad Jurídica?

⁶ Es ese el lenguaje de CASTÁN, citado por LONGO, Paolo, «Equidad y el proceso laboral. Implicaciones», en libro homenaje *III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Arístides Rengel Römberg*, Editorial Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Fernando Pérez-Llantada, Caracas, 2000, p. 13 y ss.

Sobre este tema, para muchos simple gazapo que se le pasó al poder constituyente, para otros por el contrario adopción de un nuevo orden de cosas, que supone una madurez judicial de mayor grado que con la que contamos en Venezuela, pero al fin y al cabo ordenada aplicar, nos permitimos observar hace ya algún tiempo, concretamente antes de salir la CN hacer clara advertencia sobre el dislate que se estaba cometiendo⁷, o para que en todo caso entonces se procurara una mejor calidad de hombres en el poder Judicial.

Lamentablemente fueron pocos los que prestaron entonces atención al problema, y hoy, con cada vez mas fuerza y denuedo vemos que el legislador viene delegando al Juez esa potestad de juzgar conforme a equidad, tal como ocurre en el caso de los poderes de los jueces de Protección de Niños y Adolescentes, o en la ahora novísima regulación procesal laboral.

Y con ello termina por igual de resaltarse una duda que a todo el pueblo inquieta, esto es, ¿cuál es hoy el sistema jurisdiccional aplicable en Venezuela ¿si el de jurisdicción de Derecho o el de jurisdicción de equidad?, debiendo concluirse en lo segundo, pues conforme a la nueva normativa, el poder judicial, debe y tiene que dictar su fallo, independientemente del derecho aplicable, esto es, buscando en los principios de la equidad, bien la norma ausente o el mejor modo de interpretar aquella que es confusa o deficiente, o finalmente, aquella interpretación que haga producir la solución del caso, de una manera mas apegada a la equidad.

Pues bien, al buen entendedor sobran palabras, dichas normas establecen los parámetros generales que deben tomar en cuenta los Jueces en su gestión ordinaria, con el objeto de fijar unos parámetros de actuación para resolver el conflicto de intereses que le es planteado, y sobre lo cual, como todos los sabemos, hasta antes de la promulgación de la CN, teníamos claro que debía ser mediante la aplicación de la Jurisdicción de Dere-

⁷ Trabajo sobre los conceptos de "justicia" y "proceso" en la nueva Constitución, «Las modificaciones de la Constitución Nacional, aproximaciones en torno alguno de sus efectos en especial en lo atente a los conceptos de norma jurídica, justicia, administración de justicia, función del poder judicial y proceso, entre otros», en *III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Aristides Rengel Römberg*, Puerto Ordaz, Estado Bolívar, ciclo de conferencias en homenaje al profesor Alberto Baumeister Toledo, Editorial Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Fernando Pérez-Llantada, Caracas, 2000.

cho, esto es, la resultante de lo establecido por la premisa mayor y la conclusión del silogismo eventualmente aplicables al caso de que se tratara.

La solución necesariamente debía ser extraída por el Juez del ordenamiento vigente a cualquiera de sus niveles, debiendo el Juez comparar los hechos del caso concreto, los cuales deben y tienen que estar contemplados en una norma jurídica del ordenamiento nacional, sin que el Juez pueda permitirse llenar o crear tales supuestos, salvo el único caso de una verdadera laguna de la Ley, por cualquiera de los métodos y recursos que contempla ese mismo ordenamiento para solventar dichos problemas, esto es, la analogía, la equidad, el uso, entre otros de los medios con los cuales el creador de las normas le fija caminos al magistrado para el cumplimiento de su misión.

Pero no hay acuerdo unánime sobre tales poderes del Juez, pues como lo dice reputada y autorizada doctrina en torno a la interpretación y hermenéutica de la Ley, y como ampliamente lo ha difundido un foro, no muy lejano en el tiempo, realizado en el más alto Tribunal de la República, con lucida intervención y exposiciones del maestro Delgado Ocando, « el Juez no puede ni debe ocurrir a la «equidad» para crear en nuestro sistema, la norma jurídica aplicable o el precepto que debe dar solución al conflicto de intereses, salvo que expresamente las partes o la ley hayan convenido en lo contrario y específicamente hayan autorizado el juzgamiento por equidad.

La equidad como vía de solución de los conflictos sociales, jurídicos o de otra índole es una hermosa vía para poner término a las desavenencias entre las partes, pero para que la misma sea la más justa y apropiada, debe quedar en manos de un hombre muy sabio, justo y ponderado, que busque como modo de resolver el conflicto lo que tiene como base aquel viejo aforismo de dar a cada uno lo que en justicia corresponde, esto es, casi supone que el aplicador del precepto esté entre los sabios y más prudentes hombres, de esos que hoy precisamente escasean y son difíciles de encontrar, para no decir casi imposible tenerlos a mano para enfrentarlos con la exagerada litigiosidad que caracteriza nuestra sociedad ⁸.

⁸ Para profundizar más sobre ese concepto de equidad y sus múltiples aristas e interpretaciones, remitimos a nuestros lectores al completo trabajo del profesor Paolo Longo, antes citado y a la importante y calificada opinión del profesor HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Nuevo Proceso Laboral Venezolano*, Edic Liber, Venezuela, 2003, p. 46 y ss.

En adición, no precisamente la crema y nata de nuestro poder judicial ha encontrado buen recinto en la competencia laboral, con muy escasas excepciones.

Si lo que pretendió el constituyente fue decir cosa diferente, y referir su mandato al caso de necesidad de interpretar la Ley o dar preferencia al método y principios de la equidad, la verdad es que la frase estuvo tristemente mal construida en tema tan delicado como lo es el resolver cual sistema de justicia debe aplicarse en nuestro país⁹.

La pretendida excusa de que eso no fue lo que tuvo en mientes el Legislador, o no es la manera de interpretar la voluntad del Constituyente, tan no nos convence que ahora ya vemos en varias de nuestras leyes la clara intención de que la aplicación del mandato dependa de la ingeniosa mentalidad del juez a quien se encomienda la solución de los casos en esa área, como ocurre en la Ley que ahora estamos examinando, y la que, para nosotros, como lo continuaremos viendo, no deja lugar a dudas en que es así como pretende aplicarse dicho principio rector del nuevo proceso laboral.

Como se observa, de ser ciertas o tener fundamento nuestras apreciaciones, se pone en manos de una competencia eminentemente proteccionista, pro sujeto beneficiario (pro operario) ¹⁰.

⁹ Al respecto oportunamente nos permitimos alertar sobre dicho asunto, aún antes de la vigencia de la CN en nuestro citado trabajo «Las modificaciones de la Constitución Nacional...», en *III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Aristides Rengel Römberg*, p. 147 y ss.

¹⁰ Y así claramente lo reconoce el mismo legislador especial, artículos nueve, diez y once, entre otros, en los que mandatoriamente establece para el juez que en casos de duda, en la aplicación de normas, o a falta de ellas, o en la valoración de las pruebas, cuando no resulte claro cual de ellas deba producir convicción, o finalmente cuando se trate de aplicar por analogía otras normas para resolver las lagunas en materia adjetiva laboral, siempre deberá darse preferencia al interés del trabajador, a la prueba que mas lo favorezca o a la interpretación más apegada a los fines proteccionistas de la legislación laboral y adjetiva laboral. Como dice nuestro refranero popular: «a buen entendedor, sobran palabras».

Para nosotros pues, eso no es justicia, y si de algún modo, en épocas anteriores, o bajo el sistema actual, no siempre la justicia debió favorecer al trabajador, quien todo respeto nos merece, y así lo hacemos constar formalmente, no por ello justifica que un nuevo régimen que se lo establece para dilucidar los conflictos que de la actividad laboral emergen, este fundado en la presunción nada sería ni ajustada a sistema de derecho ni justicia alguno, de que toda duda debe ser resuelta a favor de una sola de las partes del contrato laboral.

En fin para recalcar aun más nuestras observaciones sobre cuanto dejamos dicho, nos permitimos citar una vez más al famoso maestro Calamandrei, quien con meridiana claridad, al respecto, explica: «El Derecho Procesal deberá entenderse como un método impuesto por la autoridad para llegar a la justicia; es un método de razonamiento que debe estar siempre previamente establecido por la Ley, el cual tanto las partes como el juez deben seguir, etapa por etapa y dentro de una coordinación dialéctica con el fin de obtener una sentencia justa. Derecho Procesal es el método, la Ciencia Procesal la metodología y el Proceso una operación conducida según el método»¹¹.

Esperemos pues con paciencia y fe en la buena razón para ver que resultará de todo este desaguado y mezcolanza de conceptos, que de buena o mala fe, por error o con deliberado propósito declaró primero el constituyente y ahora repite el legislador especial procesal del Trabajo. Quiera el destino que sea para la mejor y más clara aplicación del Derecho y la más justa resolución de los conflictos, que no para incrementar la litigiosidad y el descontento de una cualquiera de las partes que deberán resolver sus problemas a la luz de tan delicado asunto.

La extensión de esas facultades, y la confusión que con ello se produce, se ponen de manifiesto en la amplitud que a dichos poderes reconoce mi apreciado y distinguido profesor y amigo Dr. Román José Duque C.¹².

Tal manera de pensar y legislar, por lo demás están muy, pero muy alejadas de la verdadera justicia y del principio de igualdad que todas las anteriores Constituciones, pero en especial ésta, promueven y alardean de ser sus difusoras y defensoras.

Lo lamentable de todo esto, a nuestro entender, resulta, que difícilmente podrá solicitarse del Supremo Tribunal la adecuada y más justa interpretación constitucional alguna, sobre dicha materia, pues como se dejó indicado, demencialmente, quienes fueron forjadores del Proyecto de ley adjetiva laboral, son los propios miembros de la Sala Social, de ese mismo Tribunal, asunto que obviamente no hace nada fácil a la Sala Constitucional adoptar posición alguna contraria a lo que repetidamente, desde el primer ante proyecto atribuido a la primera de dichas Salas, hasta el último, comentado en ese mismo sentido en el aludido evento realizado por el TSJ sobre la LOPT, han repetido dichas disposiciones y el criterio público expuesto por dos de sus integrantes, tal como el suscrito con un nutrido grupo de asistentes a dicho evento pudo constatar de viva voz de dichos funcionarios judiciales.

¹¹ CLAMANDREI, Piero, *Proceso y Democracia*, Traducción Héctor Fix Zamudio, Edit. Ejea, Argentina, 1960.

¹² En efecto, refiriéndose a la importancia de este principio, al que conjuntamente con los de «especialidad y de la prioridad de la realidad de los hechos» reputa de progenie constitucional, y considera son los que efectivamente permiten distinguir el nuevo proceso laboral frente a los demás de su misma categoría y por igual orales, precisa que al permitir al juez

3. ENUNCIADO DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS

3.1. El Principio de Inmediatez en la nueva organización de la primera instancia del proceso laboral

Siguiendo con el examen de los principios procesales, creo debemos ahora examinar el de INMEDIATEZ, sobre el cual, a nuestro modo de opinar, por igual, se presta a problemas su cabal interpretación y aplicación, partiendo de la forma como ha sido concebido el acontecer del juicio en la primera instancia.

Lo que pretendemos llamar la atención en este caso, es sobre como y de que manera entender se cumplen los roles de los ahora dos jueces que deben prestar su oficio en la primera instancia del proceso laboral, esto es, del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, con el propio Juez de Juicio, en tanto que mal entender las tareas a su cargo, podría dar lugar a dejar sin sentido alguno y de la manera más chabacana el tan importante principio de la inmediatez, fundamento y garantía de la mejor justicia oral (o «por audiencia», como correctamente debe denominársela).

En efecto, al primero de dichos Jueces se le atribuye competencia de sustanciación, tal como lo induce uno de los nombres que le fija la misma Ley (Art. 123) pero tal sustanciación lo es solo y para el trámite de admisión, depuración de los vicios procesales en el manejo e introducción del juicio, y la puesta en marcha de cualquiera de los procesos de auto composición procesal por vía de la mediación que está autorizado para usar en el trámite de esa fase del juicio (Arts. 133, 134 y 135 LOPT), pero allí cesa su competencia para continuar, proseguir o alterar el curso del proceso laboral del que venía conociendo, pues de no lograrse el fin del juicio con la mediación o a través de la conciliación o el arbitraje, o para nosotros, por cualquier otro medio de auto composición¹³ cesa totalmente toda intervención

fallar en equidad, se facilita aplicar las normas mas favorables al trabajador, tal como lo precisan los Art. 2 y 9 de la misma Ley (« Apuntaciones sobre el Procedimiento Oral», en el citado libro homenaje *III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Aristides Rengel Römberg*, p. 406)

¹³ En efecto del análisis que puede hacerse de la LOPT no encontramos de manera alguna limitado ningún modo de auto composición procesal, sea de los acogidos por las partes o de los sugeridos o inducidos por los Jueces Laborales.

suya en ese proceso (Art. 136 ejusdem)¹⁴, hasta , y de nuevo en fase de ejecución, que de ser pertinente, corresponderá a él cumplirla.

Con lo dicho pretendemos destacar y poner en claro que realmente el proceso de captación y evaluación de los hechos y recepción, evacuación y valoración de las pruebas, corresponde y es de la exclusiva competencia, de no existir arreglo por vía extrajudicial del proceso, al Juez de Juicio, y en efecto así lo demuestran cierta y cabalmente entre otros los artículos 152 y 158 de la LOPT.

Únicamente nos permitimos advertir como inapropiado el establecer a cargo del juez la función mediadora, pues resulta contrario a las técnicas de auto composición procesal, que el mediador, intermediario, componedor, sugeridor de soluciones, o póngasele el nombre que se desee, dotado de autoridad, sea quien impulse, dirija, o induzca el proceso de auto composición, pues se considera en extremo indeseable, que las partes interpreten que dichas vías les son impuestas por la autoridad de tales funcionarios, que no son ellas, quienes optan libremente por establecerlo, en tanto que con lo dicho, se merma la posibilidad de lograr soluciones por esa vía.

Perfectamente pudo haber dispuesto la Ley, que tales funciones fueran impuestas por el Juez de Juicio (y con ello se ahorra la función judicial intermedia del sustanciador) y que se cumplieran ante una calificada Sala de especialistas en tramitar medios alternativos de justicia, dependiente del o de los órganos judiciales en cada circuito judicial, tal como ocurre en derecho Anglo Americano, y como lo sostiene autorizada y reputada doctrina extranjera¹⁵.

¹⁴ Debería entenderse que esa fase corresponde al Juez de Sustanciación, mediación y ejecución, tal como debe desprenderse del último nombre que el Legislador le impone, más de la lectura atenta del Capítulo VIII del Título VII de la LOPT, artics.180 al 186, no se deduce lo dicho, sino que pareciera que el juez ejecutor lo será entre otros el juez de juicio de primera instancia, sin que por ello tampoco lo sea el de sustanciación, mediación y ejecución. Para quien escribe, no nos cabe duda que ello fue un lapsus del legislador y debe y tiene que entenderse que entre las funciones propias del Juez de Primera Instancia de sustanciación, mediación y ejecución, está precisamente la de disponer la ejecución forzada del fallo firme del Juez de Juicio, del Superior o de la Casación sin Reenvío.

¹⁵ Vid. CAIVANO, GOBBI y PADILLA, *Negociación y Mediación*, Edit. Ad hoc, Argentina, 1997; JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Solución alternativa de conflictos en el seguro y el reaseguro*, Edit. Fundación Cultural Javeriana, Colombia, 1998, p. 249; CÁRDENAS, Sara F. de, y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *El Arbitraje*, Edit. Abeledo Perrot, Argentina, 1998; entre otros.

3.2. Impulso procesal a cargo del juez (Art. 6)

Este nuevo proceder del juez, ya el Código de Procedimiento Civil de 1987¹⁶, lo contempló, propugnó, aclaró e impulso, a fin de que el Juez, dejara ese papel pasivo, que nunca de paso le ha correspondido, lo refuerza enérgicamente el Art. 6 de LOPT, disponiendo que el Juez Laboral (en cualquiera de sus roles) es el rector del proceso, y debe impulsarlo personalmente bien a instancia de parte o de oficio, hasta su conclusión.

En el mismo sentido añade ahora una importantísima nueva potestad, que se le reconoce como «rector» del proceso, en el sentido de que advierte que durante el decurso del juicio, podrá el Juez promover la utilización de medios alternativos de solución del conflicto, tales como la conciliación, la mediación y el arbitraje, definitivamente con miras a que de manera adelantada pueda quedar resuelto el conflicto de intereses y se restablezca la paz.

3.3. Dentro de su potestad decisoria y con base al principio de la búsqueda de la verdad, se le exime del deber de congruencia para ciertos pronunciamientos.

El párrafo único del mismo Art. 6 contempla que el juez de juicio, independientemente de lo que le hubieren podido alegar o invocar las partes, podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos cuando estos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandas, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con esta Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas.

Conforme Henríquez La Roche¹⁷, esa ampliación en el poder de conocer y declarar los hechos alegados por parte del Juez, corresponde solo al Juez de Juicio¹⁸, a quien no lo exime de respetar que lo acordado sea

¹⁶ Código de Procedimiento Civil (Cpc) GO 3694, del 22 de enero de 1986, al cual se hicieron algunas reformas en el hoy vigente GOE 4196, del 2 de agosto de 1990 en lo adelante identificado «Cpc».

¹⁷ Opus Cit., p. 55.

¹⁸ Según el mismo Henríquez La Roche, tal limitación deviene para evitar que con un pronunciamiento como ese en instancia del superior o por Magistrado del Tribunal Supremo, se

lo pedido en juicio so pena de que si fuere una cosa diferente o si omitiere pronunciarse sobre lo pedido, incurre en incongruencia (vicio que queda comprendido a su juicio en una acepción amplia de la *ultrapetita*, ex Art. 160).

3.4. Oralidad

Comencemos por destacar que solo a lo muy importante de este trillado principio, haremos referencia. La oralidad, es de reconocer ha tomado ahora un rol preponderante, resulta exigible por mandato constitucional e implantada en la totalidad de los nuevos procesos a posteriori de la promulgación de la CN.

Si bien es cierto que no es la pildorita maravillosa que todo lo resuelve, por igual cabe señalar que resulta ser la mejor vía reconocida para facilitar, viabilizar y permitir al Juez, la mejor conducción del proceso, y permitir y obviar, por igual, la obtención de la verdad real, en adición, como lo señala Duque C.¹⁹ su existencia no supone la eliminación del procedimiento, por el contrario, se trata también de otra forma procesal, solo que reduce la problemática del proceso, a tratar verbalmente, en pocos actos conjuntos, obligatorios y concentrados, todo lo debatido, quedando reducido el uso de lo escrito a los actos realizados, a la documentación de la sentencia y a la síntesis de aquellos actos. Según el comentado autor, esta concentración de actos, permite garantizar el derecho a una sentencia mas justa, facilita el acceso a la justicia, al debido proceso y a través de su vía, se garantiza la inmediación.

Anota también Duque C. acertadamente, que ese modelo de proceso ordinario oral, dotado de inmediatez el Juez, concentrado, etc., que es el prototipo del proceso laboral, no implica "Uniformidad", por lo tanto, sus peculiaridades son principios generales para todos los procesos (ex 257 CN), lo que no impide que se prevea para una misma materia un proceso ordinario, general y supletorio y otro u otros tantos procedimientos especiales,

cree indefensión del interesado. Destaca igualmente el mencionado profesor, que la nueva Ley expresamente declara de orden público las normas procesales de dicho instrumento, para evitar así que el propio juez laboral, use argumentos y excusas no invocadas o que no le sean solicitadas para acordar reposiciones o pruebas.

¹⁹ Opus cit., p. 405.

según la índole de lo en ellos discutido, tal como será por ejemplo el proceso arbitral que deba implementarse con ocasión de un juicio, en el que el fallo o laudo sea dictado en plazos y condiciones diferentes a las del juicio ordinario laboral ²⁰.

3.5. Indubio pro operario

El artículo 9 LOPT consagra dicho principio, aplicable en los casos de dudas sobre interpretación de una norma legal, o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo supuesto del caso, disponiendo que el asunto se resuelva de la manera más favorable al trabajador.

En el mismo dispositivo legal, se determina también que en caso de dudas en cuanto a la apreciación de los hechos o de las pruebas, se aplicará igualmente la interpretación que mas favorezca al trabajador y determinando que en todos esos supuestos, la norma adoptada se aplicará en su integridad.

El artículo en referencia como lo sabemos repite el 59 de la Ley Orgánica del Trabajo, al que solo se le agregan las disposiciones relacionadas con los hechos y las pruebas.

Aún cuando el caso suscite dudas legales, ya sabemos que no puede el juez abstenerse de resolver, sino que deberá llenar la laguna, aún con el principio de equidad que resulte pertinente a su juicio.

Estos principios antes enunciados, forman llave y se complementan con el principio de “primacía de la realidad” ²¹.

3.6. Gratuidad (Art. 8)

Solamente nos referiremos a él, para precisar que la Ley aclara que todas las actuaciones, ante órganos judiciales y demás órganos fedatarios, son gratuitas, sin que puedan cobrarse tasas, aranceles ni pago alguno por otorgamiento de poderes ni registros ni actuaciones en los Tribunales.

²⁰ Opus Cit., p. 409.

²¹ Así lo acogió la Sala Social en sentencia del 15-03.2000, N- 99-663).

No obstante lo dicho, y dado que no son propiamente ni integrantes del poder judicial ni del fedatario, debe aclararse que si deben pagarse los honorarios a expertos (94), Prácticos 115 y los estipendios u honorarios de los árbitros (143).

3.7. Sana crítica (Art.10)

En torno a esto simplemente cabe recordar que sana crítica, apreciación razonada o libre apreciación razonada, son una misma institución que vienen a tener como significado común, el que se pueden apreciar las pruebas libremente de acuerdo con la lógica y reglas de la experiencia, que el juez deberá expresar, y que precisamente son principios opuestos a la arbitrariedad, caprichos, independientemente del medio de prueba de que se trate, y aun cuando en el sistema procesal que se lo contemple sea o no prueba tasada.

3.8. Averiguación de la verdad (Art. 5)

Lo importante de destacar no es que sea ella el norte de las actividades judiciales, sino el deber impuesto al juez de requerirla e inquirirla por todos los medios a su alcance, sin dejar de tomar en cuenta la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, debiendo intervenir en forma activa, dando impulso y ejerciendo el poder de conducción en forma adecuada, y conforme la naturaleza de los derechos protegidos.

Lo dicho no significa que el juez no debe guardar absoluta imparcialidad cuando se trate de atender asuntos cuya carga de la prueba sea de una contra parte, y dichos asuntos no se correspondan con una actividad de orden público.

Destaca Henríquez La Roche, que en estos casos la clave resultara en precisar en que asuntos se encuentre o no involucrado el orden público²².

²² Opus Cit.

4. CONCLUSION

Son muchas las interrogantes que arrojan algunos de los preceptos de la nueva normativa procesal del trabajo. Consideramos, que debió prestársele mayor atención a su redacción y a la inserción de novedosas figuras en ella contemplados. No hemos podido ser exhaustivos por la índole informativa del presente estudio, pero sentiría lleno el cometido propuesto con el mismo, si pude haber creado a los lectores las inquietudes que a su vez me han surgido a mí de la revisión de esta novísima Ley procesal.

Como ya lo he venido sosteniendo en eventos similares, ojalá la Jurisprudencia y la Sala Constitucional, cuanto antes, tomen la iniciativa de corregir esos pequeños desafueros, o que en su caso, en el término que la misma Ley ha fijado para su revisión y exhaustivo examen (Art. 207) se puedan enmendar esas dudas, exageraciones y dislates.

Modos de representación procesal

Oswaldo Parilli A.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. REQUISITOS DEL REPRESENTANTE PROCESAL Y TIPOS DE INTERVENCIONES PROCESALES**
- III. REQUISITOS INTRÍNSECOS DEL PODER PROCESAL**
- IV. REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA EN JUICIO**
- V. PODER CONVENCIONAL**
- VI. PODER *APUD ACTA***
- VII. REPRESENTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DEL PODER**
- VIII. PODER OTORGADO POR UN CÓNsul VENEZOLANO EN EL EXTRANJERO**
- IX. REPRESENTACIÓN POR DEFENSOR *AD-LITEM***
- X. REPRESENTACIÓN SIN PODER**
- Bibliografía**

I. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo no se pretende hacer un estudio total acerca del Capítulo II, Título III, Libro Primero del Código de Procedimiento Civil referido a los apoderados de las partes. El mismo está enfocado a la actuación en el proceso de los abogados en ejercicio, haciendo un bosquejo sobre las maneras en que aquél puede intervenir ante los órganos jurisdiccionales.

Por su naturaleza científica, la participación en un proceso determinado requiere de la experticia necesaria para llevar a cabo los actos que le integran; la ley impone a las personas naturales y jurídicas la obligación de nombrar abogados para que le asistan o representen en las diversas etapas del juicio, tanto para su mejor defensa como para evitar los consejos o consultas en las que se vería imbuido el juzgador, pudiendo ser participante, con su asesoría, a favor de una u otra parte. Surge así la representación procesal, concebida como las facultades para actuar ante el órgano jurisdiccional, en interés de la persona jurídica o natural que las concede; también se dan estas facultades para actuar extrajudicialmente ante cualquier autoridad civil, política, administrativa, personas jurídicas o naturales, estimándose que éste puede ser un mandato general o especial. En virtud de estos lineamientos, el abogado, constituido como apoderado, realiza los actos jurídicos procesales dentro de un juicio en el que toma parte en nombre del que le otorgó el poder, reemplazándole en todas las incidencias tal se tratara de él mismo.

Distinto es el caso del mandato conferido para realizar uno o más actos jurídicos patrimoniales o no en beneficio del mandante, constituido a través de un contrato para llevar a cabo una gestión determinada, la cual tiene como propósito un acto declarativo que se evidenciará a través de un servicio personal destinado a la consecución de un fin. Ambos casos están indicados en el artículo 1.169 del Código Civil, cuya norma establece: «*Los actos cumplidos en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último*». En la doctrina y jurisprudencia se ha estimado que esta norma es aplicable tanto en el ámbito sustantivo, como en el procesal o adjetivo.

La representación procesal la define Rangel Römberg como una relación jurídica bien sea legal, judicial o voluntaria, mediante la cual los actos procesales son realizados por el apoderado dentro de los límites de su poder, a nombre de su representado, sobre quien recaerán los efectos jurídicos que derivan de su gestión¹. Luego hace análisis de lo que debe entenderse por cada una de esas relaciones jurídicas que enuncia en su definición, sobre lo cual no se abundará en esta oportunidad.

Interesa a esta disertación la representación procesal o poder para actuar en asuntos judiciales, que es aquella exigida por el Juez a las partes para participar en un juicio determinado por medio de abogados apoderados designados, con facultades para ello. Esta especie de subrogación procesal, permite a las partes no ocurrir a los órganos judiciales personalmente, por cuanto confieren las facultades para la defensa de sus derechos e intereses a profesionales del derecho que les suplan en su lugar, concedores de las técnicas utilizadas en el proceso, y de la ley en general.

II. REQUISITOS DEL REPRESENTANTE PROCESAL Y TIPOS DE INTERVENCIONES PROCESALES

Las exigencias para ostentar la representación en juicio de aquél que de una u otra forma participe en él, están indicados por el artículo 3° de la Ley de Abogados, el cual exige que para comparecer por otro en juicio, evacuar consultas jurídicas, verbales o escritas y realizar cualquier gestión inherente a problemas o cuestiones jurídicas, se requiere poseer el título de abogado, quienes son los únicos que tienen la capacidad de postulación en nombre de otra persona dentro de un juicio, salvo las excepciones contempladas en la Ley². Una vez obtenido el título de abogado de conformidad

¹ RENGEL RÖMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991, p. 34.

² Las excepciones vienen dadas por el artículo 168 del C.P.C. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo en su artículo 46, por ejemplo, permite que las personas naturales puedan actuar por sí mismas, pero debe entenderse que deben someterse a las exigencias de la Ley de Abogados y Código de Procedimiento Civil para la representación en juicio. Este último, en su artículo 882, referido al juicio breve, indica que si el valor de la demanda fuere menor de cuatro mil bolívares, podrá proponerse verbalmente por el interesado, aún sin estar asistido de abogado.

con la Ley, deberá ser inscrito en un Colegio de Abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado; todo lo cual se debe hacer después de cumplir con los requerimientos previos de protocolización ante una Oficina de Registro.

El abogado podrá actuar en el proceso de varias maneras, a saber: 1) Mediante el poder que le inviste de la facultad para representar al mandante, el cual debe ser otorgado en forma pública o auténtica, sin que tenga validez el poder simplemente reconocido aunque sea registrado con posterioridad, como lo establece el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil. Esta figura de participación procesal podría tener variantes, como en los casos del poder *apud acta* y la sustitución del poder; 2) A través de la asistencia del abogado al demandante, al demandado o al tercero interviniente en cualquier acto fundamental del proceso (demandas, contestaciones de demandas, oposiciones de cuestiones previas y su contestación, reconveniones, pruebas, informes, apelaciones, actuaciones en los Juzgados Superiores y en los casos ventilados ante el Tribunal Supremo de Justicia, con excepción de las formalizaciones de recursos de casación); 3) Cuando la parte se niega a designar abogado, el nombramiento lo hará el Juez. En el caso del demandado, ocurre la designación del defensor *ad litem* (Arts. 224, 225 y 226 del Código de Procedimiento Civil). 4) Otra de las formas de intervenir en el proceso es la representación espontánea o sin poder, que también se analizará posteriormente.

La diferencia entre un apoderado y un abogado asistente, radica en que el apoderado actúa sustituyendo a su representado en el juicio con libertad en su intervención, salvo los casos en que se exigen facultades expresas según la Ley o que las mismas sean limitadas también de manera expresa. El abogado asistente en un acto del proceso, no tendrá las mismas responsabilidades de un mandatario judicial, pues su participación se reduce a la mera asistencia en un acto determinado para el cual fue solicitado.

En cuanto al defensor *ad litem*, se ha dicho que es un cargo que el legislador ha previsto con una doble finalidad: a) Colaborar en la recta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente; y, b) Impedir que la acción en justicia pueda ser burlada en detrimento de los derechos del actor, mediante el subterfugio de una desaparición ad-hoc. Esa designación se hace en provecho del actor y del reo, en beneficio del orden social y del buen desenvolvimiento de las instituciones del Estado.

Es una verdadera gestión de negocios establecida por mandato de la Ley, a favor del actor, del reo y del bien público³.

Con relación al poder *apud acta*, se otorga para el juicio contenido en el juicio correspondiente y generalmente se utiliza entre abogados para el reemplazo de quien lo otorga. De la misma manera, la sustitución del poder implica la actuación en el proceso del abogado designado, con las facultades totales o parciales de aquél que suple.

En cuanto a la representación sin poder, es una figura contemplada en la ley para el actor en los casos de herencias y coherederos, y de comunidades de bienes donde uno de los comuneros actúa en representación de otros que forman parte de la comunidad; en cuanto al demandado, cualquiera que reúna las condiciones de abogado para actuar en juicio, podrá representar al demandado, todo lo cual se analizará con más amplitud en esta exposición.

III. REQUISITOS INTRÍNSECOS DEL PODER PROCESAL

Según lo dispone el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, el poder para actos judiciales debe otorgarse en forma pública o auténtica. Se entiende esta exigencia, por cuanto el abogado designado deberá actuar en el proceso en nombre de su representado, suplantándolo como parte en el mismo. La forma pública a que se refiere la norma es la protocolización del poder ante un Registrador, que lo dejará asentado en el Protocolo destinado a tales fines (3º, según la Ley de Registro Público); y la forma auténtica se refiere a dejarlo asentado en una Notaría Pública, consulado o tribunal con facultades notariales. Si el otorgante no supiere firmar o no pudiese hacerlo, lo hará por él un tercero, dejándose expresa constancia de ello en el instrumento-poder, como también la identificación de ese tercero que está firmando a ruego. No será válido el poder simplemente reconocido, aunque sea registrado con posterioridad. El legislador quiso darle solemnidad al acto de otorgamiento del poder y por eso exige su forma pública o auténtica, requisito que impone la obligación de transcribirlo íntegramente en el Libro correspondiente, que es llevado a esos efectos en la oficina

³ GACETA FORENSE, N° 22, 2ª Etapa, Volumen II, Sentencia del 21-10-58, p. 22.

pública de que se trate. El funcionario hará constar que conoce al otorgante del poder al cual identificará, además, si se tratara de una persona jurídica, hará constar que tuvo a su vista los documentos, gacetas, libros o registros que le han sido exhibidos, los cuales acreditan la representación que aquél ejerce, con expresión de sus fechas, origen o procedencia y demás datos necesarios para la identificación (Art. 155 del Código de Procedimiento Civil).

En sentencia del 31 de julio de 2000, el Juzgado Superior Quinto del Trabajo del Area Metropolitana de Caracas, decidió que si el funcionario que declara autenticado el poder no señala que tipo de documento le fue exhibido (fotocopia simple, copia certificada, publicación), ni las fechas del documento que tuvo a la vista porque solo menciona los datos de registro, ni de donde procede el documento llevado a su presencia, siguiendo el contenido del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, debe concluirse que el poder no fue otorgado conforme exige el citado artículo de procedimiento, debiendo quedar desechado del proceso⁴. Más aún, la mayoría de los autores consideran que si no se cumplieron las formalidades para el otorgamiento del poder debe tenerse por inexistente, pues la única fórmula válida establecida por el legislador es la autenticación o registro⁵, siendo esta interpretación la adecuada para la legislación venezolana.

La presentación de los documentos ante el funcionario competente que autentica o registra el poder es obligatoria, por cuanto estos documentos, que demuestran cómo se origina la potestad de conferir el poder, pueden ser solicitados en exhibición por la otra parte, como lo dispone el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil. El contenido del documento que acredita el apoderamiento debe estar firmado por el otorgante, quien deberá también suscribir el asiento llevado con tal propósito en la oficina respectiva, conjuntamente con el funcionario que ha presenciado el acto de otorgamiento. El apoderado no necesita estar presente, sino solamente identificado en el cuerpo del documento que le está acreditando la representación.

⁴ JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 167, pág. 111, N° 1656-00. Caracas, 2000.

⁵ SEQUERA, Carlos, *Documento público o auténtico y poderes para actos judiciales*, Caracas, 1950, pp. 12 y ss.

Por último, para actuar en juicio como apoderado éste deberá ser abogado en ejercicio de acuerdo a las previsiones del artículo 166 del Código de Procedimiento Civil que remite a las disposiciones de la Ley de Abogados, cuyo artículo 3° establece que para comparecer en juicio por otro, se requiere poseer el título de abogado, salvo las excepciones establecidas en la Ley, y el mismo artículo en su único aparte señala que los representantes legales de personas o derechos ajenos, así como los presidentes o representantes de sociedades cooperativas, asociaciones o sociedades civiles o mercantiles, que no fueren abogados, no podrán comparecer en juicio a nombre de sus representados sin la asistencia de abogados en ejercicio. De la misma manera se ratifica en el artículo 4° tal exigencia y el artículo 5° se establece una prohibición para los Jueces, Registradores, Notarios y demás autoridades civiles, políticas y administrativas, los cuales sólo admitirán como representantes o asistentes de terceros, a abogados en ejercicio para los asuntos reservados a éstos en virtud de la Ley, salvo lo establecido en las leyes que regulan las relaciones obrero-patronales (los trabajadores pueden asistir a los organismos administrativos sin abogado, no así ante los órganos jurisdiccionales en los cuales se plantee una contención).

IV. REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA EN JUICIO

Anteriormente se asintió que para comparecer por otro en juicio se requiere poseer el título de abogado (Art. 3° de la Ley de Abogados) salvo las excepciones legales como en el caso del Artículo 168 del Código de Procedimiento Civil (como accionantes, el heredero por su coheredero en los juicios relacionados con la herencia y el comunero por su condueño en los aspectos que se refieran a la comunidad; como demandados, aquél que reúna la condición de abogado). Esta idea está reforzada por el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil que establece: «*Cuando las partes gestionan en el proceso civil por medio de apoderados, éstos deben estar facultados con mandato o poder*».

Siempre que el poder se otorgue a una persona que no sea abogado, para realizar cualquier actuación en juicio defendiendo los derechos e intereses de su representado, deberá a su vez conferir poder a un abogado, pues no tendrá validez la representación que ejerza con un abogado asis-

tente, ya que sus facultades no son transmisibles a otro, sino mediante el conferimiento de un poder. Así lo ha señalado la Casación venezolana en repetidas oportunidades cuando el apoderado no es abogado y se asiste con uno que lo sea para actuar en juicio, como se determinó en la sentencia N° 01703 de la Sala Político Administrativa de fecha 20 de julio de 2000, en la cual se estableció: «Se observa que tales ciudadanas acudieron al proceso asistidas por el profesional del derecho, abogado... Sin embargo, conforme lo prevé el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, sólo podrán ejercer poderes en juicio quienes sean abogados en ejercicio, conforme a las disposiciones de la Ley de Abogados. Esta Ley especial exige además de la obtención del correspondiente título de Abogado de la República, la inscripción en un Colegio de Abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado para dedicarse a la actividad profesional. En este orden de ideas, es fácil colegir que para poder ejercer un poder judicial dentro de un proceso se requiere ser abogado, lo cual no podrá ser suplido siquiera por la asistencia de un profesional del derecho, salvo que la persona actúe en el ejercicio de sus propios derechos e intereses. De tal forma, cuando una persona que sin ser abogado ejerce poderes judiciales, incurre en una manifiesta falta de representación, al carecer de esa especial capacidad de postulación que detenta todo abogado en ejercicio...En el caso que toca analizar a la Sala, se observa que las ciudadanas...no son abogadas en ejercicio y por ello mal pueden representar en el proceso a otras personas naturales...Esta manifiesta falta de representación que se atribuyen, obliga a la Sala...a declarar inadmisibile la demanda intentada ...»⁶.

El artículo 1688 del Código Civil, refiriéndose al mandato en general, establece que el poder conferido en términos generales, no comprende más que los actos de administración; de modo que en la sentencia se está convalidando un principio general del derecho sustantivo al exigir que se confiera poder a un abogado para que represente a los que han encomendado la gestión a otra persona que no es abogado, quien no podrá comparecer asistido por abogado en los actos fundamentales del proceso. De la misma manera, otra sentencia de la Sala de Casación Civil del 08 de abril de 1999 indica que cuando un apoderado no es abogado, no puede intervenir judicialmente ni aún asistido de abogado: «Ha sido criterio reiterado de esta Sala que la capacidad de postulación en juicio por otra persona es

⁶ También en JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 167, N° 1822-00, Caracas, 2000, p. 462.

exclusiva de los abogados, lo cual tiene por finalidad asegurar que los planteamientos dirigidos a los órganos de administración de justicia contengan la mayor claridad, sencillez y precisión técnico-jurídica posibles, evitando el desgaste innecesario de la actividad jurisdiccional por impericia de los litigantes, impidiéndose de esta manera que la sustanciación del proceso quede en manos del empirismo o improvisación de personas inexpertas, legos en derecho, cuyas pretensiones correrían el riesgo de verse frustradas por una utilización inadecuada de la ley adjetiva»⁷.

Esas sentencias supra citadas reafirman las normas establecidas tanto en el Código de Procedimiento Civil como en la Ley de Abogados, acerca de la necesaria actuación del abogado en el proceso como apoderado, debido al mejor desenvolvimiento para intervenir con la pericia y técnicas necesarias para atender los juicios y a la conducta a seguir ante el Tribunal, además de asesorar a la persona que lo utiliza, a quien sustituye por el conocimiento cabal que posee tanto en materia procesal como en la referida al controvertido; de manera que actuará autónomamente en tanto no le sean impartidas instrucciones especiales. Calamandrei, con acierto, indicó que el proceso no lo constituyen solamente los actos que deben sucederse en un determinado orden establecido por la ley, sino que también en el cumplimiento de esos actos hay un orden alternado de varias personas, cada una de las cuales, en esa serie de actos, debe actuar y hablar en el momento preciso, ni antes ni después. Pero no será únicamente alternarse en un orden cronológico preestablecido, de actos realizados por distintos sujetos, sino que es la concatenación lógica que vincula cada uno de esos actos al que lo precede y al que lo sigue y que dará a la otra parte la oportunidad de realizar el acto inmediatamente después. El proceso es una serie de actos que se cruzan y se corresponden como los movimientos de un juego: preguntas y respuestas, réplicas y contrarréplicas, acciones que provocan reacciones y que a su vez suscitan contrarreacciones⁸. El mismo autor reafirma el criterio que sostiene acerca de la necesidad de designar un representante abogado para intervenir en el proceso, al diferenciar el mandato otorgado a cualquier persona, aún no profesionalmente calificada, con el poder para la litis. Así, la parte que siendo procesalmente capaz para estar en juicio, generalmente no llena los extremos que posee un profesio-

⁷ JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 153, N° 826-99, Caracas, 1999, p. 391.

⁸ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen III, p. 264, y Volumen II, p. 379, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

nal de derecho para la defensa adecuada y el cumplimiento de los actos procesales que requieren de técnicas especiales que son conocidas únicamente por los abogados.

Adicionalmente, para actuar en las formalizaciones y contestaciones de recursos de casación, así como intervenir en los actos de réplica y contrarréplica ante el Tribunal Supremo de Justicia, deben cumplirse una serie de requisitos entre los cuales figura ser abogado, de donde se desprende que se requiere poder para intervenir en estos actos, lo que se evidencia aún más cuando en el mismo artículo 324 del Código de Procedimiento Civil se dispone que el apoderado constituido en la instancia, que llene los requisitos exigidos en este artículo, no requerirá poder especial para tramitar el recurso de casación.

Por otra parte, los abogados pueden ocurrir a un proceso como asistentes del demandante, del demandado o del tercero interviniente para un acto concreto en el cual se requiera la presencia de un abogado. En este sentido, no tendrá las mismas responsabilidades que las de un apoderado, ya que sólo es utilizado para un acto que le involucraría, pero no para los demás actos del proceso.

El artículo 136 del Código de Procedimiento Civil, dispone que son capaces para obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, que podrán gestionar por sí mismas (con la asistencia de abogado, salvo que lo sea) o por medio de apoderados, observando las limitaciones establecidas en la ley. La asistencia del abogado en juicio, deviene del artículo 4° de la Ley de Abogados, según la cual toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, pero, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor o como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la Ley o en virtud de un contrato, deberá designar abogado, para que le represente o asista en todo el proceso, lo cual fue ratificado por el texto constitucional en su artículo 49, cuyo numeral 1 señala que son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso la defensa y la asistencia jurídica, refiriéndose al debido proceso, principio que se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

No obstante lo expuesto, se permite introducir acciones de amparo constitucional sin la asistencia de abogados a todas las personas que se sientan afectadas por la violación de un derecho constitucional, es decir, el solicitante del amparo no necesita de la representación o asistencia de abogados para interponer la acción de amparo constitucional, pero en los actos subsecuentes del proceso si es obligatorio estar asistido o representado por un abogado, si el accionante no tiene este carácter. En los casos para los cuales no se presente el agraviado con la asistencia jurídica debida o un representante judicial legalmente constituido en su nombre, ha sido constante la jurisprudencia al sostener que debe ordenarse la notificación de la Defensoría del Pueblo para que, en razón de los numerales 1 y 3 del artículo 281 de la Constitución se le asista en los aspectos técnicos del proceso. Si se trata de menores, de acuerdo a lo establecido en Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, debe notificarse a los Procuradores de Menores de la jurisdicción donde se ventile el amparo. Con referencia a estos criterios, la mayoría de los autores estima que al comparecer sin abogado a interponer una acción de amparo, en virtud de la investida celeridad dada a esta institución por la violación de una situación jurídica prevista en la Constitución o en la Ley Orgánica de Amparo Constitucional, se debe admitir la acción advirtiéndose al supuesto agraviado que debe designar un abogado para que le asista en la continuación del proceso y si se negare, el Juez hará las notificaciones correspondientes a los mencionados organismos. Si es el agraviante que se presenta en la audiencia constitucional sin abogado, el Juez deberá designar en ese acto un abogado asistente y dado el caso en que no haya esta posibilidad, si no puede diferirse el acto por la celeridad requerida, se admitirá que el agraviante realice su defensa.

Expuestas las excepciones anteriores y aclarado que para intervenir en un proceso judicial es necesario que la parte sea asistida por un abogado, siempre que éste no lo haga en nombre propio como parte en ese juicio, o de otra manera constituir como apoderado a un abogado en ejercicio, que no tenga prohibición de actuar libremente según la Ley de Abogados (Arts. 12 y 13), se señalan a continuación las formas determinadas por la ley procesal para concurrir como apoderado en un juicio.

V. PODER CONVENCIONAL

El poder para el proceso debería conferirse previamente a la actuación del abogado, mediante documento autenticado o registrado (forma pública o auténtica exigida en el artículo 151 del C.P.C.), señalándole las facultades expresamente. Significa este acerto que será necesaria la redacción de un instrumento que comprenda las prerrogativas que se le confieren al abogado, presumiéndose que se otorga para todas las instancias y recursos ordinarios y extraordinarios según lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil. Pero podría ser que el poder contenga algunas limitaciones que impiden al apoderado proceder libremente en sustitución de la voluntad del conferente del poder, por cuanto sus actuaciones fuera de los parámetros establecidos, se considerarían sin ningún efecto con relación a su poderdante y así se podrían oponer a los terceros (salvo la ratificación por el interesado que confirió el poder).

Según cita Henriquez La Roche, si las facultades no constan en el poder, pero sí en los instrumentos que se refieran a aquél (atribuciones estatutarias conferidas al administrador o personero poderdante; mandato conferido al sustituyente o a quien da poder a nombre de otro) surtirán efectos procesales, si se han llenado los requisitos que la ley indica para producir esos efectos frente a terceros, independientemente que su fecha y demás datos de registro hayan sido mencionados o no por el funcionario que autorizó el otorgamiento del poder. Porque si no han sido mencionados esos datos, la razón de pertinencia que tiene la restricción con el poder conferido, lleva a considerar que el otorgamiento del poder (o sustitución) adolece de un vicio sustancial que acarrea de un todo su nulidad por incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil (CSJ, Sent. 26-10-72, citada por Maruja Bustamante en su recopilación de Jurisprudencia)⁹. Sin embargo, las facultades dadas a un administrador o presidente de una empresa por sus Estatutos, es menester que al otorgar el poder se reflejen en el documento en el entendido que podrían ser parte de las atribuciones que se confieren de esas que le fueron dadas en el documento estatutario; si no constan podría ser objeto de impugnación, ya que, como se dijo previamente, el poder procesal es el instrumento en que constan las facultades o atribuciones que se dan a uno o más

⁹ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo I, p. 462, Caracas, 1995.

abogados para que en su lugar represente y defienda los derechos e intereses del otorgante en un procedimiento judicial.

El poder podrá ser general o común, otorgado para actuar en todos los procesos, como por ejemplo cuando se es apoderado de una empresa; o específico para actuar en uno o más procesos determinados. Distinto es el caso del poder o mandato conferido para otro tipo de gestiones, pues el artículo 1.687 del Código Civil establece que el mandato es especial para un negocio o para ciertos negocios solamente, o general para todos los negocios del mandante. Esta norma no se encuentra en la ley adjetiva o procesal porque el legislador consideró que el poder se confiere para la actuación en juicio y, en consecuencia, para obrar en todas las instancias, grados e incidencias del proceso, o como lo indica el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil: «*El poder se presume otorgado para todas las instancias y recursos ordinarios o extraordinarios*». Pero también existen las limitaciones legales establecidas en el artículo 154 *eiusdem*, que faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma, así como para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio; todo lo cual requerirá de facultades expresas. No obstante, hay otras situaciones procesales en que también se necesita facultad expresa, como en el caso de la citación exigida por el artículo 217 para que el apoderado del demandado pueda darse por citado. En efecto, si ese poder conferido a uno o más abogados para el proceso no indica expresamente que tiene facultades para darse por citado, la citación carecerá de valor debido a la insuficiencia del poder.

Si el poder es otorgado a nombre de otra persona natural o jurídica, deberá enunciarse en el documento que al efecto se elabore y exhibir al funcionario, los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que acrediten la representación que ejerce el conferente, lo que hará constar el funcionario con expresión de sus fechas, origen o procedencia y demás datos que concurren a identificarlos, sin adelantar ninguna opinión o interpretación jurídica de los mismos (Art. 155 del Código de Procedimiento Civil). Según sentencia del 28 de septiembre de 1988, la otrora Corte Suprema de Justicia interpretó que el otorgante de un poder sólo está obligado a enunciar en el documento los datos más relevantes de los distintos recaudos que acrediten su carácter, con una breve descripción de los actos a que

se refiere el recaudo en cuestión. «El significado literal de la palabra enunciar...se traduce en expresar el otorgante en el poder, de manera breve y sencilla, los recaudos que acreditan su representación y su contenido...Ello no obsta para que el otorgante si lo desea incluya una transcripción parcial más completa de aquellos recaudos que acreditan su representación, tal como lo preveía el artículo 42 del Código de Procedimiento Civil derogado. Pero lo que sí está claro es que el artículo 155 exige que el otorgante en el poder, al menos, identifique breve y sencillamente los recaudos que supuestamente acreditan la representación con que actúa, para que posteriormente el funcionario que autorice deje constancia de los documentos que le fueron exhibidos por el otorgante y que están identificados en el poder»¹⁰.

En los tribunales de instancia es muy frecuente la solicitud de exhibición de los recaudos enunciados en el poder, mediante la impugnación del mismo, lo que debe hacerse en la contestación de la demanda o en la primera oportunidad en que la parte ocurra al proceso para actuar como representante judicial de su otorgante. Si se permite que el apoderado actúe con un poder insuficiente, posteriormente no podrá hacerse uso de la impugnación, convalidándose el contenido del poder. En el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil se especifica la manera de objetar el poder: Una vez que se fija el día y hora para la exhibición de los documentos, gacetas, libros o registros mencionados en el instrumento que se pretende rechazar y examinados como hayan sido por el interesado y el Tribunal, éste resolverá dentro de tres días sobre la eficacia del poder, con vista a las observaciones que haya hecho el impugnante. Si éste no asiste al acto de examen de los recaudos exhibidos, el poder se tendrá por válido y eficaz; pero cuando los documentos requeridos no se exhiben, el poder quedará desechado lo que hará constar el Juez en el acta respectiva. En sentencia del 23 de noviembre de 1999, la Sala Civil refiriéndose a la impugnación de los poderes, ratifica la doctrina anterior sobre la oportunidad para hacerla valer en juicio, que se verifica en «la primera oportunidad inmediatamente después de su consignación en que la parte interesada en su desestimación actúe en el proceso; de lo contrario hay que presumir que tácitamente se ha admitido como buena y legítima la representación que ha invocado el apoderado judicial» y agrega la sentencia que está delimitado claramente en el

¹⁰ JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Tomo 8-9, pp. 225 y ss, Recopilación por Oscar Pierre Tapia, 1988.

encabezamiento del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, «la diferencia entre actos de la proposición de cuestiones previas y de la contestación de la demanda, así como la circunstancia según la cual la proposición de cuestiones previas o la contestación de la demanda se efectúan sin la presencia del demandante, es evidente que la impugnación del poder del demandado debe hacerla el actor en la primera oportunidad que comparezca después de la consignación de dicho poder»¹¹. Pero, según doctrina de la misma extinta Corte Suprema de Justicia y ahora ratificada, la impugnación del mandato judicial está creada para demostrar si la persona que otorgó el poder en nombre de otra, detenta la representación que dice tener y tal impugnación no está prevista por el legislador para atacar simples defectos de forma en la elaboración del poder.

VI. PODER APUD ACTA

Otra de las maneras de otorgar un poder para el proceso, es la que se realiza en el mismo expediente, denominado poder apud acta, previsto expresamente por el legislador en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil: «*El poder puede otorgarse también apud acta, para el juicio contenido en el expediente correspondiente, ante el Secretario del Tribunal, quien firmará el acta junto con el otorgante y certificará su identidad*». Se observa que este tipo de poder no requiere estar autenticado para que tenga validez, simplemente el interesado (asistido de abogado) estampará una diligencia ante el Secretario del Tribunal para el juicio que se lleva en el expediente en concreto, confiriendo facultades al abogado para que le represente. «Apud acta» significa «en el mismo expediente», según lo refiere el Diccionario de Derecho Procesal Civil publicado por Eduardo Pallares¹², y es el mandato que se confiere en las propias actas del expediente, se otorga o sustituye mediante un acta o diligencia, haciendo constar que se autoriza a determinado abogado para representar en ese juicio donde se otorga, a otra persona¹³, lo cual implica que debe

¹¹ JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Recopilación Oscar Pierre Tapia, Tomo 11, p. 734, Caracas, Noviembre, 1999.

¹² PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Parrúa S.A., 4ª Edición, México 1963, p. 91, cita de Enrique L. Fermín V., Revista N° 10 de Derecho Probatorio, p. 381, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1999.

¹³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OPUS, Tomo IV, Ediciones Libra, Caracas, 1995, p. 318.

tomarse como un acto procesal porque se realiza y crea situaciones jurídicas dentro del proceso, a diferencia del poder convencional o voluntario considerado en la doctrina como acto prevenido o preparatorio que posteriormente puede convertirse en acto procesal al consignarlo en el expediente, es decir, aquél es un acto constitutivo del proceso, mientras que el poder conferido voluntariamente puede ser un acto que crea la expectativa de usarlo o no en el juicio.

Una sentencia de casación de fecha 13 de noviembre de 1991, estableció los requisitos para conferir un poder de esta naturaleza: «...el artículo 152 exige, de manera terminante, que el Secretario firme el acta y de fe de la identidad del otorgante, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Notarías Públicas. Más aún, cuando el otorgamiento del poder apud acta se hace mediante diligencia que redacta la propia parte, y que el Secretario, por mandato de los artículos 106 y 107 del Código de Procedimiento Civil, debe suscribir; razón por la cual el artículo 152 *eiusdem*, trae como requisito esencial que debe cumplirse, según lo contemplado en el artículo 7° del Código Procesal Civil, que el Secretario certifique la identidad del otorgante y que obviamente el acto pasó bajo su presencia; lo contrario sería dar entrada a todo tipo de irregularidades en el proceso... En consecuencia, si bien ahora el poder apud acta no tiene que ser inscrito en el libro de registro como preveía el artículo 41 del Código de Procedimiento Civil derogado, el Secretario tiene que autorizarlo, dando fe de la identidad del otorgante... La Sala observa que los legisladores, en su afán de apartar al Juez de la actividad diaria del proceso, sin lógica alguna, eliminaron la facultad que éste tenía para presenciar el otorgamiento de los poderes apud acta. Ciertamente resulta absurdo que el Juez, como máxima autoridad del Tribunal y funcionario público, y ateniéndose a lo previsto en el artículo 1.357 del Código Civil, no tenga la facultad, al igual que el Secretario, de presenciar y autorizar el otorgamiento de un poder apud acta...»¹⁴.

La decisión transcrita inserta la interpretación que debe hacerse del poder en referencia y, como consecuencia de la misma, si el Secretario no identifica al otorgante y firma el acta o diligencia, el poder no tendrá ninguna validez y, por consiguiente, las actuaciones deberán ser consideradas inexistentes, con los posibles perjuicios que le acarrearía al poderdante,

¹⁴ JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 119, p. 389, N° 1100-91. Caracas, 1991.

quien es el interesado en que se hayan cumplido todos los requerimientos para el conferimiento de ese poder.

VII. PREPRESENTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DEL PODER

La sustitución del poder no está definida en el Código Procesal, pero la doctrina la ha definido como la delegación en otro abogado con capacidad y solvencia, de todas o parte de las facultades de representación que ostenta el sustituyente. La sustitución puede hacerse con reserva de ejercicio por parte del apoderado de las mismas facultades que transfiere al sustituto, o puede hacerse sin esta reserva y en este caso, cuando se realiza una sustitución total, el sustituyente quedará excluido del ejercicio del poder, lo que equivaldría a una renuncia del poder¹⁵. El artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, contiene las reglas para efectuar la sustitución del poder y de allí podría extraerse una definición simple: Consiste en la transmisión de las facultades, en todo o en parte, que le han sido conferidas en el poder al sustituyente por el mandante.

La norma del artículo que se comenta establece que el apoderado que hubiere aceptado el mandato, podrá sustituirlo en la persona que el poderdante le hubiese designado o le designare, y a falta de designación, en abogado capaz y solvente, si en el poder se le hubiere facultado para sustituir. Si nada se dijo en el poder sobre la sustitución, también podrá ser sustituido por el apoderado en abogado de reconocida aptitud y solvencia, cuando por alguna causa no quisiere o no pudiese seguir ejerciéndolo. Si en el poder se prohíbe la sustitución, no podrá hacerse la misma, salvo en caso de enfermedad, alejamiento forzado, envío de la causa a un tribunal de otra localidad, o por cualquier otro motivo grave que le impida el ejercicio del poder; pero en estos supuestos, el apoderado deberá comunicarlo al poderdante para que éste provea lo conducente. Si hay una prohibición expresa, el sustituyente será responsable del perjuicio que la sustitución cause al poderdante. En sentencia del 26 de octubre de 1972, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, sostuvo que la sustitución debe constar en el propio texto del poder o en otra forma auténtica. Tam-

¹⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil del 06 de agosto de 1998, citando la obra de Aristides Rangel Römerberg, *Tratado de Derecho Procesal Venezolano*, Tomo II, p. 43.

bien analiza la posibilidad de restricciones en la sustitución, cuando se establece que el apoderado puede sustituir pero con la autorización del otorgante, lo cual condiciona la sustitución a la aprobación previa de aquél. «Para que se haga inválida la sustitución, es necesario que se haga contra la prohibición expresa del mandante y que ésta conste en el mismo instrumento del mandato o en otra forma auténtica, pues la efectuada en contravención de documentos o instrumentos privados sólo hace responsable al sustituyente de los perjuicios que causare a su representado»¹⁶.

El sustituto podrá sustituir, siguiendo las reglas establecidas para toda sustitución e igualmente deben cumplirse las mismas formalidades que se requieren para el otorgamiento de poderes (Arts. 160 y 162 del Código de Procedimiento Civil), las cuales ya se esbozaron anteriormente cuando se citan las otras formas de representación procesal (Arts. 150, 151, 152, 154, 155 y 157). La sustitución, como lo señaló el autor citado, podrán hacerse en forma total o parcial y el sustituyente podrá reservarse o no el ejercicio del poder sustituido. El artículo 161 *eiusdem*, indica que pueden ser especiales aun cuando el poder sea general, lo que ha sido criticado en doctrina en cuanto se entiende que se refiere a sustitución parcial de un poder general.

Para hacer una sustitución del poder conferido, sea en forma parcial o total, el Secretario del Tribunal deberá copiar íntegramente el poder sustituido, después que se haya inscrito la sustitución en el expediente, si es que la misma se ha efectuado en el Tribunal donde cursa la causa, porque podría hacerse por instrumento autenticado o público y el Notario o Registrador deberán observar las mismas formalidades que para el otorgamiento de poderes. Si se trata de un poder conferido por una persona jurídica que va a ser sustituido, los criterios no son uniformes, pues unos piensan que para su validez deben cumplirse los requisitos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, pues allí se menciona expresamente que cuando fuere sustituido por el mandatario, deberá enunciar en el poder y exhibir al funcionario los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que acrediten la representación que ejercen y el funcionario hará constar en la nota respectiva que esos recaudos le han sido exhibidos con expresión de sus fechas, origen o procedencia y demás datos que concurren a identificarlos, como si se tratará del otorgamiento del poder original.

¹⁶ GACETA FORENSE, N° 78, 2ª etapa, p. 351.

Otros opinan que sería suficiente que el funcionario haga constar los datos de otorgamiento del poder sustituido que le haya sido exhibido, y así lo acogió una jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del 06 de Agosto de 1998, al señalar que no hay razón para que el Secretario del tribunal deje constancia de la exhibición del poder y de sus datos de identificación, pues el mismo se halla incorporado en el expediente del juicio en cuestión, según se desprende del escrito que contiene la sustitución del poder, lo cual posibilita a la parte contraria la verificación de los datos suministrados en el acto de sustitución del poder y las facultades de representación del sustituyente. Dice la sentencia que la finalidad de la norma del artículo 155 es posibilitar al interesado la verificación y revisión mediante el examen respectivo, de los documentos que acreditan la representación del poderdante o el sustituyente. «Constando en el expediente mismo tales documentos no era necesario que el Secretario del tribunal hiciera la constancia referida»¹⁷.

A pesar de lo expuesto, no siempre ha sido considerado de esta manera por la jurisprudencia patria, que en oportunidades ha ratificado su criterio que para la sustitución del poder deben enunciarse y exhibirse los mismos documentos que se presentaron cuando se confirió ese poder, lo cual resulta en un trámite adicional que dificulta la celeridad a que alude tanto la Constitución venezolana como el mismo Código de Procedimiento Civil. En sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 10 de marzo de 1999 se asentó: «...El sustituyente en este poder en que sustituye su representación, transcribe el poder que le había otorgado la poderdante...Sin embargo, no enuncia en el texto mismo de la sustitución los documentos autenticados, gacetas, libros o registros que acreditaban la representación del otorgante, como lo exige el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, tratándose como se trata de un poder otorgado a nombre de una persona jurídica; tampoco exhibe dichos documentos, y el funcionario o Notario que autorizó el acto en la nota de autenticación no hizo constar que le hubieran exhibido tales documentos, pues más bien establece que tuvo a su vista el poder 'que aquí se sustituye'...»¹⁸.

¹⁷ JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA recopilada por O. Pierre Tapia, Tomo 8, p. 353. Caracas, Agosto, 1998.

¹⁸ JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 152, p. 314, N° 557-99. Caracas, 1999.

Lo que sí está definido, es que el sustituyente podrá elegir si transfiere o delega las facultades total o parcialmente al sustituto en la forma que crea más conveniente, bien ante el tribunal donde se ventila la controversia, o por instrumento separado en una Notaría Pública, cumpliendo los requisitos del Código de Procedimiento Civil y en ambos casos el poder sustituido debe ser transcrito íntegramente.

VIII. PODER OTORGADO POR UN CÓNSUL VENEZOLANO EN EL EXTRANJERO

El artículo 157 de Código de Procedimiento Civil establece que si el poder se hubiere otorgado en un país extranjero que haya suscrito el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes y la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para Ser Utilizados en el Extranjero, deberá llenar las formalidades utilizadas en dichos instrumentos y, en caso contrario, deberá tener las formalidades establecidas en las leyes del país de su otorgamiento. Ese poder, para que adquiera validez, deberá estar legalizado por un magistrado del lugar o por otro funcionario público competente, y por el funcionario consular de Venezuela y si no hubiere consulado en ese país, deberá legalizarlo un funcionario consular de una nación amiga, es decir, se requieren las certificaciones del Notario del país extranjero que acredita la firma del poderdante, del funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país y del funcionario consular venezolano, además de la traducción al castellano por intérprete público¹⁹.

Actualmente los poderes autenticados ante Notarías en el exterior, solamente requieren para su legalización la colocación de una «Apostilla» por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República donde se otorga dicho poder, de conformidad con lo establecido en el «*Convenio de La Haya de 1961, sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros*», aplicable cuando los países involucrados en el documento formen parte como Estados Contratantes, y

¹⁹ Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para Ser Utilizados en el Extranjero: Artículo 2: «Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la Ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley».

Venezuela es uno de esos países. Según dispone este Convenio, no es necesaria la legalización Diplomática o Consular para los Documentos Públicos, que han sido ejecutados en el territorio de un Estado Contratante (o Estado Parte) y que deben ser presentados en el territorio de otro Estado Parte del Convenio. Como consecuencia de ello, se elimina la formalidad posterior de legalización por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores. Con ese propósito se introduce una regla de control único, de obligatorio cumplimiento para la validez del documento en otro país miembro, que se traduce en colocar la Apostilla (sello o estampilla) por parte del país donde se elaboró el documento. El sólo hecho de poner sobre el documento esta Apostilla y dando cumplimiento a las formalidades requeridas por el Estado miembro donde se emite el documento, le dará plena validez en los demás Estados Contratantes, sin que se cumplan otras exigencias de legalización ante los organismos competentes del Estado donde se pretenda utilizar el mismo²⁰.

Todo esto podrá obviarse si el poder se otorga ante el agente del servicio exterior de la República venezolana en el país del otorgamiento, sujetándose a las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil. En los consulados, se atribuye a los titulares funciones notariales, aplicándose la excepción de extraterritorialidad de la ley. En este sentido, los Cónsules deberán llevar los libros de registro de poderes donde se asienta su autenticación, que tendrán validez absoluta en Venezuela, siempre que se cumplan los requisitos para el otorgamiento y su autenticidad, es decir, que en el documento se deje constancia que el acto de otorgamiento se realizó en presencia del funcionario consular con competencia para esto y

²⁰ Convenio de la Haya de 1961 sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros: Artículo 1: «El presente Convenio se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante. Se considerarán como documentos públicos en el sentido del presente Convenio: ... c) Las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como la certificación del registro de un documento, la certificación sobre la certeza de una fecha y las autenticaciones oficiales y notariales de firmas en documentos de carácter privado.» Artículo 2: «Cada Estado contratante eximirá de la legalización a los documentos a los que se aplique el presente Convenio y que deberán ser presentados en su territorio. La legalización, en el sentido del presente Convenio, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio del documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente».

que se han cumplido las formalidades legales de identificación del otorgante, lo cual le constituirá en documento fehaciente.

Una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia fechada el 26 de mayo de 1993 refiriéndose a una impugnación de un poder otorgado en Japón, señala que la falta de cumplimiento de las formalidades del derecho interno japonés en el otorgamiento del poder, país que no suscribió el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes ni la Convención Interamericana sobre ese mismo régimen, debe ser demostrada por el impugnante, pues no puede limitarse a negar el cumplimiento de las formalidades²¹.

IX. REPRESENTACIÓN POR DEFENSOR *AD-LITEM*

De acuerdo al artículo 215 del Código de Procedimiento Civil, para la validez del juicio debe cumplirse con la formalidad necesaria de citar al demandado para la contestación de la demanda. Esta citación debe hacerse en forma personal, según lo previsto en el artículo 218 *eiusdem*, y si no fuere posible se citará por correo certificado con aviso de recibo (Art. 219). Si no fueren posibles esas gestiones, se procederá de acuerdo a los artículos 223 ó 224 a la citación por carteles, y es en este caso cuando se nombra el defensor *ad-litem* si no comparece el demandado a darse por citado en el lapso de comparecencia que se ha señalado a tal efecto. De manera que el defensor *ad litem* es el representante del ausente o de aquél que no está presente, para que el demandado no quede indefenso en el proceso. Este defensor tendrá las mismas facultades de un apoderado judicial para actuar en el proceso, con excepción de las reservadas por la ley a la parte misma, además de las facultades para, las cuales se requiere facultad expresa como las de convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio (Art. 154).

²¹ JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, tomo 125, p. 471, N° 558-93 b). Caracas, 1993.

La doctrina aplicada constantemente tanto por los tribunales de instancia como por el máximo tribunal, ha calificado el cargo de defensor *ad litem* previsto por el legislador con una doble finalidad: colaborar en la recta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente, además de impedir que la acción judicial pueda ser burlada en perjuicio del actor por la supuesta desaparición del demandado. Es decir, si el demandado no comparece al emplazamiento del tribunal a darse por citado, el legislador consideró que no podía quedar indefenso y para eso precave el nombramiento de un defensor que atenderá el proceso y que velará por sus intereses aportando sus conocimientos técnico-jurídicos. El Tribunal al hacer el nombramiento, dará preferencia en igualdad de circunstancias a los parientes y amigos del demandado o de su apoderado, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente si lo hubiere y quisiere hacerla (Art. 225); pero el Juez podrá alejarse de ese requerimiento cuando considere que estará mejor defendido por otro abogado que no sea el que le hayan indicado, aunque en la mayoría de los casos el Juez designará al abogado que le haya sido mencionado si le merece confianza. Este defensor *ad litem* cesará en sus funciones únicamente si se presenta en el juicio un apoderado designado por el demandado.

Una sentencia reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo que la defensoría *ad litem* tiene un doble propósito: «1) Que el demandado que no puede ser citado personalmente, sea emplazado, formándose así la relación jurídica procesal que permite el proceso válido. Desde esta vertiente, la defensa obra incluso en beneficio del actor, ya que permite que el proceso pueda avanzar y se dicte la sentencia de fondo. 2) Que el demandado que no ha sido emplazado o citado, se defienda, así no lo haga personalmente. Debido a este doble fin, el defensor no obra como un mandatario del demandado, sino como un especial auxiliar de justicia, que por no pertenecer a la defensa pública, debe percibir del demandado sus honorarios, así como las litis expensas, tal como lo señala el artículo 226 del vigente Código de Procedimiento Civil... La Sala considera que es un deber del defensor *ad litem*, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante. El que la defensa es plena y no una ficción, se deduce del propio texto legal (artículo 226 del Código de Procedimiento Civil) que prevé el suministro de las litis expensas para el defensor, lo que significa que él no se va a limitar

a contestar la demanda, sino que realizará otras actuaciones necesarias (probatorias, etc.) a favor del demandado. Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa. Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo...»²².

X. REPRESENTACIÓN SIN PODER

El artículo 168 del Código de Procedimiento Civil permite que se presenten en juicio como actores sin poder tanto el heredero por su coheredero en las causas originadas por la herencia, como el comunero por su condueño, en lo relativo a la comunidad. Por la parte demandada podrá presentarse sin poder, cualquiera que reúna las cualidades necesarias para ser apoderado judicial, siempre que se someta a las disposiciones pertinentes de la Ley de Abogados. De esta norma se sustraen dos supuestos claramente definidos en las oportunidades en que él interesado actúe supliendo al demandante o al demandado:

1.) Si se trata del primer caso, la ley establece las opciones para presentarse en juicio como demandante sin poder: que el problema planteado lo sea por un heredero con relación a la herencia y en este caso podrá presentarse también en representación de los coherederos; que haya una controversia que involucre a comuneros, caso en el cual uno de ellos podrá intentar la demanda en representación de sus condueños si el problema que se ventila es referido a la comunidad a la cual pertenecen. Sin embargo, estas personas para comparecer en juicio deberán nombrar abogado para que les represente o asista en el acto procesal, como lo indican los artículos 3° y 4° de la Ley de Abogados, en concordancia con los artículos 150 y 166 del Código de Procedimiento Civil.

²² MEMORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia del 26-01-2004, Expediente 02-1212.

No obstante lo expuesto, la Sala Político Administrativa en Sentencia de 26 de febrero de 2002, ante el planteamiento de la demandada sobre que el apoderado actor no tenía ese carácter para el momento de introducir la demanda y sólo fue después de ese acto que el demandante le confirió la representación decidió «...existen una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos o la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que en doctrina se denomina como documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda. En tales supuestos la ley asigna a esos instrumentos, no solo la función de medios de pruebas sino que los requiere para realizar un determinado acto procesal, como lo sería la admisión de la demanda...Sin embargo, para el caso específico del poder que acredite la representación del actor, si bien la ley exige la presentación del mismo junto con el libelo, no es menos cierto que conforme a los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, su no consignación o la presentación de un poder defectuoso no puede bajo ningún motivo acarrear la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que en primer lugar, no se trata de uno de los supuestos que contempla la norma procesal, aunado a que conforme a los artículos 164 y 350 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.698 del Código Civil, los actos realizados sin poder o con uno que adolezca de vicios pueden, como regla general ser ratificados. Y es el caso que en la oportunidad de subsanar las cuestiones previas opuestas, la actora consignó los recaudos de los cuales deriva su representación y ratificó las actuaciones realizadas por sus apoderados judiciales, con lo cual se ha convalidado el eventual vicio que dicho instrumento pudiera contener...Sin embargo no puede pasar inadvertido que la falta de consignación del poder que acredita la representación de la parte actora al momento de introducir la demanda es una omisión que debe ser tenida en cuenta por los jueces para proceder a la admisión de la misma, toda vez que si bien es cierto que tales defectos u omisiones pueden, como regla general ser subsanados, el carácter excepcional de la situación descrita conduce a una interpretación restrictiva de dicha posibilidad, pues lo contrario pudiera dar lugar a un estado de inseguridad jurídica en el que cualquier persona podría ejercer derechos ajenos en juicio sin la debida legitimación. De manera que, debe esta Sala en esta oportunidad exhortar a los operadores judiciales para que no den curso a aquellas demandas en las cuales la parte accionante no haya cumplido con lo pautado en el ordinal 8° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, en lo relativo a la exigencia de que junto al libelo sea consignado el poder respectivo. Por otra parte, debe esta Sala,

en esta oportunidad, llamar la atención al apoderado judicial de la demandante, en el sentido de que dicho abogado incurrió en una falta de probidad al señalar en el libelo respectivo que acompañaba el poder que acreditaba su representación y no obstante lo expuesto el mencionado instrumento fue otorgado en fecha posterior, situación esta última que constituye una afirmación falsa que no se compagina con la realidad procesal reflejada en las actas del expediente...»²³.

En la sentencia indicada, algunas de cuyas partes han sido transcritas, se observa una grave contradicción, en el entendido que afirma en varias oportunidades que puede introducirse una demanda sin poder en cualquier caso, lo cual puede ser subsanado posteriormente; pero luego exhorta a los tribunales de instancia a no admitir este tipo de demandas que no se presente el poder y lo más importante para tomarse en consideración a la hora de actuar en un proceso como demandante, es que llama la atención al abogado por su falta de probidad al hacer afirmaciones falsas sobre la presentación del poder cuando no lo hizo. Es cierto, como lo prevé la decisión, que no deberían admitirse demandas a las que no se acompañe el poder que acredite la legitimación de la persona que se presenta como apoderado del actor y es esta una de las cuestiones previas establecidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil que puede oponerse al demandante y este podrá subsanarlo como lo hizo en la referida demanda, pero más que una cuestión previa subsanable, debería ser declarada inadmisibile de conformidad con los artículos 4° de la Ley de Abogados y 150 del Código de Procedimiento Civil que obligan a las partes a designar abogado para actuar en juicio y conforme a lo dispuesto en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil sobre la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, puesto que no se admitirá ninguna demanda que sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley (Art. 341 del Código de Procedimiento Civil), siendo un requisito de la demanda que se consigne el poder, como lo indica el ordinal 8° del artículo 340 *eiusdem*.

Otra sentencia de la Sala de Casación Civil con fecha 20 de diciembre de 2002, refiriéndose a la inadmisibilidat de un recurso de hecho, establece que no puede presentarse en juicio como representante del actor, quien no tenga capacidad de postulación: «...Ahora bien, de la precedente

²³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sentencia N° 353.

transcripción se evidencia que la negativa del Juzgado Superior de admitir el recurso de casación estuvo ajustada a derecho, pues el supuesto de la norma contenido en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, permite la representación sin poder en juicio de la demandada por abogados que reúnan las cualidades necesarias para ser apoderados judiciales, por lo tanto dicho artículo que no es aplicable en el presente caso, en razón de que la abogada..., actuó sin mandato judicial en nombre de la demandante... De la revisión de las actas que conforman el presente expediente, no consta que a la abogada... le haya sido conferido poder para actuar en representación de la demandante, por lo cual, al no tener la facultad expresa para efectuar los actos procesales previstos en la ley, verbigratia anunciar el recurso extraordinario de casación, la Sala considera que dicho recurso es inadmisibles, lo que determina la declaratoria sin lugar del presente recurso de hecho»²⁴.

Se infiere de lo expuesto, que la representación sin poder en nombre de la parte actora, no podrá ser válida sino en los casos de un nexo patrimonial sobre una comunidad de bienes o una herencia. Si en el juicio se interpone un recurso ordinario o extraordinario en nombre del sujeto activo del proceso utilizando la figura de representación sin poder, esa posición no se aviene con los supuestos establecidos en el artículo 168 y, por consiguiente, no será procedente esa actuación, tomándose como inexistente.

2.) En cuanto a la representación sin poder del demandado, la ley permite que se presente al proceso sin poder cualquiera que reúna las condiciones para ser apoderado judicial, siempre que se observen las disposiciones pertinentes de la Ley de Abogados, es decir, que sea abogado capacitado para ejercer poderes en juicio, de acuerdo a lo que se expuso previamente. Para actuar con este carácter, el abogado debe encabezar su defensa haciendo aclaratoria en forma expresa de la representación sin poder que ejerce de conformidad con el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil y, además, debe ser aceptada por la otra parte o por el Tribunal en la ocasión en que se alegue para que se produzcan los efectos válidos de esa representación. En sentencia de la Sala de Casación Civil del 24 de abril de 1998 que ratifica doctrinas anteriores, se recuerda que la representación sin poder debe hacerse valer en forma expresa y no surge en forma

²⁴ JURISPRUDENCIA RAMÍREZ Y GARAY, Tomo 195, p. 499, N° 2272-02, Caracas, 2002.

espontánea, por más que el sedicente representante reúna las condiciones requeridas para ejercer poderes en juicio; debe ser expresamente invocada en el acto en que se pretende la representación²⁵.

La representación sin poder del demandado está limitada a su defensa, pues si se trata de la contestación de la demanda, no podrá proponer una reconvencción o mutua petición, por cuanto ésta constituye una pretensión del demandado que podría plantearse en forma autónoma, mediante un nuevo juicio. Si el artículo 168 condiciona la actuación del abogado con cualidad para acudir al proceso representando al demandado sin poder, no podrá en esa ocasión esgrimir como defensa la reconvencción, porque se trataría de un nuevo juicio propuesto contra el actor del proceso en cuestión, quien sería demandado por el reconviniendo. Antes se planteó que sólo podrán presentarse en juicio como representantes sin poder del actor, el heredero por su coheredero en asuntos relacionados con la herencia y el comunero por su condueño cuando se trate de la comunidad de bienes a las que pertenece.

Henríquez La Roche estima que la iniciativa de cualquier abogado para actuar como representante del demandado sin poder, debe ser conciliada con la potestad del Juez para nombrar el defensor *ad litem*, en las cuales deben prevalecer las preferencias dispuestas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil a favor de los abogados parientes y amigos del demandado, oyendo las indicaciones del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiera hacerla. Este nombramiento de defensor tendrá preferencia por sobre la intervención espontánea que haga un abogado, en calidad de representante sin poder del demandado²⁶. A esta aseveración puede agregarse, que el representante sin poder actuará en el juicio si no hay nombramiento de defensor *ad litem*, o en aquellos actos posteriores a la contestación de la demanda en que el defensor designado no se presente por alguna circunstancia. El único caso en que el representante sin poder se presente a contestar la demanda será cuando haya sido citado el demandado para ese acto y no comparezca, pues agotados los trámites de la citación, de acuerdo con los artículos 223, 224 y 225 del Código de Procedimiento Civil, se le designará el defensor con quien se entenderá la citación.

²⁵ JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, recopilada por Oscar Pierre Tapia, Tomo 3, Caracas, Marzo, 1998.

²⁶ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo I, p. 508, Caracas, 1995.

Bibliografía

CALAMANDREI, Piero

Instituciones de Derecho Procesal Civil.

Enciclopedia Jurídica Opus

GACETA FORENSE,

Publicación de la anterior Corte Suprema de Justicia.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo

Código de Procedimiento Civil Comentado.

Jurisprudencia Ramírez y Garay

Memorias del Tribunal Supremo de Justicia

RENGEL RÖMBERG, Arístides

Tratado de Derecho Procesal Venezolano. Editorial Ex Libris, Caracas, 1991.

Repertorio Mensual de Jurisprudencia

Recopilación por Oscar Pierre Tapia.

REVISTA DE DERECHO PROBATORIO

Director Jesús E. Cabrera.

SEQUERA, Carlos

Documento Público o Auténtico y Poderes para Actos Judiciales.

De la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado.

**La cuestión previa del numeral 4
del artículo 346 del Código de
Procedimiento Civil**

Luis Alfredo Hernández Merlanti

SUMARIO

- 1. Preliminar**
- 2. De la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado**
 - 2.1. Previos**
 - 2.2. La citación de las personas jurídicas o entes morales**
 - 2.3. La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado. Oponibilidad de la cuestión previa contenida en el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil**
 - 2.3.1. Objeto de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado**
Personas legitimadas para la interposición de la cuestión previa
 - 2.3.2. La ilegitimidad del citado como representante del demandado**
 - 2.3.3. Momento y forma para la interposición de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado**
 - 2.3.4. Personas legitimadas para la interposición de la cuestión previa.**

2.3.5. El trámite posterior a la oposición de la cuestión previa. La subsanación

2.3.6. La falta de subsanación y la necesidad de una declaratoria judicial. Consecuencias derivadas de la declaratoria con lugar de esta cuestión previa

2.3.6.1. El trámite procesal en razón del rechazo a la cuestión previa u omisión de subsanación

2.3.6.2. Consecuencias de la declaratoria con lugar de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado

1. PRELIMINAR

Dedicamos estas reflexiones al Dr. Aristides Rengel Römberg, a quien reconocemos su excelente y enjundiosa labor dentro de la ciencia del Derecho Procesal. A él debemos, como a otros tantos, el conocimiento sistematizado del Derecho Procesal en Venezuela a través de libros y obras de obligatoria consulta en nuestro ejercicio cotidiano.

Entrando desde ya en materia, el objeto del presente estudio es precisamente realizar un análisis acerca de una cuestión previa que muy frecuentemente se utiliza en el proceso civil. Nos referimos específicamente a la cuestión previa contenida en el numeral 4 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, así como también la forma en que han de resolverse las circunstancias procesales derivadas de su declaratoria con lugar.

Esta cuestión previa, si bien ha sido tratada por gran parte de la doctrina del Derecho Procesal en Venezuela, nos luce que no lo ha sido con profundidad. A ello cabe agregar que el tratamiento jurisprudencial a la misma ha sido muy interesante en los últimos 6 años, a tal punto que consideramos que su entendimiento e interpretación ha tenido una evolución que amerita el estudio de tal defensa.

Parte de nuestro estudio se enfoca al conocimiento de tres decisiones proferidas por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia y del actual Tribunal Supremo de Justicia, las cuales interpretaron la cuestión de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado.

En estas decisiones, la Sala Político-Administrativa resolvió un tema, poco visto y decidido, como lo es la «ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado», opuesta en dichos juicios por el Presidente del Banco Central de Venezuela, quien adujo no ser el representante judicial de esa institución.

Por supuesto que previo a ese análisis jurisprudencial, nos permitiremos hacer las contribuciones doctrinales necesarias en cuanto a dicha cuestión previa.

2. DE LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONA CITADA COMO REPRESENTANTE DEL DEMANDADO

2.1. Previos

El tratamiento del problema que nos proponemos analizar, no puede ser visto desde la sola perspectiva de la normativa dirigida a regular las cuestiones previas del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

En todo análisis jurídico las normas no pueden ser revisadas bajo el estricto ángulo de la propia norma y, por consiguiente, que de ahí deba el intérprete realizar sus conclusiones y observaciones, sino que, como todo en derecho, la norma no es un objeto aislado. Ella, como tal, debe ser enfocada también a la luz de otros dispositivos técnicos y se nutre –general y adicionalmente– de los principios generales del derecho.

2.2. La citación de las personas jurídicas o entes morales

El Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia en el año 1987, estableció en su artículo 138 la forma en que las personas jurídicas o entes morales podrán actuar en juicio y la manera, a través de la cual, pueden ser llamadas en el carácter de demandados.

En efecto, el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil puede ser desglosado en dos (2) segmentos que vale la pena recordar: a.- Que las personas jurídicas estarán en juicio por medio de sus representantes según la ley, sus estatutos o sus contratos; y, b.- Que si fueren varias las personas investidas de su representación en juicio, la citación se podrá hacer en la persona de cualquiera de ellas.

El legislador ha querido establecer definitivamente la fórmula idónea sobre la manera en la cual las personas jurídicas deben actuar en juicio y regula, también en forma tajante, la situación, no muy extraña en nuestro medio, en que la representación judicial de una persona jurídica esté a cargo, de forma conjunta, de dos o más personas.

Es necesario detenernos aquí en el primer aspecto de la norma.

Dentro del grupo de las **personas jurídicas** podemos englobar a una serie de figuras cuyo reconocimiento de **personalidad** viene dado, por lo menos desde el enfoque del derecho privado, por el simple cumplimiento de las formalidades establecidas por ley, al adoptar nuestro ordenamiento el sistema normativo o legal ¹.

Así, puede decirse que en el derecho privado nos encontramos con personas jurídicas de tipo fundacional (fundaciones) y personas jurídicas de tipo asociativo (corporaciones, asociaciones stricto sensu, y sociedades). También en el ámbito del derecho privado, pero desde el enfoque mercantil, nos encontramos con la compañía en nombre colectivo, en comandita, anónima, de responsabilidad limitada, etc.

En este grupo que a grandes rasgos hemos descrito, prevalece, en la mayor parte de los casos, la voluntad de tipo asociativo de diversas personas (naturales e incluso jurídicas, dependiendo de la figura). En tales situaciones los estatutos, que es la forma idónea para regular el funcionamiento de ellas, disponen la forma y quiénes son las personas u órganos institucionales que en definitiva deben asumir la representación de las personas jurídicas.

Sin embargo, no podemos dejar de incluir en este grupo al cual hemos hecho referencia, a los denominados *entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales* (empresas del Estado) que, no obstante adoptar una **forma jurídica societaria** en su creación y por lo tanto **reglados estatutariamente**, ello tiene lugar mediante un procedimiento de carácter público, pues son creados directamente por mandato de la ley.

De tal forma, cuando quien comparece en juicio es una persona jurídica de esta índole, bien sea una persona jurídica de derecho privado o un establecimiento público asociativo, el legislador ha dispuesto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil que las mismas estarán en el proceso a través de sus representantes según **sus estatutos**. Precisamente a ellos es necesario acudir en el caso de que la persona jurídica deba comparecer en juicio. Si la persona jurídica debe comparecer en el carácter de actora, es necesario atender a lo dispuesto en los Estatutos, con el objeto de determinar la persona que debe conferir el instrumento poder a

¹ Cfr. AGUILAR (84): *Derecho Civil. Personas*. 385.

profesionales del derecho, a menos que el órgano societario prefiera actuar personalmente asistido de abogado. Idéntica precisión cabe hacer cuando la persona jurídica es demandada, bien sea para el actor cuando deba instar la citación de la misma o para la propia persona jurídica demandada, a los fines del otorgamiento del correspondiente mandato judicial.

Por otra parte, también hizo referencia el legislador en el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, que podrán comparecer en juicio tales personas jurídicas de acuerdo a sus contratos. Sin que el legislador hubiere precisado la anotada circunstancia, vale la pena recordar que —a título de ejemplo— en el caso de los consorcios, no se está en presencia de una persona jurídica como tal, sino que de cualquier modo ellas, en materia judicial, estarán representadas a través de la persona designada en el propio contrato consorcial.

Finalmente, el legislador dispuso en este mismo artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, que también las personas jurídicas estarán en juicio de acuerdo a lo que disponga la ley.

En los dos supuestos anteriores, es decir, que las personas jurídicas estarán en juicio de acuerdo a sus estatutos o sus contratos, hemos concluido que su representación judicial estará a cargo de aquellos «órganos» que al efecto se hubieren creado. Así, si de conformidad con los estatutos de una sociedad mercantil la representación judicial está a cargo de un consultor jurídico, pues él será el órgano facultado para precisamente representarla en juicio, bien como actora, bien como demandada.

Pero ahora nos encontramos con un supuesto muy específico que es el relativo a que en diversas circunstancias la persona jurídica debe estar representada en juicio conforme a lo dispuesto por la Ley. En este supuesto, es necesario aludir a los establecimientos públicos, no de tipo asociativo al cual hicimos referencia anteriormente, sino en particular a aquellos que, contando también con personalidad jurídica de derecho público, encuadran en la noción de establecimientos públicos de carácter institucional (los institutos autónomos a cuya creación alude el artículo 230 de la Constitución de la República) y los de carácter corporativo, caracterizados por la presencia de un sustrato personal específico (universidades nacionales autónomas, colegios profesionales y las academias nacionales).

En todos estos casos, el elemento o denominador común está referido a la creación de estos establecimientos públicos, la Ley o acto normativo equivalente².

En tal sentido, la Ley creadora de estos establecimientos públicos, de carácter institucional o corporativo, va señalando muy pormenorizada-mente, en la mayoría de los casos, el **órgano** del establecimiento a quien se le atribuye la representación judicial del mismo³. Y ordinariamente, las leyes de creación de estos establecimientos públicos institucionales atribuyen al Presidente o a la máxima autoridad, el ejercicio de la representación judicial, además del resto de facultades administrativas y de disposición.

Pero en algunas ocasiones nos hemos percatado que ciertas leyes de creación de estos establecimientos públicos institucionales no otorgan en la persona de su Presidente o la máxima autoridad la representación judicial del instituto autónomo, sino más bien el legislador ha preferido separar las funciones judiciales de las administrativas y dispositivas. Así, vemos

² Al respecto, hemos expresado que la Ley, como creadora de estos establecimientos públicos, es el elemento o común denominador de estas personas jurídicas. Sin embargo, también hemos dejado entrever que no solo por ley pueden ser creados, sino también por actos normativos equivalentes o con rango de Ley. Así, CABALLERO ORTIZ (84), *Los Institutos Autónomos*. 66-67, expresa: "Los institutos autónomos, de conformidad con lo previsto en el artículo 230 de la Constitución, sólo puede ser creados por ley. Con ello, el Constituyente cambió el sistema establecido en la Constitución de 1953, la cual facultaba al Presidente de la República para crear institutos autónomos.

Sin embargo, el Presidente de la República está facultado para crear institutos autónomos mediante decreto cuando, haciendo uso de la potestad prevista en el numeral 8° del artículo 190 de la Constitución, haya sido autorizado por ley especial para dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera y así lo requiere el interés público. Obviamente, este decreto-ley tiene el mismo valor de ley."

³ Así, como hemos expresado, las distintas leyes de creación de estos establecimientos públicos institucionales (institutos autónomos), van estableciendo los órganos que ejercerán la representación judicial de los mismos. En la mayoría de los casos, la representación judicial es asignada en la figura del Presidente del respectivo establecimiento. A título de ejemplo, la Corporación Venezolana de Guayana, de acuerdo a los artículos 36, 37 ordinal 19 y 32 ordinal 9 del E.O.D.G.(01), especifica que el instituto autónomo estará representado por su Presidente y el Directorio.

Igual mención, también a título de ejemplo, cabe hacer con respecto al Instituto Nacional de Nutrición, en cuyo caso la L.I.N.N. (68), establece en el ordinal 9° del artículo 11, que será el Presidente quien ejercerá directamente, o por medios de apoderados generales o especiales, la plena representación del Instituto.

Finalmente, la L.P.C.U (95), establece que el Presidente del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) es el representante judicial del mismo (artículo 88, ordinal 3°).

como en algunos casos muy puntuales se ha dispuesto en los correspondientes textos legislativos, que la representación judicial estará a cargo de uno o varios **representantes judiciales** y, por supuesto, de los apoderados generales o especiales designados al efecto.

Nos referimos a varios institutos autónomos, como es el caso del Fondo de Garantía del Depósito y Protección Bancaria (FOGADE)⁴, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras⁵ y, por qué no, el Banco Central de Venezuela⁶.

En tales situaciones, encontramos que la representación de estos establecimientos públicos en juicio, está a cargo, tal cual lo disponen las correspondientes leyes de creación o regulación, del representante judicial, funcionario distinto a la máxima autoridad prevista en esos textos legislativos.

Es por ello que encontramos el sentido del propio artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, cuando el legislador previó que las personas jurídicas comparecerán en juicio, no solo tomando en consideración las disposiciones estatutarias o contractuales, sino que en ciertos y determinados casos es necesario atender al contenido de la Ley; por supuesto, entendemos que esa dirección legislativa está referida, como ha quedado patentizado, en aquellas situaciones en que la parte es un establecimiento público de tipo institucional.

⁴ Si bien el Fondo de Garantía de Depósito y Protección Bancaria (FOGADE) fue creado mediante el Decreto Ley número 540 del 20 de marzo de 1985, publicado en la Gaceta Oficial número 33.190 del 22 de marzo de 1995, consagrándose así el Estatuto Orgánico de ese instituto autónomo, es conveniente indicar que es en definitiva la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras la que agrupa las normas que lo regulan. Cfr. L.G.B.O.I.F. (01), Artículos 280 y siguientes.

⁵ Regulado también por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

⁶ Los artículos 34 y 10 ordinal 3 de la Ley del Banco Central de Venezuela (02) establecen que en todo caso corresponde al representante judicial, la representación en juicio de ese establecimiento público. Ahora bien, sin que esto sea tema de debate o análisis en el presente estudio, es conveniente precisar que en nuestra opinión, el Banco Central de Venezuela, en los actuales momentos, se asemeja más a un instituto autónomo. En efecto, de conformidad con Ley del Banco Central de Venezuela del 8 de septiembre de 1939, reformada en diversas ocasiones, el referido establecimiento adoptaba la forma de **compañía anónima**, y por lo tanto se puede encuadrar en la noción de establecimientos públicos asociativos. Esa forma se mantuvo intacta hasta la Ley del 4 de diciembre de 1992, en la que se estableció, de manera un tanto *sui generis*, que el Banco Central de Venezuela es una persona jurídica de naturaleza única (cfr. Artículo 1º).

Hemos visto que la situación ordinaria de los textos legislativos creadores de los establecimientos públicos institucionales confieren a la máxima autoridad de los mismos la representación judicial. Y que de forma extraordinaria o anormal, en ciertas y determinadas circunstancias el legislador ha preferido separar las funciones orgánicas judiciales de las administrativas y dispositivas, como en el caso del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) y el Banco Central de Venezuela.

En el primer caso, no existe mayor inconveniente para el demandante a los fines de solicitar la citación del instituto autónomo: su máxima autoridad —por lo general, ya que en algunas ocasiones se requiere del control político del Congreso de la República— es designado por el Presidente de la República y por ello, tal designación, es publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, gozando de esa manera de un evidente carácter de publicidad.

Pero en el segundo caso, esto es, cuando se confiere por ley a los representantes judiciales la atribución de representar en juicio al establecimiento público, vemos con preocupación que la designación de estos personajes la realiza el Directorio, la Asamblea o la máxima autoridad de cada instituto, según el caso⁷. Esta situación pone de manifiesto la total inseguridad jurídica e indefensión de los particulares que opten por ejercer vías jurisdiccionales en contra de estos establecimientos, ya que es un hecho que no requiere de mayor prueba que las designaciones de estos personajes carecen de toda publicidad. Y es que en nuestro criterio, para que las designaciones de los representantes judiciales de estos institutos autónomos tengan **eficacia**, requieren de cualquier forma la publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. En efecto, estas designaciones de los

⁷ Así, el artículo 297 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, correspondiente al articulado que regula al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), establece que: **“El Fondo tendrá uno o más Representantes Judiciales, quienes serán de la libre elección y remoción de la Asamblea General ... (OMISSIS) ...”** El artículo 225 eiusdem, correspondiente al articulado que regula a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, establece que: **“La Superintendencia tendrá uno o más representantes judiciales, quienes serán de libre elección y remoción del Superintendente, ... (OMISSIS) ...”** Finalmente, la Ley del Banco Central de Venezuela, otorga al Directorio del mismo la facultad de nombrar y remover al o los representantes judiciales (Cfr. Artículo 34).

representantes judiciales de los establecimientos públicos que estamos comentando, no son otra cosa que propios actos administrativos, que si bien no constituyen en su contexto actos administrativos **de efectos generales**, no cabe la menor duda de que los mismos interesan a un número indeterminado de personas y que de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, deben publicarse en la Gaceta Oficial ⁸.

De tal manera pues, en nuestro criterio, tales designaciones no pueden surtir efecto alguno frente a los particulares, si las mismas no fueren publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

Hasta aquí podemos entonces adoptar una primera conclusión: En materia de procedimientos intentados por o en contra de personas jurídicas o entes morales, debe atenderse a la regla general establecida por el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que las personas jurídicas o entes morales, bien de origen privado o público, deberán comparecer en juicio según lo dispuesto por **la ley, los estatutos o los contratos**.

⁸ L.O.P.A.: Art. 72: "Los actos administrativos de carácter general o que interesan a un número indeterminado de personas, deberán ser publicados en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión.

Se exceptúan aquellos actos administrativos referentes a asuntos internos de la administración.

También serán publicados en igual forma los actos administrativos de carácter particular cuando así lo exija la Ley."

Nos parece muy importante aquí citar la opinión de BREWER (82): *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. 145, quien al tratar el tema expresó que: "Así, puede decirse que la Ley Orgánica acoge la clasificación de los actos administrativos, según sus destinatarios, al distinguir los actos administrativos generales de los actos administrativos individuales. Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado de personas o un número determinado; en cambio, los actos administrativos individuales, son aquellos que interesan a un solo sujeto de derecho. Esta distinción estimamos que se acoge en el artículo 72 de la Ley Orgánica al exigirse que también sean publicados en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, aquellos actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas, **que no sean necesariamente actos normativos o de carácter general**. Es decir, esta norma establece indirectamente la diferencia entre el *acto de efectos generales* o de contenido normativo y el *acto general*, el cual aun cuando pueda no tener contenido normativo, interese a un número indeterminado de personas. En estos casos, el acto es general porque interesa a un número indeterminado de personas, y no porque tenga necesariamente un contenido normativo. Por supuesto, también el acto general no normativo, puede tener por destinatarios a un número determinado de personas." (Resaltado nuestro).

2.3. La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado. Oponibilidad de la cuestión previa contenida en el ordinal 4° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Personas legitimadas para la interposición de la cuestión previa

El punto que ahora trataremos, es el relativo a la cuestión previa objeto de análisis y sobre el cual debemos realizar las siguientes precisiones.

2.3.1. Objeto de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado

El sistema de las cuestiones previas establecido por nuestro legislador en el Código de Procedimiento Civil, que fue sin duda una de las reformas más importantes de ese texto legal tiene, como lo expresa Rengel Römberg:

« ... la función de resolver acerca de la regularidad del procedimiento, ya sea para determinar si se cumplen las condiciones en las cuales los sujetos procesales (juez y partes) deben actuar, ya sea para resolver sobre la regularidad de la demanda o de cualquier otro requisito de la instancia»⁹.

En otras palabras, el sistema de las cuestiones previas es sin duda alguna, a nuestro parecer, un modo de depuración del proceso, en el sentido de determinar previamente a la contestación a la demanda —momento preciso de la contraposición de los argumentos de las partes— si la relación jurídico-procesal puede realmente constituirse conforme a los requisitos de ley. Y por ello, pensamos que las distintas cuestiones previas previstas por nuestro legislador en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, tienen una función dirigida precisamente a regular y formar una verdadera relación procesal. Sin embargo, cada una de ellas tiende a preservar una situación procesal distinta. En efecto, adoptando la clasificación de las cuestiones previas de acuerdo a su objeto, como lo expone Rengel Römberg¹⁰, unas están dirigidas a los sujetos procesales (ordinales 1°, 2°, 3°, 4° y 5°),

⁹ RENGEL RÖMBERG (92): *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987*. III. 60.

¹⁰ *Idem*.

otras a la regularidad formal de la demanda (ordinal 6º), a la pretensión (ordinales 7º, 8º y 9º) y, finalmente, a la acción (ordinales 10º y 11º).

Nos interesa sobre todo de la clasificación antes expuesta, poner suma atención a aquellas cuestiones previas destinadas a los sujetos procesales, incluyendo claro está a las partes, y más concretamente a la que es objeto de este estudio, es decir, la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye.

Sin embargo, no podemos hacer una simple puntualización acerca del fundamento o motivo legislativo de esta cuestión previa. Hemos expresado, y esto es cierto, que se trata de una cuestión previa, sin hacer diferenciación alguna de si se trata de una defensa o de una excepción, dirigida a las partes que constituyen la relación jurídico-procesal. Pero profundizando un poco más, nos luce que la misma tiene una razón esencial, que no es otra que la verdadera constitución del *contradictorio* dentro del proceso y que la única forma o manera para lograr este objetivo, es la efectiva *citación del demandado*. Nos encontramos frente a la teoría de los presupuestos procesales que muy bien desarrolló el maestro Calamandrei, entre otros¹¹.

En efecto, la relación procesal, para que pueda en definitiva ser decidida por el órgano jurisdiccional, requiere del cumplimiento de una gran cantidad de requisitos. No basta, como lo expresa Calamandrei, que exista un órgano jurisdiccional y una simple demanda. Es además, necesario, que

¹¹ Nos permitimos citar brevemente las opiniones de CAMALANDREI (73): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. I. 351-352, quien sobre el particular de los presupuestos procesales expresó: "A fin de que la relación procesal se constituya en su primer embrión, son necesarios, al menos, dos elementos: esto es, un órgano judicial, y una demanda de providencia dirigida a él, en las formas establecidas por la ley procesal. Pero estos dos elementos iniciales indispensables no bastan para hacer surgir de un modo concreto y actual, en el órgano judicial requerido, el poder-deber de proveer sobre el mérito de la demanda: a fin de que este deber se concrete, será necesario que el órgano judicial tenga ciertos requisitos que lo hagan idóneo para juzgar sobre aquella determinada causa (*jurisdicción, competencia*), que las partes entre las cuales el proceso se desarrolla, sean sujetos de derecho con capacidad de obrar (*capacidad de ser parte y capacidad procesal*), y que, en ciertos casos, estén representadas o asistidas por un procurador legal o por un abogado (*representación procesal*). Estos diversos requisitos, sin los cuales no nace el poder del juez de entrar a proveer sobre el mérito, se pueden denominar presupuestos procesales *generales*, porque son comunes a todo proceso; pueden darse, además, en cuanto a todo tipo de proceso, presupuestos procesales *especiales* específicamente propios del mismo."

se concreten o perfeccionen otros requisitos: que el órgano jurisdiccional sea idóneo para juzgar, es decir, que cuente tanto con jurisdicción como con competencia, que las partes tengan capacidad de obrar y que sus representantes tengan la capacidad de postulación.

Precisamente el modo depurativo del proceso o, más bien, de la relación procesal, es sin duda alguna el sistema de las cuestiones previas, ya que ellas permiten, antes de la contención o contraposición argumentativa —que se logra sólo con la contestación a la demanda— que se cumplan con exactitud los presupuestos procesales necesarios.

¿Pero cómo lograr la depuración de la relación procesal? es cierto que el demandado cuenta con una serie de mecanismos para lograr depurar la relación procesal para que pueda el órgano jurisdiccional pronunciar una sentencia de mérito. Pero hay algo más: para que el demandado pueda ejercer, si opta por ello, las distintas cuestiones previas que dota el legislador al Código de Procedimiento Civil, se hace necesario el efectivo llamamiento del demandado a la causa, que se logra única y exclusivamente con la citación. La citación se convierte, de esta manera, en el medio idóneo para que el *contradictorio* se perfeccione en el proceso.

El proceso, sin lugar a dudas, comienza por la propia demanda y así lo indica con precisión nuestro legislador en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil¹². No obstante, una cuestión totalmente distinta es el perfeccionamiento del contradictorio, el cual se logra a través de la citación. Así lo ha expresado muy tajantemente Enrico Rendenti, cuando al tratar los principios fundamentales de la ciencia del derecho procesal, explicó:

«El acto de citación que da vida al proceso, debe consistir formalmente en una invitación dirigida y legalmente notificada a otros sujetos, a que comparezcan si quieren ante el juez (*in ius vocatio*-llamamiento a juicio)...(OMISSIS)...La razón por la cual prescribe la ley la institución del proceso en contradic-

¹² C.P.C. (87): Art. 339: "El procedimiento ordinario comenzará por demanda, que se pondrá por escrito en cualquier día y hora ante el Secretario del Tribunal o ante el Juez." Esta norma, desarrollo del principio dispositivo, se encuentra igualmente prevista en el artículo 11 *eiusdem*, que reza: "En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte...(OMISSIS)...".

torio, es la de poner a aquel contra quien se dirige la acción-pretensión, en condiciones de hacer valer ante el juez sus razones y excepciones en sentido contrario¹³.

En Venezuela, no puede existir ningún tipo de duda en cuanto a que el contradictorio se logra precisamente a través de la citación del demandado, ya que ese es precisamente el espíritu del artículo 215 del Código de Procedimiento Civil ¹⁴.

En esta amalgama de ideas, es preciso hacer ciertas precisiones a modo conclusivo:

En primer lugar, el proceso se inicia, como expresamos precedentemente, con demanda de parte; en segundo término, que la relación jurídico-procesal requiere del cumplimiento de los presupuestos procesales necesarios para la obtención de una sentencia de mérito; finalmente, que la citación es el único acto procesal válido para considerar correctamente constituida la relación jurídico-procesal y necesaria para la efectiva formación del contradictorio; requisito por cierto esencial para la *validez* del juicio y que tiene un estricto carácter de orden público.

Ahora bien, estas disquisiciones las consideramos indispensables para el tratamiento de la cuestión previa contenida en el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuye. Efectivamente, esta es una de las cuestiones previas dirigidas o relativas a los sujetos procesales.

Pero el objeto fundamental de esta cuestión previa está dirigido a la necesaria comparecencia del demandado al juicio. Entra en juego la citación del demandado, quien necesariamente debe ser la persona llamada por la ley a actuar como sujeto pasivo de la pretensión esgrimida por el actor. No se trata aquí de confundir elementales nociones del derecho procesal, la cualidad o *legitimitio ad causam* con la capacidad procesal o *legitimitio ad procesum*. De cualquier modo, se trata de una cuestión previa que

¹³ REDENTI (57): *Derecho Procesal Civil*. I. 232.

¹⁴ C.P.C. (87): Art. 215: "Es formalidad necesaria para la validez del juicio la citación del demandado para la contestación de la demanda, citación que se verificará con arreglo a lo que se dispone en este Capítulo".

permite evitar el llamamiento a juicio del demandado a través de una persona que incorrectamente haya sido citada como su representante y que, por consiguiente, permite subsanar ese error procedimental. Atañe así, la cuestión previa, a la denominada legitimación procesal (*legitimatío ad procesum*).

¿Qué sucedería si se pretende citar o traer a juicio al demandado a través de una persona que efectivamente no lo representa judicialmente? Evidentemente que en un caso como el planteado el contradictorio nunca se conformaría, toda vez que la citación, como acto fundamental para ello, persigue que el demandado comparezca válidamente al proceso. Si la comparecencia nunca se perfecciona y el juicio se tramita, evidentemente que el mismo sería objeto de la invalidación, conforme a nuestro Código de Procedimiento Civil.

En conclusión, podemos afirmar que en nuestro criterio, esta es una cuestión previa que se encuentra dirigida a la verdadera *conformación del contradictorio* dentro del proceso judicial¹⁵.

2.3.2. La ilegitimidad del citado como representante del demandado

Como hemos expresado, estamos refiriéndonos a una cuestión previa dirigida a los sujetos procesales, con el objeto de que el contradictorio del proceso se conforme válidamente y que el demandado sea llamado al juicio a través de su verdadero representante judicial. Obviamente, estamos en presencia también de una cuestión previa que atiende a la legitimidad procesal o *legitimatío ad procesum*.

La ilegitimidad del citado como representante del demandado se configura cuando el llamamiento al juicio de este sujeto procesal se verifica en un individuo o persona que carece del carácter de *representante judicial*, bien por disposición estatutaria o legal. Según nuestra doctrina, la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por

¹⁵ En este mismo sentido, Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE (96): *Código de Procedimiento Civil*. III. 54: "La depuración de este vicio es esencial a la debida integración del contradictorio, pues si no existe tal cualidad, no se estará llamando a juicio al verdadero demandado con legitimación a la causa".

no tener el carácter que se le atribuye, se presenta en virtud de demanda seguida contra entes morales¹⁶.

Concordamos con la opinión de nuestra doctrina patria al señalar que fundamentalmente esta cuestión previa está dirigida a que el llamamiento al juicio del demandado se verifique en la persona de su verdadero *representante judicial* y que, en la mayor parte de los casos, se presenta esta situación cuando el sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal es un ente moral. Sin embargo, es también necesario recordar que la cuestión previa podría suscitarse judicialmente, cuando la citación del demandado se ha verificado en la persona de un individuo que no ostenta la representación de otra persona natural, no limitándose a aquellas situaciones en que el sujeto pasivo de la relación procesal es un ente moral o persona jurídica¹⁷.

En este orden de ideas, es necesario concluir que cuando las disposiciones estatutarias, contractuales e incluso legales atribuyen la representación judicial de un ente moral a un individuo determinado, la citación para el proceso debe verificarse, *con exclusividad*, en el verdadero representante judicial. De tal manera, si las disposiciones que rigen y regulan el funcionamiento de un ente moral determinan con claridad que la representación en juicio de esa persona jurídica está atribuida a un *representante judicial*, corresponde al actor lograr que la citación se verifique en dicha persona, toda vez que su incumplimiento acarrearía que de conformidad con lo establecido en el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, el demandado o el citado erróneamente interpongan, indistin-

¹⁶ Así pareciera enfocarlo RENGEL RÖMBERG: *Ob. Cit.* 66-67, cuando expresa: "La ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, la contempla el Ordinal 4º del Artículo 346 C.P.C., y tiene lugar cuando la persona citada como representante del demandado no tiene el carácter que se le atribuye. La hipótesis se presenta con frecuencia cuando se trata de citación de personas jurídicas, realizada en personas sin facultad legal para representarlas en juicio. Así, v.gr., cuando se cita al gerente de la empresa, siendo que los estatutos sociales confieren la representación en juicio al Presidente; o cuando se cita al Presidente, que según los estatutos sólo tiene la representación extrajudicial de la empresa, en lugar del Representante Judicial, que tiene la representación en juicio, etc." (Subrayado nuestro).

En ese mismo sentido, HENRÍQUEZ LA ROCHE (96): *Ob. Cit.* 53-54: "Procede esta cuestión previa cuando la persona señalada como representante de otro o personero de un ente moral, no tiene el carácter que se le atribuye".

¹⁷ En este mismo sentido, SANCHEZ NOGUERA (87): *De la Introducción de la Causa.* I. 76: "Se trata en el presente caso de la posibilidad de que la citación sea pedida y practicada en persona que no ejerce la representación del demandado y que se le haya atribuido en la demanda, como sería el caso de que se señale como representante de un menor a un

tamente, la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado.

2.3.3. Momento y forma para la interposición de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado

Sobre lo relativo a la interposición de esta cuestión previa, es necesario resaltar que su oposición debe cumplir con los requisitos exigidos por nuestro legislador, es decir, que debe ser incoada dentro del correspondiente lapso para dar contestación a la demanda, esto es, dentro de los veinte días de despacho siguientes a la citación realizada dentro del proceso civil ordinario. Adicionalmente, la cuestión previa debe ser interpuesta de *forma acumulativa*, junto con las restantes cuestiones previas del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, si la cuestión previa es interpuesta por el falso citado, no podrá esa persona interponer otras cuestiones previas, ya que realmente carece de la facultad de representar judicialmente al demandado o sujeto pasivo, aspecto que nos detendremos a analizar cuando se revise el tema de las personas facultadas para la interposición de la cuestión previa.

2.3.4. Personas legitimadas para la interposición de la cuestión previa

La cuestión previa de ilegitimidad cuyo análisis nos hemos propuesto realizar, se encontraba también prevista en el Código de Procedimiento Civil de 1916, aunque con matices distintos. Se contemplaba esta misma cuestión previa de una manera un tanto vaga ya que, en numerosas ocasiones, hacía dudar acerca de la persona que era la verdadera legitimada para su interposición¹⁸. La vaga redacción y por consiguiente confusión

presunto padre que no ha reconocido a su hijo, o de un empleado de una sociedad que no ejerce la representación de la misma”.

¹⁸ El Código de Procedimiento Civil de 1916 contemplaba esta cuestión previa (antes excepción dilatoria), de la siguiente forma: “Artículo 248.- Son excepciones dilatorias: ... (OMISSIS) ... Cuarta.- Ilegitimidad de la persona del demandado, por no tener el carácter de representante de otro, carácter con el cual se haya propuesta la acción contra él. ... (OMISSIS) ... ”

En torno a esa excepción dilatoria y la confusión que conllevaba su interpretación en relación a la persona legitimada para su interposición, conviene citar el comentario de

doctrinal y jurisprudencial, como se patentiza en las opiniones de nuestra doctrina patria de la nota 26, no permitía concluir con claridad la persona legitimada para la interposición de la cuestión previa. Es decir, se pensaba que el citado erróneamente no tenía esa legitimación para la interposición de la cuestión previa, ya que no era precisamente parte del juicio; y, por la otra parte, se sostenía que tampoco el demandado podía interponer la cuestión previa en razón de no haber sido citado para el juicio.

El Código de Procedimiento Civil de 1987 pretendió despejar esa confusión, estableciendo con toda claridad que son dos las personas que efectivamente pueden oponer la cuestión previa; a saber: a.- el falso citado o quien hubiere sido citado erróneamente; y, b.- el demandado mismo o su apoderado.

En efecto, esta cuestión previa opera cuando la citación para el juicio en una persona que carece de legitimidad procesal para representar a otro, puede ser opuesta, como lo indica el propio ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por esa precisa persona que carece, se repite, de la especial facultad de representar judicialmente a otra. De tal manera, cuando quien ha sido citado erróneamente opone esta cuestión previa, se derivan de inmediato diversos efectos procesales que no nos corresponde aquí analizar, ya que será estudiado detenidamente *infra*. Pero

HENRÍQUEZ LA ROCHE: *Ob. Cit.* III. 54: "Bajo el Código anterior existía la duda sobre quién tenía legitimidad para proponer esta cuestión, y se afirmaba que, en estricto rigor, ni el citado ni el demandado tenían interés en proponerla: el primero, porque no teniendo el carácter carecía de responsabilidad; el segundo, porque al no haber sido llamado debidamente, continuaba siendo un extraño en la litis. Sin embargo, es este un planteamiento simplista que deja a un lado el embarazo que supone el proceso para la persona citada que, en cierta forma involucra la responsabilidad cuasi contractual de una gestión de negocios, y la responsabilidad procesal deviniente del deber de actuar con lealtad y probidad (Art. 170), sin ocultar hechos relevantes al juicio. De otra parte, el demandado tiene un interés eventual, pero inminente, en cuanto pueden obrar medidas cautelares en su esfera jurídica y hacerse ejecutoria contra sus bienes, aunque no hubiese sido llamado debidamente al proceso."

En igual sentido al anterior, Cfr. PESCI FELTRI (97): *Derecho Procesal Civil (El C.P.C. diez años después)*. XXII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", 218: "La nueva redacción transcrita modifica la que tenía la excepción dilatoria prevista en el ordinal 4º del artículo 248 del C.P.C., derogado, que prevenía la oposición de esta excepción por ilegitimidad de la persona del demandado por no tener el carácter de representante de otra, carácter con el cual se había propuesto la acción contra él. Con la nueva redacción se pretendió corregir las incongruencias dogmáticas que contenía la norma del Código derogado, ya que ella le confería el carácter de parte, en sentido procesal, al representante de ella, confundiendo así ambos conceptos".

evidentemente, el Código de Procedimiento Civil de 1987, creemos, sí permitió corregir las diversas interpretaciones que había dado la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, es necesario resaltar que en opinión de algunos especialistas en la materia, la implementación por parte de nuestro legislador de esta cuestión previa en el Código de Procedimiento Civil de 1987, no corrigió las deficiencias del Código de Procedimiento Civil de 1916. Así, Pesci Peltri ha sostenido sobre este particular que:

«Lamentablemente el legislador no ha logrado su intento porque la solución adecuada era eliminar dicha excepción como cuestión previa en consideración a que el juicio seguido contra quien no ha sido citado es nulo y atacable con el recurso de invalidación. La solución propuesta incurre además en violaciones elementales de principios procesales al permitir que la cuestión previa la oponga tanto la persona citada, que no es parte en el juicio, como el demandado mismo, lo que provocará incidencias innecesarias y no cubren al demandado de los riesgos que ya existían con la norma modificada por seguirsele un juicio donde se omita su citación para la contestación de la demanda»¹⁹.

Por nuestra parte, hemos de concordar con algún aspecto de la opinión citada más no en su totalidad. Es cierto que pareciera incongruente que se le permita a un tercero extraño a la causa —ya que no es parte o sujeto procesal, propiamente hablando— intervenir en ella y más en lo que concierne a la oposición de una cuestión previa. Sin embargo, por una parte, debe decirse que el legislador le ha otorgado plena legitimidad en el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil para la interposición de esta cuestión previa, despejando así las dudas que existían en el Código de Procedimiento Civil derogado, ya que no establecía disposición expresa al efecto. Pero por otra parte, es también necesario acotar que razones de índole procesal y más concretamente de economía y celeridad, han llevado al legislador a prever que la cuestión previa pueda ser opuesta incluso por una persona que no puede ser concebida como parte.

Nuestra discrepancia con Pesci Feltri radica en que no nos parece lógico tramitar enteramente un juicio en razón de que la citación, efectuada

¹⁹ *Ibíd.*, 218-219.

en quien carece de legitimidad o representación judicial de otro, sea nula y que, por ende, quede abierta la vía de la invalidación, de conformidad con lo establecido en los ordinales 1º y 2º del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil ²⁰. Es totalmente acertado que si el juicio se tramitase enteramente mediante la citación de una persona ilegítima para representar judicialmente a otro, quede plena y abierta la vía del juicio de invalidación, de conformidad con la norma antes indicada. No obstante, interpretando el espíritu del legislador al prever que la cuestión previa pueda ser opuesta por quien carece de la legitimidad judicial de otra persona, nos hace presumir que esa intención está dirigida a evitar que, posterior a la tramitación de un juicio en que hubiere ausencia de citación, se intente la demanda de invalidación. Por supuesto, nos parece y en esto acordamos con Pesci Feltri, que si el falso o erróneamente citado no opondrá la cuestión previa y se tramita el juicio en rebeldía, siempre tendrá el demandado la posibilidad de acogerse a la invalidación.

Ahora bien, nos parece acertada la disposición legislativa, en el sentido de permitir que un tercero, extraño a la causa, oponga la cuestión previa y así evitar la tramitación de todo un juicio en rebeldía que luego pueda ser invalidado por razones de nulidad en la citación. Reiteramos que en estas situaciones, razones de celeridad y economía procesal permiten que incluso una persona que no es parte, procesalmente hablando, pueda interponer la cuestión previa.

En este contorno de ideas podemos entonces llegar a una primera conclusión, que no es otra que la posibilidad que quien ha sido citado como representante judicial de otra persona y carezca efectivamente de esa legitimación, puede oponer legalmente la cuestión previa contenida en el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil ²¹.

²⁰ C.P.C. (87): Art. 328.- Son causas de invalidación:

- 1) La falta de citación, o el error, o fraude cometidos en la citación para la contestación.
- 2) La citación para la contestación de la demanda de menor, entredicho o inhabilitado ... (OMISSIS) ...”

²¹ En contra de esta opinión puede consultarse a PESCI FELTRI: *Ob. Cit.* 219: “C) Que el citado comparezca y oponga la cuestión previa que analizamos. Esta circunstancia choca con un principio procesal básico como es aquel según el cual los actos procesales en un juicio pueden realizarlos las partes que lo sean en sentido procesal. En este caso la citación de una persona del representante del demandado, sin serlo, no le da a éste el carácter de parte en el sentido procesal, por lo que ningún acto de esta naturaleza podrá realizar ni por cuenta del demandado ni en nombre propio”.

En segundo término, hemos dicho que también el propio demandado o su apoderado debidamente constituido, pueden oponer la cuestión previa de ilegitimidad, ya que así lo prevé el ordinal 4º del artículo 346 *eiusdem*, derivándose de esa actitud procesal consecuencias diversas que, como dijimos anteriormente, deben ser tratadas separadamente y no en esta sección.

2.3.5. El trámite posterior a la oposición de la cuestión previa. La subsanación

Anteriormente tocamos el tema referente a la oponibilidad de la cuestión previa, su momento y su forma, así como también las personas legitimadas para la interposición de la misma.

Ahora nos proponemos analizar muy brevemente los trámites procesales de esta cuestión previa luego de su interposición y más concretamente en lo atinente a la subsanación de la misma. En efecto, estamos en presencia de una cuestión previa que, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, son subsanables por parte del demandante y que al producirse una subsanación, se evita el pronunciamiento jurisdiccional y la consecuente condenatoria en costas si se estimare que el oponente de la cuestión previa obró correctamente.

El tema de la subsanación de esta cuestión previa presenta, sin lugar a dudas, diversas interpretaciones. Por un lado, el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil va pormenorizando la forma o manera en que el actor debe subsanar cada una de las cuestiones previas que pueden ser corregidas antes de la contestación a la demanda.

Sobre esta cuestión previa, dispone el referido artículo 350 *eiusdem*, que la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por carecer de ese carácter atribuido, se subsana «*mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante*». Nada más vago y confuso que una disposición como ésta; o mejor aún, como lo expresa Pesci Feltri, una fórmula ilógica²².

²² Idem: "A) Según el aparte tercero del artículo 350, la manera para subsanar este vicio supone la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante. Esta manera de subsanar el vicio carece de lógica ya que no se entiende el porqué un vicio cometido por el demandante al instaurar el proceso, debe ser corregido por el demandado que ningún interés tendrá en subsanar un error cometido por la parte actora."

Pensamos que la fórmula adoptada legislativamente es vaga y confusa, ya que nos parece imposible que el vicio sea corregido por el actor en la manera como ha sido prevista en la norma.

¿Es que acaso el actor debe obligar a comparecer al juicio al verdadero representante del demandado? ¿Existe alguna fórmula para constreñir al representante de otro para comparecer mediante ese sistema? Pensamos que no. La comparecencia al juicio por parte del demandado, se produce en nuestro proceso mediante su *citación* o su *comparecencia voluntaria*.

Pero el asunto se complica todavía más cuando la cuestión previa es opuesta por la persona erróneamente citada como representante judicial de otro.

En esta última situación, esto es, cuando la cuestión previa es opuesta por el falso representante o persona que carece del carácter de representante judicial de otro, la única «posible» subsanación o corrección del actor a esta cuestión previa, sería la de un simple señalamiento de la persona que realmente detente el carácter de representante judicial de otro; es decir, que el actor tendría la carga de demostrar ante el órgano jurisdiccional, quién o quiénes son los verdaderos representantes judiciales del demandado y solicitar, del propio órgano jurisdiccional, la *citación* de estos personajes.

Por el contrario, no vemos inconveniente para la subsanación, cuando la cuestión previa es opuesta, ya que así lo autoriza el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por el propio demandado o su apoderado debidamente constituido. En esta circunstancia la solución es mucho más sencilla, ya que si la cuestión previa es opuesta por el demandado o un apoderado con facultad para darse por citado en su nombre, al actor le bastará indicar al Tribunal quién o quienes son los verdaderos representantes judiciales, sin necesidad de recurrir a una nueva citación y por ende, se pasará directamente al lapso para dar contestación a la demanda.

Y resultaría totalmente lógica la solución propuesta, ya que la citación del demandado mismo se ha verificado mediante su voluntaria compa-

Estamos de acuerdo con Pesci Feltri en el sentido de que es ilógica la subsanación, pero no concordamos con la afirmación de que deba ser subsanado el vicio por el demandado. Obviamente el demandado no es quien debe subsanar o corregir el vicio, sino el actor.

recencia al juicio, oponiendo, a tal efecto, la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como su representante judicial²³.

En nuestra opinión, la comparecencia efectiva del propio demandado o de su apoderado judicial debidamente constituido, significa sin más que no podría sustentarse una posible reposición de la causa al estado de una nueva citación, ya que ésta se ha perfeccionado de tal manera, voluntariamente, en el juicio. De hecho, si el propio demandado es quien propone la cuestión previa de ilegitimidad del ordinal 4° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, es porque se enteró efectiva y prontamente del juicio, en cuyo caso la cuestión previa pareciera superflua.

En cuanto a la subsanación, si la cuestión de ilegitimidad es propuesta por el propio demandado, le bastará al actor indicar, mediante escrito, el verdadero representante judicial del sujeto pasivo. No obstante —debemos repetir— que el tema de las consecuencias que se derivan de la interposición de la cuestión previa y su declaratoria con lugar, serán tratados en la sección siguiente.

2.3.6. La falta de subsanación y la necesidad de una declaratoria judicial. Consecuencias derivadas de la declaratoria con lugar de esta cuestión previa

2.3.6.1. El trámite procesal en razón del rechazo a la cuestión previa u omisión de subsanación

Como sucede en este tipo de cuestiones previas subsanables, en el caso de que el actor rechace la afirmación del oponente de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, por no tener el carácter que se le atribuya o si prefiere no subsanar, dispone el Código de Procedimiento Civil de la apertura de una articulación probatoria de ocho días para promover y evacuar pruebas, debiendo el Tribunal decidir en el décimo día siguiente al vencimiento de tal articulación.

²³ Basta simplemente leer el artículo 216 del Código de Procedimiento Civil relativo a la citación tácita.

Por razones obvias, la actitud del actor que rechaza u omite subsanar el vicio indicado, bien por el propio demandado o su apoderado, o también por la persona citada erróneamente como representante judicial del demandado, obliga, según lo previsto en nuestro Código adjetivo procesal, a la apertura de pleno derecho de la articulación probatoria antes referida. Así, el oponente de la cuestión previa, sea el falso citado o bien el propio demandado, tendrá la carga de demostrar ante el órgano jurisdiccional, quién o quiénes son los verdaderos representantes judiciales del sujeto pasivo. Y si el demandante rechazare expresamente la cuestión previa, pues entonces tendrá él la carga de demostrar que la citación realizada en el proceso fue hecha válidamente.

Nos luce así que la única prueba permitida en estas situaciones es la prueba documental. Recordemos que en todos estos casos o por los menos la mayor parte de las situaciones que se suscitan en materia de ilegitimidad de la persona citada como representante de otro, se verifica cuando el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal es una persona jurídica, sin descartar, por supuesto, que tal circunstancia se verifique también cuando se pretenda citar a una persona natural cuya representación judicial esté a cargo de otra.

Si repasamos los comentarios que realizamos cuando tocamos el tema del principio rector en materia de citación de personas jurídicas y entes morales, habíamos expresado que en tal sentido se erigía la disposición contenida en el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil. Según ese dispositivo técnico, la citación de tales entes morales debe efectuarse según lo que dispongan la ley, los estatutos o sus contratos.

De tal manera pues que, en nuestro criterio, la única prueba permitida en estas situaciones es la prueba documental, es decir, aquella en donde se demuestre de manera fehaciente la persona que detente el carácter de representante judicial de otro.

En este contorno de ideas y, finalizada la articulación probatoria a que se refiere el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal deberá dictar decisión en el décimo día siguiente al vencimiento de aquella; decisión que deberá versar, por razones obvias, sobre si la citación fue realizada correctamente en la persona que designa la ley, los estatutos o los

contratos, con los elementos probatorios documentales que constan en autos.

2.3.6.2. Consecuencias de la declaratoria con lugar de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado

Las consecuencias derivadas de la declaratoria con lugar de la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, es uno de los puntos *neurálgicos* de esta situación procesal, tal cual lo afirmamos al tratar el tema de la subsanación de la cuestión previa en comentario. En efecto, anteriormente indicamos que nos parecía que la fórmula adoptada en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil es vaga y confusa, ya que nos parecía absurdo que el actor constrañera al demandado a comparecer al juicio a través de su verdadero representante. Recordemos que la indicada norma establece que la cuestión previa del ordinal 4º del artículo 346 *eiusdem*, se subsana «mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante».

En esta ocasión, la situación presenta quizás las mismas aristas del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, ya que el artículo 354 de ese mismo texto normativo, establece que declarada con lugar la cuestión previa, deberá el actor subsanar el defecto u omisión en la misma forma en que se indica en la primera de las normas citadas. Es decir, se repite la fórmula, mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante.

Se presenta una idéntica situación absurda y sin sentido. Pensamos que el legislador debió ser concreto en cuanto a estas disposiciones o, por lo menos, distinguir si la cuestión previa es opuesta por el falso citado como representante del demandado o por el demandado mismo o su apoderado debidamente constituido. Si la cuestión previa es opuesta por el propio demandado, no encontramos que el actor pueda subsanar como lo estipula el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, esto es, mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante. En estas situaciones, si quien ha opuesto la cuestión previa es el demandado mismo –que por razones lógicas ha actuado en el proceso a través de su verdadero representante judicial o por medio de un apoderado constituido con instrumento poder otorgado por el verdadero representante judicial-

nos parece ilógico que el actor deba subsanar ya que la presencia del demandado ha convalidado por razones evidentes la errónea citación.

El análisis del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil hace concluir que la actuación por parte del demandado que interpone la cuestión previa de ilegitimidad, constituye sin más su auto citación o citación tácita para el proceso, ya que ha comparecido válidamente en él. ¿Qué sentido tendría que el actor deba subsanar la cuestión previa en estas situaciones? Ninguno. Debe reiterarse que, en nuestra opinión, cuando la cuestión previa es interpuesta por el propio demandado o su verdadero representante judicial, se ha verificado para el juicio su citación. Pensamos así que esta circunstancia merece una seria reflexión para futuras reformas de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, otra es la situación cuando quien interpone la cuestión previa es el falso citado, es decir, aquel que no detente en realidad la representación judicial del demandado. En estas situaciones, por razones de celeridad y economía procesales, siempre será necesario acudir a la figura de la reposición de la causa al estado de nueva citación.

Pensemos por un momento que quien interpone la cuestión previa es un extraño a la relación procesal, situación que se encuentra autorizada por el propio ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, anteriormente citado y transcrito. Este personaje aduce, ciertamente, que no detenta el carácter de representante judicial de otro y demuestra que tal representación judicial, la detenta otra persona. En este caso, con los elementos probatorios que consten en autos, el Tribunal de la causa debería dictar su decisión acordando con lugar la cuestión previa.

¿Pero cómo podría subsanar el actor el defecto en la citación? Según el artículo 350 ya tantas veces nombrado, la subsanación debe realizarse *mediante la comparecencia del demandado mismo o su verdadero representante*. Pero hay más: de acuerdo al artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, el actor cuenta con un término de cinco días de despacho para subsanar el defecto u omisión. ¿Cree el lector posible que en nuestro sistema de justicia pueda lograrse la citación **efectiva** de un demandado en el término de cinco días? La respuesta es **negativa**.

Apartando consideraciones de tipo socio-políticas, y limitándonos a cuestiones de índole jurídico, pensamos que cuando ocurren este tipo de situaciones, esto es, cuando la cuestión previa es interpuesta por quien no detenta la representación judicial de otro, el contradictorio nunca se ha formado, por la sencilla razón de que al demandado jamás se le ha llamado a juicio *válidamente* a los fines de la contestación de la demanda. Debe recordarse que uno de los principios que revisten al proceso civil es el del contradictorio; situación que se logra y verifica *única y exclusivamente* con la citación del sujeto pasivo de la relación procesal.

Cuando la cuestión previa es interpuesta por el falso representante, nos parece lógico que la causa deba reponerse. No puede, como lo indica el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, sostenerse que el Tribunal deba ordenar al actor subsanar la cuestión previa en la forma establecida en el artículo 350 *eiusdem*, mediante la comparecencia del demandado mismo o de su verdadero representante en el tan corto lapso de cinco días de despacho, ya que ante la casi imposibilidad de lograr la citación en ese período, correría el actor el riesgo de asumir las consecuencias consagradas en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil²⁴. Sin embargo, no puede hacerse aquí una conclusión tan ligera como la expuesta, aunque sostenemos serían válidas para realizar una seria reforma del Código.

En efecto, si se ha afirmado que la citación es un requisito indispensable para la válida instauración del contradictorio —no del proceso ya que este comienza por demanda— y si la misma se verifica en persona que no detenta la representación judicial de otro, es obvio concluir que se violentaría una evidente disposición de orden público, es decir, el válido llamamiento del demandado al juicio.

²⁴ C.P.C. (87): Art. 271: "En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perención." En nuestra doctrina, y sobre el tema de la brevedad del pretendido lapso de subsanación de esta cuestión previa, Cfr. ZOPPI (92): *Cuestiones Previas y otros Temas de Derecho Procesal*. 156-157, expresó: "Lo que sí es un verdadero caos es el ordinal 4º, pues si prospera debe comparecer alguien que no ha estado citado. La jurisprudencia deberá enmendar este desacierto y exigir que se practique nueva citación. Ambas cuestiones, cuando prosperan, ofrecen un grave problema: si el demandante es un no presente en el país o una sociedad extranjera, fue una inadvertencia del legislador exigir, para todos los casos, un plazo tan breve como el de cinco días —calendario— para corregir, por lo que, sin duda, todos estos casos caerán indefectiblemente en la perención breve con la grave consecuencia".

Así, se ha venido sosteniendo que la citación «es una formalidad necesaria, esencial, para la validez del juicio»²⁵; formalidad que, cabe reiterar, es imprescindible para la verdadera formación del contradictorio procesal.

De cualquier forma, la citación debe agotarse a través de los sistemas establecidos por nuestro legislador en nuestro Código de Procedimiento Civil, es decir, bien de forma personal, por carteles o por correo certificado (este último sistema en el caso de las personas jurídicas o entes morales). Agotados los trámites de la citación, sin que la misma se hubiere logrado, entonces podrá hablarse de la posibilidad de la continuación del proceso, esto es, en ausencia del verdadero demandado, pero suplido, por orden legislativa, a través de la figura del defensor *ad litem*.

Pero retomando la idea de que la citación reviste un evidente carácter de orden público, no podemos olvidar que el tema ha sido objeto de innumerables posturas tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Efectivamente, sobre este particular González Escorche, ha explicado las diferentes tendencias que han tomado la doctrina y la jurisprudencia acerca del carácter de orden público de la citación y su posible relajación por la parte demandada. Así, sostuvo que:

«Nuestra doctrina clásica, sobre todo la del eximio procesalista Arminio Borjas, mantuvo el criterio que el vicio en la citación como cualquier otro que la pueda invalidar, se subsana o cubre con la presencia de la parte interesada; en cambio, otro sector doctrinario opina que sólo pueden ser cubiertas las formalidades meramente accidentales y, en modo alguno, las de fondo o sustanciales, pero esta distinción no es procedente en materia de citación, porque no es de orden público, ya que el legislador permite que el demandado comparezca a darse por citado o que le confiera poder a un tercero para que lo haga en su nombre.

²⁵ Cfr. GONZÁLEZ ESCORCHE (96): *La Sentencia Civil como Declaración de Voluntad*. 121.

Otra opinión calificada es la del Maestro Cuenca, para quien la presencia de las partes en el acto de la litis contestación es capaz de subsanar cualquier irregularidad que se haya cometido en el acto de la citación y concretamente en las formalidades del emplazamiento.

Antes este crepitante ambiente, creado por calificadas opiniones de la doctrina venezolana, nuestra vieja y extinta Corte Federal y de Casación, en un memorable fallo del año 1946, dejó asentado que la asistencia personal de ambas partes suple perfectamente cualquier citación previa, ya que el propósito del legislador es que las partes estén a derecho a fin de evitar la indefensión.

Criterio que la Casación Civil, amplió y mejoró en jurisprudencia de fecha 10 de junio de 1992, donde, reiterando la vieja doctrina, asentó que en materia de citación está interesado el orden público, porque es un requisito esencial para la validez del juicio; por lo tanto, es indispensable que se cumpla con el trámite de la citación para deducir la defensa de la parte y si ésta no se produce o no se produjo el ejercicio del derecho a la defensa, es procedente la reposición de la causa. Pero si se subsanó el vicio de la citación, de alguna forma, y se ejerció el derecho de la defensa, resultará inútil toda sanción de nulidad, porque en tal caso se cumplió con la finalidad del acto señalado como impretermitible por la Ley»²⁶.

Como se puede evidenciar de los párrafos anteriormente transcritos, la doctrina venezolana asumió diferentes posturas acerca del carácter de orden público de la citación en el proceso; posturas que, en definitiva, corroboradas por la doctrina de nuestro máximo Tribunal, han concluido en que la citación, si bien es una formalidad necesaria y esencial para la validez del juicio –criterios que en nuestra opinión afianzan el carácter de orden público– puede ser relajada por las partes al constarse la presencia voluntaria del demandado al proceso.

²⁶ Idem, 121-122.

En otras palabras, si bien la citación tiene un evidente tinte de orden público, no puede dejar de decirse que el propio demandado, si así lo prefiriese, puede comparecer válidamente al proceso, personalmente o a través de apoderado judicial debidamente constituido, obviándose los trámites procedimentales para lograr su citación. En conclusión, hemos partido de un criterio de orden público de la citación, referido a su necesario agotamiento en el proceso, pero apareciendo relajado cuando el demandado asiste o comparece válidamente a él. Por tales razones se previó inicialmente en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, que la parte demandada puede darse por citada personalmente para la contestación, mediante diligencia suscrita ante el Secretario del Tribunal (encabezamiento del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil).

Excepcionalmente, también previó el Código de Procedimiento Civil de 1987, lo que se denomina en doctrina *auto citación*, *citación tácita* o *citación presunta*, es decir, aquella que se perfecciona en el proceso, cuando de autos se desprenda que la propia parte o su apoderado —antes de la citación— realicen alguna diligencia en el proceso o hubieren estado presentes en algún acto del mismo, a cuyo efecto dispone el único aparte del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, que se entenderá citada desde ese entonces para la contestación a la demanda, sin más formalidad.

En tal sentido, es obvio concluir nuevamente que si bien la citación en principio es una formalidad esencial, necesaria y por ende de orden público para la validez del proceso, también es menester indicar que el trámite procesal para obtener la citación del demandado puede omitirse cuando aparezcan dadas las circunstancias anotadas por el único aparte artículo 216 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, se hace indispensable aquí encuadrar las anotadas nociones en el tema de la ilegitimidad de la persona que es citada como representante del demandado, toda vez que nos hemos percatado que cuando el oponente de la cuestión previa contenida en el ordinal 4° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, no es el verdadero representante del demandado, evidentemente el contradictorio nunca se ha perfeccionado. Si esto es así, será entonces necesario atender a la *reposición de la causa* como solución irremediable a la circunstancia descrita, contrariamente a la solución adoptada por el legislador en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 350 *eiusdem*, en el sentido

de que el actor debe subsanar la cuestión previa, mediante la comparecencia del demandado mismo o su verdadero representante.

Vemos lógico atender a la reposición de la causa, basándonos en una muy precisa situación: si el demandado no ha sido válidamente citado para el proceso sino que, en su defecto, la citación se ha producido en una persona que no detenta su representación y que de paso opone la cuestión previa de su ilegitimidad para ser citada, pareciera absurdo que el actor pueda subsanar el referido defecto, obteniendo la citación del verdadero representante del demandado dentro del perentorio lapso de cinco días de despacho a que hace referencia el nombrado artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, en la forma descrita en el artículo 350 *eiusdem*.

Más absurdo sería que obtenida tal citación, el demandado, citado válidamente dentro del lapso establecido por las normas antes indicadas, procediera a dar contestación dentro del plazo establecido en el ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil ²⁷.

²⁷ C.P.C. (87): Art. 358: "Si no se hubieren alegado las cuestiones previas a que se refiere el artículo 346, procederá el demandado a la contestación de la demanda. En caso contrario, cuando habiendo sido alegadas, se las hubiere desechado, la contestación tendrá lugar: ... (OMISSIS) ...".

2º En los casos de los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 346, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la parte subsane voluntariamente el defecto u omisión conforme al artículo 350; y en caso contrario, dentro de los cinco días siguientes a la resolución del Tribunal, salvo el caso de extinción del proceso a que se refiere el artículo 354. ... (OMISSIS) ...".

Vale la pena anotar que este artículo 358 del Código de Procedimiento Civil es sumamente confuso, al establecer el lapso dentro del cual tendrá lugar la contestación de la demanda tanto cuando son declaradas con o sin lugar, no obstante a que se dispone en el encabezado, que la contestación se efectuará en los lapsos establecidos en los ordinales subsiguientes cuando las mismas son declaradas sin lugar o desechadas. De la misma manera lo advirtió ZOPPI (89): *Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil*. I. 79-80, así: "Parece que no se pensó bien en todas las posibilidades cuando se aprobó el artículo 358, y ni siquiera se dieron pautas claras para los casos de promoción de varias cuestiones previas acumulativamente.

Apenas si del artículo 352 se deduce que cuando una fuese la falta de jurisdicción, el Tribunal debe decidir ésta exclusivamente y esperar que concluye la regulación y/o consulta, para entrar a conocer de las demás, lo que se hará si, lógicamente, se afirma la jurisdicción. Esa es la única hipótesis más o menos clara (ordinal 1º del artículo 358).

Pero lo que es ilógico y hasta incongruente es que el artículo 358 comience por decir que si no se alegan cuestiones previas o si son desechadas, cuándo será la contestación. Y es ilógico, porque en el ordinal 1º prevé lo que ocurrirá cuando es declarada CON LUGAR la incompetencia o la acumulación; y en el ordinal 2º prevé lo que ocurrirá cuando el demandante subsane voluntariamente (aquí puede decirse que prosperó por vía de autocompo-

¿Por qué parece absurdo que el demandado deba contestar la demanda en el lapso establecido en el ordinal 2º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil? Por cuanto si la citación se efectuó dentro del lapso establecido en el artículo 354 *eiusdem*, no podría válidamente sostenerse que el demandado, citado así, deba contestar la demanda en un tan breve lapso de cinco días de despacho. ¿Es que acaso puede coartársele al sujeto pasivo de la relación procesal contestar la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil?²⁸, pensamos que no, y de ahí que se haga necesaria una profunda revisión y reforma del articulado del Código adjetivo procesal en materia de cuestiones previas.

Recapitulando: a.- por una parte, hemos dicho que si el oponente de la cuestión previa es el citado erróneamente como representante del demandado, el contradictorio jamás se ha formado, ya que obviamente el sujeto pasivo de la relación procesal no ha sido válidamente llamado al juicio; b.- así mismo, que la subsanación propuesta por el legislador carece de sentido, toda vez que la solución jurídico-procesal parece ser la reposición de la causa. Se puede detectar, en este conjunto de ideas, soluciones legislativas incongruentes que merecen, reiteramos, de una profunda revisión y reforma.

Ahora bien, para fundamentar jurídicamente la nulidad de lo actuado y por consiguiente la reposición de la causa, en aquellos casos en que la cuestión previa de ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado sea opuesta por quien no detenta tal representación, será pre-

sición). Y lo que es más grave: si es opuesta y no se subsana, la contestación en cinco días después de la resolución que declare CON LUGAR o SIN LUGAR la respectiva cuestión, pues hasta contempla el caso de perención con el agravante de que el demandado tiene cinco días para contestar, ambos plazos contados desde el mismo día, lo que es, sin duda, un caos, porque si el actor subsana el quinto día ¿cuándo es la contestación? No lo dice el ordinal 3º, porque aquí se prevé exclusivamente la hipótesis de la declaratoria sin lugar. *Total que este artículo 358 es la gran preocupación del nuevo Código, por su imprecisión y los problemas que traerá en la práctica, y su necesaria aclaración es suficiente para justificar una reforma lo más pronto que sea posible, aun cuando la jurisprudencia se encargará por obvia necesidad, de aclarar las cosas. De momento pensamos que, al menos la frase "se las hubiese desechado" estuvo demás y tendrá que suprimirse.*" (Cursivas nuestras).

²⁸ C.P.C. (87): Art. 344: "El emplazamiento se hará para comparecer dentro de los veinte días siguientes a la citación del demandado, o del último de ellos si fueren varios. ... (OMISSIS) ..."

ciso atender al contenido y espíritu del artículo 212 del Código de Procedimiento Civil ²⁹.

En efecto, ha dispuesto el legislador en la referida norma la regla general de que nulidad de un acto aislado del procedimiento o la de los actos consecutivos a un acto írrito, sólo puede ser declarada a instancia de parte, reiterando así el carácter dispositivo del proceso civil venezolano. Pero adicionalmente, también establece la norma el régimen de excepción a la solicitud de nulidad a instancia de parte, lo que ocurre en circunstancias muy concretas; a saber: a.- que se trata de quebrantamiento de leyes de orden público, lo que ni siquiera puede ser consentido expresamente por las partes; b.- que la parte contra quien obre la falta no hubiere sido citada válidamente para el juicio; c.- que la parte contra quien obre la falta no hubiere sido notificada para su continuación (aunque la norma parece referirse erróneamente a la «citación» para la continuación del proceso); y, d.- que habiendo sido citada la parte contra quien obre la falta, no hubiere comparecido a los fines de solicitar la nulidad ³⁰.

Como se puede evidenciar, en los supuestos de la cuestión previa contenida en el ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, cuando sea opuesta por la persona que no detente el carácter de representante de otro, se abre la posibilidad de que el juez, oficiosamente,

²⁹ C.P.C. (87): Art. 212: "No podrán decretarse ni la nulidad de un acto aislado del procedimiento, ni la de los actos consecutivos a un acto írrito, sino a instancia de parte, salvo que se trate de quebrantamiento de leyes de orden público, lo que no podrá subsanarse ni aun con el consentimiento expreso de las partes; o cuando a la parte contra quien obre la falta no se la hubiere citado válidamente para el juicio o para su continuación, o no se hubiere concurrido al proceso, después de haber sido citada, de modo que pudiese ella pedir la nulidad".

³⁰ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob Cit.* II. 133-134: "1. La sintaxis de esta norma, que repite –salvo la parte inicial– el artículo 233 del Código derogado, puede llamar a confusión, y es menester aclararla. El propósito del precepto es introducir el principio dispositivo del artículo 11: *ne procedat iudex ex officio* en el sistema de las nulidades procesales, y por ello se establece como regla general la necesaria instancia de parte. A partir de allí la norma establece la excepción a ese principio: que se trate de leyes de orden público. Si ha habido infracción de leyes de orden público, el juez puede declarar la nulidad de oficio, y no se acepta la subsanación del vicio ni siquiera cuando las partes estuvieren de acuerdo en ello. Seguidamente la norma añade tres supuestos que en propiedad son ejemplos de la excepción introducida: que el demandado no haya sido citado para la contestación a la demanda, o que la parte no haya sido notificada para la continuación del juicio (Art. 251), o que habiendo sido citada, no hubieses comparecido, bien para convalidar el vicio, bien para pedir la nulidad".

decrete la nulidad de lo actuado, reponiendo la causa al estado de citación, en el sentido que ésta se verifique en quien detenta la representación judicial del demandado.

En el mismo sentido expuesto, una decisión de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de marzo de 1998, en el caso de American Airlines INC en contra del Banco Central de Venezuela y subsidiariamente a la República de Venezuela, con ponencia de la Magistrada Dra. Hildegard Rondón de Sansó y voto salvado de la Magistrada y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dra. Cecilia Sosa Gómez, sostuvo:

«Una interpretación estricta de la norma –refiriéndose la sentencia a lo dispuesto en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil- haría sostener que de ser declarada con lugar la cuestión previa opuesta en el presente juicio, el actor tendría la carga irremediable de lograr la citación del BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, en la persona de sus representantes judiciales, en el plazo perentorio de cinco (5) días a contar desde la última notificación que del presente fallo se haga, so pena de ser sancionado, como lo dispone el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, con la extinción del proceso. ... (OMISSIS) ...

Pero tan cerrada interpretación no puede ser colegida por la Sala, y menos aún el impedir que la actora pueda lograr la citación, no solo de forma personal, sino a través de cualquier otro medio permitido por la legislación.

Debe la Sala recordar que la cuestión previa de la ilegitimidad de la persona citada como representante del codemandado, puede ser opuesta, conforme a los términos del propio ordinal 4º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, por diversas personas: a saber: a) la persona erróneamente citada; b) el demandado mismo; y, c) su apoderado.

En el presente caso, la cuestión previa fue interpuesta por el falso representante del BANCO CENTRAL DE VENEZUE-

LA, es decir el ciudadano ANTONIO CASAS GONZALEZ, toda vez que actuó en representación de sus propios derechos e intereses y no por el propio representante judicial del BANCO CENTRAL DE VENEZUELA.

En criterio de la Sala, dependiendo de cuál sea la persona que interponga la cuestión previa será o no aplicable el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto de ser el propio representante judicial del demandado quien oponga la cuestión previa, se haría innecesario la reposición del proceso, ya que con tal actuación debe considerarse el demandado como válidamente citado, de acuerdo a los términos del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la citación tácita o presunta. Distinta es la situación si la cuestión previa es opuesta, como en el caso de autos, por un falso representante o quien erradamente fue citado como representante del demandado.

En esta última situación, considera la Sala que el procedimiento debe reponerse por razones obvias, toda vez que la citación del demandado jamás se ha perfeccionado de acuerdo a las normas que rigen la materia de la citación en juicio, como para considerar que las partes se encuentran constituidas a los fines de la contestación a la demanda o bien, para la interposición de cuestiones previas.

Adicionalmente, como es bien sabido, la citación de las personas naturales y/o jurídicas, puede lograrse no solo de forma personal, conforme a las pautas del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, sino también de acuerdo a las otras modalidades, legislativamente consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, para verificar la citación del demandado y, por consiguiente, su comparecencia para la contestación a la demanda.

Cercenar la posibilidad para el actor de lograr la citación del demandado a través de otros medios legales y en las formas establecidas por la legislación, dándolo solo cinco (5) días de

despacho para lograr efectivamente la citación, sería prácticamente imposibilitar el acceso a la tutela solicitada del órgano jurisdiccional.

... (omissis) ... En tal sentido, y por cuanto el demandado BANCO CENTRAL DE VENEZUELA no ha sido citado válidamente dentro de este proceso, requisito indispensable para poder considerar a las partes constituidas en el proceso, se ordena la reposición del procedimiento al estado de la efectiva citación del codemandado y, verificado ello, se procederá a la continuación del proceso conforme a lo dispuesto en el auto del Juzgado de Sustanciación de fecha 31 de octubre de 1996».

Es nuestra opinión que la precedentemente citada sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia aclaró acertadamente las dudas creadas en la redacción de las normas contentivas de la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado y la forma de subsanación y preverse de tal manera, la reposición de la causa al estado de obtenerse la citación válida del Banco Central de Venezuela, codemandado en el referido proceso.

No obstante ello, pensamos que quizás —en ese caso particular— la decisión ha podido evitar la reposición de la causa y ordenar, sin más, la contestación al fondo de la demanda, toda vez que fue el propio Presidente de la institución financiera quien opuso la cuestión previa; síntoma que el propio Banco Central de Venezuela —si bien a través de su Representante Legal y no a través de su Representante Judicial— conocía ciertamente acerca de la demanda intentada por la actora³¹.

³¹ Esta fue precisamente la posición adoptada por la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, quien en su voto salvado expresó lo siguiente: "Quien disiente considera que si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley del Banco Central de Venezuela dispone que éste tendrá uno o más representantes judiciales, quien serán los únicos funcionarios, salvo los apoderados debidamente constituidos, que podrán representar judicialmente al Banco, no es menos cierto que los mismos son designados por el Directorio de éste, el cual, además es presidido por el Presidente del Banco, por tanto, en el caso concreto, el ciudadano Antonio Casas González al recibir, el día 29 de julio de 1996 a las 9:45 a.m., la copia certificada de la solicitud (libelo), auto de admisión y auto de comparencia, en su condición de Presidente del Banco Central de Venezuela, se entera y sabe de la acción que se ha ejercido contra el Organismo legalmente por él representado, y como Presidente del Directorio del Banco sabe quienes son los representantes judiciales del mismo, razón por la cual considero que no debió reponerse el procedimiento al estado "de la efectiva citación del code-

«Quien disiente considera que si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley del Banco Central de Venezuela dispone que éste tendrá uno o más representantes judiciales, quien serán los únicos funcionarios, salvo los apoderados debidamente constituidos, que podrán representar judicialmente al Banco, no es menos cierto que los mismos son designados por el Directorio de éste, el cual, además es presidido por el Presidente del Banco, por tanto, en el caso concreto, el ciudadano Antonio Casas González al recibir, el día 29 de julio de 1996 a las 9:45 a.m., la copia certificada de la solicitud (libelo), auto de admisión y auto de comparencia, en su condición de Presidente del Banco Central de Venezuela, se entera y sabe de la acción que se ha ejercido contra el Organismo legalmente por él representado, y como Presidente del Directorio del Banco sabe quienes son los representantes judiciales del mismo, razón por la cual considero que no debió reponerse el procedimiento al estado «de la efectiva citación del codemandado ...», sino, en todo caso, y en aras de la celeridad procesal, fijar oportunidad para la realización del acto de contestación de la demanda ya que, conforme a la jurisprudencia que supra parcialmente se ha transcrito, al concurrir ante el Tribunal el representante legal del Banco, a través de apoderado judicial, se cumplió la finalidad ínsita de la citación, ello es, hacer del conocimiento del Banco Central de Venezuela, la orden de comparencia «... con un objeto determinado del cual se le da conocimiento».

Tal situación derivada de la sentencia precedentemente citada, fue ostensiblemente corregida por decisiones posteriores de la misma Sala Político-Administrativa, ahora como Tribunal Supremo de Justicia. Nos referimos a la sentencia número 00638 del 17 de abril de 2001³², en la que se sostuvo lo siguiente:

«Si bien es cierto que la citación es formalidad necesaria para la validez del juicio, en el caso *sub judice* puede apreciarse que se garantizó plenamente el derecho a la defensa del Insti-

mandado ...», sino, en todo caso, y en aras de la celeridad procesal, fijar oportunidad para la realización del acto de contestación de la demanda ya que, conforme a la jurisprudencia que supra parcialmente se ha transcrito, al concurrir ante el Tribunal el representante legal del Banco, a través de apoderado judicial, se cumplió la finalidad ínsita de la citación, ello es, hacer del conocimiento del Banco Central de Venezuela, la orden de comparencia «... con un objeto determinado del cual se le da conocimiento».

³² La ponencia es del Dr. Levis Ignacio Zerpa y las partes del proceso fueron las Líneas Aéreas Costarricenses, S. A. (LACSA) y como codemandado el Banco Central de Venezuela.

tuto demandado y se siguió el debido proceso; ello porque la misma fue realizada en la persona del representante legal del Banco Central de Venezuela y Presidente del Directorio de dicho Instituto, según consta del folio 340 de la primera pieza de este expediente.

El hecho de excepcionarse el apoderado judicial del ciudadano Antonio Casa González, alegando que su poderdante no es la persona que representa judicialmente al Banco Central de Venezuela, constituye ahora a juicio de la Sala y conforme a los valores y principios constitucionales que nos rigen, un uso indebido de los medios de defensa en juicio; de esta forma se está utilizando al proceso con finalidades distintas a las que le son propias, exagerando las formalidades procesales y obstaculizando así el desenvolvimiento normal del procedimiento.

En tal sentido puede apreciarse, sin mayor dificultad, que siendo el ciudadano Antonio Casa González el Presidente de dicho Instituto y también su representante legal y Presidente del Directorio, el mismo está suficientemente enterado de la existencia del presente juicio por haber sido citado su Presidente, garantizándose así el debido proceso y el derecho a la defensa del demandado.

Si se admitiera como válida la presente defensa del Presidente del Banco Central de Venezuela, se estaría propiciando una nítida lesión al derecho fundamental del justiciable, también de rango constitucional, de disponer de un proceso sin dilaciones indebidas y al servicio de la justicia.

... (omissis) ...

En consecuencia se concluye, sobre la base de las motivaciones jurídicas antes expuestas, que al haber alcanzado la citación la finalidad para la cual estaba destinada, la cuestión previa opuesta no puede prosperar. Así se declara»³³.

³³ Consultada en la página web: www.tsj.gov.ve

Como se puede colegir de la lectura de la decisión transcrita, la propia Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de manera acertada, modificó su criterio en torno a esta cuestión previa, cuando la oposición de la misma es realizada por un representante del demandado, aunque en el caso particular no fuere el designado por la Ley especial para representar al Banco Central de Venezuela en juicio.

No obstante ello, en nuestra criterio la doctrina de la Sala no puede ser aplicada indiscriminadamente a cualquier caso de oposición de la mencionada cuestión previa. Efectivamente, si la cuestión previa fuese opuesta por una persona que –por ejemplo– nada tuviere que ver con la persona jurídica demandada, pues resulta evidente que la decisión debe apuntar a retrotraer el estado del proceso a los fines de practicar la citación del demandado, en la persona de su representante legal, pues no resulta tampoco lógico que en tales situaciones, se cite al demandado para que de contestación dentro de los cinco días siguientes conforme al procedimiento de subsanación de cuestiones previas.

Finalmente, la decisión antes indicada fue ratificada por otra sentencia de la propia Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, esta vez con ponencia de la Dra. Yolanda Jaimes Guerrero en fecha 3 de mayo de 2001, cuyo texto fundamental a los fines de este estudio es el siguiente:

«En efecto, en el presente juicio ha comparecido por si solo el Presidente del **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA**, quien conforme lo prevé el artículo 33 de su Ley de funcionamiento, ejerce la representación legal del ente emisor. Resulta claro para la Sala que esa misma norma prevé que de tal representación queda excluida la judicial, la cual se atribuye con exclusividad al representante judicial o los apoderados judiciales debidamente constituidos.

No obstante, esa previsión legal no puede prevalecer sobre el principio constitucional de justicia material que prevé el nuevo Texto Fundamental. En el presente caso es evidente que el ente emisor, vale decir, el **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA**, está suficientemente enterado de la existencia de este proceso, a tal punto que su Presidente compareció en

el presente juicio para oponer la cuestión previa que esta Sala decide.

Por ello, el formalismo que impone el artículo 33 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en concordancia con el artículo 40 *eiusdem*, no puede prevalecer sobre el mencionado principio constitucional de justicia material.

La justicia y, por consiguiente, la celeridad y la economía de los procesos que se lleven ante los órganos jurisdiccionales, no pueden ser sacrificados por el formalismo de un dispositivo legal que crea una desigualdad entre las partes. Así se declara.

... (omissis) ...

Por tales razones y acogiendo el criterio antes expuesto, encuentra la Sala que la citación del **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA**, se produjo válidamente cuando su Presidente, ciudadano **ANTONIO CASAS GONZÁLEZ**, compareció a través de apoderado en este juicio a darse por citado, cuestión que equivale a considerar que la citación del code mandado **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA** se verificó bajo las previsiones del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil. Consecuencialmente, al haberse consumado válidamente la citación del code mandado, la cuestión previa opuesta debe ser declarada sin lugar. Así se decide»³⁴.

Así las cosas, pensamos que el tratamiento de esta cuestión previa por la vía jurisprudencial ha tomado un rumbo positivo y de ahí que nos parezca plausible la doctrina asentada por la Sala Político-Administrativa en ese sentido.

³⁴ Citada igualmente en el sitio web www.tsj.gov.ve

Breves estudios sobre el Juicio de Cuentas en Venezuela

Pedro Alberto Jedlicka Zapata

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Importancia del tema

II. LAS CUENTAS

2.1. Definición de cuenta

III. EL JUICIO DE CUENTAS

3.1. La doble identidad del juicio de cuentas

3.1.1. La pretensión relativa a la obligación del demandado de rendir cuentas

3.1.2. La pretensión relativa al pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor

3.2. Naturaleza Jurídica

3.2.1. Naturaleza jurídica: Primera fase del juicio de cuentas

3.2.2. Naturaleza jurídica: Segunda fase del juicio de cuentas

3.2.3. Conclusiones respecto a la naturaleza jurídica del juicio de cuentas

IV. LA PRIMERA FASE DEL PROCEDIMIENTO

4.1. Inicio del procedimiento

4.1.1. Sujetos del procedimiento

4.1.2. La demanda de rendición de cuentas

4.1.3. Acreditación auténtica de la obligación del demandado de rendir las cuentas

4.2. Intimación del demandado

4.2.1. Recursos contra la determinación del Juez a que hace referencia el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil

BREVES ESTUDIOS SOBRE EL JUICIO DE CUENTAS EN VENEZUELA

- 4.3. El cumplimiento voluntario de la obligación del demandado de rendir cuentas**
- 4.4. La incomparecencia del demandado a presentar las cuentas o a formular oposición a la demanda**
- 4.5. La oposición a la demanda**
- 4.6. La decisión de la oposición**
 - 4.6.1 Recursos contra la determinación del Juez**
- 4.7. La continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario**

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Importancia del tema

El juicio de rendición de cuentas está contemplado dentro del título relativo a los procedimientos especiales contenciosos, particularmente en el capítulo de los juicios ejecutivos del Código de Procedimiento Civil Venezolano de 1987¹. Sin embargo, se ha convertido en uno de los procedimientos más complicados, imprecisos y menos expeditos regulados por dicha normativa.

Esta situación no es nueva, ni podemos decir que es consecuencia de la reforma del Código de Procedimiento Civil del año 1987, pues autores como PINEDA LEÓN venían hablando de estas complicaciones desde finales de la década de los cincuenta².

Donde adquiere relevancia la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, es en el hecho de que fue ahora que el juicio de cuentas fue incluido en el título de los juicios ejecutivos. La Exposición de Motivos justifica la inclusión del juicio de cuentas en el referido título, al considerar los proyectistas que la pretensión interpuesta por medio de este procedimiento es de índole ejecutiva, y su apertura depende de que la obligación de rendirlas conste de modo auténtico.

Sin embargo, lo cierto es que la complejidad e imprecisión de la normativa que lo regula, ha generado gran cantidad de interpretaciones que atentan contra la justicia y eficacia de este procedimiento. HENRIQUEZ LA ROCHE se ha pronunciado en este respecto, señalando que el esquema del juicio de cuentas en nuestros Códigos obedece a una normativa muy compleja, que lejos de remitir a los procesos de conocimiento incidentales u ordinarios, prevé intrincadas reglamentaciones especiales que no era necesario instrumentar³.

¹ Cfr. Código de Procedimiento Civil, Libro Cuarto, de los procedimientos especiales, Parte Primera, de los procedimientos especiales contenciosos, Título II, de los juicios ejecutivos, Capítulo VI, el juicio de cuentas.

² PINEDA LEÓN, Pedro, *Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil*, Tomos III y IV, Primera Edición, Librería Seleta, Mérida, 1959-1960, Venezuela, p. 328.

³ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo V, Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, 1998, p. 198.

Esta situación ha provocado que el juicio de cuentas se haya convertido, tal vez, en uno de los procedimientos especiales menos utilizados en Venezuela. ENRIQUE DUBUC considera que las razones son evidentes. Por una parte, existe un gran desconocimiento del proceso, junto con las reservas que pueden tener los justiciables frente a un procedimiento que persiste en ser innecesariamente enreversado; y por la otra, existe el hecho cierto de la poca bibliografía existente en el país para iniciar el análisis de este procedimiento⁴.

Y es que la falta de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial en esta materia, particularmente en lo que respecta a la primera fase de este procedimiento, es consecuencia precisamente de su falta de utilización, lo cual no se explica, como dice DUBUC, considerando el auge del comercio y la proliferación de negocios jurídicos. Incluso, la situación resulta aún más inexplicable si tomamos en cuenta, como lo señala PINEDA LEÓN, que para poder acusar a una persona que administra intereses ajenos sobre las irregularidades o apropiaciones indebidas que pudiera haber cometido, es preciso demandar previamente la rendición de cuentas⁵, todo lo cual nos estimula a entrar en el análisis de esta materia a efectos de contribuir a su utilización y desarrollo.

II. LAS CUENTAS

2.1. Definición de cuenta

La cuenta, según explica DALLOZ desde un punto de vista general y en términos sencillos, no es más que la justificación que debe hacer toda persona respecto a las operaciones o gestiones de que se haya encargado⁶.

⁴ DUBUC, Enrique, *Anotaciones sobre el proceso ejecutivo de rendición de cuentas*, contenido en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca*, Editor Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 6, Caracas, 2002, p. 294.

⁵ PINEDA LEÓN, *Ob. Cit.*, p. 328.

⁶ DALLOZ, citado por BORJAS, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo VI, Imprenta Bolívar, Caracas, 1942, p. 43.

BORJAS, tratando de cerrar un poco la generalidad de esta noción, considera que la cuenta es el estado de los productos y de los gastos de los bienes que alguien ha administrado⁷. FEO lo precisa aún más, llamando cuenta al estado detallado y metódico de las entradas o cantidades percibidas y de los gastos, hechos o cantidades desembolsadas por un administrador⁸.

Para FEO, entonces, la rendición de cuentas no es más que la presentación de ese estado, con sus respectivos comprobantes, por parte del obligado a rendir la cuenta a aquel que debe recibirla, y que la acepta o la objeta. Esta rendición, concluye FEO, comprende también la verificación o examen de la cuenta para su aprobación u objeción⁹.

PALACIO, por su parte, denomina rendición de cuentas a la obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o de gestión por cuenta o en interés de un tercero, en cuya virtud debe suministrar a éste un detalle circunstanciado y documentado acerca de las operaciones realizadas, estableciendo, eventualmente el saldo deudor o acreedor resultante en contra o a favor del administrador o gestor¹⁰.

Esta definición, señala PALACIO, ha variado en materia comercial, pues la tendencia moderna se inclina por considerar que la rendición de cuentas es exigible aún cuando la negociación no se realice por cuenta ajena pues, dicha rendición en estos casos pasa a ser una obligación profesional del comerciante.

Por esta razón, acogiendo los criterios anteriores, podemos definir la rendición de cuentas como la obligación que tiene todo aquel que haya realizado actos de administración o de gestión por cuenta o interés de un tercero, o como consecuencia de sus actividades comerciales o profesionales en negocios determinados, de presentar a quien tenga el derecho de exigirles un estado contable detallado, en el cual se indiquen las entradas o cantidades que se hubieren percibido, y los gastos, hechos o cantidades

⁷ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, pp. 43 y 44.

⁸ FEO, Ramón F.(1), *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo Tercero, Tipografía Gutenberg, Caracas, 1907, p. 136.

⁹ FEO (1), *Ob. Cit.*, p. 136.

¹⁰ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Tomo VI, Tercera Reimpresión, Abeledo-Perrot, S.A.E. Buenos Aires, Argentina, 1990, p. 256.

desembolsadas, reflejando el déficit o saldo favorable que resultare de dicha gestión o administración, a efectos de su verificación por parte del interesado para su aprobación u objeción.

Estas obligaciones de rendición de cuentas están expresamente contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. En el Código Civil están contempladas diversas obligaciones de rendición de cuentas. Tal es la del padre o la madre, en ejercicio de la patria potestad, de rendir cuentas de la administración de los bienes de sus hijos; o la administración de los tutores, curadores, herederos beneficiarios, mandatarios, gestores de negocios, socios o en general el administrador de intereses ajenos. Por su parte, el Código de Comercio plantea, entre otros casos, la obligación de los corredores que intervengan en negociaciones de bolsa, de rendir cuentas a la Junta Directiva de todos los contratos verificados por su mediación (Art. 80 C.Com), así como las cuentas que deben presentar los vendederos a sus comitentes, de los efectos vendidos (Art. 92 C.Com) ; la obligación de los administradores de rendir cuentas de su gestión a los liquidadores de una compañía (Art. 350 C.Com); o la rendición de cuentas detallada y comprobada de su gestión, que debe presentar el comisionista a su comitente (Art. 391 C.Com).

III. EL JUICIO DE CUENTAS

3.1. La doble identidad del juicio de cuentas

Luego de revisar la definición de cuentas y las obligaciones que ello implica para todo aquel que realiza negocios o actos de administración, bien por cuenta de otro o como consecuencia de las características propias de su actividades comercial y profesional, debemos entrar propiamente en el estudio del juicio de cuentas regulado en el Código de Procedimiento Civil.

En un primer momento, nuestro sentido común nos lleva a considerar en términos lacónicos, que el juicio de cuentas no es más que una vía para reclamar judicialmente el cumplimiento de la obligación que tiene aquel que lleva las cuentas, de rendirlas a todos aquellos interesados que tengan derecho a ellas.

Sin embargo, luego de revisar detenidamente la normativa que regula este procedimiento, nos percatamos de que se plantean una serie de supuestos que lejos de llevarnos a la sencillez de la noción antes mencionada, nos planta frente a una situación compleja en la cual el demandante no se limita a exigir por vía judicial la rendición de las cuentas, sino también el pago de las cantidades que el actor considere le deben ser reintegradas o incluso la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida.

Es por ello que AZULA CAMACHO considera que este juicio de cuentas (rendición de cuentas) persigue dos fines claramente determinados: a) Un fin inmediato constituido por las cuentas, esto es, por los ingresos y egresos con sus respectivos soportes, de la actividad desarrollada por quien se ha encargado de administrar bienes o negocios de otra persona, sea que su origen esté en un acto de voluntad de las partes, como acontece con el contrato, o de una situación contemplada en la ley y; b) Un fin mediano, que consiste en establecer quién debe a quién y cuánto, es decir, cuál es el saldo que queda a favor de una parte y a cargo de la otra¹¹, a lo cual podemos agregar, siguiendo el ordenamiento jurídico venezolano, el derecho que tiene la parte actora de exigir en ese mismo proceso el pago de cantidades dinerarias o la restitución de los bienes que corresponda.

Esta doble identidad o doble modalidad del juicio de cuentas, ha generado una enorme confusión entre nuestros tratadistas y jueces patrios respecto al alcance y naturaleza jurídica de este procedimiento lo cual, junto a la complejidad de las formalidades exigidas precisamente para que el demandado pueda cumplir con su obligación de rendir cuentas, ha permitido la proliferación de demandas que podríamos catalogar hasta de fraudulentas, que colocan a los demandados en una situación de desigualdad frente a su demandante, particularmente en lo referente a esa pretensión del actor de que le sean reintegradas ciertas cantidades de dinero, o se le restituyan los bienes recibidos por el demandado para su administración.

Lo anterior se ha perfeccionado en otros ordenamientos jurídicos, como el Colombiano, donde la reforma del Código de Procedimiento Civil permitió simplificar la actuación y el proceso del juicio de cuentas, el cual

¹¹ AZULA CAMACHO, Javier, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, p. 105.

puede culminar con la sola determinación de la obligación de rendir cuentas en el supuesto que no exista controversia sobre el monto que debe fijarse en la demanda¹².

3.1.1. La pretensión relativa a la obligación del demandado de rendir cuentas

Hemos señalado que el juicio de cuentas contempla una doble identidad: a) Por un lado, funge como un procedimiento especial por el cual se exige judicialmente al demandado cumplir con su obligación de rendir cuentas sobre un negocio o negocios determinados, y; b) por otro como una vía más expedita para que el actor, conforme a las cuentas rendidas, reclame de una vez el pago de las cantidades de dinero que le deban ser reintegradas, o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la administración o representación conferida.

Vamos a analizar muy brevemente la primera de las pretensiones a ser incluidas por el actor en su libelo de demanda, y que se identifica mejor con esa idea de rendición de cuentas que hemos desarrollado hasta ahora.

El artículo 673 del Código de Procedimiento Civil contempla en primer término al Juicio de Cuentas, como un procedimiento a través del cual se demandan cuentas al tutor, curador, socio, administrador, apoderado o encargado de intereses ajenos, mediante la acreditación de modo auténtico de la obligación que tiene el demandado de rendirlas, así como el período y el negocio o los negocios determinados que deben comprender.

Esta disposición pareciera limitar la pretensión del actor en el juicio de cuentas, a exigir al demandado que rinda las cuentas relativas a los períodos y negocios descritos en la demanda. De allí que, el demandado puede comparecer a defenderse de esta pretensión en el proceso: a) Formulando oposición a la demanda alegando haber rendido ya las cuentas o que éstas corresponden a un período distinto o a negocios diferentes a los indicados en el libelo, apoyando sus argumentos en prueba escrita o; b) Dando cumplimiento a los requerimientos del actor, esto es, presentando dichas cuentas dentro de los veinte días siguientes a su intimación.

¹² AZULA CAMACHO, *Ob. Cit.*, p. 106.

En el primero de estos supuestos, el Juez debe examinar si dicha oposición aparece apoyada en prueba escrita y si resulta fundada. De ser este el caso, se entenderán citadas las partes para la contestación de la demanda, continuándose el procedimiento conforme a los trámites del procedimiento ordinario. En caso contrario, el Juez declararía la improcedencia de la oposición y ordenaría la rendición de las cuentas correspondientes.

Bajo el segundo supuesto, el demandado simplemente admitiría su obligación de rendición de cuentas, y presentaría dichas cuentas voluntariamente en el proceso.

En cualquiera de los casos, si el demandado presenta las cuentas reclamadas por el actor, bien voluntariamente o luego del pronunciamiento del Tribunal desechando la oposición antes referida, las cuentas deben ser examinadas por el actor a fin de manifestar su conformidad o sus observaciones.

En un primer término no se discute entonces el pago de cantidad dineraria o restitución de bien alguno, sino simplemente la existencia de la obligación del demandado de rendir las cuentas reclamadas, lo cual pareciera ser la esencia de este proceso.

Sin embargo, observamos que el legislador ha contemplado también que el Juez se pronuncie en este juicio respecto al pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor, lo cual nos obliga a analizar esta segunda pretensión que puede estar igualmente contenida en el libelo de demanda.

3.1.2. La pretensión relativa al pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor.

Anteriormente explicamos que el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil contempla el inicio del juicio de cuentas, cuando se demanden cuentas al tutor, curador, socio, administrador, apoderado o encargado de intereses ajenos, siendo el caso que la descripción contenida en dicha norma no contempla la posibilidad de que en esa misma demanda el actor reclame, además, el reintegro de las cantidades de dinero a que tuviere derecho como resultado de dichas cuentas, o la restitución de los bienes

que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida.

Sin embargo, el artículo 677 *eiusdem* establece que, en el supuesto que el demandado no hiciere oposición a la demanda ni presentare las cuentas en el lapso previsto en el referido artículo 673, se tendrá por cierta la obligación de rendirlas, el período que deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo, y "... se procederá a dictar el fallo sobre el pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida".

Esta disposición complementa entonces lo establecido en el artículo 673, pues no se limita el proceso a la determinación de la existencia o no de la obligación del demandado a rendirlas, sino que además está contemplada la posibilidad, y de hecho el artículo 677 así se lo exige al Juez, de pronunciarse también sobre el pago reclamado por el actor en la demanda, con lo cual interpreta el legislador que la demandada no sólo abarca la exigencia al demandado de que rinda cuentas, sino además el pago de cantidades dinerarias o la restitución de bienes que resulte de la aprobación de dichas cuentas.

Aún cuando el Código de Procedimiento Civil vigente prácticamente repite la normativa que regulaba el Juicio de Cuentas en el Código de 1916, es de destacar que este último no contemplaba la figura de la oposición a la rendición de cuentas a que hace referencia actualmente el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil. Bajo la legislación derogada, la parte demandada era intimada para presentar un verdadero escrito de contestación a la demanda dentro del cual podía incluir defensas respecto a su deber de rendir cuentas, alegando precisamente haber rendido ya la cuenta o no deberla rendir por todo el tiempo que dice el autor. Si tales defensas eran alegadas como parte de la contestación de la demanda, el procedimiento se suspendía, continuando en juicio ordinario la controversia entre las partes¹³.

Nuestra normativa vigente ha incluido la figura de la oposición a la rendición de cuentas, y no es posible entrar a conocer de otro asunto con-

¹³ Cfr. Artículo 654 y 656 del Código de Procedimiento Civil derogado de 1916.

tenido en el libelo de demanda, hasta tanto no se determine si efectivamente el demandado tiene o no el deber de rendir las cuentas. De allí que, una vez presentada una oposición oportuna y fundada respecto a dicha obligación de rendición de cuentas, el procedimiento se suspende a efectos de que se resuelva esta incidencia conforme a los trámites del juicio ordinario y, una vez ratificada dicha obligación de rendición de cuentas, el demandado deberá rendirlas, sometiéndolas a la revisión del actor, conforme al resto del procedimiento previsto en los artículos 677 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente, el Juez de la causa podrá pronunciarse respecto a la segunda de las pretensiones contenidas en el libelo de demanda, como lo es el pago reclamado por el actor o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida.

3.2. Naturaleza jurídica

La complejidad del procedimiento de rendición de cuentas, que como hemos mencionado contempla dos pretensiones acumuladas en una misma demanda y que, por tanto, implica una división del procedimiento en dos fases, dificulta la determinación única y exacta de su naturaleza jurídica.

Esta es quizás la razón por la que encontramos posiciones divididas en nuestra doctrina patria, al momento de asumir posiciones respecto a la naturaleza jurídica del juicio de cuentas contemplado en el Código de Procedimiento Civil. Estas posiciones parten de la propia Exposición de Motivos que justifica la inclusión del Juicio de Cuentas en el capítulo relativo a los juicios ejecutivos, en virtud de la acreditación auténtica que debe hacer el actor *ab initio*, de la obligación del demandado de rendir cuentas¹⁴, posición ésta que es ratificada en Venezuela, entre otros, por ENRIQUE DUBUC¹⁵, JOSÉ ANGEL BALZÁN¹⁶ y TULIO ÁLVAREZ¹⁷.

¹⁴ Cfr. Exposición de Motivos del vigente Código de Procedimiento Civil.

¹⁵ DUBUC, *Ob. Cit.*, p. 295.

¹⁶ BALZÁN, José Angel, *De la ejecución de la sentencia, de los juicios ejecutivos, de los procedimientos especiales contenciosos*, Editorial Mobil-Libros, Caracas, 1995, p. 184.

¹⁷ ÁLVAREZ, Tulio Alberto, *Procesos Civiles Especiales Contenciosos*, Editora Anexo 1, C.A., Caracas, 2001, p. 282.

GUASP ha explicado la naturaleza ejecutiva del Juicio de Cuentas, señalando que los juicios ejecutivos son procesos sumarios de cognición que, a diferencia de lo sostenido por varios autores, no es una figura afín a los verdaderos procesos de ejecución. Conforme lo explica GUASP, la finalidad propia del llamado juicio ejecutivo no es la de conseguir directamente medidas de ejecución a cargo del Juez, sino la de conseguir una resolución judicial de fondo que imponga al demandado de una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la ejecución verdadera¹⁸.

Es por ello que GUASP considera que los juicios ejecutivos son procedimientos sumarios por razones cualitativas, que se fundamentan en el acreditamiento o fehaciencia con que aparecen al exterior ciertos objetos procesales, y que justifica un tratamiento privilegiado de los mismos. Tales objetos, según señala GUASP, han de gozar de una autenticidad legal, que taxativamente les está otorgada, el título que constituye su fundamento delimita imprescindiblemente su objeto y por ello el requisito de ese título constituye factor esencial en la última determinación del juicio ejecutivo. De hecho, GUASP califica dicho título como un título ejecutivo que le da al titular de la pretensión la posibilidad de obtener medidas inmediatas de aseguramiento o garantía, que se permiten obtener en el comienzo del planteamiento del litigio¹⁹.

BORJAS, por su parte, defiende la naturaleza ejecutiva del juicio de cuentas, al establecer que este procedimiento guarda cierta analogía, por lo que respecta a sus fundamentos, con el de la vía ejecutiva, porque en él la prueba auténtica de rendir determinadas cuentas hace las veces de los títulos que traen aparejada ejecución, y ésta, que en el procedimiento ejecutivo se lleva a efectos mediante el embargo y los actos preparatorios del remate, se traduce en el juicio de cuentas por la orden terminante y conminatoria de presentar las cuentas reclamadas. Ratifica entonces el autor, que se procede en uno y otro de estos procedimientos, como en ejecución de sentencia²⁰.

¹⁸ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo Segundo, Tercera Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 130-132.

¹⁹ GUASP, *Ob. Cit.*, p. 133.

²⁰ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, pp. 53 y 54.

Sin embargo, atribuirle al juicio de cuentas la naturaleza de un procedimiento ejecutivo ha sido objeto de discusiones. ALBERTO BAUMEISTER se separa en cierto modo del análisis desarrollado en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, señalando que si bien, dados los supuestos de existencia del medio auténtico con el cual se debe demostrar “presuntivamente” la obligación de presentar las cuentas, el período en el que se realizó la gestión y los negocios realizados, la admisión de la demanda ya comporta un apremio para imponer el que fueren presentadas estas cuentas ante el Tribunal en lapso fijado por la Ley, ello no basta para dar lugar al inicio o anticipación de ejecución (elementos típicos en nuestro sistema anterior y en el vigente de los denominados procedimientos ejecutivos), sino que es menester prestar la razón jurada del actor sobre el importe de lo reclamado, añadido al desacato de haberlas presentado, para sólo entonces pasar a la fase de anticipación de la ejecución, de no haberse contradicho aquella.

Señala entonces BAUMEISTER, que el juicio de cuentas no goza de las características esenciales del verdadero proceso “ejecutivo” tipo de nuestro ordenamiento, con la sola salvedad que toma la orden de apremio contenida en el auto de admisión de la demanda y con la sola consideración de la naturaleza del medio probatorio auténtico con el cual se hubiere acompañado el libelo.

Además, establece el autor que ese medio auténtico exigido por la Ley para dar curso a la admisión de dicho procedimiento tampoco se compeadece plenamente con el concepto de título ejecutivo que de ordinario tiene nuestra Ley, pues no se exige que de él dimanen la existencia de una obligación de pagar o entregar bienes determinados, sino todo lo contrario, de la necesidad de precisar cuáles son tales obligaciones, sus montos, y saldos, de tal manera que su sola existencia, haga innecesario el proceso de cognición para que el Juez se forme criterio, como ocurre en el juicio ordinario²¹.

Concluye entonces BAUMEISTER que, el juicio de cuentas es una mezcla de elementos del procedimiento ejecutivo y del proceso de cog-

²¹ BAUMEISTER TOLEDO, Alberto (1), “Anotaciones sobre el juicio ejecutivo de rendición de cuentas en el código de Procedimiento Civil Venezolano” (Primera parte), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 54, Publicaciones UCAB, Caracas, 1999, pp. 145 a 154.

nición en cada una de sus dos definidas fases en que, por igual sus pretensiones son dos, acumuladas la una a la otra. De esta manera, lo cataloga como un procedimiento "mixto", al tratarse de un procedimiento especial, de pretensiones mixtas, abreviado y de conocimiento sumario, que no permite calificarlo propiamente como un Juicio Ejecutivo²².

El Código de Procedimiento Civil de 1916 no establecía la distinción de juicios ejecutivos que encontramos hoy en la normativa procesal civil, por lo que el juicio de cuentas simplemente era considerado como un procedimiento especial contencioso. Sin embargo, el código derogado exigía igualmente la acreditación por parte del demandante, de modo auténtico, de la obligación de la parte demandada de rendir dichas cuentas y la época determinada que debían comprender²³.

Este requisito de autenticidad es mantenido y desarrollado en el artículo 673 del vigente Código de Procedimiento Civil, el cual exige expresamente al demandante en el juicio de cuentas acreditar de modo auténtico la obligación que tiene el demandado de rendir las cuentas, así como el período y el negocio determinados que deben comprender, sin lo cual la demanda debe declararse inadmisibile en virtud de su ilegalidad, siendo precisamente esta norma la que fundamenta la posición esbozada en la Exposición de Motivos de dicho código, para catalogar el juicio de cuentas como un procedimiento ejecutivo.

Coincidimos con BAUMEISTER en el sentido de que dicho requisito no es suficiente para atribuirle al juicio de cuentas la naturaleza jurídica de un procedimiento ejecutivo, sino que es pertinente analizar otras características propias de estos procedimientos en Venezuela, que nos permitan llegar a conclusiones más precisas.

CARNELUTTI ha señalado que en los procedimientos ejecutivos es pertinente la existencia de un título ejecutivo y su posterior notificación al deudor junto con el "precepto". Explica el autor que el título ejecutivo es una prueba provista de la particular eficacia de título legal, que opera al

²² BAUMEISTER TOLEDO, Alberto (2), "Anotaciones sobre el juicio ejecutivo de rendición de cuentas en el código de Procedimiento Civil Venezolano" (Segunda parte), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 55, Publicaciones UCAB, Caracas, 2000, p.170.

²³ Cfr. Artículo 654 del Código de Procedimiento Civil derogado de 1916.

principio y no en el curso del procedimiento, por lo que es oportuno que, antes de todo, sea llevado a conocimiento del deudor. El Precepto, según lo define CARNELUTTI, viene a ser la "intimación (que el acreedor hace al deudor) a cumplir la obligación resultante del título ejecutivo", donde la intimación no basta si el acreedor no agrega que, cuando el cumplimiento no tenga lugar en el término indicado "se procederá a la ejecución forzada"²⁴. Esta advertencia que se incluye en el Precepto o Intimación implica, según enseña SATTÀ, un ejercicio de acción ejecutiva pues ello presupone que se realizará forzosamente el derecho y no que se iniciará el proceso de ejecución²⁵.

Así, interpretando los principios desarrollados por CARNELUTTI y SATTÀ, y siguiendo el criterio que el propio GUASP ha manifestado, estaríamos frente a un procedimiento ejecutivo, únicamente si el instrumento sobre el cual versa la intimación, en este caso el medio auténtico exigido por el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil como fundamento de la demanda, puede eventualmente adquirir el carácter de título ejecutivo.

A efectos de desarrollar este análisis, es pertinente revisar por separado cada una de las fases que, como hemos dicho, integran el juicio de cuentas.

3.2.1. Naturaleza jurídica: primera fase del juicio de cuentas

El artículo 673 del Código de Procedimiento Civil dispone que el Juez, luego de admitir la demanda, debe ordenar la intimación del deudor a que presente las cuentas cuya rendición se demanda, en el lapso de veinte días siguientes a su intimación. No se trata de una simple invitación a comparecer a dar contestación a la demanda propuesta en su contra, sino de una intimación para que cumpla con la obligación acreditada de modo auténtico por el actor, de rendir las cuentas descritas en el libelo de demanda. El deudor puede, sin embargo, formular oposición contra la demanda, caso en el cual se forzaría al Tribunal a dictar un fallo que resuelva en esta fase preliminar del proceso la validez y suficiencia de dicha oposición.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pp. 4-11.

²⁵ SATTÀ Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Volumen II. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 27.

A diferencia de lo establecido en otras disposiciones del mismo Código de Procedimiento Civil, como es el caso del artículo 647 eiusdem aplicable al procedimiento de intimación, en el juicio de cuentas el legislador no exigió expresamente que en el texto del decreto de intimación se diera aviso al deudor de que su falta de oposición oportuna a la demanda daría lugar a la ejecución forzosa de dicho decreto.

Por el contrario, el artículo 677 eiusdem le atribuyó efectos inmediatos a dicha falta de oposición, al señalar:

“Si el demandado no hiciere oposición a la demanda, ni presentare las cuentas dentro del lapso previsto en el Artículo 673, se tendrá por cierta la obligación de rendirlas, el período que deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo y se procederá a dictar el fallo sobre el pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de representación o de la administración conferida, si el demandado no promoviere alguna prueba, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de oposición ...”

Así, ante la falta de oposición a la demanda no se procede a la ejecución forzosa del decreto de intimación, sino que se genera de inmediato una presunción legal de certeza de los siguientes supuestos:

- a) Se presume cierta la obligación del demandado de rendir las cuentas.
- b) Se presume cierto el período que deben comprender dichas cuentas.
- c) Se presumen ciertos los negocios determinados por el demandante en el libelo.

A pesar de la aparente claridad de la norma en cuestión, lo cierto es que abre las puertas a una serie de interpretaciones que son la piedra angular de las discusiones relativas a la naturaleza jurídica de este procedimiento.

Si bien el referido artículo 677 le atribuye a la incomparecencia o falta de oposición del intimado, el efecto de tener como ciertos los hechos que hemos señalado anteriormente, no podemos dejar de analizar el resto de la norma que ordena también al Juez a dictar el fallo sobre el pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o administración conferida, si el demandado no promoviere alguna prueba dentro del lapso legalmente previsto para ello.

Es aquí precisamente donde surge la primera interrogante respecto al carácter ejecutivo de esta primera fase del procedimiento, pues nos encontramos frente a dos interpretaciones perfectamente válidas y que podrían ajustarse a lo establecido en el referido artículo 677 del Código de Procedimiento Civil.

Un sector de la doctrina ha sostenido, a tenor de lo dispuesto en el parcialmente citado artículo 677, que aún ante la falta de oposición a la demanda, el intimado tiene la posibilidad de promover pruebas en la causa para desvirtuar esa presunción de certeza, atribuida por ley a la obligación de rendir cuentas.

En particular podemos referirnos a BORJAS, quien consideraba que la contumacia del demandado a rendir las cuentas o ejercer oportuna oposición a la demanda, produciría, como en el juicio ordinario, el efecto de la confesión ficta contra dicha parte, en cuanto no resultare contraria a derecho la pretensión del actor²⁶. La posición de BORJAS es ratificada por autores como JOSÉ ANGEL BALZÁN, quien se extiende a considerar que esta presunción de confesión ficta está sujeta también a prueba en contrario²⁷, con lo cual está admitiendo que los efectos de la intimación están todavía sujetos al fallo que conforme al artículo 677 debe dictar el Juez, en el cual éste debe reconocer o no la existencia de la obligación de rendir cuentas, previa valoración de las pruebas que a tal efecto haya presentado el demandado contumaz.

En igual sentido se pronuncia ENRIQUE DUBUC, quien al preguntarse qué puede probar el demandado en esta etapa del proceso, consi-

²⁶ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, p. 50.

²⁷ BALZÁN, *Ob. Cit.*, p. 195.

dera que, en virtud de los efectos análogos de la confesión ficta contenidos en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, sólo podría el demandado hacer la contraprueba de los hechos alegados por el actor y probar un caso fortuito, fuerza mayor o hecho del príncipe, que le impidió comparecer dentro del lapso legal a oponerse o presentar las cuentas.

Concluye así DUBUC que al demandado se le permite probar, por todo género de pruebas, sólo las circunstancias que le impidieron comparecer al Tribunal dentro del lapso legal, con miras a obtener una reposición de la causa, esto es, a que se acuerde la reapertura del lapso procesal en beneficio del demandado, para que este tenga la oportunidad de formular oportuna oposición a la demanda o, en todo caso, a rendir voluntariamente las cuentas²⁸.

De esta manera, aún cuando estos autores le atribuyen expresamente al Juicio de Cuentas la naturaleza de procedimiento ejecutivo, lo cierto es que tales afirmaciones implican, en nuestra opinión, una contradicción con el análisis que ellos mismos han desarrollado para demostrar esta circunstancia. Y es que de las explicaciones antes descritas se puede concluir que, la falta de oposición a la demanda no le atribuye al decreto de intimación el carácter de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y, mucho menos, el carácter de título ejecutivo al medio auténtico acompañado por el actor a su libelo de demanda, toda vez que siempre es menester que el Juez dicte una sentencia que resuelva esta circunstancia, para luego iniciar una verdadera ejecución. Es más, no es posible con la sola tenencia del medio auténtico que acredita la obligación del demandado de rendir cuentas, que el actor pueda obtener medidas preventivas o ejecutivas desde el comienzo del proceso, siendo esta una de las características principales de los procedimientos ejecutivos, como bien lo ha destacado GUASP.

HENRIQUEZ LA ROCHE ha sostenido, conforme al artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, que ante la falta de oposición del demandado a la demanda de cuentas, el Juez debe dictar un fallo que no tiene que pronunciarse sobre la obligación de rendir la cuenta (punto previo a la condena), pues dicha obligación se reputa existente por el período indicado en la demanda, por el sólo hecho de no haber habido oposición o haber resultado ésta desechada.

²⁸ DUBUC, *Ob. Cit.*, p. 308.

De esta manera, HENRIQUEZ LA ROCHE considera que el efecto atribuido por ley a la falta de oposición del intimado, no está sujeto a otro tipo de actuación o decisión por parte del órgano jurisdiccional, sino que se trata de una presunción legal que no admite prueba en contrario.

Y es que HENRIQUEZ LA ROCHE considera que la promoción de pruebas del actor a que hace referencia dicho artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, está orientada a desvirtuar únicamente lo relativo al pago reclamado por el actor o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para dicho demandante, no pudiendo extenderse a la determinación o no de la obligación de rendir cuentas, pues ello ya se considera admitido de pleno derecho por el intimado²⁹.

Bajo esta interpretación, pareciera un poco más claro el carácter ejecutivo de esta primera fase del procedimiento, pues luego de la intimación, si el demandado no hace oposición oportuna a la demanda, se resolvería de inmediato la primera pretensión incluida por el actor en su demanda, como lo es la determinación de la obligación del intimado de rendir las cuentas, restando únicamente resolver lo relativo al pago de las cantidades demandadas en el libelo o la restitución de los bienes recibidos por el demandado.

Sin embargo, pensamos que aún adoptando el criterio de HENRIQUEZ LA ROCHE, el juicio de cuentas no adquiere la naturaleza de procedimiento ejecutivo pues, la falta de oposición a la demanda no da lugar a que el decreto de intimación adquiera el carácter de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y, ni siquiera, que se proceda a su ejecución, sino que, por el contrario, se le atribuye un efecto positivo inmediato a dicha omisión en perjuicio del demandado, como lo es la presunción de certeza de los hechos que hemos señalado anteriormente y, que tienen que ver exclusivamente con la obligación de rendir las cuentas demandadas.

Así, independientemente de que adoptemos una u otra posición respecto a la posibilidad de desvirtuar o no la presunción de certeza atribuida por ley a la obligación de rendir cuentas, que nace de la falta de oposición a la demanda, lo cierto es que nunca se procede a la ejecución inmediata del

²⁹ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo V, Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, 1998, p. 198.

decreto de intimación y, por lo tanto, nunca se le atribuye el carácter de título ejecutivo al medio auténtico acompañado por el actor a su libelo de demanda.

Debemos recordar que es presupuesto inexcusable de los procesos ejecutivos, tal como lo ha afirmado el propio GUASP, la existencia de un *título ejecutivo*³⁰ que permita proceder a la ejecución del derecho formulado en la pretensión³¹ pues, *nulla executio sine titulo*³². CARNELUTTI ha explicado que la función del título ejecutivo en el proceso de ejecución es análoga a la del billete sin el cual no se puede viajar por ferrocarril. Y es que el título ejecutivo es el documento que el acreedor debe presentar al oficio judicial a fin de obtener la ejecución forzada, lo mismo que el viajero debe presentar el billete al personal de ferrocarriles³³.

ROSENBERG ha definido los títulos ejecutivos como aquellos documentos públicos que declaran ejecutable la pretensión por cumplir o una responsabilidad³⁴. Por su parte, MICHELI y CARNELUTTI, apoyados en una definición del entonces vigente Código de Procedimiento Civil italiano, consideraron título ejecutivo a aquellas sentencias y las otras providencias del Juez a las que la Ley atribuya expresamente eficacia ejecutiva³⁵. Basta analizar las características del decreto de intimación librado con ocasión del inicio del juicio de cuentas, así como los efectos del medio auténtico acompañado por el actor a su libelo de demanda, para percatarse que no adquieren en momento alguno las características de título ejecutivo, sino que siempre es menester que el Tribunal de la causa dicte una sentencia, siendo esta decisión la que podría en todo caso ser objeto de una ejecución forzosa.

BAUMEISTER señala que el juicio de cuentas no goza de las características esenciales del verdadero proceso ejecutivo tipo de nuestro ordenamiento, con la sola salvedad en cuanto al carácter indiscutido que

³⁰ PALACIO, *Ob. Cit.*, Tomo VII, p. 338.

³¹ HENRIQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, Tomo IV, p. 70.

³² MICHELI, Gian Antonio, *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Tomo III - Proceso de Ejecución, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 5.

³³ CARNELUTTI, *Ob. Cit.*, p. 266.

³⁴ ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 16.

³⁵ MICHELI, *Ob. Cit.*, p. 6.

toma la orden de apremio contenida en el auto de admisión de la demanda y con la sola consideración de la naturaleza del medio probatorio auténtico acompañado al libelo. Sin embargo, en cuanto a dicho medio auténtico, el autor explica que éste tampoco se compadece plenamente con el concepto de título ejecutivo que de ordinario tiene nuestra Ley pues, no se exige que de él dimanara la existencia de una obligación de pagar o entregar bienes determinados, líquida y exigible, sino todo lo contrario, la necesidad de precisar cuáles son tales obligaciones, sus montos y saldos, de tal manera que su sola existencia haga innecesario el proceso de cognición para que el Juez se forme criterio, como ocurre en el juicio ordinario³⁶.

Pareciera entonces rechazar BAUMEISTER la asimilación del referido medio auténtico exigido en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil como un título ejecutivo. Sin embargo, posteriormente retoma el análisis y señala que la prueba auténtica exigida por el legislador para que sea acompañada con el libelo de demanda, hace las veces del título ejecutivo que se requiere en procedimientos típicos de esta naturaleza³⁷. Esto parece restarle uniformidad a su posición, y nos genera cierta confusión, particularmente cuando el propio autor ha distinguido expresamente dicho medio auténtico de los que denomina “verdaderos” títulos ejecutivos, indicando particularmente que estos últimos comprenden una obligación de entrega de dinero o bienes determinados que resulten líquidas y exigibles, lo cual no es necesario a efectos de iniciar el Juicio de Cuentas³⁸.

En todo caso, es importante precisar que el objeto inmediato del juicio de cuentas, como señala AZULA CAMACHO y que resulta más claro en esta primera etapa del procedimiento, no es otro que determinar la obligación del demandado de rendir las cuentas mas no exigir el pago o restitución de bienes a que hace referencia BAUMEISTER. De allí que la exigencia contenida en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil se limite a requerir al actor demostrar de forma auténtica, a efectos de la admisión de la demanda y acordar la intimación del demandado, únicamente la obligación de éste último de rendir las cuentas.

Así las cosas, el demandado es intimado para que comparezca a cumplir con su obligación de rendir cuentas al actor o, en su defecto, a

³⁶ BAUMEISTER (1), *Ob. Cit.*, p. 150.

³⁷ BAUMEISTER (2), *Ob. Cit.*, p. 143.

³⁸ BAUMEISTER (2), *Ob. Cit.*, p. 146.

formular oportuna oposición a la demanda de rendición de cuentas. Sin embargo, no se trata propiamente de un apercibimiento so pena de ejecución, toda vez que, como hemos dicho, la falta de comparecencia o de oposición del demandado no da paso propiamente a la ejecución forzosa e inmediata del decreto de intimación y, por tanto, del medio auténtico que se ha acompañado al libelo. Por el contrario, tal omisión es penalizada expresamente por la ley con una presunción legal *iuris tantum* de admisión respecto a la certeza de la obligación de rendir las cuentas, así como del período y los negocios sobre los cuales deben rendirse, según lo indicado en el libelo.

Recordemos que dicha presunción es desvirtuable mediante prueba en contrario, lo cual debe ser considerado por el Tribunal de la causa al momento de resolver esta primera incidencia del procedimiento, al punto que aún ante la falta de prueba en contrario por parte del demandado que desvirtúe la referida presunción, es menester que en todo caso el Juez dicte decisión y defina el alcance de tal presunción.

Es por ello que nos separamos de la afirmación que en definitiva hace BAUMEISTER, al equiparar el medio de prueba auténtico de la obligación de rendir cuentas, acompañado por el actor al libelo de demanda, con el título ejecutivo requerido en procedimientos típicos de esta naturaleza, pues tal como enseña PALACIO, la cuenta podría adquirir las características de un título ejecutivo únicamente cuando es aprobada o reconocida bien por el demandado, o mediante sentencia definitiva dictada en el procedimiento³⁹, y aún en este caso lo que realmente tendría un carácter ejecutivo es el reconocimiento o aprobación de las cuentas por parte del demandado (medio de autocomposición procesal), o la sentencia en cuestión.

En definitiva, es claro que el medio auténtico acompañado por el actor al libelo de demanda no adquiere el carácter de título ejecutivo, por lo que no están dados en el juicio de cuentas, particularmente en esta primera fase del proceso, los supuestos o requisitos para atribuirle naturaleza ejecutiva a dicho procedimiento.

³⁹ PALACIO, *Ob. Cit.*, Tomo VII, p. 355.

3.2.2. Naturaleza Jurídica: segunda fase del juicio de cuentas

Aún cuando no estudiaremos esta fase en el presente trabajo, es pertinente sin embargo analizarla brevemente a efectos de asumir una posición respecto a la naturaleza jurídica del juicio de cuentas.

Ya hemos señalado que en esta siguiente fase se resuelve la segunda de las pretensiones contenidas en el libelo de demanda del actor y que se refiere al requerimiento de pago de las cantidades que se le adeudaren o la restitución de los bienes correspondientes, de acuerdo a los resultados de las cuentas. HENRIQUEZ LA ROCHE considera que lo que precisamente permite atribuirle al juicio de cuentas la naturaleza de juicio ejecutivo, es que el procedimiento no se detiene con la presentación de las cuentas y, por tanto, con la aclaratoria por parte del demandado del resultado de la gestión o administración realizada por él. Por el contrario, el procedimiento continúa en búsqueda de que se satisfaga la pretensión del demandante contenida en su libelo pues, de lo contrario, estaríamos frente a una acción mero declarativa y no propiamente frente a un procedimiento ejecutivo⁴⁰.

Sin embargo, consideramos que en esta segunda fase del Juicio de Cuentas resulta aún más evidente la ausencia de esa naturaleza ejecutiva a que tanto nos hemos referido, toda vez que la condena y por tanto ejecución de la obligación de pago o restitución antes mencionada, está supeditada: a) bien a la sentencia definitivamente firme que ponga fin a la controversia, tal como está contemplado en los artículos 677 y 685 del Código de Procedimiento Civil, o; b) bien a la aceptación por parte del actor de las cuentas que voluntaria o de manera forzada haya presentado el demandado, aceptación ésta que da lugar a un acto de autocomposición procesal que tendrá la misma fuerza que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, tal como lo dispone el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil.

No se produce entonces en el Juicio de Cuentas una ejecución anticipada, o incluso la práctica de alguna medida preventiva fundamentada simplemente en el medio auténtico acompañado por el actor al libelo, sino que siempre es menester que el Tribunal dicte una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que ordene dicha ejecución, o que se haya veri-

⁴⁰ HENRIQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, Tomo V, p. 200.

ficado algún acto en el proceso que pueda adquirir ese mismo carácter (autocomposición procesal).

3.2.3. Conclusiones respecto a la naturaleza jurídica del juicio de cuentas

El artículo 673 del Código de Procedimiento Civil exige al demandante acreditar de modo auténtico la obligación del demandado de rendir cuentas, así como el período y el negocio o los negocios determinados que deben comprender esas cuentas, a efectos de la admisión de la demanda y la correspondiente intimación del demandado. Frente a esa intimación, el demandado puede optar entre presentar las cuentas en un plazo de veinte días, u oponerse a la demanda alegando haber rendido ya las cuentas o que éstas corresponden a un período distinto o a negocios diferentes a los indicados en la demanda.

Ni siquiera ante la incomparecencia del demandado a rendir las cuentas o a formular oposición a la demanda, el Tribunal procede de inmediato a la ejecución forzosa de dicha obligación de rendición de cuentas, o a la práctica de alguna medida preventiva inmediata con fundamento en el medio auténtico acompañado al libelo de demanda, sino que se produce una presunción inmediata de admisibilidad por parte del demandado de su obligación de rendir cuentas, siendo siempre menester que el Juez de la causa dicte una sentencia que ratifique la mencionada obligación.

Existen similitudes, sin embargo, entre el juicio de cuentas contemplado en nuestro Código de Procedimiento Civil, y el procedimiento monitorio que fue incorporado en la legislación italiana primero en el año 1922 y luego en el Código de Procedimiento Civil de 1940, cuyo objeto es el cobro acelerado y sumario de sumas líquidas de dinero, así como las prestaciones de dar cosas ciertas de naturaleza fungible, o la entrega de cosas muebles determinadas, y el cobro de honorarios judiciales y extrajudiciales⁴¹.

La doctrina ha considerado, en su mayoría, que el procedimiento monitorio siempre guarda relación con el procedimiento ejecutivo, pues frente

⁴¹ FENOCHIETTO, Carlos Eduardo; *Curso de Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 352.

a la intimación judicial de pago, el deudor o bien cumple la prestación, o se opone negando la existencia del crédito, pero si no contesta el requerimiento, continua la ejecución⁴². Pero ello no ocurre en el presente caso, tal como lo hemos demostrado anteriormente pues, ante la falta de oposición a la intimación en el Juicio de Cuentas, no se continúa con un proceso de ejecución, sino que en todo caso se le atribuye una presunción de certeza a esa omisión del demandado. De hecho, tal omisión da lugar a una presunción de admisibilidad por parte de dicho demandado, de su obligación de rendir cuentas, así como el período que estas deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo, produciéndose un efecto similar al que se verifica ante la incomparecencia de la parte demandada a contestar la demanda, que no es otro sino la confesión ficta.

Así, ante la atipicidad de este procedimiento del Juicio de Cuentas, preferimos acoger en todo caso la similitud existente entre éste y los procedimientos sumarios que han sido desarrollados en la legislación italiana. Explica SATTÀ que los procedimientos sumarios son declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva, donde lo que importa es el modo con el cual la finalidad se alcanza, que no es otro sino el de que el Juez conceda una normativa sin juicio⁴³.

Considerando que precisamente lo que perseguimos con el juicio de cuentas es un reconocimiento sin juicio de la obligación del demandado de rendir cuentas así como la consecuente presentación de estas cuentas y el pago de las cantidades o entrega de bienes que corresponda, todo lo cual se vería mermado únicamente si se produce una oposición del demandado contra la intimación, o una impugnación del actor contra las cuentas presentadas, pensamos que es evidente que el juicio de cuentas cumple con características propias de estos procedimientos sumarios.

Es por ello que preferimos considerar el Juicio de Cuentas como un procedimiento sumario especial contencioso, que le brinda al actor la opción de demandar la rendición de cuentas conforme a un procedimiento en teoría más expedito que el juicio ordinario. La acreditación auténtica de la obligación del demandado de rendir cuentas, no es más que una formalidad

⁴² FENOCHIETTO, *Ob. Cit.*, p. 352.

⁴³ SATTÀ, *Ob. Cit.*, p. 188.

que permite ejercer un mayor control de las demandas que pueden tramitarse conforme a las reglas de este procedimiento especial ⁴⁴.

Sin embargo, como estudiaremos a continuación, la falta de precisión de las reglas de procedimiento que en este respecto han sido desarrolladas en el código de Procedimiento Civil, han convertido al juicio de cuentas en uno de los procedimientos más complicados y menos expeditos, tal como lo ha establecido PINEDA LEÓN ⁴⁵.

IV. LA PRIMERA FASE DEL PROCEDIMIENTO

No es objeto de este estudio analizar los procedimientos de rendición de cuentas que pueden iniciarse por vía incidental en determinados casos previstos expresamente en la Ley, como ocurre con las cuentas requeridas al depositario conforme a la Ley de Depósitos Judiciales, la partición de coherederos, la quiebra o liquidación de sociedades, divorcios, división de socios, entre otros, por lo que nos limitaremos a revisar el juicio de cuentas que puede iniciarse por vía principal y que está regulado en los artículos 673 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Ya hemos explicado que el juicio de cuentas comprende dos fases claramente distinguibles, a la cual, como afirma PALACIO, se puede agregar una tercera:

- a) Una primera fase que está destinada exclusivamente a determinar la existencia o inexistencia de la obligación del demandado a rendir cuentas;
- b) Una segunda fase en la cual, una vez confirmada la existencia de la referida obligación y se condena al demandado a rendir las cuentas, éste comparece a rendirlas sometiéndolas a su

⁴⁴ Sin embargo, tales mecanismos de control aún resultan insuficientes pues, constantemente se admiten bajo este procedimiento especial contencioso de cuentas, una serie de demandas inescrupulosas utilizadas simplemente como mecanismos de presión al demandado, en consideración a la complejidad del procedimiento y, particularmente, de las espinosas formalidades a cuyo cumplimiento debe someterse este último para rendir correctamente las cuentas.

⁴⁵ PINEDA LEÓN, *Ob. Cit.*, p. 328.

revisión por parte del actor, a fin de que éste las apruebe o impugne. Esta segunda fase finaliza, con la sentencia que aprueba las cuentas en tanto se las repute exactas, determinando en su caso, el monto del saldo activo;

- c) Finalmente, siguiendo a PALACIO, podría abrirse una tercera fase en el juicio de cuentas, done al determinarse el saldo activo de las cuentas aprobadas por el Tribunal de la causa, el actor pretende el cobro del saldo activo a través del procedimiento de ejecución de sentencia⁴⁶.

Particularmente nos vamos a concentrar en el estudio de la primera fase de este procedimiento, esto es, hasta quedar determinada la existencia o inexistencia de la obligación del demandado a rendir cuentas, por considerar que es en esta fase inicial donde han surgido las mayores dudas y confusiones en el estudio del juicio de cuentas.

4.1 Inicio del procedimiento

4.1.1. Sujetos del procedimiento

- Autoridad judicial competente para conocer de las demandas de rendición de cuentas.

El artículo 45 del Código de Procedimiento Civil le asigna la competencia territorial para conocer de las demandas de rendición de cuentas, a la autoridad judicial del lugar donde se hayan conferido o ejercido la tutela o la administración o ante el Tribunal del domicilio del demandado, a elección del demandante, dejando a salvo lo dispuesto en el último aparte del artículo 43 eiusdem.

SANOJO plantea una dificultad que surge cuando la tutela o administración se ha ejercido en dos o más lugares distintos sucesivamente por haber mudado de domicilio el tutor o administrador o por exigirlo así el curso de los negocios. En este sentido, coincidimos con el autor en considerar que la demanda podría proponerse ante la autoridad judicial de cualquiera de los lugares en que se haya realizado dicha tutela o administración,

⁴⁶ PALACIO, *Ob. Cit.*, pp. 261-263.

puesto que en todos estos lugares se ha verificado el supuesto previsto en la ley para determinar la competencia territorial⁴⁷.

Respecto al referido último aparte del artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, este establece que siendo más de uno los demandados, deberán todos tener un mismo domicilio para que pueda proponerse la demanda ante el Tribunal que a ese domicilio corresponda. SANOJO explica este supuesto señalando que, si el demandado es uno sólo el actor puede elegir su domicilio para interponer la demanda ante la autoridad judicial de dicha Circunscripción Judicial. Si por el contrario son varios los codemandados, el actor podrá elegir el lugar del domicilio de éstos si todos tuvieren uno sólo, pero si entre los demandados hubiere uno siquiera que tenga domicilio distinto de los otros, el actor tendrá que seguir el juicio en el lugar donde se ejerció la tutela o administración⁴⁸.

BORJAS se plantea el supuesto en el cual el fuero atribuido por ley al juicio de rendición de cuentas (*forum gestae administrationis*) coincide con otros fueros especiales, como ocurre en los casos de apertura de sucesiones (*forum apertae sucessionis*⁴⁹) o cuando se trata de una acción entre socios (domicilio de la sociedad⁵⁰). Podríamos incluir también aquí el supuesto de demandas de rendición de cuentas intentadas conforme a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, respecto a la administración de los bienes y representación de los hijos, para las cuales resultarían competentes los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente⁵¹. Al respecto, considera el autor que cuando se reclama en acción principal la rendición de cuentas, es forzoso proponer la demanda conforme a los fueros especiales aplicables a cada caso, pues esa competencia especial no es potestativa, pero cuando el juicio de cuentas surgiere incidentalmente, el Juez que estuviere conociendo de la causa principal conocerá de la rendición de cuentas⁵².

⁴⁷ SANOJO, Luis, *Exposición del Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial "Oriente", Colombia, 1954, p. 66.

⁴⁸ SANOJO, *Ob. Cit.*, p. 67.

⁴⁹ Art. 43 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁰ Artículo 44 del Código de Procedimiento civil.

⁵¹ Artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5266 Extraordinario, de fecha 2 de Octubre de 1998.

⁵² BORJAS (1), *Ob. Cit.*, p. 48.

Esto coincide con la opinión de FEO, para quien es pertinente precisar de dónde nace el deber de los obligados a rendir las cuentas y diferenciar si el deber viene de cargo judicial, como el tutor, el depositario judicial, o de convención o cuasi contrato, como los mandatarios, gestores de negocios o de cargo de rentas públicos, como jefes de aduanas, tesoreros de pago, para determinar si existe un fuero especial y, por tanto, precisar la competencia del Tribunal que debe conocer de la causa. Así, explica FEO, aquel cuyo cargo es judicial, como el administrador de herencia yacente o depositario de bienes embargados, debe rendir la cuenta al Tribunal mismo que los nombró, y no ante el Juez de su domicilio; el tutor o curador-administrador en el lugar donde ejercieron el encargo; el heredero beneficiario y el ejecutor testamentario, ante el Tribunal de la apertura de la sucesión; el socio en materia de sociedad no comercial, ante el Tribunal donde está establecida; cualquier otro obligado por contrato o cuasi contrato, ante el Juez de su domicilio; y el administrador de dineros públicos ante el Tribunal de Hacienda o autoridad competente⁵³.

Respecto a la competencia por la materia y la cuantía, resultan aplicables en general las disposiciones establecidas al respecto en el Código de Procedimiento Civil, o en las normas especiales que correspondan⁵⁴. Sólo debemos destacar que a efectos de la determinación de la cuantía, se tomará en cuenta la estimación que realice el actor en su libelo de demanda, siendo esta otra de las razones por las cuales es pertinente incluir en dicho escrito la estimación del saldo activo de las cuentas cuya rendición se reclama o del valor de los bienes cuya restitución se demanda.

- Sujeto Activo: Es la persona que tiene el derecho a examinar las cuentas y que en el derecho francés se le conoce como el *oyant*⁵⁵. Según, PINEDA LEÓN, nos referimos a la persona que tenga interés en que se le rinda la cuenta de sus bienes administrados por otro⁵⁶.

BORJAS aclara que no puede promover el juicio rendición de cuentas sino la parte por cuya cuenta fueron administrados los bienes, sin que importe que éstos sean o no de su propiedad⁵⁷.

⁵³ FEO (1), *Ob. Cit.*, p. 136.

⁵⁴ BAUMEISTER (2), *Ob. Cit.*, p. 143.

⁵⁵ FENOCHIETTO, *Ob. Cit.*, p. 515.

⁵⁶ PINEDA LEÓN, *Ob. Cit.*, p. 329.

⁵⁷ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, p. 45.

Nuestra normativa no distingue si este sujeto activo debe ser una persona natural o jurídica, por lo que no corresponde al intérprete realizar distinciones. Así, el legitimado activo para intentar la demanda de rendición de cuentas es cualquier persona natural o jurídica (civil o mercantil)⁵⁸ por cuya cuenta hayan sido administrados los bienes, bien porque haya efectuado el encargo o bien porque tiene derecho a exigir las cuentas conforme a la ley⁵⁹, independientemente de que los bienes administrados sean o no de su propiedad⁶⁰.

- Sujeto Pasivo: Para FEO, todo el que ha administrado la fortuna o bienes de otro, por cualquier título que sea, con o sin mandato, está obligado a rendir cuenta de su administración, a menos que sea exceptuado de ello expresamente cuando así pueda hacerse.

El artículo 673 del Código de Procedimiento Civil hace referencia en particular al tutor, curador, socio, administrador y al apoderado o encargado de intereses ajenos. Sin embargo, nuestra casación ha explicado que la enumeración contenida en dicho artículo es de carácter enunciativo y no taxativo⁶¹, por lo que pueden ser legitimados pasivos, entre otros, el tutor, el socio, el administrador, el apoderado, el encargado de intereses ajenos, los herederos que tengan la posesión provisional de los bienes del declarado ausente, el albacea testamentario, los padres que ejercen la patria potestad, el curador de la herencia yacente, los gestores de negocios, el depositario, el síndico de la quiebra, los copartícipes que hayan administrado la herencia durante la comunidad y, en general, todos los otros supuestos en los cuales se verifique la administración de bienes de otro⁶².

⁵⁸ ENRIQUE DUBUC considera que los legitimados activos pueden ser personas jurídicas de cualquier género: civiles, asociaciones, sociedades y fundaciones; y mercantiles: sociedades, además de cualquier especie, regulares e incluso las irregulares como los comités. Cfr. DUBUC, *Ob. Cit.*, p. 300.

⁵⁹ AZULA CAMACHO, *Ob. Cit.*, Tomo III, p. 106.

⁶⁰ BAUMEISTER señala que este derecho a exigir las cuentas puede devenir de fuentes diversas: unas contractuales, otras cuasi contractuales (gestión de negocios) y finalmente, otras, de un imperativo legal impuesto con ocasión del desempeño o ejercicio de una determinada actividad o función. Cfr. BAUMEISTER (1), *Ob. Cit.*, p. 129.

⁶¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia No. 193 de Fecha 25 de Abril de 2003, con ponencia del Magistrado Adán Febres Cordero. Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, *Doctrina de la Sala de Casación Civil*, N° 6, Enero-Junio 2003, Caracas, 2003, p. 260.

⁶² PALACIO destaca también la posibilidad de iniciar esta acción contra personas que, en virtud de las obligaciones profesionales típicas de la actividad comercial que desarrollan,

4.1.2. La Demanda de rendición de cuentas

El juicio de cuentas se inicia por demanda, la cual debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, donde el actor debe especificar el período de las cuentas demandadas, así como el negocio o los negocios determinados que deben comprender esas cuentas.

Adicionalmente, es menester que el demandante acompañe al libelo, como documento fundamental y a efectos de cumplir con las exigencias del artículo 673 *eiusdem*, un medio auténtico que acredite la obligación que tiene el demandado de rendir las cuentas reclamadas, y que confirme el período y el negocio o los negocios determinados que éstas cuentas deben comprender.

Así lo establece el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil:

“Cuando se demanden cuentas al tutor, curador, socio, administrador, apoderado o encargado de intereses ajenos, y el demandante acredite de un modo auténtico la obligación que tiene el demandado de rendirlas, así como el período y el negocio o los negocios determinados que deben comprender, el Juez ordenará la intimación del demandado para que las presente en el plazo de veinte días, siguientes a la intimación...”

Como puede observarse, el artículo 673 únicamente hace referencia a los dos requisitos que hemos señalado con anterioridad, a efectos de la admisión de la demanda de rendición de cuentas. Sin embargo, posteriormente el artículo 677 *eiusdem* presupone que el actor debe incluir también en dicho libelo de demanda, el reclamo de cualquier cantidad dineraria que en criterio del actor le deba ser pagada por el demandado, o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida.

Expresamente señala el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil:

realizan gestiones administrativas sobre las cuales se puede requerir una rendición de cuentas. (Cfr. PALACIO, *Ob. Cit.*, Tomo VI, pp. 256 y 257).

“Si el demandado no hiciere oposición a la demanda, ni presentare las cuentas dentro del lapso previsto en el Artículo 673, se tendrá por cierta la obligación de rendirlas, el período que deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo, y se procederá a dictar el fallo sobre el pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida, si el demandado no promoviere alguna prueba dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de oposición ...”

Es este artículo 677 el que nos permite incluir una tercera fase en el juicio de cuentas, tal como lo hemos comentado anteriormente, pues presupone que el Juez tiene facultades suficientes para condenar de una vez al demandado al pago del saldo activo de las cuentas aprobadas durante el procedimiento.

De acuerdo a lo anterior, podemos señalar que el libelo de demanda de rendición de cuentas debe cumplir en Venezuela con los siguientes requisitos:

- a) Debe cumplir con los requisitos de forma establecidos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.
- b) A efectos de determinar con precisión el objeto de la pretensión, el actor debe indicar no sólo la obligación que tiene el demandado de rendir cuentas, sino el período y el negocio o los negocios sobre los cuales debe rendir las cuentas.
- c) El actor debe acreditar dicha obligación del demandado de rendir cuentas, así como el período y el negocio o los negocios determinados que éstas deben comprender, a través de un medio auténtico que debe producirse con el libelo de demanda. Posteriormente analizaremos las características que debe cumplir dicho medio auténtico.

La relevancia de estos primeros requisitos la explica BORJAS al señalar que, una de las más interesantes especialidades de este procedimiento consiste en que la controversia

relativa a la obligación de rendir las cuentas y al período de tiempo que deban comprender, se decide como punto de mero derecho, sólo con los recaudos que el actor tenga presentados para el acto de contestación, siempre que el reo no haya producido una contraprueba⁶³.

- d) Finalmente, podemos afirmar según lo establecido en el citado artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, que el actor debe establecer en su libelo de demanda una estimación del resultado que deben arrojar dichas cuentas, esto es, una estimación de las cantidades dinerarias que puedan constituir el saldo activo de las cuentas y cuyo pago se reclame, o los bienes que hubiere recibido el demandado para el actor en ejercicio de su representación o administración y cuya restitución sea reclamada⁶⁴.

Esta indicación permitirá precisar la cantidad de dinero cuyo pago sea demandado por el actor, o los bienes cuya restitución se reclame, lo cual es menester particularmente en el supuesto en que el demandado no comparezca a rendir las cuentas. Y es que en este caso se presenta una situación idéntica a la señalada por BORJAS ⁶⁵, pues la información que en este respecto suministre el actor en su demanda, constituirá la única base para que el sentenciador pueda condenar al demandado al pago de las cantidades reclamadas o a la restitución de los referidos bienes, salvo que el demandado comparezca oportunamente a promover y evacuar pruebas que demuestren lo contrario.

Es de destacar que en legislaciones como la Argentina, no se requiere que el actor establezca dicha estimación en su libelo de demanda, pues el legislador ha previsto que, ante la falta de oposición del demandado y, por tanto, la no presentación de las cuentas requeridas, el Juez debe acordar un plazo para que sea el actor entonces quien las presente y las traslade al de-

⁶³ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, p. 53.

⁶⁴ TULIO ÁLVAREZ ha considerado que el actor debe ofrecer en su demanda su versión de lo que deba ser la cuenta, mediante un mínimo de rigor técnico de contabilidad o de una forma que tomen comprensivos los datos aportados al proceso. Cfr. ÁLVAREZ, Tulio Alberto, *Ob. Cit.*, p. 291.

⁶⁵ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, p. 53.

mandado⁶⁶. De allí que autores como FENOCHIETTO señalen que la indicación de esta información sobre las cuentas por el actor, no constituya un requisito ineludible de la demanda en el Derecho Argentino, aún cuando resulte a todas luces conveniente hacerlo⁶⁷.

Sin embargo, nuestro Código de Procedimiento Civil no prevé la posibilidad de que el actor, ante la incomparecencia del demandado a rendir cuentas, tenga la oportunidad de presentarlas. Es por ello que consideramos menester que la estimación del saldo de las cuentas reclamadas se incluya en el libelo de demanda pues, en el supuesto que explicamos, los hechos que en tal sentido alegue el actor constituirán los únicos a ser considerados por el Juez en su sentencia definitiva para condenar al demandado al pago de las cantidades o la restitución de los bienes señalados en el libelo, salvo que el demandado promueva alguna prueba que demuestre lo contrario.

4.1.3. Acreditación auténtica de la obligación del demandado de rendir las cuentas

A efectos de demandar la rendición de cuentas conforme al procedimiento especial contemplado en los artículos 673 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es menester que el actor acredite de modo auténtico la obligación que tiene el demandado de rendirlas. De otra forma, el demandante se tendrá que conformar con los trámites del procedimiento ordinario para intentar dicha acción.

Debemos analizar entonces, cómo debe materializarse en el proceso esta acreditación auténtica y, en consecuencia, cuál es la interpretación que consideramos correcta de la norma contenida en el referido artículo 673 del Código de Procedimiento Civil.

Al hablar de medio auténtico, evidentemente el legislador se está refiriendo a un medio de prueba que acredite de forma auténtica la obligación del demandado de rendir las cuentas requeridas judicialmente. Sin embargo, a diferencia de otros procedimientos especiales regulados en el

⁶⁶ PALACIO, *Ob. Cit.*, Tomo VI, p. 264.

⁶⁷ FENOCHIETTO, *Ob. Cit.*, p. 519.

mismo Código de Procedimiento Civil, el legislador omite especificar si dicho medio debe limitarse a una prueba escrita, o si por el contrario la interpretación de este requisito debe ser extensiva, permitiendo demostrar dicha obligación a través de otros medios de prueba⁶⁸.

La Corte Suprema de Justicia, señaló en diversas oportunidades que para tener por cumplido el requisito atinente a la prueba auténtica de la obligación de rendir cuentas, no basta la simple demostración del título o carácter conferido al demandado para administrar negocios ajenos, sino que es necesario, conforme a nuestra pacífica doctrina, que se evidencie de autos la efectividad de la administración o gestión cumplida por el cuentadante dentro del lapso en que pudo ejercer las facultades pertinentes. En este sentido, aclara la Sala que al actor le basta demostrar fehacientemente el comienzo y el fin del lapso durante el cual el obligado a rendir cuentas tuvo las referidas facultades, y que la administración fue real y efectivamente ejercida a través de los actos auténticos que hubieran llegado al conocimiento del acreedor que demanda la rendición, sin que sea imprescindible demostrar que la gestión del administrador fue continua hasta el momento mismo en que se extinguió la representación⁶⁹.

No limita la Sala entonces la prueba de tales hechos o circunstancias, a la prueba escrita, sino que deja abierta la posibilidad de valerse de otros medios de prueba que permitan demostrar de manera fehaciente tanto el origen de la obligación del demandado de rendir cuentas, como el comienzo y fin del lapso durante el cual éste tuvo las facultades de gestión o administración necesarias para tales circunstancias, y la efectividad con que tales funciones fueron ejercidas.

Existe sin embargo, un sector de la doctrina que ha interpretado que el medio auténtico a que se refiere el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, debe ser un medio escrito. En particular, DUBUC ha expli-

⁶⁸ El artículo 643 del Código de Procedimiento Civil, al regular el procedimiento por intimación, requiere que se acompañe al libelo una prueba escrita del derecho que se alega. Dicha limitación resulta aún más restringida por el artículo 644 *eiusdem*, que establece además un listado de cuáles documentos son considerados prueba escrita suficiente a efectos de cumplir con los requisitos de admisibilidad de la demanda, previstos en el mencionado artículo 643.

⁶⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de Junio de 1976. Cfr. *Repertorio Forense* N° 3530, pp. 1 y ss., citada por HENRIQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, Tomo V, p 205.

cado que debe tratarse de un documento fehaciente, esto es, el documento que produce fe, y no únicamente un documento público, tal como está descrito en el artículo 1.357 del Código Civil, pues en criterio del autor lo que se busca es que el documento exprese fecha cierta del inicio y del fin del período en el cual se administraron intereses ajenos, y del negocio o los negocios encomendados a una persona⁷⁰.

En igual sentido se pronuncia BAUMEISTER, al explicar que la pretensión de la rendición de cuentas, hecha valer a través de este procedimiento especial, debe y tiene que nacer con la invocación y consignación de un título especial auténtico, para que pueda ser examinado sumaria y brevemente por el Juez, a fin de precisar si de él deviene esa condición de cuentadante del demandado, sea de origen contractual, cuasi contractual o de fuente legal, para aparejar esa orden de ejecución inmediata de que sea presentada la cuenta, sin recurrir al proceso de cognición pleno. Se extiende incluso el autor a señalar que ese medio auténtico de demostrar la exigencia legal, puede provenir de un único documento o de varios con iguales características, sin que por ello se modifique lo requerido por el legislador⁷¹.

Esta es también la posición que ha asumido HENRIQUEZ LA ROCHE quien, si bien no entra a analizar la naturaleza de este medio de prueba, se refiere a él como un documento fundamental⁷².

Llama la atención la calificación que hace BORJAS respecto al medio que debe acompañar el actor al libelo de demanda en el juicio de

⁷⁰ DUBUC incurre, en nuestra opinión, en una ligera, pero importante confusión entre los denominados documentos públicos, auténticos y privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, lo cual pensamos ha sido superado en la doctrina, gracias al trabajo del profesor Arístides Rengel Römberg, quien ha agotado el tema con una intensa explicación. (Cfr. RENGEL RÖMBERG, Arístides (1), *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen IV, Organización Gráficas Capriles C.A., Caracas, 1992). Sin embargo, coincidimos con DUBUC en que puede un documento privado adquirir un carácter auténtico desde el punto de vista probatorio, sin que sea menester la presencia de un funcionario investido de facultades para darle fe pública, por lo que no debe limitarse la interpretación del medio auténtico a que hace referencia el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, a la presentación del instrumento público o auténtico a que hace referencia el artículo 1.357 del Código Civil. (Cfr. DUBUC, *Ob. Cit.*, p. 305).

⁷¹ BAUMEISTER (2), *Ob. Cit.*, pp. 146 y 147.

⁷² HENRIQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, Tomo V, p. 197.

cuentas. Señala en primer término el autor que, la prueba auténtica de la obligación de rendir cuentas presentada por el actor no hace siempre fe pública y puede ser apreciada soberanamente por el Juez⁷³. Sin embargo, al continuar con su análisis, explica posteriormente el autor que no constituyen prueba auténtica a estos efectos una simple justificación de testigos instruida fuera de juicio, ni las cartas o los demás documentos privados no reconocidos, ni ninguna de las pruebas preconstituidas que carezcan de los requisitos necesarios para hacer fe, hasta prueba en contrario, de los hechos a que se refieran⁷⁴.

Se aprecia una aparente contradicción en el análisis de BORJAS, quien en principio ha considerado que la autenticidad requerida por el legislador del medio acompañado al libelo de demanda, no implica necesariamente que dicho medio ofrezca fe pública de la obligación del demandado de rendir las cuentas en cuestión, para luego concluir que aquellas pruebas que carezcan de los requisitos necesarios para hacer fe de los hechos a que se refieran, no son considerados auténticos a efectos de que resulte admisible la demanda por el procedimiento del juicio de cuentas.

Sin embargo, hemos interpretado que el autor ha asumido que la autenticidad del medio acompañado al libelo de demanda, no supone la participación en su formación, autenticación u otorgamiento, de un funcionario capaz de dar fe pública, sino que es admisible para tales efectos cualquier medio de prueba que demuestre de forma fehaciente, hasta prueba en contrario, la obligación del demandado de rendir las referidas cuentas por el tiempo y sobre los negocios indicados en el libelo de demanda. Con esto, el autor deja abierta la discusión hacia una posible libertad probatoria del actor para la demostración de dicha obligación del demandado de rendir cuentas, bien a través de documentales o cualquier otro medio de prueba que demuestre de forma fehaciente la referida obligación.

La Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil no limita la prueba auténtica *in limine* de la obligación del demandado de rendir las cuentas, a la prueba por escrito, sino que simplemente requiere que tal obligación sea acreditada de modo auténtico. Ello es relevante si analizamos la explicación que presenta esa misma Exposición de Motivos en

⁷³ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, p. 54.

⁷⁴ BORJAS (1), *Ob. Cit.*, pp. 56 y 57.

otros procedimientos especiales ejecutivos, como es el caso de los procedimientos por intimación, ejecución de créditos fiscales o ejecución de hipoteca, entre otros, donde el legislador establece claramente la limitación de la prueba auténtica a la prueba por escrito, extendiéndose incluso a analizar en cada uno de estos casos cuáles son los documentos o títulos que pueden acompañarse al libelo de demandada para cumplir con los requerimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

A lo anterior podemos agregar que, el propio artículo 673 establece que el demandado deberá sustentar su oposición a la demanda en prueba escrita, con lo cual el legislador sí establece expresas limitaciones respecto al medio de prueba que debe ser acompañado por el demandado a su escrito de oposición, mas no en lo que respecta al medio auténtico que debe acompañarse al libelo de demanda.

“Artículo 673. Cuando se demande cuentas al tutor, curador, socio, administrador, apoderado o encargado de intereses ajenos, y el demandado **acredite de un modo auténtico la obligación que tiene el demandado de rendirla**, así como el período y el negocio o los negocios determinados que deben comprender, el Juez ordenará la intimación del demandado para que las presente en el plazo de veinte días, siguiente a la intimación. Si dentro de este mismo plazo el demandado se opone a la demanda alegando haber rendido ya las cuentas o que éstas correspondan a un período distinto o a negocios diferentes a los indicados en la demanda; **y estas circunstancias aparecieren apoyadas con prueba escrita**, se suspenderá el juicio de cuentas, y se entenderán citadas las partes, para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes a cualquier hora de las indicadas en la tablilla a que se refiere el Artículo 192, sin necesidad de la presencia del demandante, continuando el proceso por los trámites del procedimiento ordinario”.

No existe entonces una limitación expresa, bien en la normativa que regula el juicio de cuentas o bien en la explicación de los proyectistas del Código de Procedimiento Civil, contenida en su Exposición de Motivos, respecto a las características del medio de prueba que debe acompañar el actor a su libelo de demanda para demostrar de modo auténtico la obliga-

ción del demandado de rendir las cuentas, a diferencia de la prueba que a su vez tiene que presentar el demandado para oponerse a la demanda, la cual sí está legal y expresamente limitada a la prueba por escrito. De allí que quede abierta la discusión en este respecto, a efectos de precisar si es posible extender dicha prueba auténtica a medios distintos a la prueba escrita.

Al hablar de auténtico, según explica CABRERA ROMERO, nos estamos refiriendo en sentido filológico a un acto cuya certeza legal se conoce y se sabe que emana de la persona a quien se atribuye⁷⁵. De allí que, la autenticidad de la prueba haya sido analizada principalmente en lo que respecta a la prueba documental.

En particular, explica ROSENBERG que un documento es auténtico cuando en su forma de manifestación presente y, especialmente en su contenido, procede de la persona que se afirma como el otorgante, aún cuando la escritura del documento proceda de otra persona, siempre que corresponda a la voluntad del otorgante⁷⁶. Incluso, autores como LESSONA han sostenido que la autenticidad de un documento resulta de ser autógrafo, cosa esta que debía darse en el texto, si se trataba de documento no firmado válido como prueba, o en la firma, si se trataba de documento privado firmado, o en ambos si así lo exigía la ley⁷⁷.

Es relevante en este sentido la posición de DEVIS ECHANDÍA, quien sostiene que cuando se trata de escritos, su autenticidad implica la certeza sobre la persona que lo firma, o sobre quien lo haya manuscrito, si es un instrumento privado que no lleve firma y, subsidiariamente, del ruego que el presunto autor haya dado para que otra persona firmara por él y de la firma del rogado⁷⁸. De esta manera, explica el autor cómo se demuestra la autenticidad de los documentos, dejando abierta la posibilidad de que

⁷⁵ CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo, "Los documentos privados auténticos", en *Estudios sobre el Documento Público y Privado*, Ediciones FABRETON, Caracas, 1982, p. 414.

⁷⁶ ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Traducción de Ángela Romera Vera, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 246.

⁷⁷ LESSONA, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, Editorial Reus (S.A.), Tercera Edición, Tomo III, Madrid, 1930, p. 228.

⁷⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, Víctor P. De Zavallá Editor, Buenos Aires, 1981, p. 535.

existan otros medios de prueba distintos al documento que puedan resultar igualmente auténticos.

Esto podría resultar hasta evidente si consideramos que cada vez se va a dejando a un lado el formato escrito en papel, diluyéndose estos requerimientos de autografía que hemos mencionado, pues existe un rápido desarrollo tecnológico que se inició con la utilización de las máquinas de escribir para la transcripción de estos textos documentales, y que se ha perfeccionado en la actualidad con sistemas computarizados que permiten la obtención de videos o sonidos, cuya autoría puede ser demostrada a través de medios electrónicos o digitales de la más variada índole, desde el reconocimiento de un tono de voz, hasta la verificación de la huella dactilar o la retina del ojo, elementos estos que tienden a confirmar con mayor fehaciencia dicha autenticidad ⁷⁹.

En definitiva, siguiendo a ROSENBERG, podemos considerar en líneas generales la autenticidad de un medio de prueba, como la demostración de su veracidad en base a la confirmación de su autoría, siendo en principio el Tribunal el que decidirá sobre dicha autenticidad de acuerdo con su libre convicción⁸⁰.

Así, hoy más que nunca podemos afirmar que un medio de prueba puede resultar auténtico aún cuando no se trate propiamente de una prueba escrita. Ello nos permite afirmar, dada la amplitud concedida por el legislador en el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, que puede el actor acreditar la obligación del demandado de rendir las cuentas, por cualquier medio de prueba auténtico, esto es, cualquier medio de prueba no expresamente prohibido por la ley, que represente un acto que permita demostrar su veracidad en base a la confirmación de su autoría, aún cuando no se trate propiamente de una prueba escrita⁸¹.

⁷⁹ JEDLICKA ZAPATA, Pedro Alberto, "Comentarios sobre los mensajes de datos como medios de prueba", en *Aspectos legales del Comercio Electrónico*. Editado por Marianella Vegas C. y la Cámara Venezolana de Comercio Electrónico, Caracas, 2004, p. 183.

⁸⁰ ROSENBERG, Leo, *Ob. Cit.*, p. 246.

⁸¹ Son pertinentes los comentarios que hemos desarrollado en otros trabajos, donde hemos insistido en la diferencia conceptual que existe entre los mensajes de datos como medios de prueba independientes, y la prueba documental, aún cuando ambos tengan la misma eficacia probatoria atribuida por ley, tal como lo contempla el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Cfr. JEDLICKA, *Ob. Cit.*, pp. 179-190.

4.2. Intimación del demandado

Verificada por el Tribunal la autenticidad del medio de prueba aportado por el actor al proceso junto con su libelo de demanda, se procederá a la admisión de la demanda, y se ordenará la intimación del demandado a efectos de que éste: a) presente las cuentas que está obligado a rendir conforme lo demostrado con dicha prueba auténtica o; b) ejerza oposición a la demanda. Es de destacar entonces, que efectivamente es causal de inadmisibilidad de la demanda de rendición de cuentas, el que ésta no esté soportada en un medio de prueba auténtico que demuestre la obligación que tiene el demandado de rendirlas, durante el tiempo y sobre los negocios indicados en el libelo.

Dicha intimación, como bien señala PINEDA LEÓN, se realizará de la misma forma que la citación en el juicio ordinario. De no lograrse la intimación personal, se procederá por carteles y en última instancia se le designará un defensor judicial al demandado.

Una vez verificada la intimación del demandado, éste deberá comparecer en un lapso de veinte días de despacho, dentro del cual podrá asumir cualquiera de las siguientes actitudes:

- a) Comparecer y admitir su obligación de presentar las cuentas, presentándolas en dicho lapso de veinte días de despacho.
- b) Asumir una posición de absoluta rebeldía y no comparecer a rendir las cuentas ni a formular oposición contra la demanda.
- c) Oponerse a la demanda.

No es posible en esta etapa del proceso oponer cuestiones previas, toda vez que ello sólo es posible, tal como lo prevé el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en la oportunidad y en lugar de dar contestación a la demanda, siendo el caso que esta contestación sólo podría verificarse en el supuesto que el demandado ejerza oportuna oposición a la demanda de rendición de cuentas y sustente dicha oposición en prueba escrita.

Son interesantes los problemas que pueden surgir en esta etapa del proceso con la designación de un posible defensor judicial, una vez agotada sin éxito la intimación personal y vista la incomparecencia del demandado a darse por intimado. Aclara PINEDA LEÓN que no deja de ser un grave

estorbo para la rendición de las cuentas, que dicho defensor no esté capacitado para presentarlas, como debe ocurrir en la gran mayoría por no afirmar que en la totalidad de los casos. Incluso, de tener este defensor algún acceso a esas cuentas, es muy probable que las presente careciendo de todos los papeles, libros y demás datos necesarios para ello⁸².

Es de destacar además, que es muy poco probable que el defensor judicial pueda ejercer oposición a la demanda, pues dicha oposición conforme lo establece el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, debe estar sustentada en prueba escrita, la cual le será muy difícil de obtener, salvo que se trate de una razón evidente que pueda desprenderse incluso de las propias actas del proceso⁸³.

De allí que resulte muy factible el rechazo de cualquier oposición presentada por el defensor judicial del demandado. Esto se traducirá en una orden del Juez de presentar las cuentas, tal como lo dispone el artículo 675 eiusdem, que muy posiblemente tampoco podrá cumplir dicho defensor. Queda claro entonces el riesgo inminente de que ante la designación de un defensor judicial, se acoja en definitiva la estimación de los resultados de estas cuentas que haya presentado el actor en su libelo de demanda, pues será esta la única información que muy probablemente estará a la disposición del Juez para resolver la controversia.

Todas estas circunstancias, así como otras que analizaremos más adelante, son las que han llevado a autores de la talla de BORJAS a calificar el juicio de cuentas, como un procedimiento menos jurídico que otros, como es el caso de la vía ejecutiva, pero mucho más riguroso⁸⁴.

4.2.1. Recursos contra la determinación del Juez a que hace referencia el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil

El artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, le atribuye al Juez la facultad de valorar *in limine*, la acreditación por medio auténtico que ha realizado el actor de la obligación del demandado de rendir cuentas,

⁸² PINEDA LEÓN, *Ob. Cit.*, p. 331.

⁸³ Ello podría ocurrir en el caso que uno de los cónyuges demande al otro la rendición de cuentas sobre unos bienes que quedaron fuera de la comunidad conyugal, y que tal circunstancia se desprenda de un documento de capitulaciones matrimoniales que curse en autos.

⁸⁴ BORJAS (1): *Ob. Cit.*, pág. 54.

para solicitar la admisión de su demanda por los trámites de este procedimiento especial.

En tal sentido, una vez verificada dicha acreditación, el Juez ordenará librar el correspondiente decreto de intimación, para que el demandado se aperciba en el procedimiento a presentar dichas cuentas en el plazo de veinte días siguientes a su intimación.

Al respecto, el artículo 674 *eiusdem* prevé la posibilidad de apelar contra esta determinación del Juez, con lo cual se ratifica el carácter decisorio de dicho decreto de intimación, y en particular establece esta norma que cuando haya presentado el actor la prueba auténtica de la obligación y de su extensión, dicha apelación sólo se oirá en el efecto devolutivo.

Así, frente a la demanda intentada por el actor, el Juez debe entrar a valorar de inmediato el carácter auténtico con que se ha demostrado la obligación del demandado de rendir las cuentas, a efectos de proceder a admitir o no la demandada y, en consecuencia, librar o no el correspondiente decreto de intimación. Tratándose entonces de un auto que contiene una verdadera decisión del Tribunal, este puede ser apelado tal como lo ratifica el referido artículo 674. Sin embargo, cuando efectivamente el actor haya presentado prueba auténtica de la obligación de rendición de cuentas del demandado y de su extensión, dicha apelación sólo podrá oírse en el efecto devolutivo.

Ahora bien, de la lectura de ese mismo artículo 674, debe concluirse también que cuando la demanda ha sido admitida y librado el decreto de intimación, sin que conste en autos dicha acreditación auténtica por parte del actor, pensamos que resulta igualmente apelable la determinación del Juez, pero en este caso la apelación deberá oírse libremente, esto es, tanto en el efecto devolutivo como en el efecto suspensivo.

Consideramos que esta es la interpretación correcta que debe darse a la norma contenida en dicho artículo 674 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece textualmente:

“Contra la determinación del Juez, cuando haya presentado el actor la prueba auténtica de la obligación y de su extensión, sólo se oirá apelación en el efecto devolutivo”.

Es claro que no aplica el supuesto de hecho previsto en la citada norma, cuando resulta manifiesto que el actor no ha presentado junto a su libelo de demanda dicha prueba auténtica, caso en el cual el decreto de intimación se habrá librado en franca violación a lo dispuesto en el artículo 673 *eiusdem*, lo cual colocaría al demandado en una situación de indefensión de continuarse el procedimiento a efectos de que este último comparezca a rendir cuentas, o a ejercer oposición contra la demanda.

De allí que, a efectos de corregir los excesos y violaciones en que ha incurrido el Tribunal de la causa al admitir por el procedimiento de cuentas, una demanda que no cumple con los presupuestos establecidos a tal efecto por nuestra legislación, pueda el demandado apelar contra dicho decreto, teniendo incluso derecho a que tal apelación sea oída en ambos efectos, al punto que de oírse este recurso en el sólo efecto devolutivo, resultaría procedente, en nuestro criterio, un recurso de hecho contra este pronunciamiento, a efectos de que se ordene al Juez del primer grado de jurisdicción que oiga libremente la apelación en cuestión y evite la continuación de un procedimiento viciado desde su inicio.

No ocurre lo mismo cuando efectivamente el actor ha acompañado la referida prueba a su libelo de demanda y lo que se discute es la valoración que de ésta ha realizado el Juez de la causa, a efectos de librar el correspondiente decreto de intimación. Consideramos que en este supuesto aplica perfectamente la limitación contenida en el artículo 674 del Código de Procedimiento Civil, y la apelación contra tal determinación del Juez sólo debe oírse en el efecto devolutivo.

Es de hacer notar que, en cualquier caso, el lapso de apelación contra el decreto de intimación en cuestión, que por tratarse de una decisión interlocutoria podrá ser de cinco o tres días bien se trate de una controversia en materia civil o mercantil, comenzará a transcurrir a partir del día siguiente a la intimación del demandado.

4.3. El cumplimiento voluntario de la obligación del demandado de rendir cuentas

Ya hemos señalado que en virtud de su intimación, el demandado puede admitir como cierta su obligación de rendir cuentas, y comparecer dentro de los veinte días de despacho siguientes a presentarlas, siguiendo

las formalidades establecidas en el artículo 676 del Código de Procedimiento Civil, esto es, presentado dichas cuentas en términos claros y precisos, año por año, con sus cargos y abonos cronológicos, de modo que puedan examinarse fácilmente, con todos los libros, instrumentos, comprobantes y papeles pertenecientes a ellas.

FEO y SANOJO han señalado que esta falta de contradicción por parte del demandado de su obligación de rendir cuentas, implica que este último ha convenido en la demanda⁸⁵. Sin embargo, diferimos de la posición de tan ilustres procesalistas, toda vez que el convenimiento es un acto de autocomposición procesal que implica una aceptación total de la demanda y que, por lo tanto, pone fin a la controversia adquiriendo fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo cual no ocurre en el presente caso pues, ante la presentación de las cuentas por parte del demandado, se da inicio a la segunda fase del juicio de cuentas por la cual dichas cuentas se someten a la revisión del actor conforme lo establece el artículo 678 eiusdem, quien podrá o no aprobarlas y, en este último caso, someterlas a una experticia que determine su exactitud, para luego obtener una decisión que apruebe dichas cuentas y, según el caso, precise el monto del saldo activo que eventualmente pueda ser objeto de ejecución contra el deudor.

Es claro entonces que la comparecencia del deudor a cumplir voluntariamente con su obligación de rendir cuentas, no implica convenir en la demanda, pues no es correcto hablar de convenimientos parciales, sino que se produce una simple admisión de uno de los hechos alegados por el actor en el libelo de demanda, de soberana importancia, como lo es la obligación del demandado de rendir cuentas.

4.4. La incomparecencia del demandado a presentar las cuentas o a formular oposición a la demanda.

El demandado podría ante su intimación, asumir una posición de absoluta rebeldía y no comparecer al proceso a rendir las cuentas ni a formular oposición a la demanda. El derogado Código de Procedimiento Civil de 1916, establecía un apremio al demandado con multas diarias de cuarenta bolívares hasta que produjera las cuentas, multas éstas que se

⁸⁵ SANOJO: *Ob. Cit.*, p. 374; FEO (1): *Ob. Cit.*, p. 137.

aplicaban a beneficio del actor, pudiendo el Tribunal resolver según su apreciación, si algunos retardos no daban lugar a dicho apremio⁸⁶.

Tal como lo explica la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, lo cual es ratificado por el profesor RENGEL RÖMBERG⁸⁷, la nueva normativa implicó una modificación sustancial de la regulación vigente en el Código de 1916. En particular, actualmente se precisan las sanciones a que quedan expuestos los interesados cuando incumplen los deberes que a cada uno se imponen, que según lo señala la propia Exposición de Motivos no son otras que la confesión ficta en caso del demandado y apremios en el caso de los expertos.

Así, únicamente podrá apremiarse con multas a los expertos que han sido designados en la segunda etapa del procedimiento para examinar las cuentas presentadas por el demandado y que fueron objetadas por el actor. Dichos expertos deben cumplir con su asignación en un término pre-fijado, y de lo contrario podrán ser multados con quinientos bolívares por cada día de retraso, tal como lo dispone el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil.

No ocurre así con el demandado que no comparece oportunamente a rendir las cuentas o a ejercer oposición a la demanda. El artículo 677 eiusdem establece expresamente la sanción de la cual sería objeto, al señalar que se tendrá por cierta la obligación de rendir las cuentas, el período que deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo, debiendo procederse a dictar el fallo sobre el pago reclamado, siempre que el demandado no promoviere alguna prueba dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de oposición.

Dispone dicho artículo 677 del Código de Procedimiento Civil:

“Si el demandado no hiciere oposición a la demanda, ni presentare las cuentas dentro del lapso previsto en el Artículo 673, se tendrá por cierta la obligación de rendirlas, el período que deben comprender y los negocios determinados por el

⁸⁶ PINEDA LEÓN, *Ob. Cit.* p. 332.

⁸⁷ RENGEL RÖMBERG, *Aristides* (2): “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, Volumen VI, De Los Procedimientos Especiales, Editorial Altolitho, C.A., Caracas, 2004, p. 350.

demandante en el libelo y se procederá a dictar el fallo sobre el pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida, si el demandado no promoviere alguna prueba, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de oposición. La sentencia la dictará el Juez dentro del lapso de quince días, contados a partir del vencimiento del lapso de promoción indicado en este Artículo.

Si el demandado promoviere pruebas en el lapso indicado éstas se evacuarán dentro del plazo de veinte días después de admitidas por el Tribunal, salvo que se trate de la prueba de experticia, caso en el cual se procederá como se indica en el Capítulo VI, Título II del Libro Segundo de este Código. En estos casos, la decisión del Tribunal será dictada dentro de los quince días siguientes a la conclusión de las pruebas. De la decisión se oírá apelación libremente.

Las disposiciones contenidas en este Artículo se aplicarán también cuando el demandado no presente las cuentas en el plazo previsto en el artículo 675, si la apelación que en él se concede resultare desestimada”.

Es claro entonces que el demandado contumaz, no será objeto de una ejecución inmediata del decreto de intimación, como ocurre en los procedimientos ejecutivos, sino que tal como lo señala BORJAS, se produce el mismo efecto de la confesión ficta del juicio ordinario, en cuanto no sea contraria a derecho la pretensión del actor⁸⁸, donde se genera en cabeza del deudor una presunción de admisión de dicha obligación de rendición de cuentas, así como del período y los negocios que estas contemplan, presunción esta que es desvirtuable mediante prueba en contrario, la cual debe ser promovida por el demandado dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del lapso de oposición.

Es importante precisar la frase de BORJAS, según la cual dicho efecto de confesión ficta se produce sólo en cuanto no sea contraria a

⁸⁸ BORJAS (1): *Ob. Cit.*, p. 50.

derecho la pretensión del actor, lo que implica que aún ante la falta de prueba por parte del actor, el Juez podría rechazar la demanda por considerarla contraria a derecho, lo cual si bien es poco probable, visto que dicho análisis debería quedar superado con la valoración *ab initio* que debió hacer el Juez de la prueba auténtica acompañada por el actor al libelo de demanda, a efectos de librar el correspondiente decreto de intimación, no por ello deja de eliminar ese supuesto carácter de título ejecutivo que se ha pretendido atribuir a dicha prueba auténtica, pues es claro que siempre es menester que el Juez dicte una decisión que sólo podrá ser ejecutada una vez quede definitivamente firme, con la sola excepción por supuesto de cualquier acuerdo a que puedan llegar las partes durante el proceso o la aprobación de las cuentas que presente el demandado (autocomposición procesal).

No compartimos entonces la posición de HENRIQUEZ LA ROCHE que, junto a otros autores, si bien admite que aún ante la contumacia del demandado no puede dictarse fallo sin antes agotar la fase de instrucción concedida a favor del intimado, el cual goza de un lapso de cinco días para promover pruebas que desvirtúen su confesión ficta, mantiene la postura de que el juicio de rendición de cuentas es un verdadero procedimiento ejecutivo, simplemente por el hecho de que la contumacia del demandado que no comparece oportunamente a oponerse a la demanda puede llevar a una eventual admisión de hechos por efecto de la mencionada confesión ficta.⁸⁹

Y es que la confesión ficta no le atribuye en momento alguno a la prueba auténtica acompañada por el actor al libelo de demanda, y mucho menos al decreto de intimación, el carácter de título ejecutivo, pues siempre es menester que el Juez dicte un fallo que adquiera el carácter de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, para que se pueda proceder a la ejecución, al punto que aún ante la falta de prueba por parte del demandado contumaz, el Juez podría rechazar la demanda por considerarla contraria a derecho, tal como lo explica BORJAS.

En definitiva, la contumacia del demandado que no comparece oportunamente a rendir las cuentas o formular oposición a la demanda, produce el efecto de confesión ficta, pues se tendrá por cierta la obligación del

⁸⁹ HENRIQUEZ LA ROCHE: *Ob. Cit.*, Tomo V.

deudor de rendir las cuentas, así como el período que deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo, pudiendo incluso el Tribunal condenar de una vez al pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o de la administración conferida.

De allí la importancia a que hemos hecho referencia anteriormente, de indicar con precisión en el libelo de demanda, no sólo la obligación que tiene el demandado de rendir las cuentas y el período y los negocios determinados que éstas deben comprender, sino además una estimación de los montos que debe arrojar dicha rendición de cuentas, y en particular el saldo activo que pueda ser condenado a favor del actor al final del proceso, pues ante la contumacia del demandado, la información que en este respecto suministre el actor en su demanda, constituirá la única base para que el sentenciador pueda condenar al demandado al pago de las cantidades reclamadas o a la restitución de los referidos bienes.

Pero dicha confesión ficta no producirá tales efectos, si el demandado promoviere alguna prueba que le favorezca, para lo cual deberá comparecer dentro los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de oposición establecido en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil (veinte días de despacho), y presentar el correspondiente escrito de promoción de pruebas. Si este fuere el caso, las pruebas se evacuarán dentro de los veinte días de despacho siguientes a su admisión, salvo que se trate de la prueba de experticia, caso en el cual se procederá al igual que en el procedimiento ordinario.

Es de destacar que la actividad probatoria del demandado contumaz es totalmente amplia en lo que respecta a los medios de prueba que puede utilizar para desvirtuar su confesión ficta. Sin embargo, es muy discutido en la doctrina el alcance de las afirmaciones de hecho que puede demostrar el demandado contumaz en el proceso.

El Juez siempre dispondrá de quince días para dictar su decisión, bien contados a partir del vencimiento del lapso de cinco días de promoción de pruebas, en el supuesto que el demandado no compareciere tampoco a promover dichas pruebas, o bien contados a partir de la conclusión del lapso de evacuación de pruebas, cuando el demandado efectivamente haya

ejercido su derecho a desvirtuar su confesión ficta, promoviendo las pruebas pertinentes.

Ahora bien, ¿qué puede decidir el Juez en esta etapa del proceso? Este análisis dependerá en gran medida de la posición adoptada respecto al alcance de la actividad probatoria que pueda desarrollar el demandado contumaz, la cual debe ajustarse además a las dos pretensiones contenidas en el libelo de demanda, como lo es una primera pretensión dirigida a demostrar la existencia de la obligación de rendir cuentas, y una segunda pretensión que persigue obtener un pago como consecuencia del saldo activo que resulte de dichas cuentas.

Para responder estas interrogantes, no podemos dejar de hacer referencia a ese análisis doctrinario sobre la actividad probatoria que puede desarrollar el demandado contumaz en un proceso, que si bien es muy extenso, trataremos de presentarlo de manera resumida por no ser el tema principal de este trabajo.

FEO le otorga la más amplia libertad de prueba al demandado contumaz⁹⁰, posición esta que ha sido muy criticada en la doctrina y no ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia, bajo el criterio de que el demandado contumaz no puede estar en mejor situación que el que compareció oportunamente⁹¹.

RENGEL ROMBERG critica la posición de la jurisprudencia y acoge la amplitud probatoria a que hace referencia FEO, señalando que el nuevo Código de Procedimiento Civil tiene como objetivo fundamental la obtención de una justicia real, donde lo que importa es determinar la veracidad de los hechos reclamados y, por tanto, la procedencia de la pretensión⁹².

⁹⁰ FEO, Ramón F. (2); *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo II, Editorial Biblioamericana, Caracas, 1953, pp. 61 y 62.

⁹¹ CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo; "La Confesión Ficta", publicado en *Derecho Procesal Civil. Un nuevo enfoque del proceso civil. V Jornadas Lic. Miguel José Sanz. Colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1999, p. 25.

⁹² RENGEL RÖMBERG, Aristides (3); *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen III, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991, pp. 124 y 125.

Esta es tal vez la interpretación que puede generar mayores dudas en lo que respecta al juicio de cuentas. De admitirse esta amplitud de pruebas, es claro que el demandado contumaz podría demostrar incluso aquellos hechos que constituyan fundamento de oposición a la demandada y, por tanto, que traten de desvirtuar su supuesta obligación de rendición de cuentas. Cabe preguntarse entonces si ante esta prueba, puede el Juez conforme al artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, suspender el procedimiento especial de cuentas, a efectos de que continúe por los trámites del procedimiento ordinario, con lo cual le estaría atribuyendo a dicha prueba los efectos de una oportuna oposición a la demanda, contemplados en el artículo 673 eiusdem, y dejaría en suspenso este procedimiento especial en espera de una decisión bajo los trámites del procedimiento ordinario, que resuelva la existencia o no de la obligación por parte del demandado de rendir las referidas cuentas.

El tema es interesante pues, si bien el artículo 677 parece claro cuando establece que el fallo que debe dictar el Juez ante la incomparecencia del demandado, debe comprender una resolución respecto al pago reclamado por el actor en la demanda o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de su representación o administración, lo cierto es que ante la actividad probatoria del demandado contumaz debe resolver también respecto a la existencia o no de la obligación de rendir cuentas. Y ello es de suma relevancia pues, tal parecería que esta situación beneficia enormemente al demandado, en clara violación al principio de igualdad de las partes, toda vez que se resolvería la primera de las pretensiones contenidas en el libelo de demanda, como lo es el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas, sin permitirle al actor desarrollar una actividad probatoria en el proceso, que le permita demostrar sus respectivas afirmaciones.

Esta particularidad del juicio de cuentas, no permite entonces una aplicación extensiva de las distintas teorías que han surgido con ocasión de la actividad probatoria que puede realizar el demandado contumaz en el procedimiento ordinario para desvirtuar la confesión ficta. Pensamos que en este supuesto en concreto, únicamente tiene cabida un análisis incluso restrictivo de la posición adoptada por autores como BORJAS, donde sólo se permitiría al contumaz la prueba de las circunstancias que le impidieron comparecer oportunamente a formular oposición a la demanda o a rendir las cuentas, tales como el caso fortuito o la fuerza mayor, y cualquier otra

que le favorezca, pero no con la libertad que proclama Feo, sino dentro de la libertad que permiten los principios que rigen la materia⁹³. Y decimos que es un análisis restrictivo de esta posición, pues tales autores admiten además la contraprueba de los hechos afirmados por el actor, pero somos de la idea que ello no es posible en este caso, pues el lapso probatorio a que hace referencia el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil solamente se abre en beneficio de la parte demandada, y no está previsto que el actor pueda promover medio de prueba alguno que sustente sus afirmaciones de hecho⁹⁴.

Así, permitir al demandado, dentro de los cinco días de promoción y veinte de evacuación a que hace referencia dicho artículo 677, la contraprueba de los alegatos del actor, dejaría a este último en una posición de absoluta indefensión, pues nunca se le abriría en el proceso un lapso probatorio a efectos de demostrar sus respectivas afirmaciones de hecho, lo cual podría incluso implicar la inconstitucionalidad de dicha norma por constituir una clara violación del principio de igualdad de las partes, o incluso una limitación al derecho a la defensa del actor.

Es por ello que consideramos que la única interpretación posible respecto a la actividad probatoria que puede desarrollar el demandado contumaz, conforme lo establecido en el artículo 677 del Código de Procedimiento, es que ésta debe limitarse a demostrar las circunstancias que le impidieron comparecer oportunamente a formular oposición a la demanda o a rendir las cuentas, esto es, prácticamente el demandado contumaz debe limitarse a demostrar, como señala ENRIQUE DUBUC, un caso fortuito, fuerza mayor o hecho del príncipe, que le haya impedido dicha comparecencia⁹⁵. De encontrar fundados dichos alegatos y suficiente la actividad probatoria del demandado, el Tribunal podrá acordar únicamente la reapertura del lapso para que el demandado comparezca a formular dicha oposición o a rendir las cuentas. De lo contrario, el sentenciador debe limitarse a confirmar la confesión ficta y, por tanto, tener por cierta la obligación de rendición de cuentas, el período que deben comprender y los negocios de-

⁹³ BORJAS (2); *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial Bilibioamericana, Argentina-Venezuela, 1947, Vol. III, pág. 180 y 181, citado por RENGEL ROMBERG (3); *Ob. Cit.*, pp. 122 y 123.

⁹⁴ RENGEL RÖMBERG (2); *Ob. Cit.*, p. 352.

⁹⁵ DUBUC; *Ob. Cit.*, p. 308.

terminados por el demandante en el libelo, condenando igualmente al demandado en dicho fallo, al pago reclamado por el actor en el libelo o a la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor en ejercicio de la representación o administración en cuestión.

4.5. La oposición a la demanda

Pasamos entonces a analizar la última de las actitudes que puede asumir el demandado en virtud de su intimación para la rendición de cuentas. Hemos señalado que el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, prevé la posibilidad de que el demandado comparezca al proceso a formular oposición a la demanda.

Ahora bien, dicha norma parece limitar las causales en que se puede amparar el demandado para presentar esta oposición, al establecer:

“... Si dentro de ese mismo plazo el demandado se opone a la demanda alegando haber rendido ya las cuentas o que éstas correspondan a un período distinto o a negocios diferentes a los indicados en la demanda; y estas circunstancias aparecieren apoyadas con prueba escrita, se suspenderá el juicio de cuentas, y se entenderán citadas las partes para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes a cualquier hora de las indicadas en la tablilla a que se refiere el artículo 192, sin necesidad de la presencia del demandante, continuando el proceso por los trámites del procedimiento ordinario”.

Tal pareciera entonces que el demandado sólo puede formular oposición a la demanda alegando:

- a) Haber rendido ya las cuentas;
- b) Que dichas cuentas corresponden a un período distinto al indicado en la demanda;
- c) Que las cuentas corresponden a negocios diferentes a los señalados en el libelo.

Adicionalmente, exige el legislador que tales circunstancias sean demostradas con prueba escrita, con lo cual limita los medios de prueba de

que puede valerse el demandado para cumplir con dicha carga. Ello es consecuencia de la prueba auténtica que ya ha aportado el actor junto a su libelo, que es presupuesto de admisibilidad de la demanda conforme a este procedimiento especial, y que sólo puede desvirtuarse por intermedio de otra prueba fehaciente la cual, en este caso, ha sido limitada por el legislador a la prueba escrita.

Autores como ARAUJO PARRA, citado por ENRIQUE DUBUC, han señalado que la oposición no es pura y simple, sino una oposición formal fundada en alguna de las alternativas antes mencionadas las cuales, en su criterio, son taxativas⁹⁶.

Sin embargo, la doctrina acogida en forma pacífica por nuestro máximo Tribunal, y cuyo criterio igualmente adoptamos, es la desarrollada por BORJAS quien ha sostenido que esta enumeración de excepciones, que ajustándonos a la normativa vigente preferimos llamar causales de oposición, no son taxativas pues, comprobada de modo auténtico toda otra excepción que invalide la prueba del actor debe suspenderse el procedimiento de cuenta y darse curso al juicio ordinario⁹⁷.

Lo anterior fue desarrollado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y acogido de forma pacífica por nuestro actual Tribunal Supremo de Justicia, señalando incluso que establecer el carácter taxativo de las causales de oposición antes mencionadas, crearía una situación de manifiesta indefensión para el demandado, por lo que se admite que este último pueda oponer en esta clase de procedimiento otras excepciones, o de fondo, con la única condición de que compruebe su alegación de modo auténtico, siendo el caso que a estas defensas se les dará la tramitación procesal pertinente, según su naturaleza, suspendiéndose el juicio especial de cuentas y entendiéndose citadas las partes para la contestación de la demanda⁹⁸.

⁹⁶ DUBUC; *Ob. Cit.*, p. 309.

⁹⁷ BORJAS (1); *Ob. Cit.*, p. 55.

⁹⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 29 de Marzo de 1989, con ponencia del Magistrado Adán Febres Cordero. Cfr. Pierre Tapia, Oscar: "*Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*", Marzo de 1989, No. 3, p. 85; Cfr. También sentencia de la Sala de Casación Civil No. 193, de fecha 25 de Abril de 2003, con ponencia del Magistrado Adán Febres Cordero.

Esta interpretación es la que ha generado repetidas discusiones respecto a la posibilidad de oponer cuestiones previas en el escrito de oposición a la demanda. Sin embargo, pensamos que no es posible alegar cuestiones previas en esta etapa del proceso pues, tal como lo dispone el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, ello sólo debe realizarse en la oportunidad fijada para la contestación de la demanda y en lugar de ella, siendo el caso que en esta fase preliminar del procedimiento de cuentas, aún no está prevista la contestación de la demanda, sino únicamente la oposición que hemos venido describiendo.

Ahora bien, ello no obsta que el demandado pueda valerse de algunas de estas defensas o excepciones contenidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, como causales de oposición a la demanda, siempre que éstas por supuesto estén soportadas en prueba escrita. De ser este el caso, es importante ratificar que no se trataría propiamente de una incidencia de cuestiones previas, toda vez que no es posible tramitarla como tal, ya que ello conllevaría a una desnaturalización del procedimiento y a una clara violación del debido proceso. Tales defensas constituyen, en todo caso, causales de oposición que de estar apoyadas en prueba escrita, podrían dar lugar a la suspensión del juicio de cuentas y, en consecuencia, a la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento ordinario, entendiéndose entonces citadas las partes para la contestación de la demanda, tal como lo dispone el citado artículo 673, siendo en esta la oportunidad cuando realmente podrían oponerse debidamente cuestiones previas.

De cualquier manera, debemos destacar nuevamente que todas estas causales de oposición deben estar soportadas en prueba escrita. Si bien no requiere el legislador que dicha prueba sea auténtica, es importante considerar que lo que se pretende con esta prueba es desvirtuar la acreditación que debió hacer el actor al momento de proponer la demanda y de modo auténtico, de la obligación del demandado de rendir cuentas. De allí que sea menester que se trate de una prueba escrita fehaciente, que pueda ser valorado por el Juez, bien individualmente o en conjunto con otros medios de prueba escritos aportados por el demandado o que consten en autos, para contrarrestar la acreditación auténtica que ha realizado el actor. Si de tales pruebas se generan dudas en el Juez respecto a la existencia de la obligación del demandado de rendir cuentas, éste debe ordenar la suspensión del procedimiento especial de cuentas con miras a resolver esa incer-

tidumbre bajo los trámites del procedimiento ordinario, donde las partes podrán desarrollar una actividad probatoria mucho más intensa para demostrar sus respectivas afirmaciones de hecho relacionadas con este asunto.

4.6. La decisión de la oposición

Tal como lo dispone el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, ejercida la oposición por parte del demandado, si ésta estuviere fundada en una causal válida, que a su vez estuviere apoyada en prueba escrita, se suspenderá el juicio de cuentas y se entenderán citadas las partes para la contestación de la demanda, la cual tendrá lugar dentro de los cinco días de despacho siguientes.

Sin embargo, establece a su vez el artículo 675 eiusdem, que si el Juez encontrare que la oposición del demandado no apareciere apoyada con prueba escrita, o si el Juez no la encontrare fundada, ordenará al demandado que presente las cuentas en el plazo de treinta días.

4.6.1. Recursos contra la determinación del Juez

Contra la decisión dictada para resolver la oposición del demandado, sólo se oirá apelación en el efecto devolutivo.

Este artículo busca proteger a un demandante que ha acreditado debidamente la obligación de su contraparte de rendir cuentas, y que es víctima de una oposición infundada que busca únicamente retrasar injustificadamente el curso normal del proceso.

Es interesante el comentario que hace HENRIQUEZ LA ROCHE, respecto al efecto de esta apelación. Señala el autor que este recurso se oye en el efecto diferido, pues aunque no se suspende el curso del término de treinta días para presentar la cuenta, sí se suspende o difiere el lapso de promoción de pruebas a la espera del resultado de la interlocutoria de segunda instancia.

Se refiere el profesor HENRIQUEZ LA ROCHE, al supuesto en que el demandado, una vez rechazada su oposición, no comparece a rendir las cuentas dentro del plazo de treinta días a que hace referencia el artículo 675 del Código de Procedimiento Civil, caso en el cual resultarían aplica-

bles las disposiciones contenidas en el artículo 677 eiusdem, que hemos analizado anteriormente, referentes al demandado contumaz.

En principio, el artículo 677 permite al demandado, una vez vencido el mencionado plazo de treinta días y dentro de los cinco días siguientes a ese vencimiento, promover pruebas que justifiquen su incomparecencia y que demuestren un caso fortuito, fuerza mayor o hecho del príncipe, caso en el cual, tal como lo hemos señalado anteriormente, podrá el Juez de la causa considerar la reapertura de un plazo para que presente dichas cuentas, o en su defecto proceda a tener como cierta no sólo la obligación ya declarada de rendir cuentas, sino también el período que éstas deben comprender y los negocios determinados por el demandante en el libelo. Para ello deberá dictarse un fallo sobre el pago reclamado por el actor, o la restitución de los bienes que el demandado hubiere recibido para el actor, en ejercicio de su representación o administración.

El comentario de HENRIQUEZ nace de la disposición *in fine* de ese mismo artículo 677, que establece:

“... las disposiciones contenidas en el presente Artículo se aplicarán también cuando el demandado no presente las cuentas en el plazo previsto en el Artículo 675, si la apelación que en él se concede resultare desestimada”.

Así las cosas, una vez rechazada por el Juez la oposición presentada por el demandado, y asumiendo que éste ha ejercido oportuna apelación contra tal determinación, se ordenará al demandado que presente las cuentas en un plazo de treinta días, sin que ello implique una suspensión del procedimiento, toda vez que la apelación en cuestión debe oírse en el sólo efecto devolutivo.

Sin embargo, la falta de comparecencia del demandado a rendir las cuentas dentro del referido plazo de treinta días, provocará la suspensión de la causa hasta tanto se resuelva la apelación contra la decisión que ha rechazado la oposición del deudor, siguiendo así lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 677, antes citado.

De ser declarada con lugar dicha apelación por el Tribunal de Alzada, el procedimiento especial deberá suspenderse y se entenderán citadas

las partes para la contestación de la demanda, continuándose por los trámites del procedimiento ordinario. Si por el contrario, el Tribunal de Alzada confirma el rechazo de la oposición, se abrirá un lapso de cinco días para que el demandado promueva las pruebas pertinentes que justifiquen su incomparecencia a rendir cuentas dentro del mencionado plazo de treinta días, continuándose conforme al procedimiento establecido en el artículo 677, antes explicado.

4.7. La continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario

Concluimos este trabajo con un breve análisis de los efectos que produce en el proceso la suspensión del procedimiento especial de cuentas, y su continuación bajo los trámites del procedimiento ordinario.

Ya hemos señalado que la oposición fundada que haya formulado el demandado contra la demanda, y que apareciere apoyada en prueba escrita, suspenderá el curso del procedimiento especial de cuentas, entendiéndose citadas las partes para la contestación de la demanda, continuándose por los trámites del procedimiento ordinario. Ocurre igual si es declarada con lugar por el Tribunal de Alzada, la apelación que conforme al artículo 675 del Código de Procedimiento Civil haya intentado el demandado contra la decisión de primera instancia que haya rechazado dicha oposición.

No se trata, como en otros procedimientos especiales, de la finalización del procedimiento especial para dar paso al procedimiento ordinario, sino de una verdadera suspensión del procedimiento de cuentas. Y es que lo que se somete a los trámites del procedimiento ordinario es únicamente la discusión respecto a la existencia o no de la obligación del demandado de rendir las cuentas, siendo el caso que la sentencia que pueda dictarse en este respecto simplemente confirmará o rechazará dicha obligación.

De esta manera, tanto los alegatos y defensas que pueda incluir el demandado en su contestación a la demanda, como la actividad probatoria desarrollada por las partes bajo los trámites del procedimiento ordinario, únicamente deben versar sobre este *thema decidendum*, esto es, sobre los hechos controvertidos que tengan relación con la existencia o no de la obligación del demandado de rendir cuentas.

Es por ello que, una vez confirmada mediante sentencia dictada bajo los trámites del procedimiento ordinario, la obligación del demandado de rendir cuentas, continuará el procedimiento especial de cuentas en su segunda fase, pues se ordenará al demandado a presentar tales cuentas y someterlas a la revisión y aprobación o rechazo de la parte actora, siguiéndose así lo dispuesto en los artículos 678 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Es claro entonces que esta sentencia dictada bajo los trámites del procedimiento ordinario, únicamente pondrá fin al proceso cuando rechace la primera de las pretensiones contenidas en el libelo de demanda y que está referida a la obligación del demandado de rendir cuentas. En caso contrario, ratificada dicha obligación es menester resolver aún lo relativo al pago reclamado por el actor en el mismo libelo, y que dependerá de la revisión que se realice de dichas cuentas durante la segunda etapa del procedimiento especial que hemos venido estudiando, que se iniciará una vez dictada sentencia en este procedimiento ordinario, dejando a salvo por supuesto los recursos que puedan intentarse contra esta decisión.

Por esta razón, es importante precisar que la sentencia que ponga fin a este procedimiento ordinario, no puede condenar al demandado al pago de las cantidades reclamadas en el libelo de demanda, ni a la restitución de los bienes que le han sido entregados en ejercicio de sus funciones de administración o representación, pues todavía es necesario que a tales efectos sean presentadas y revisadas las cuentas en cuestión, conforme a los trámites previstos para la segunda fase de este procedimiento especial de cuentas.

Esta es precisamente la razón que nos llevó a citar a PINEDA LEÓN al comienzo de este trabajo para catalogar al juicio de cuentas como un procedimiento poco eficaz, pues con la oposición del demandado prácticamente se inicia el trámite de dos procedimientos separados que deben terminar mediante sentencia firme, y que pueden retardar por varios años la resolución de la controversia.

Lo anterior es aún más evidente si consideramos que el demandado, bajo los trámites del procedimiento ordinario y en la oportunidad prevista para dar contestación a la demanda, puede oponer cuestiones previas, tal

como lo ha confirmado nuestra doctrina y jurisprudencia a pesar del silencio que en este sentido contempla el Código de Procedimiento Civil ⁹⁹.

Y es relevante destacar que en virtud de la continuación del proceso bajo los trámites del procedimiento ordinario, no se trata de una incidencia de cuestiones previas surgida en el procedimiento especial de cuentas, sino de la primera incidencia surgida en dicho procedimiento ordinario que se ha iniciado con ocasión de la oposición válida formulada por el demandado contra la demanda de rendición de cuentas. Es por esto que no deberían generarse mayores dudas o discusiones respecto a la posibilidad de oponer, en esta etapa del proceso, cuestiones previas que deban tramitarse conforme al procedimiento previsto en los artículos 346 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Son muchos los temas que aún deben ser estudiados en relación con el juicio de cuentas. De allí que no hayamos pretendido agotar en estos breves comentarios el estudio de esta materia, que esperamos sea objeto de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial abundante, que nos facilite el análisis de estos tópicos en futuros trabajos, y que en definitiva contribuya a su perfeccionamiento en la práctica procesal.

⁹⁹ ZOPPI, Pedro Alid: *Cuestiones previas y otros temas de Derecho Procesal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 1992, p. 224.

Breves notas sobre la tutela anticipatoria

Mariolga Quintero Tirado

*¿Hay, en verdad, planteado un desafío
más intranquilizador y decisivo?*

A. Morello

SUMARIO

- I. Introducción**
- II. La tutela anticipatoria**
- III. Del procedimiento**
- IV. La regulación legislativa**
- V. Sistematización del régimen venezolano**
- VI. Del contenido**
- VII. Del contradictorio**
- VIII. Conclusiones**

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del proceso imprime un prisma de búsqueda de eficiencia jurisdiccional, y así el principio del debido proceso sería hueco, si a la par de la garantía de acceso a la justicia, no se proyectasen nuevas técnicas que otorguen la razón a quien la tiene, en un tiempo razonable, y mediante una sentencia que pueda ejecutarse, haciéndose realidad lo pretendido por el justiciable jurídicamente acertado.

La verdad es, que ante la morosidad judicial, la versión garantista del proceso formula nuevas respuestas de tratamiento procesal breve, a quien postula el reconocimiento de un derecho y lo demuestra con certeza suficiente o lo evidencia y comprueba el peligro de su irrealización, a los fines de que se le anticipe o satisfaga de inmediato la pretensión que deduce.

Sería jactancioso de nuestra parte, suponer que con la integración en el sistema procesal venezolano de esas nuevas técnicas, diseñadas fundamentalmente para solucionar, en situaciones de urgencia, en forma anticipada o de inmediato las pretensiones deducidas, tendríamos resultados favorecedores a la aspiración de eficiencia.

Ello es iluso.

Puesto que, en lo que atañe a nuestra geografía jurisdiccional, el primer conspirador contra un sistema eficaz de administración de justicia mora entre nosotros, al haber constatado la existencia de una suerte de empeño continuado en destronar la orgánica judicial, sostén imprescindible de una tutela rápida. Por ello, ante el sobrecargamiento e insuficiencia de tribunales, ausencia de gerencia judicial y deficiencias en los mecanismos de selección y formación de jueces, el desenvolvimiento del proceso y cualquier otro elemento que se diseñe para lograr su celeridad no son sino pliegues formales sin ninguna utilidad. Ello, sin mencionar, además, el desmoronamiento científico y ético de los operadores jurídicos, que juegan al proceso inelegantemente y sin prudencia, ni rubor.

Sin embargo, esa parálisis de que somos objeto, de retardos y frustraciones, que nos ultrajan y agobian en nuestro diario acontecer de abogados de litigios, que nos callan frente a los reclamos de nuestros mandantes,

negados en su derecho humano a una jurisdicción oportuna, no nos impide, sin ignorarlo y sin alardes, ni cantos de glorificación, hacer eco de referencias que buscan el resguardo de la eficiencia.

Así, repetimos, al lado de la tutela cautelar, se ha dado cariz científico y legal, a las medidas anticipatorias y a las autosatisfactivas, procurando las primeras adelantar total o parcialmente la sentencia definitiva y las segundas agotar lo pretendido.

II. LA TUTELA ANTICIPATORIA

Partiendo de la tesis que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la efectividad del fallo (las resultas del proceso), habría que diferenciarlas de las tutelas que se dirigen a anticipar total o parcialmente el objeto pretendido o dan satisfacción absoluta al objeto mediato de la pretensión.

Así, es evidente que las medidas que ostentan el carácter de anticipatorias inciden en lo que es materia del mérito, adelantándolo en su contenido y las autosatisfactivas consumen el litigio.

Por ende, no sólo difieren en su objeto, sino que son diferentes los presupuestos de otorgamiento de una medida cautelar y las de las demás especies señaladas.

Sobre este aspecto, dice el gran procesalista Roberto Berizonce¹:

«Las arduas cuestiones que suscita la tutela anticipatoria, comprensiva de la protección interinal y las providencias satisfactivas —o autosatisfactivas—, ponen en jaque ciertos principios viscerales en que asienta el propio sistema jurisdiccional. Por un lado, no cabe cuestionar que el factor tiempo, por la desmesurada e irrazonable duración del proceso común, constituye un presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de

¹ *La tutela anticipatoria en Argentina*, XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp. 4 y 5.

justicia y, con ello de la garantía de la defensa. También viene recibido que el «espesor» o densidad del conocimiento admite gradaciones y aún dispensas, cuando la especial naturaleza del derecho materia de la relación sustancial y su liquidez—«fuerte probabilidad»— exige respuestas jurisdiccionales prontas, urgentes, por la inminencia de un peligro grave e irreparable que amenace la frustración misma de la tutela perseguida, por la sola prolongación del estado de insatisfacción originaria. Junto a la técnica de cognición, que no siempre es exhaustiva sino que permite la fragmentación o la superficialidad periférica, cabe perfilar técnicas no menos ortodoxas de anticipación, tendientes a brindar tutelas urgentes susceptibles de diferenciarse según que el pronunciamiento respectivo (a) provea una protección puramente **interinal** aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo provisional, la litis, anticipando total o parcialmente el objeto mediato pretendido; o (b) dispense una tutela de virtualidad **definitoria**, en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de mérito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad.

Así concebida esa tutela anticipatoria, en cualquiera de sus variantes resulta, sin duda, diversa de la cautelar, por manera que no parece ajustado a la disciplina procesal el intento de subsunción que le reste autonomía, desdibujando sus caracteres típicos. Claro que, a falta de regulación legal expresa y más allá de la admisión, de hecho, bajo el marco y como desenvolvimiento de la protección cautelar—como verdades medidas innominadas, funcionalmente reconvertidas— se genera no poca incertidumbre en los derechos».

Debe observarse, por ende, que es característico de las medidas de tutela anticipatoria el peligro de que se frustre el derecho reclamado y de allí la razón para que se adelante parcial o totalmente el objeto de la pretensión; y que, como presupuestos de procedencia no sólo hay que demostrar ese peligro, sino también que existe certeza suficiente del derecho cuya titularidad de invoca. Por ende, cabe hablar, de diferenciación, como se

dijo, a nivel de condicionamientos de la medida cautelar, que atiende a un juicio de verosimilitud y al *periculum in mora*.

III. DEL PROCEDIMIENTO

De la lectura de los doctrinantes extranjeros, extraemos varias posibilidades de regulación.

Así, se admite, por una parte que las medidas anticipatorias pueden ser solicitadas y decretadas antes de que se intente el proceso, imponiéndole a la parte beneficiada la carga de impetrar la demanda en un lapso determinado; o estableciendo esa carga en la parte demandada, como inversión de la tutela; o que puedan requerirse durante el transcurso de un proceso inaudita parte, o con audiencia de la contraria.

A su vez, se propone, como elemento condicionador de la medida, que se otorgue o no caución.

IV. LA REGULACIÓN LEGISLATIVA

El Código Procesal Civil para Iberoamérica recoge en su artículo 280 la siguiente norma:

«Art. 280. (Medidas provisionales y anticipativas). Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo».

Otras legislaciones han seguido ese cauce, como son el Código Procesal Uruguayo, el de Costa Rica, el de Brasil y existen, en Argentina, Proyectos de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1993-1997) y de la Provincia de Buenos Aires (1977), de autoría de los

Dres Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Roland Arzi y Mario E. Kaminker,² que contemplan expresamente la tutela anticipada y las medidas de efectividad inmediata de la siguiente forma:

«Art. 65 (Tutela anticipada).- El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) Existe convicción suficiente acerca del derecho invocado; 2) Se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría daño irreparable al peticionario; 3) Se efectivice contracautela suficiente, salvo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, el peticionario se encontrase exento de darla; 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva».

«Art. 66.- (Ulterioridades). Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter de urgente, a la que serán citadas las partes interesadas; concluída la misma y sin otra sustanciación, se resolverá. El proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización; si al momento de dictarse la sentencia o durante la secuela del mismo cambiasen las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto. El régimen de los recursos y las eventuales modificaciones de sustancia y contracautela, será el establecido para las medidas cautelares».

«Art. 67.- (Medidas de efectividad inmediata). En aquellos supuestos excepcionales en que concurren de modo evidente los siguientes requisitos: 1) se acredite la existencia de un interés tutelar de cierto y manifiesto; 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsa-

² "Algunas Reflexiones Sobre la Anticipación de La Tutela y Las Medidas de Satisfacción Inmediata (Autosatisfactivas)", *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp 14.

bilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela».

Sobre Costa Rica, dice el Prof. Servio Artavia Barrantes³:

«El Código Procesal Civil costarricense fue promulgado a finales de 1989 y entró en vigencia en mayo de 1990, derogando el histórico Código de Procedimientos Civiles de 1888.

El artículo 242 del Código vigente, introduce por vez primera la tutela cautelar atípica, adoptando un texto similar en su contenido y redacción al propuesto en otras legislaciones. El texto se completa con una especie de tutela anticipatoria, al establecer que *«para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución»*.

Ahora bien, dentro del cuerpo normativo del Código de Procedimiento Civil no hay un régimen o sistema que ordene lo anticipativo o auto-satisfactorio, porque carecemos de una norma preceptiva que canalice una potestad genérica y discrecional para el dictado de medidas anticipatorias, aunque, un análisis jurisprudencial de la aplicación a que ha conducido la normativa de las medidas innominadas, pudiera convencernos que en múltiples oportunidades se ordenan para anticipar la pretensión. A guisa de ejemplo, se puede mencionar la providencia que, en un proceso ordinario dirigido a declarar la nulidad de una Asamblea, suspenda, en sede cautelar, los efectos de la misma.

De otra parte, un somero examen de la experiencia a nivel de amparo constitucional contra sentencias judiciales, nos coloca de frente a situaciones anticipativas, al considerar la petición y factible providenciamiento, en base a lo contemplado en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, de la suspensión de los efectos de la resolución atacada.

³ "Medidas Cautelares, Anticipatorias y Provisionales como Tutela Anticipada en el Proceso Civil", *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Brasilia, 10-14 de agosto de 1998, pp. 3 y 4.

Ahora bien, en la legislación local, encontramos disposiciones varias que consagran el régimen anticipativo.

Como ejemplos de medidas anticipativas ante-causam observamos las siguientes:

La decisión 486 de la Comisión Andina sobre el Régimen de Propiedad Industrial estipula:

“CAPITULO II

De las Medidas Cautelares

Artículo 245.- Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

Artículo 246.- Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
- b) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;
- c) la suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

d) la constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,

e) el cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares.

Artículo 247.- Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla.

Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada y precisa para que los productos presuntamente infractores puedan ser identificados.

Artículo 248.- Cuando se hubiera ejecutado una medida cautelar sin intervención de la otra parte, ella se notificará a la parte afectada inmediatamente después de la ejecución. La parte afectada podrá recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada.

Salvo norma interna en contrario, toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida.

La autoridad nacional competente podrá modificar, revocar o confirmar la medida cautelar.

Artículo 249.- Las medidas cautelares se aplicarán sobre los productos resultantes de la presunta infracción y de los materiales o medios que sirvieran principalmente para cometerla».

Tenemos también, dentro del ámbito de la materia, el anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, dispone:

«SECCIÓN 3: MEDIDAS PROVISIONALES

Artículo 50

1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a:

- a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;
- b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.

2. Las autoridades judiciales estarán facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas.

3. Las autoridades judiciales estarán facultadas para exigir al demandante que presente las pruebas de que razonablemente disponga, con el fin de establecer a su satisfacción con un grado suficiente de certidumbre que el demandante es el titular del derecho y que su derecho es objeto o va a ser objeto inminentemente de infracción, y para ordenar al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos.

4. Cuando se hayan adoptado medidas provisionales sin haber oído a la otra parte, éstas se notificarán sin demora a la parte afectada a más tardar inmediatamente después de ponerlas en aplicación. A petición del demandado, en un plazo razonable contado a partir de esa notificación se procederá a una revisión, en la que se le reconocerá el derecho de audiencia, con objeto de decidir si deben modificarse, revocarse o confirmarse esas medidas.

5. La autoridad encargada de la ejecución de las medidas provisionales podrá exigir al demandante que presente cualquiera otra información necesaria para la identificación de las mercancías de que se trate.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4, las medidas provisionales adoptadas al amparo de los párrafos 1 y 2 se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto no se inicia en un plazo razonable que habrá de ser establecido, cuando la legislación de un Miembro lo permita, por determinación de la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, y que a falta de esa determinación no será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

7. En los casos en que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión del demandante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al demandante, previa petición del demandado, que pague a éste una indemnización adecuada por cualquier daño causado por esas medidas.

8. En la medida en que puedan ordenarse medidas provisionales a resultados de procedimientos administrativos, esos procedimientos se atenderán a principios sustancialmente equivalentes a los enunciados en esta sección».

E igualmente, la Decisión 351 del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, establece:

«CAPITULO XIII

DE LOS ASPECTOS PROCESALES

ARTICULO 55.- Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales competentes, observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Asimismo, permitirán que las partes conozcan de todas las actuaciones procesales, salvo disposición especial en contrario.

ARTICULO 56.- La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

- a) El cese inmediato de la actividad ilícita;
- b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión;
- c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

ARTICULO 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

- b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;
- c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;
- d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.»

De otra parte, la Ley sobre el Derecho de Autor estipula:

«Artículo 109: El titular de cualquiera de los derechos de explotación previstos en esta Ley, que tuviere razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada, podrá pedir al Juez que declare su derecho y prohíba a la otra persona su violación, sin perjuicio de la acción por resarcimiento de daños morales y materiales que pueda intentar contra el infractor.

Para la efectividad de la prohibición el Juez conminará en la sentencia con multa al ocurrir una contravención. El Juez impondrá la sanción a solicitud de la parte agraviada. La multa no excederá del equivalente a veinte veces el salario mínimo urbano fijado por el Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, y es convertible en arresto proporcional a razón de quinientos bolívares por cada día de arresto.

En caso de reincidencia, se podrá imponer el doble de la multa».

«Artículo 110: El titular de uno de los derechos de explotación previstos en esta Ley y que resulte lesionado en su ejercicio, podrá pedir al Juez que ordene la destrucción o retiro de los ejemplares o copias ilícitamente reproducidos y de los aparatos utilizados para la reproducción, siempre que éstos últimos, por naturaleza, no puedan ser utilizados para una reproducción o comunicación diferente. Queda a salvo, en su caso, la acción por la indemnización de los daños y perjuicios causados al titular de uno de los derechos de explotación indicados.

Si una parte del aparato de que se trata puede ser empleado para una reproducción o comunicación diferente, el interesado puede exigir que a sus expensas se haga la separación de esta parte, para salvarla de la destrucción o remoción. Si el ejemplar o el aparato cuya remoción o destrucción se pidiere tiene especial mérito artístico o científico, no podrá ser destruido, y el Juez podrá ordenar de oficio, su entrega a un museo público.

En todo caso el perjudicado puede pedir que le sean adjudicados los ejemplares, copias o aparatos cuya destrucción se ordene. El Juez determinará el precio de la adjudicación, el cual se deducirá de la estimación de los daños y perjuicios causados.

Las medidas a que se refiere este artículo no surtirán efectos contra quienes hayan adquirido de buena fe y para su uso personal un ejemplar o copia ilícitamente reproducidos».

«Artículo 111: A los efectos del ejercicio de las acciones previstas en los artículos precedentes, el Juez podrá ordenar inspecciones judiciales y experticias, así como cualquier otro medio de prueba previsto en el Código de Procedimiento Civil.

El Juez podrá decretar el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de explotación.

El Juez podrá ordenar también el embargo de los proventos que correspondan al titular del derecho de explotación litigioso.

Las medidas de secuestro y embargo sólo se decretarán si se acompaña un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama, o si dicha presunción surge en la práctica de algunas de las pruebas indicadas en el encabezamiento de este artículo».

«Artículo 112: Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas previstas en el artículo precedente serán decretadas

por el Juez de la causa. Pero si la urgencia lo exigiere, podrán ser decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarse, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el Juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida.

Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal.

Las pruebas y medidas serán practicadas por el Juez que las decretare, por su comisionado o por la autoridad policial a quien el Juez requiera para ello, con la intervención, si fuere necesario, de uno o más peritos designados en el decreto respectivo o por decreto del Juez comisionado».

Igualmente, la Ley Orgánica de Ambiente tiene prevista la siguiente norma rectora:

«Artículo 26. El organismo competente para decidir acerca de las sanciones previstas en el artículo anterior, podrá adoptar en el curso del proceso correspondiente, las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar las consecuencias degradantes del hecho que se investiga. Tales medidas podrán consistir:

1. Ocupación temporal, total o parcial de las fuentes contaminantes, hasta tanto se corrija o elimine la causa degradante;
2. Clausura temporal de las fábricas o establecimientos que con su actividad alteren el ambiente, degradándolo o contaminándolo, ya sea directa o indirectamente;

3. Prohibición temporal de la actividad origen de la contaminación;
4. La modificación de construcciones violatorias de disposiciones sobre conservación, defensa y mejoramiento del ambiente; y
5. Cualesquiera otras medidas tendientes a corregir y reparar los daños causados y evitar la continuación de los actos perjudiciales al ambiente.»

No escapa tampoco, a un observador prevenido que la misma la Ley de Procedimientos y Tribunales Agrarios tiene inserto un artículo que permitiría, durante el transcurso de los procesos respectivos, que el Juez Agrario decretara medidas anticipatorias. Veamos.

El artículo 8 de la referida ley señala:

«Los jueces agrarios, de oficio, podrán dictar en juicio las medidas que consideren necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estén amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción».

De otra cara, en el renglón de los procedimientos administrativos, el contemplado en el Reglamento No. 2 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia establece que durante la pendencia del procedimiento sancionador se podrán dictar las medidas que contempla el texto legal en su artículo 35, que reza:

«Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas siguientes:

- 1°. La cesación de la presunta práctica prohibida; y
- 2°. Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida».

Y dentro del contexto de lo regular, brilla al ojo que la pensión de alimentos, como medida provisoria, reviste el carácter de anticipatoria.

V. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN VENEZOLANO

De la exposición sobre la normativa venezolana de cautela anticipada, podemos inferir, que el ordenamiento nacional establece los siguientes lineamientos:

1. Las medidas se pueden decretar antes o después de la traba de la litis.
2. En el evento de que se soliciten durante la pendencia del proceso principal, pueden ordenarse con previa citación de la parte afectada, o sin previa audiencia del sujeto pasivo de la pretensión anticipativa.
3. Están precedidas de una fase de cognición sumaria, donde se deberá demostrar la fuerte probabilidad (certidumbre suficiente) del derecho y la existencia de un peligro o daño irreparable.
4. El juzgador puede pedir la constitución de una caución.
5. En caso de medidas ante-causam serán ordenadas por el Juez de Municipio.
6. Cuando las medidas se decretan ante-causam debe instaurarse el proceso en un lapso determinado, so pena de su decaimiento.
Y aunque se habla de presunción grave del derecho para las medidas de embargo y secuestro en materia de derechos de autor, no se establece un standard en el orden de la prueba.
Y tampoco se contempla la posibilidad de sustituir la medida por el caucionamiento sustitutivo, lo que atenta contra la protección que se persigue con la tutela anticipatoria.
7. El ejercicio abusivo de la solicitud de tutela anticipada genera responsabilidad.

VI. DEL CONTENIDO

Sea ante-causam o intra proceso, la medida ordinariamente se decreta a instancia de parte, salvo en situaciones especiales, como es el caso de la materia ambiental, donde el interés social arropa la pretensión deducida.

En los supuestos de tutela requerida, el juez goza de la discrecionalidad razonada de conferirla en los mismos términos en que fue peticionada o dictar la que fuera más adecuada, con el objeto de no agravar la situación de que debe soportarla.

Es manifiesto que como «el contenido de la decisión está necesariamente encorsetado por los alcances de la pretensión de mérito; es de toda lógica que no cabe anticipar más que lo pretendido para ser juzgado en la sentencia definitiva. En todo caso, se podrá anticipar «total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida», como señala el art. 65 proyectado. La anticipación parcial es, sin duda, la regla»⁴.

Importa poner de relieve, que no sería causal de prejuzgamiento el otorgamiento de la tutela anticipatoria, porque versa naturalmente sobre la anticipación, pero que partiendo de que debe darse una convicción suficiente en el juzgador, éste tiene la obligación, tan olvidada en el decreto de las medidas cautelares, de razonar esa dosis de convencimiento sustentada en la masa probatoria agregada a los autos, ya que si no caería en un vicio de inmotivación y por lo tanto, mermaría la defensa del sujeto tutelado.

También es menester destacar que lo anticipado no debe ser irreversible, de modo que si importa una violación al derecho de otro no se haga imposible restituir el estado original.

Igualmente, se debe tener en cuenta que la modificación de las circunstancias pudiera derivar en que se revoque la medida, aunque en principio tiene vigor durante toda la pendencia del proceso principal.

VII. DEL CONTRADICTORIO

No existiendo ninguna regulación genérica que oriente en torno al ejercicio defensivo frente a la tutela anticipada, nada obsta para que se aplique analógicamente el régimen de la oposición que, para la tutela cautelar, se desarrolla en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil. Consultando la normativa especial sobre este asunto, la Decisión 486 expone

⁴ Op. cit., p. 12.

que la parte afectada podrá solicitar su revisión ante la autoridad nacional competente y la Ley sobre Derechos de Autor dispone que el derecho a oponerse debe materializarse ante el juez de la causa. Empero, habrá que hacer excepción del Acuerdo 1C sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio donde efectivamente se regula que la oposición, en caso de medidas ante-causam se hará mediante una revisión que solicitará la parte afectada en un plazo razonable (artículo 4).

Esto es claro, cuando se trata de cautelas anticipadas dictaminadas durante el transcurso del proceso, donde la vía opositora, como también para las medidas cautelares parece un medio ordinario expedito y rápido que hace inadmisibles, como lo ha dicho la jurisprudencia del máximo tribunal, para las medidas cautelares.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en tal sentido sentenció:

«Ahora bien, la oposición a esas medidas, consagradas en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituyen el medio judicial ordinario breve, idóneo y eficaz para lograr la revocatoria, modificación o confirmación de la misma» (Ver sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 8 de marzo de 2000, en acción de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Textiles mamut, S.A., en contra de la decisión dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas).

Luego, señaló:

«Al respecto, esta sala ha determinado que la oposición a las medidas preventivas, consagrada en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, constituye un medio judicial ordinario breve, idóneo y eficaz para lograr la revocatoria, modificación o confirmación de las mismas.

En ese contexto, al ser la oposición a la medida cautelar el medio judicial con que cuenta la parte, ésta debe acudir a esa vía, ya que lo contrario conllevaría a declarar la inadmisibilidad del amparo propuesto, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales». (Ver sentencia dictada el 25 de abril de 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la acción de amparo constitucional intentada por la sociedad mercantil Inversiones Torres, C.A. contra sentencias dictadas por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo)».

A su vez, en otra sentencia, esa Sala, expresó:

«En las circunstancias expuestas, la Sala tiene establecido que la acción de amparo constitucional presupone la inexistencia de un medio procesal idóneo contra la medida cautelar dictada o, caso de existir éste, la imposibilidad de ejercerlo útilmente.

Como bien lo destaca el a quo, se encontraban a disposición de la accionante los medios procesales consagrados en los artículos 588, párrafo tercero, 589 y 602 del Código de Procedimiento civil. Se trata de medios idóneos para hacer valer las razones invocadas por la accionante contra la medida cautelar dictada... (ver sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso de Jaime Domínguez Versategui (Metalven, C.A.))».

Donde esta vía aparece como ineficaz, es el caso de las tutelas anticipadas ordenadas por un Juez de Municipio, porque en esas circunstancias, el resguardo de la efectividad defensiva puede verse seriamente afectada, cuando se hayan conculcado garantías o derechos constitucionales, si se tiene en cuenta los lapsos previstos para que se intenten los juicios principales, son de diez (10) y treinta (30) días, según la referida Decisión 486 y Ley sobre Derechos de Autor.

En un caso reciente, la parte solicitante de la medida, conforme a la Decisión 486, en sus informes presentados en la audiencia constitucional del proceso de esta especie que había intentado la parte afectada, sostuvo la tesis de que debía hacerse la oposición ante el Juez que decretó la medida o ante aquel que conociera de la demanda principal.

La parte presuntamente agraviada refutó, que resultaba legal y constitucionalmente inadmisibles que hubiera de aguardar para dar cauce a la defensa de la infracción de sus derechos fundamentales, que la parte agravante diera curso a la demanda principal y que una vez realizados los trámites iniciales y puestos a derecho las codemandadas, se ejerciera la oposición a la cautela y menos si se tiene en cuenta que la apertura de tal lapso está sujeto a la citación de los dos sujetos pasivos. Añadiendo que, ni aún en el supuesto, de que esa falta de cordura hubiera alimentado la estrategia defensiva de la solicitante del amparo constitucional, la ruta procesal sugerida por la agravante no habría tenido ningún sentido, porque a la fecha de realización de esta audiencia, la buena de esa empresa no había agregado sus documentos fundamentales para que se admitiera la demanda.

E indicó ello de por sí, colocaba de manifiesto la impertinencia de la solicitud de inadmisión de la pretensión deducida, ya que es inconstitucionalmente inaceptable que el ejercicio de la defensa de quien resulta agravado en sus derechos constitucionales, esté sometido a un lapso, cuya apertura dependa de la conducta y buena fé de quien provocó la decisión que dio al traste con ellos.

Sostuvo también que el plazo de diez (10) días previsto en la normativa andina, a los fines de que se intente la demanda principal y se ejerza ante el Juez de la causa la oposición que contempla la normativa nacional en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, no es de aplicación preferente a la Constitución, pues el artículo 153 refiere su prevalencia sólo sobre la legislación y concluyó, diciendo: «El amparo que se ha intentado no es de origen legal, sino constitucional: el artículo 27 del Texto Fundamental».

Además, siendo la norma andina relativa al derecho de defensa, al establecer un lapso más gravoso —de diez días— que el del amparo constitucional, tampoco es aplicable debido a que las normas internacionales de

derechos humanos sólo son aplicables si son más favorables que las inter-nas (art. 23 de la Constitución) lo que no es el caso.

Y en este proceso, el Juez sentenció el día 10-10-2001, lo siguiente:

«Entonces, en cuanto a la admisibilidad corresponde resolver si entre el amparo y la oposición cual es el mecanismo adecuado pronto y eficaz para la salvaguarda de los derechos que se dicen conculcados.

Se desprende de los dispositivos pertinentes de la decisión 486 de la CAN que las medidas cautelares por violación a los derechos que esa Legislación tiende a proteger, pueden ser decretadas por la autoridad nacional competente en cualquier tiempo, pero que una vez decretadas deberá el solicitante en el término de 10 días, indefectiblemente interponer demanda principal ante el Tribunal competente so pena de caducidad de la cautelar decretada.

Por otra dispone el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil: «dentro de tercer día siguiente a la ejecución de la medida la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella ... haya habido o no oposición se considerará abierta una articulación de 8 días para promover y evacuar la prueba...». Por su parte el artículo 603 ejusdem, establece que a más tardar dentro de 2 días de haber expirado el término probatorio sentenciara el tribunal la articulación de la sentencia se oirá apelación en un solo efecto.

Así las cosas, comparte este Juzgador el criterio que la parte contra quien obre la medida cuando crea que existe una violación a sus derechos y garantías constitucionales, especialmente en los casos de las tutelas anticipadas en las cuales se ve diferido a un más la interposición y decisión de la oposición y que pende la oposición de la introducción por el solicitante de la demanda principal, no tiene por que pasivamente esperar que el favorecido con la medida tenga bien hacer uso de su facultad de interponerla a partir de la cual y una vez citada la

parte contra quienes obre, agotando el proceso de las mismas establecidos en los artículos 602 y 603 del CPC, haga oposición a la misma pues entonces en esos supuestos ese medio, la oposición, no resulta ni idóneo ni eficaz ni inmediato a los fines de restablecer los derechos que supuestamente le fueran infringidos de rango constitucional y si se toma en consideración añadidamente lo que es un hecho conocido por todos los Tribunales del Area Metropolitana de Caracas, con excepción hecha de los Tribunales de competencia penal, el régimen de despachos allí previsto ha limitado a tres (3) días en cada semana el despacho, es decir de cada cinco (5) días sólo hábiles solo en tres (3) se despacha, resolución que está vigente desde el mes de junio de 2001, es decir antes de todo ese incidente, lo que de suyo extiende ampliamente los lapsos de la articulación y decisión de la oposición a las medidas cautelares, de modo tal que una articulación probatoria de 8 días de despacho sin reparar en las constantes huelgas que paralizan al poder Judicial últimamente, copan casi tres (3) semanas en el proceso de oposición y solo será en la cuarta (4ta.) semana que el Juzgador de la oposición deba resolver la misma, concibiéndose perfectamente y es bastante usual por la experiencia que tenemos acumulada, que ordinariamente no se deciden con la urgencia requerida por la Ley, las referidas oposiciones.

De tal forma que haciendo un simple ejercicio de ingeniería procesal como es el que ha quedado plasmado se llega a la conclusión que la oposición por tal motivo no es un medio eficaz y pronto para hacer cesar la eventual violación de las garantías constitucionales máxime como es en este caso que dentro de los 10 días de haberse decretado la cautelar es que se establece la obligación de introducir la demanda principal, en el curso de la cual con las demoras ya indicadas es que podrá hacerse valer la oposición y mientras tanto siguen sufriendo los rigores de la misma, lo que carece de toda lógica».

VIII. CONCLUSIONES

Creo que no hay duda de que debemos introducir un cuadro normativo-procesal sobre la tutela anticipatoria y autosatisfactiva, sobre los pilares que hemos reseñado.

Considero, además, dentro de la técnica de lo anticipativo, que debe disponerse que en los supuestos de tutela ante-causam el órgano competente para decretar las medidas sea el que conozca del proceso principal, con el propósito de evitar obstáculos a la necesaria instrumentalización que debe existir entre los dos procesos; y en todo caso, ante la normativa nacional que, para eventos de urgencia, contempla la posibilidad de que el decreto lo providencia en juez de Municipio, al intentarse el proceso principal ante un Juzgado de Primera Instancia, sería necesario disponer que éste atrajera la competencia para conocer de las actuaciones relativas a la tutela anticipada ordenada.

Deberíamos estudiar también la posibilidad de revertir la carga de demandar, esto es, que el sujeto afectado por la medida ante causam que desea dilucidar la certeza del derecho reclamado por el solicitante la medida, sea sobre quien penda la alternativa de demandar.

Esa conclusión la obtenemos de la experiencia en otros países, donde resulta en una gran mayoría de casos, improbable que se propongan los juicios.

Pero, lo que es cierto que para estos logros que, en definitiva, implican una ampliación de los poderes materiales del juez, al anticipar en todo o en parte la pretensión deducida, tenemos que contar con jueces imparciales y diestros, y fundamentalmente ponderados en su ejercicio judicial, porque se les impone atender los agravios denunciados bajo el esquema del equilibrio, valorando los posibles perjuicios que una sentencia desmesurada e imprudente pueda arrojar, y con celo de prevención para la aplicación de las reglas de un proceso justo. Por ello es menester que respeten las reglas del debido proceso y así dar luces en sus providencias de la razonabilidad de las mismas.

Es harto conocido para el foro venezolano, que bajo la cobija de lo cautelar típico e innominado se dictan soluciones inequitativas, privadas de

toda motivación y desnaturalizadas de su objeto. Son sentencias, en muchas ocasiones, complacientes, que se hacen intolerables por el tiempo que perduran sus efectos, ante la tardanza para decidir una oposición que se hace interminable.

Por tanto, si el juzgador considera indispensable la tutela, también deber primar en su inteligencia la gravitación de la defensa, para polarizar su acontecer dentro de los lineamientos de un debido proceso justo.

La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso tributario

Luis Fraga Pittaluga

SUMARIO

Introducción

I. La ejecución de sentencias contra las administraciones tributarias

1. El concepto de ejecución y los sistemas existentes

2. Los fundamentos constitucionales de la ejecución

2.1. La supremacía de la Constitución

2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva

2.3. El derecho a la defensa

2.4. El derecho al control contencioso administrativo amplio

2.5. El contenido y la autonomía de la función jurisdiccional

3. Los obstáculos que enfrenta la ejecución y la reacción de la jurisprudencia

4. Las alternativas para lograr la ejecución forzosa

4.1. La regulación de la ley orgánica de régimen municipal

4.2. El régimen de la ejecución en la ley orgánica de la procuraduría general de la república

4.3. Las alternativas frente a la inoperancia de los procedimientos de ejecución

II. La ejecución de sentencias contra el contribuyente o el responsable

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Lo que hemos denominado, siguiendo la tradición francesa, el *contencioso tributario*, es un cauce formal en el cual se dirime un conflicto intersubjetivo de intereses trabado entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria.

Como cualquier otro proceso, el tributario se inicia con el ejercicio de la acción, esto es, del derecho público subjetivo reconocido en el artículo 26 de la Constitución, a través del cual el actor aspira obtener un pronunciamiento jurisdiccional que con carácter definitivo y vinculante para las partes, aplique el derecho al caso concreto, mediante la sentencia de fondo.

Nuestras reflexiones atañen, específicamente, a lo que ocurre cuando esa legítima aspiración es alcanzada; es decir, cuando la sentencia ha sido pronunciada y una de las facetas fundamentales en las cuales se descompone la jurisdicción ha sido cumplida, en el entendido de que cuando la sentencia es dictada, el pleito ha sido *juzgado*, pero en ese preciso momento debe desencadenarse la segunda fase de la función jurisdiccional, que consiste, precisamente, en *ejecutar lo juzgado*, es decir, en brindar la *tutela coactiva del derecho*, según la conocida expresión del procesalista SALVATORE SATTA.

Alcanzar la resolución judicial de la *litis* es una tarea titánica en ordenamientos jurídicos atrasados, en los cuales la administración de justicia es lenta, costosa y a veces poco confiable. Pero lograr la sentencia definitiva es sólo parte del problema, pues llegar a ejecutarla en la práctica, y sobretodo forzosamente, puede convertirse en una labor desalentadora, plagada de frustraciones, desengaños y en definitiva, totalmente infructuosa.

Cuando ello ocurre, el derecho de *acción*, como llave de acceso a la justicia; el *proceso*, como instrumento para la realización de la justicia; y la *jurisdicción*¹, como manifestación material de la justicia, se transforman en meros ornamentos vaciados de contenido y carentes de utilidad real. Es decir, cuando ha sido pronunciada la sentencia pero su ejecución no se

¹ Según Podetti, la trilogía estructural de la Ciencia del Derecho Procesal. PODETTI, R.; "Trilogía estructural de la ciencia del Derecho Procesal", en *Revista de Derecho Procesal Argentina*, 1944, p.113.

materializa, resulta traicionado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el cual podemos calificar sin atisbo de dudas como un valor constitucional indispensable para la existencia misma del Estado de Derecho.

En el Derecho Procesal Tributario venezolano y como consecuencia de la entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario (en adelante COT) de 2001², la ejecución de las sentencias *desfavorables o parcialmente desfavorables para el administrado* (sea éste un contribuyente, responsable tributario o un tercero ajeno a la relación jurídico tributaria), ha sido resuelta mediante la incorporación a dicho instrumento de un capítulo especial (Título VI, Capítulo I, Sección Quinta, artículos 280 al 288), en el cual se incorporan, con los cambios de rigor, algunas de las disposiciones que en materia de ejecución de sentencias tiene el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC).

Sin embargo y sorprendentemente, ninguna regulación contiene el COT en cuanto a la ejecución de sentencias contra la Administración Tributaria en cualquiera de sus manifestaciones político-territoriales (República, Estados y Municipios) o parafiscales (institutos autónomos), cuando es en este supuesto, precisamente, donde desde siempre se han presentado las mayores dificultades teóricas y prácticas para materializar la tutela coactiva del derecho. Las razones que han dado origen a esta inexcusable omisión, pueden anidar en un par de premisas falsas, a saber:

- Que las sentencias de los jueces superiores en lo contencioso-tributario son meramente declarativas en cuanto se refiere a la pretensión procesal de nulidad del acto administrativo de contenido tributario; lo cual es absolutamente equivocado, pues bien sabido es que las pretensiones de nulidad en el proceso tributario pueden llevar consigo pretensiones de condena, como ocurriría en el caso en el cual se pide la nulidad de un acto de determinación tributaria y al propio tiempo un reintegro como consecuencia del pago indebido de un tributo.
- Que contra el Fisco no pueden ejecutarse forzosamente las sentencias de condena; algo que como veremos más adelante

² G. O. 37.305, del 17-10-01.

es un resto fosilizado de los privilegios medievales de los cuales disfrutaba el Estado absolutista.

Dado este panorama, abordaremos primeramente el tema más delicado y que, como hemos dicho, carece de regulación en el COT, que es justamente la ejecución de las sentencias contra las Administraciones Tributarias; para luego, en una segunda parte, comentar de manera muy sucinta la regulación expresa sobre la ejecución de sentencias contra los justiciables (contribuyentes, responsables tributarios o terceros).

I. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS

1. El concepto de ejecución y los sistemas existentes

Como bien apunta el autor español VICENTE GIMENO SENDRA, la ejecución de sentencias puede definirse como el conjunto de actividades procesales tendentes a la realización de un derecho subjetivo reconocido en un *título de ejecución*³. Sin la existencia de tal título de ejecución, no puede abrirse el proceso de ejecución. Ese título de ejecución es, en nuestro caso, la sentencia definitivamente firme dictada por el juez contencioso tributario.

En el mundo occidental existen dos sistemas de ejecución de las sentencias dictadas por los jueces contra la Administración Pública, el sistema *administrativo*, que es el imperante en Francia y en España, entre otros, y el sistema *judicialista*, que es el aplicado en EEUU, entre otros. En el sistema *administrativo*, como lo sugiere la denominación, es la propia Administración la que inicia el procedimiento para ejecutar el fallo correspondiente, con todos los privilegios que ello comporta; mientras que en el sistema *judicialista* sólo los jueces estatales pueden ejecutar las sentencias de manera forzosa, pues cuando la ejecución es voluntaria, es claro que la jurisdicción no tiene por qué intervenir.

³ GIMENO SENDRA, V. et al; *Derecho Procesal Administrativo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 698.

El sistema administrativo de ejecución tiene su origen en una interpretación estricta y de dudosa constitucionalidad del principio de separación de poderes, pues se estima que el poder judicial invadiría la competencia del poder administrador si le forzase a cumplir las sentencias contrarias a sus intereses. En realidad, el principio de separación de poderes resulta ultrajado cuando el poder administrador pretender retener para sí la facultad de ejecutar las decisiones que le desfavorecen, cuando es indiscutible que esta es una facultad privativa del juez por ser parte esencial de la función jurisdiccional. La iniquidad inmanente en un sistema como este es cuando menos escandalosa, pues es el propio ejecutado el que fija la reglas y dirige el proceso de la ejecución, plagándolo de infranqueables e injustificados obstáculos a los que eufemísticamente se denomina *privilegios y prerrogativas procesales*.

2. Los fundamentos constitucionales de la ejecución

La antesala inexcusable para el estudio de la ejecución de sentencias en el contencioso tributario, lo constituye el análisis de las bases o fundamentos constitucionales del derecho a la ejecución.

2.1. La supremacía de la Constitución

El pilar fundamental sobre el cual se soportan todas los derechos y garantías del ciudadano y conforme al cual los mismos han de ser entendidos, es la supremacía absoluta, superlativamente intensa y omnipresente de la Constitución y la obligación indeclinable de aplicarla, siempre y en todo caso, en forma preferente.

El Texto Fundamental de 1999, reafirma este principio al expresar en su artículo 7 que: “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico...*” y que “*Todas las personas y los órganos del Poder Público están sujetos...*” a la Constitución; todo lo cual viene garantizado por dos normas que hacen operativa esta declaración: la primera de ellas, el artículo 25 constitucional, que declara la *nulidad* de todos los actos del Poder Público que violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución; y la segunda, el artículo 334, *ejusdem*, que impone a los jueces de la República, en el ámbito de sus competencias, la obligación de asegurar la integridad de la Constitución a través del control desconcentrado de la constitucionalidad y que concede a

la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la facultad exclusiva de declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público (con efectos *erga omnes*) cuando colidan con la Carta Fundamental.

De acuerdo con el profesor GABRIEL RUÁN SANTOS ⁴ la supremacía constitucional es un dogma en el Derecho norteamericano y también en el Derecho alemán y comporta tres reglas fundamentales: i) En primer lugar, la subordinación de todos los actos del Poder Público a las normas de la Constitución; ii) en segundo lugar, que la interpretación de la ley, así como la de cualquier acto del Poder Público, deba ser conforme a la Constitución, lo que quiere decir que cualquier interpretación de la Ley que conduzca a alejarse del significado o sentido de los principios constitucionales debe ser desechada; iii) en tercer lugar, la posibilidad de anulación o desaplicación de las normas que se aparten del principio constitucional.

La supremacía del texto constitucional con respecto al resto del ordenamiento jurídico, tiene capital relevancia en el tema que ocupa nuestras reflexiones, en tanto el derecho a la ejecución de la sentencia es reconocido por la propia Carta Fundamental y, por ende, se halla por encima de los privilegios procesales de los cuales disfrutaban las distintas Administraciones Tributarias, en tanto los mismos puedan implicar obstáculos o trabas para el ejercicio de dicho derecho.

No se trata entonces de que las Administraciones Tributarias no posean privilegio procesal alguno, sino que los mismos deben ser conciliados con los derechos y garantías que la Constitución otorga a los justiciables, pues tales privilegios derivan en su mayoría de disposiciones de rango legal que en ningún caso y bajo ningún argumento pueden contrariar las disposiciones de aquélla.

2.2. El derecho a la tutela judicial efectiva

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia patria reconocen que los fundamentos constitucionales de la ejecución de sentencias contra la Administración y, en nuestro caso particular, contra la Administración Tri-

⁴ RUAN SANTOS, G., *Nueva dimensión del derecho tributario por aplicación directa de la Constitución. Aspectos sustantivos y adjetivos*, Libro Homenaje a Ilse Van Der Velde, Funeda, Caracas, 1998, p. 6.

butaria, se hallan en el derecho a la tutela judicial efectiva. JUAN CARLOS MÁRQUEZ CABRERA expresa que "...la tutela judicial efectiva que establece nuestra Constitución se orienta tanto a permitir el acceso a los órganos de justicia, como a garantizar un debido proceso en el sentido moderno del término (ausencia de dilaciones indebidas, respeto al derecho a la defensa, derecho a la prueba, derecho a los recursos, etc.) y, asimismo, a obtener y ejecutar la decisión que recaiga sobre el asunto sometido a juicio⁵".

El artículo 26 de la Constitución dice que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

De esta norma pueden extraerse importantísimos conceptos para el derecho Procesal en general y para el Derecho Procesal Tributario en particular; a saber, el derecho constitucional a la acción procesal, el derecho al proceso y el derecho a la jurisdicción.

En primer lugar, la norma se refiere a que toda persona tiene derecho de acceder a los órganos de administración de justicia. Esa posibilidad, jurídicamente, no es otra cosa que el *derecho de acción*, el cual podemos definir como la posibilidad que concede el ordenamiento jurídico a toda persona (*uti civis*) de acudir ante órganos dotados de la potestad de administrar justicia, para que éstos se pronuncien con respecto a una pretensión procesal concreta y apliquen el derecho objetivo, resolviendo así un conflicto intersubjetivo de intereses.

Pero este derecho, una vez ejercido, da nacimiento a un cauce formal que consiste en una serie coordinada y concatenada de actos que se ordenan consecutiva y preclusivamente, durante el cual la pretensión deducida es examinada a los fines de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses planteado, determinando si el derecho que se pretende merece ser tutelado. Este cauce formal es el *proceso* y de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución, el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

⁵ MÁRQUEZ CABRERA, J. C.; Aspectos constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso tributarias. *Contencioso Tributario Hoy. Jornadas Internacionales*, FUNEDA, AVDT, Caracas, 2004, p. 305.

Luego, el artículo 26 constitucional alude a la tutela efectiva del derecho deducido en el proceso y a la pronta obtención de la decisión correspondiente. Así, desde que se ejerce el derecho de acción y se inicia el proceso, se pone en funcionamiento la potestad pública de administrar justicia, aplicando el derecho objetivo al conflicto intersubjetivo de intereses planteado.

Y he aquí el problema pues el derecho constitucional a la tutela efectiva de los derechos no sólo reclama la posibilidad del derecho de acción, ni es completamente satisfecho con la simple iniciación del proceso, y ni siquiera se complace con la obtención de una respuesta por parte del ente encargado de ejercer la potestad pública de administrar justicia.

Este derecho constitucional sólo se alcanza dando cumplida satisfacción a las siguientes condiciones:

- Cuando el derecho de acción es accesible a todos por igual, porque se concede sin limitaciones ni cargas económicas de ninguna especie, ni ritualismos o formalismos innecesarios.
- Cuando el proceso está rodeado de todas las garantías para las partes que en él intervienen, permitiendo a ambas las mismas posibilidades de ataque y defensa, de acción y excepción, de prueba y contraprueba.
- Cuando el proceso es breve, expedito, sin trámites ni dilaciones indebidas, y sin formalismos o reposiciones inútiles.
- Cuando la jurisdicción es ejercida por órganos imparciales, idóneos, autónomos, independientes y responsables.
- Cuando el proceso no se convierte en un obstáculo para el ejercicio de los derechos, sino para su protección, preventiva, urgente y anticipada, o definitiva.
- Cuando la decisión jurisdiccional se produce con prontitud pero sin sacrificio del adecuado conocimiento de todos los hechos alegados y las pruebas deducidas.
- Y finalmente, *cuando la decisión jurisdiccional, una vez que adquiere definitiva firmeza y despliega los efectos de la cosa juzgada, es cumplida y ejecutada por quienes están llamados a cumplirla.*

De lo dicho se sigue que el derecho a la tutela judicial efectiva no es una prestación que pueda alcanzarse de una sola vez, ni en un solo acto. Ella requiere la satisfacción de múltiples condiciones y más que una prestación única e individualizada, debemos entenderla como una *situación o estatus jurídico* del que debemos disfrutar todos aquellos que acudimos a los órganos encargados de administrar justicia. Pero es bueno aclarar, como lo hace MÁRQUEZ CABRERA, que el derecho a la tutela judicial efectiva no es "...un derecho de libertad ejercitable sin más..."⁶ sino un derecho que requiere que los justiciables hagan uso del mismo en la forma prescrita por la ley.

Así pues, el tema de la ejecución de sentencias en el contencioso tributario tiene como antecedente fundamental el hecho indiscutible de que si el acto culminante de la función jurisdiccional se reduce a un magnífico silogismo jurídico que satisface en su totalidad la pretensión procesal deducida, pero cuya ejecución es imposible, entonces es innegable que el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido sacrificado en su etapa crucial.

2.3. El derecho a la defensa

El derecho a ser oído y a invocar todo aquello que permita la mejor protección o restablecimiento de los derechos amenazados o infringidos por la acción u omisión de otro, es una garantía fundamental (artículo 49 de la CN) a la que puede recurrir el justiciable cada vez que enfrenta un conflicto intersubjetivo de intereses con otro justiciable o con una autoridad pública, en el más amplio sentido de la expresión. Se trata de una garantía presente en toda clase de procedimientos y procesos, públicos o privados, y su delimitación sólo puede ser obra de la Constitución y de las leyes, quedando claro en todo caso que la misma nunca puede ser suprimida ni limitada al punto de vaciarla de contenido.

En el proceso judicial, el derecho a la defensa no sólo es ejercitable durante la pendencia del conflicto intersubjetivo de intereses, ni recibe completa satisfacción con la emanación de la sentencia de fondo, definitivamente firme, que resuelve dicho conflicto; en realidad, sus efectos se proyectan hasta el momento mismo en que el derecho reconocido judicialmente se convierte en derecho efectivamente incorporado al acervo del

⁶ *Ob. Cit.*, p. 307.

justiciable. Esto quiere decir que el derecho a la defensa supone contar con la posibilidad de utilizar todos los medios dispuestos al efecto por el ordenamiento jurídico, a los fines de que lo declarado por el juez en la sentencia (título de ejecución) se haga efectivo en la práctica, para que así la decisión judicial favorable no sea una mera manifestación de juicio sin utilidad alguna.

Resulta entonces quebrantado el derecho fundamental a la defensa si el ordenamiento jurídico no pone en manos del justiciable los medios necesarios para garantizarle la efectiva ejecución de las decisiones que le favorecen, o si aun existiendo tales medios, los mismos resultan ineficaces para remontar los obstáculos creados por el mismo ordenamiento jurídico cuando el ejecutado es una persona pública.

2.4. El derecho al control contencioso administrativo amplio

El sistema contencioso tributario venezolano, por su carácter judicialista, implica un control amplio, en el sentido de que el juez está habilitado para juzgar todos los actos (salvo los de efectos generales, cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria), las omisiones y las vías de hecho de las distintas Administraciones Tributarias, que determinen tributos, impongan sanciones o en cualquier forma puedan afectar los derechos e intereses de los justiciables, todo de acuerdo con la interpretación concatenada de los artículos 259 de la Constitución y 259 del Código Orgánico Tributario.

En ejercicio de la potestad jurisdiccional, el juez contencioso tributario puede anular y modificar los actos de las Administraciones Tributarias; puede ordenar que éstas actúen o se pronuncien cuando han dejado de hacerlo frente a las peticiones de los administrados, causándoles un daño; puede condenarlas al reintegro de tributos cobrados indebidamente o en exceso u ordenarles la devolución de impuestos soportados si la ley así lo prevé; puede condenarlas al resarcimiento de daños y perjuicios causados a los particulares por su funcionamiento normal o anormal; y en cualesquiera de los casos señalados, tiene una facultad que sin duda alguna es la más importante de todas, en tanto puede ordenar el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la acción, omisión o vía de hecho administrativa.

Precisamente esta facultad constituye uno de los fundamentos constitucionales más importantes de la ejecución de las sentencias en el contencioso tributario, pues es indiscutible que no es posible restablecer la situación jurídica infringida si la sentencia favorable no puede ser ejecutada.

2.5. El contenido y la autonomía de la función jurisdiccional

En el régimen constitucional venezolano la ejecución de la sentencia es, de acuerdo con el artículo 253, primer aparte, de la Carta Fundamental, una de las manifestaciones principales de la función jurisdiccional. Siendo así, cualquier obstáculo impuesto al ejercicio de esta expresión de la función jurisdiccional, que no tenga su origen en la propia Constitución, puede entenderse no sólo como una mutilación ilegítima de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, sino como un atentado a la autonomía e independencia del Poder Judicial, que también la Constitución se ocupa de reafirmar en sus artículos 254 y 256.

3. Los obstáculos que enfrenta la ejecución y la reacción de la jurisprudencia

La ejecución de sentencias está indisolublemente ligada a la naturaleza misma de la decisión de que se trate. En el Derecho Procesal se acepta una clasificación tripartita de las sentencias, que las divide en sentencias mero-declarativas, sentencias constitutivas y sentencias de condena. En el Derecho Procesal Tributario pueden dictarse cada una de estas sentencias y también decisiones que tienen una naturaleza mixta, es decir, que son declarativas y de condena, declarativas y constitutivas o constitutivas y de condena.

En el caso de la ejecución de sentencias contra las Administraciones Tributarias, los problemas teóricos y prácticos surgen en el caso de la ejecución de sentencias de condena, de nulidad y condena o constitutivas y de condena, porque en todos estos supuestos hay un pronunciamiento que impone al obligado el cumplimiento de una prestación. Así, las sentencias de condena en el contencioso tributario pueden:

- Anular el acto y ordenar el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas, mediante prestaciones de dar, de hacer, de no hacer, de tolerar o de deshacer.

- Anular el acto, declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios.
- Anular el acto y ordenar el pago de una suma de dinero a título de reintegro o de devolución de un tributo, u ordenar la entrega de un bien.
- Ordenar a la Administración a que responda una petición o realice determinada actividad.

La ejecución de sentencias de condena que implican prestaciones de dar, es tal vez el ámbito donde se presentan mayores dificultades en el contencioso tributario, en vista de todas las limitaciones constitucionales y legales que existen para obligar a los entes públicos a cumplir con este tipo de prestaciones.

Cuando se trata del pago de sumas de dinero, la primera de las limitaciones deriva de dos principios fundamentales de las Finanzas Públicas, a saber, el de la legalidad y el de la especialidad del gasto, los cuales dificultan a los entes públicos la realización de un cumplimiento voluntario.

Por virtud del primero de estos principios y de acuerdo con el artículo 314 de la Constitución, no puede hacerse ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto. En mérito del segundo de estos principios y según lo previsto en los artículos 8, 32, 46, 49 y 56 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (en adelante LOAFSP):

- Sólo pueden contraerse, asignarse y pagarse gastos dentro del período para el cual han sido autorizados (principio de la anualidad).
- Sólo pueden contraerse, girarse y realizarse gastos hasta el importe de los recursos que hayan sido previstos para ello en el presupuesto (principio de la especialidad cuantitativa).
- Y sólo pueden contraerse, girarse y realizarse gastos para los objetivos determinados en el presupuesto (principio de la especialidad cualitativa).

Así, cuando se obtiene una sentencia de condena contra el Fisco, que involucra una prestación de dar, en principio no hay recursos presu-

puestos sobre los cuales ejecutarla, de manera que es preciso solicitar que el importe correspondiente sea previamente presupuestado para exigir su pago.

En este sentido, el artículo 57 de la LOAFSP tiene un régimen para los gastos derivados de sentencias definitivamente firmes con autoridad de cosa juzgada y reintegros tributarios originados como consecuencia de tributos pagados en exceso, según los procedimientos previstos en el Código Orgánico Tributario, los cuales "...se pagarán con cargo al crédito presupuestario que, a tal efecto, se incluirá en el respectivo presupuesto de gastos."

En principio, no existen mecanismos legales para forzar al ente deudor que incluya en el presupuesto de gastos, la partida correspondiente a la sentencia que pretende ser ejecutada en su contra, de manera que si no lo hace, el administrado puede ver burlado su derecho a la ejecución del fallo.

En el ámbito de las relaciones privadas, esto supondría pedir al juez la ejecución forzosa, pero en el caso del Fisco Nacional, se levantan aquí los privilegios procesales previstos en los artículos 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que prohíben embargar y ejecutar bienes y rentas públicas.

Frente a esta situación reaccionó desde hace bastante tiempo la jurisprudencia. Una de las decisiones más emblemáticas en esta materia es sin duda la dictada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, de fecha 22.11.90, en el caso E. L. FUENTES MADRIZ Y OTROS. Esta decisión, aunque concierne estrictamente a la ejecución de una medida cautelar, sienta los *principios fundamentales* que inspiran el tema de la ejecución de sentencias en el contencioso administrativo, que son plenamente aplicables al proceso contencioso tributario. La decisión señala resumidamente:

- Que en los sistemas procesales de control de la legalidad y legitimidad de la actuación de los entes del estado, uno de los problemas capitales es la ejecución de las sentencias.

- Que en la garantía de la defensa judicial a que se contrae el artículo 68 de la CN de 1961 (hoy artículos 26 y 49 CN 99), se haya implícito el derecho a la ejecución de la sentencia, como forma de hacer efectiva esa tutela.
- Que la inejecución pura y simple de una sentencia contencioso administrativa, dejaría ignorados los derechos e intereses de la parte que obtuvo la tutela efectiva de su derecho a través de una sentencia favorable.
- Que no puede hablarse de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las decisiones judiciales firmes.
- Que el principio de la santidad de la cosa juzgada ha de ser respetado por la Administración y el ciudadano titular de una ejecutoria tiene verdadero derecho a ese respecto en calidad de contenido integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.
- Que es al Poder Judicial, como titular de la jurisdicción, a quien corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado.
- Que esa atribución y responsabilidad constitucional, se traduce procesalmente en el poder atribuido a los órganos jurisdiccionales de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución y para asegurarlas (artículos 523, 524, 526, 527 y 549 CPC).

Otra decisión muy importante, podríamos decir que la mejor en esta materia, es la dictada por el JUZGADO SUPERIOR TERCERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA REGIÓN CAPITAL, de fecha 8.9.95, en el caso ADMINISTRADORA GRANJA RANCHO LA CALIFORNIA, en la cual actuó como Juez Suplente LUIS ORTIZ ALVAREZ. Esta decisión sienta, en resumen, los siguientes principios fundamentales con respecto al tema de la ejecución:

- Que la Constitución es la norma de normas y que por tanto posee una fuerza normativa superior y que todas las normas y principios constitucionales vinculan a los tribunales y a todos los sujetos públicos, teniendo una aplicabilidad directa y preferencial.
- Que los particulares tienen un derecho de rango constitucional a la ejecución de sentencias, dictadas por los jueces en contra de la Administración.
- Que tal derecho de que los jueces ejecuten o hagan ejecutar

las sentencias incluye el caso de las decisiones de los jueces contencioso administrativos como resultado de cualquier tipo de procesos.

- Que el derecho a la ejecución de las sentencias dictadas por los jueces contencioso administrativos viene impuesto por varias normas constitucionales, tales como:
 - La que consagra el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 69 CN 61 - 26 y 49 CN 99);
 - La que consagra el derecho control judicial completo y efectivo de la Administración (artículo 206 CN 61 - 259 CN 99);
 - La que consagra el derecho a ser amparado en el goce y ejercicio de los derechos (artículo 49 CN 61 - 27 CN 99);
 - La que consagra el principio de la responsabilidad patrimonial del estado, lo que implica que las sentencias condenatorias puedan ser efectivamente ejecutadas (artículos 47 y 206 CN 61 - 140 CN 99);
 - La que consagra el principio de la legalidad, de acuerdo con el cual el Poder Público está sometido a la Constitución y a las leyes, de donde resulta que la ejecución de sentencias es una de las vertientes de ese sometimiento, porque la sentencia es una forma de garantizar la aplicación de la ley o el principio de la legalidad;
 - Y las que consagran los principios de separación de poderes y de independencia judicial, en tanto el incumplimiento de la Administración de las sentencias produce un desequilibrio incompatible con dichos principios y afecta la autonomía del poder judicial.

- Que el derecho a la ejecución de las sentencias de los jueces administrativos tiene apoyo en la más importante doctrina administrativa, por cuanto:
 - Según Hauriou un juez administrativo que ni siquiera puede constreñir a la Administración a ejecutar su sentencia no es un juez.

- Según Vedel y Devolvé un sistema jurisdiccional que no es capaz de asegurar la sanción de sus imperativos está desprovisto de la autoridad propia de la jurisdicción.
- Según García de Enterría sólo puede hablarse de jurisdicción verdadera si el vencedor en un proceso puede imponer al vencido la ejecución forzosa de la sentencia.

- Que también la jurisprudencia nacional ha proclamado el derecho a la ejecución de las sentencias como un derecho de rango constitucional, tal como lo han establecido entre otras, las decisiones:
 - De la CSJ/SPA de fecha 22.11.90, caso Mochima, en la cual se dijo que el derecho constitucional de acceso a la justicia, no sólo comprende la acción, como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten.
 - De la CSJ/SPA de fecha 9.5.91 caso Sanitanca-Imau, en la cual se dijo que los tribunales deben ejercer su plena potestad jurisdiccional, garantizando la ejecución de los fallos, como un modo de garantizar la justicia.

- Que el derecho a la ejecución de sentencias encuentra también apoyo legislativo en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto la función jurisdiccional comprende no sólo la posibilidad de juzgar sino también de ejecutar lo juzgado y en el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario.
- Que a los fines de satisfacer el derecho fundamental de los ciudadanos de que se ejecuten efectivamente las sentencias judiciales contra la Administración Pública, estos tribunales pueden y deben disponer de todas las medidas y técnicas que sean necesarias para satisfacer tal exigencia.
- Que en este sentido los tribunales pueden ordenar, entre otras cosas, que se haga lo mandado a costa del obligado, ordenar el embargo de dinero público, solicitar la colaboración de otros entes públicos distintos al condenado para obligar a éste a cum-

plir la sentencia, y sustituirse en la Administración en el cumplimiento del fallo.

- Que actualmente deben considerarse inconstitucionales las normas de la LOHPN y de la LOPGR que establecen el viejo *privilegium fisci* de inembargabilidad de los caudales públicos.
- Que los tribunales pueden adoptar las medidas concretas requeridas por el derecho a la tutela judicial efectiva, utilizando para ello, si fuere necesario, los medios de ejecución sustitutiva.

Otras decisiones cruciales son las dictadas por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, de fechas 16.5.83, en el caso HORACIO MORALES LONGART y 9.5.91, en el caso SANTANCA-IMAU, en las cual se aplicaron supletoriamente las normas que contiene la Ley Orgánica de Régimen Municipal (en adelante LORM) en materia de ejecución forzosa de sentencias contra el Fisco Municipal, en el primer caso con respecto a una condena de hacer y en el segundo con relación a una condena de dar.

En fecha más cercana, la SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, en sentencia de fecha 18 de julio de 2000, dictada en el caso FÉLIX ENRIQUE PÁEZ vs. CANTV, refiriéndose a la ejecución de la sentencia en el derecho venezolano, ha señalado lo siguiente:

“El problema de la ejecución de los fallos judiciales, (...) constituye un verdadero obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la parte que resulta vencedora en juicio, no es repuesta en su derecho y verdaderamente compensada, siendo éste un punto no menos trascendental que la función de juzgar en todos los procesos, ya que la potestad jurisdiccional, sin duda, debe ir más allá, no agotando su contenido en la exigencia de que el interesado acuda a los órganos jurisdiccionales para solicitar justicia, sino incluso haciendo ejecutar lo juzgado, de manera tal que, quien tenga la razón, pueda igualmente ejecutar el derecho que le asiste.

Así pues, tendremos un derecho acorde y en sintonía con uno de los pilares fundamentales -sino el más importante- de los ordenamientos jurídicos modernos, éste es, el derecho a la tutela judicial efectiva, que lleva implícito otros derechos que la

caracterizan, interpretada de una manera uniforme y pacífica tanto por doctrina como jurisprudencia, como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo. Al negarse la ejecución de una decisión de cualquier Tribunal de la República, o al pretender ejecutar una decisión judicial sin atender a los preceptos que al efecto impone el ordenamiento jurídico, se está con ello contrariando un derecho de rango constitucional, el cual es, sin duda alguna, el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva.

(...)

Es por ello, que el ejercicio de este deber (obligación de hacer ejecutar lo juzgado) atribuido al Poder Judicial como rama del Poder Público, encuentra fundamento en una serie de normas tanto de rango constitucional, como de rango legal, y al efecto cabe referirse de una manera muy breve, a esas disposiciones que nos permiten invocar tal derecho, así como la determinación de normas que igualmente fijan la responsabilidad del Estado-Juez, cuando ha actuado con inobservancia de su obligación de hacer ejecutar lo ordenado mediante una decisión judicial.

(...)

Aún cuando el derecho de los accionantes a que le sea ejecutado el derecho que le ha asistido en un proceso judicial, proviene de la interpretación conjunta de una serie de artículos constitucionales y legales, no hay lugar a dudas de que podríamos considerar que el punto de partida del referido derecho, deviene de la consagración constitucional del Estado venezolano, como un Estado de derecho y de Justicia (Vgr. Artículo 2 de la Carta Magna) y de la constitucionalización que asimismo le atribuye el artículo 26 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al derecho a la tutela judicial efectiva, en la cual se halla implícita la obligación de los jueces de ejecutar las sentencias, como consecuencia directa del derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia y poner en movimiento el aparato judicial del Estado, en cualquier tipo de proceso.

Igualmente tenemos que el artículo 137 del referido texto constitucional, impone la obligación al Poder Público (quedando enmarcado el Poder Judicial dentro del mismo) de sujetar su actuación al deber de cumplir y obedecer lo dispuesto en la Constitución y las Leyes, así como también se les impone a los habitantes de la República (venezolanos y extranjeros) la misma obligación, abarcando el cumplimiento de las órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del poder Público (artículo 131 *eiusdem*). Tal sometimiento al ordenamiento jurídico constitucional y legal, ha sido definido por la doctrina como el 'principio de la legalidad' o 'sometimiento del Poder Público al bloque que conforma el ordenamiento jurídico', de donde resulta que la ejecución de sentencias es una de las vertientes de dicho sometimiento, puesto que en la sentencia se contiene la interpretación definitiva de la ley y por tanto también la resolución irrevocable del conflicto planteado, siendo que, por medio de la sentencia, se garantiza la aplicación de la ley o del principio de la legalidad de la administración.

Por otro lado, y en garantía de la efectividad de los fallos dictados por los Tribunales de la República, el derecho a la ejecución de sentencias encuentra en la Constitución, otro fundamento importante al establecer todo un sistema de responsabilidad de la República, por los daños causados por autoridades legítimas en el ejercicio de la función pública (artículos 25, 138, 139 y 140) en cualesquiera de sus ramas (Ejecutivo, Legislativo, Ciudadano, Electoral o Judicial), así como también consagra lo relativo al control jurisdiccional de la actividad administrativa del Poder Público, y la posibilidad de condenar patrimonialmente a la República, cuando en el caso específico no se ha dado cumplimiento o se ha retardado la obligación de ejecutar las sentencias (artículo 259). Igualmente, este derecho a la ejecución, encuentra sólido apoyo en el principio de separación de poderes, en el principio de independencia, imparcialidad y autonomía judicial, en la obligación de los órganos del Poder Judicial de conocer las causas de su competencia y hacer ejecutar lo juzgado, en la consagración del proceso como un instrumento para la realización de la justicia, así como en el establecimiento de la Responsabilidad del Esta-

do-Juez, principios éstos consagrados en los artículos 136, 253, 254, 255, 256 y 257 de la Constitución, de donde se desprende que el Poder Judicial es autónomo y tiene potestad para decidir y ejecutar lo juzgado, a lo cual incluso deben colaborar los otros poderes, de donde resulta que el incumplimiento de la Administración de las sentencias produce un desequilibrio incompatible con el principio de separación de poderes, y que en fin, la necesidad de ejecución forzosa de las sentencias está postulada por el principio de seguridad jurídica (...).”.

Asimismo, la SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ha hecho especial énfasis en la importancia del derecho a la ejecución de las sentencias contra los entes públicos, como lo revela decisión de fecha 3 de octubre de 2002, adoptada en el caso TOMÁS COLINA VS. MUNICIPIO IRIBARREN DEL ESTADO LARA, en la que se reafirma la vigencia del privilegio de la ejecución y el poder del juez para ejercer las medidas de constreñimiento a que haya lugar, bajo el apercibimiento al ente rebelde sobre las consecuencias penales que su conducta puede acarrear de acuerdo con el artículo 485 del Código Penal. Esta sentencia califica la invocación de la falta de previsión presupuestaria para ejecutar la sentencia como un *fraude a la ley* y un *abuso de derecho*.

De igual forma, en sentencia de fecha 28 de noviembre de 2002, dictada en el caso YASMÍN SOLANGEL YEJAN MONTEVERDE, la SALA CONSTITUCIONAL ha destacado que los privilegios y prerrogativas en favor de la Administración, aunque necesarias, deben ser explícitas, no pueden ser genéricas sino muy por el contrario específicas, debiendo considerar la incidencia que su vigencia pueda ocasionar frente en los derechos del ciudadano. Esta última decisión, de capital importancia en el tema analizado, señala textualmente que: “...las prerrogativas no constituyen un impedimento para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, que se vería materializado, en este caso, con la ejecución de la sentencia, sino que más bien, tales normas son reguladoras de un procedimiento especial de ejecución, que garantiza la continuidad de los servicios públicos y la protección del interés general, por lo que el juez, para hacer efectivo el cumplimiento de lo fallado, debe recurrir al sistema con el mismo orden de prelación -dispuesto en el texto normativo- que la ley pone a su disposición para hacer ejecutar la cosa

juzgada por parte de la República, y de no resultar efectivos tales mecanismos, en última instancia, y en aras de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia, puede acudirse a la ejecución forzosa del fallo a través del procedimiento ordinario, siempre y cuando la medida no recaiga sobre bienes cuya naturaleza y particularidades impidan la continuación de un servicio público, o estén afectados al interés general o se trate de bienes de dominio público”.

4. Las alternativas para lograr la ejecución forzosa

4.1. La regulación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal

El artículo 104 de la LORM establece un procedimiento especial para la ejecución de sentencias que, como hemos visto, ya ha sido utilizado analógicamente para ejecutar a otros entes públicos. Cuando el Municipio es condenado, el tribunal encargado de ejecutar la decisión lo comunica al Alcalde. El Alcalde debe proponer al Consejo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia, en el plazo que previamente le haya indicado el Tribunal. Esta propuesta se va a notificar al interesado y éste debe aprobarla o rechazarla. Si el interesado rechaza la propuesta del Alcalde, entonces el Tribunal va a fijar otro plazo al Municipio para que presente una nueva proposición. Si ésta nueva proposición tampoco es aprobada por el interesado o si el Municipio no hubiere presentado propuesta alguna, entonces es el Tribunal el que va a determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley, que varían según el objeto sobre el cual recae la ejecución:

En el caso de los Municipios, si se trata de cantidades de dinero y siempre que medie la petición expresa del interesado, el Tribunal va a ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos. Si lo anterior ocurre, entonces debe enviarse al Alcalde copia certificada de la orden del Tribunal y el monto que se ordene pagar, se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas. Esta partida no debe exceder del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio.

Si la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, a instancia de parte el Tribunal, ejecutará la sentencia

conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil. Este procedimiento ordinario al que se refiere la LORM es el previsto en los artículos 523 y siguientes del CPC, en el cual se prevé el embargo ejecutivo de los bienes del deudor y su posterior remate.

Cuando la sentencia de condena tiene por objeto la entrega de bienes, a petición de parte, el Tribunal va a poner en posesión de los bienes al interesado. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o actividades de utilidad pública prestados en forma directa por el Municipio, el Tribunal debe acordar un pago equivalente en dinero, mediante la valuación de los bienes que debían entregarse hecha por peritos, según el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Una vez que el precio de los bienes ha sido fijado, el Tribunal va a ordenar el pago equivalente según el procedimiento antes mencionado para los pagos en dinero.

Es importante recordar que los Municipios disfrutan de los mismos privilegios de inembargabilidad e inejecutabilidad que se otorgan a la República en el artículo Artículo 73 de la LOPGR, de acuerdo con el cual los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva.

4.2. El régimen de la ejecución en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

Tal vez por obra de las importantes decisiones judiciales a las que acabamos de hacer referencia, la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en sus artículos 85 y 86, regula un procedimiento casi idéntico al previsto en la LORM para la ejecución de las sentencias contra la República. De acuerdo con estas regulaciones, si la República (Fisco Nacional) es condenada en juicio, el Tribunal encargado de ejecutar la sentencia notificará al Procurador General de la República. Dentro de los 60 días siguientes el Procurador debe informar al Tribunal sobre la forma y oportunidad de la ejecución. Paralelamente, dentro de los 10 días siguientes a su notificación, el Procurador va a participar al órgano respectivo de lo ordenado en la sentencia y este último deberá informar al Procurador sobre la forma y oportunidad de ejecución de lo ordenado en la sentencia, dentro de los treinta (30) días siguientes de recibido el oficio

respectivo. El interesado, previa notificación, puede aprobar o rechazar la proposición del organismo público que corresponda y, en el último caso, el Tribunal debe fijar otro plazo para presentar nueva propuesta; si la misma no es aprobada por la parte interesada, o si el organismo respectivo no hubiere presentado alguna, el Tribunal debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes: (i) Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al organismo correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas. (ii) Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a actividades de utilidad pública o a un servicio público prestado en forma directa por la República, el Tribunal debe acordar la fijación del precio mediante avalúo realizado por tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. En caso de desacuerdo, el tercer perito es nombrado por el Tribunal.

4.3. Las alternativas frente a la inoperancia de los procedimientos de ejecución

Ahora bien, con todo el avance que puedan suponer las regulaciones que acaban de ser analizadas, las Administraciones Tributarias de cualquier nivel (Nacional, estatal o municipal, fiscales o parafiscales), podrían burlar la ejecución forzosa de las decisiones en su contra. En estos casos, el juez debe imponer la ejecución por encima de los privilegios y prerrogativas de los entes públicos y los fundamentos de su actuación podrían ser: (i) que la ejecución de sentencias es un derecho constitucional que encuentra asidero en el derecho más amplio a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución y que además es parte inescindible de la función jurisdiccional de acuerdo con los artículos 253 de la Constitución y 1, 2, 3, 10 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; (ii) que todos los ciudadanos y también los órganos del poder público están sometidos a la Constitución, obligados a cumplir sus mandatos y a garantizar su plena vigencia, de acuerdo con los artículos 7, 131, 137, 333 y 334 de la Carta Fundamental; (iii) que todos los actos del poder público, incluyendo las leyes, que menoscaban los derechos y garantías constitucionales, son absolu-

tamente nulos de acuerdo con el artículo 25 de la Constitución; (iv) que en particular los jueces tienen el deber de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, de acuerdo con los artículos 334 de la Constitución; (v) que los artículos 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuando implican la imposibilidad de cumplir lo ordenado en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, violan el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los mecanismos específicos que pueden usar los jueces contencioso-tributarios para ejecutar sus decisiones, podemos señalar que éstos, en uso de su poder de controlar en forma desconcentrada la Constitución, pueden desaplicar al caso concreto cualquier disposición legal vigente que impida la ejecución forzosa y que por tanto violente: (i) el derecho a la tutela judicial efectiva; (ii) el goce y disfrute de otros derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos; (iii) la autonomía del poder judicial; y (iv) el principio de la legalidad. Así, el juez contencioso tributario puede allanar el camino para la ejecución forzosa de sus decisiones levantando los injustificados privilegios de la inembargabilidad e inejecutabilidad de las rentas y bienes públicos, adoptando las medidas que fuere menester para no perturbar el interés general y el buen funcionamiento de los servicios públicos.

En este sentido, los jueces deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de sus decisiones y para prevenir y sancionar todo acto contrario a la majestad de la justicia con fundamento en los artículos 26, 27, 137, 140, 253, 255, 257 y 259 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al amparo en el goce y disfrute de derechos y garantías constitucionales, principio de la legalidad, responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, poder de los jueces de juzgar y ejecutar lo juzgado, responsabilidad personal de los jueces, derecho al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia y control judicial amplio y efectivo de la Administración Pública, respectivamente); 2, 3, 5, 8, 10 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (facultad de los tribunales para la ejecución de sus sentencias y de todos los actos que decreten o acuerden, y de requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, y en general de valerse de todos los medios legales coercitivos de que dispongan); 26, numerales 1 y 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (arresto contra quienes

irrespeten el poder judicial y multas contra quienes no acaten las decisiones judiciales, respectivamente); 485 del Código Penal (arresto de 5 a 30 días por desacato); y 17, 21 y 607 del Código de Procedimiento Civil (facultad de los jueces de dictar las medidas necesarias para prevenir o sancionar todo acto contrario a la majestad de la justicia y de hacer cumplir sus decisiones haciendo uso, incluso, de la fuerza pública).

Por lo que respecta a las medidas concretas que el juez puede adoptar para lograr el cumplimiento forzoso de la sentencia, podemos mencionar las siguientes:

- a. La aplicación de medidas privativas de la libertad y de sanciones pecuniarias contra los funcionarios reticentes a cumplir lo ordenado en la sentencia.
- b. El decreto de embargos ejecutivos contra bienes y rentas públicos, adoptando las medidas prudentes que garanticen el buen funcionamiento de los servicios públicos.
- c. El uso del poder de sustitución del juez en la Administración cuanto éste sea factible.
- d. Y finalmente, la sustitución del cumplimiento en especie por un cumplimiento equivalente a costa del vencido que satisfaga la pretensión del vencedor.

Con respecto a lo anterior, la jurisprudencia de la SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ha sido categórica al reafirmar en sentencia de fecha 3 de octubre de 2002, caso TOMÁS COLINA VS. MUNICIPIO IRIBARREN DEL ESTADO LARA, que el juez debe hacer uso de todos los mecanismos a su alcance para lograr la efectiva ejecución de sus decisiones⁷.

En nuestra opinión y mientras no se introduzca una legislación de avanzada que permita sin mayores obstáculos la ejecución forzosa de sen-

⁷ “Con el fin de garantizar la ejecución del fallo, en el derecho comparado se ha expandido la figura del *astreinte* o apremio del derecho francés, entendido como “(...) una pena pecuniaria decretada por el juzgador para constreñir al deudor a que cumpla su obligación principal, y se fija, como regla, en una cantidad por día de retardo o por cualquier otra unidad de tiempo; pero puede consistir asimismo en una suma determinada a pagar por el deudor por cada violación en que incurra” (ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Cuestiones de Terminología Procesal*. México. UNAM. 1972. p. 54). Esta institución está regulada positivamente, además de Francia, en Argentina, Brasil, Uruguay, Luxemburgo, Holanda, Bélgica e Italia, y en versiones intermedias, en Alemania y Portugal, configuran-

tencias contra las distintas Administraciones Tributarias, los mecanismos anteriores son los únicos posibles, dentro de los límites fijados por nuestra Constitución.

II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL CONTRIBUYENTE O EL RESPONSABLE

En esta segunda parte exploraremos el lado opuesto de la cuestión que hemos venido analizando, esto es, la ejecución de sentencias contra

do el denominado poder conminatorio conferido al juez, el cual constituye la "cominación al cumplimiento de una sentencia, mediante dictado, y eventual ejecución, de una condena condicional e instrumental" (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 233-234). (...) En cuanto a su naturaleza jurídica, la astringencia, que puede ser provisional o definitiva, dependiendo de si su cuantía puede o no ser modificada libremente por el juez en el momento de su liquidación, es una forma de aseguramiento de la ejecución indirecta, que puede culminar en esta misma ejecución, si la idea primaria de coaccionar con la sola amenaza no tiene éxito. Por otra parte es no cautelar, condicional, instrumental y dada en estructuras sumarias (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. *Introducción al Estudio del Proceso*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1983. p. 256). También se ha dicho que se caracteriza por su discrecionalidad, en cuanto a su imposición o no y en cuanto a la fijación de la cuantía de la astringencia; por su conminatoriedad, la cual resulta de la amenaza de ruina pecuniaria para el ejecutado recalcitrante, o por quien deba cumplir una obligación nacida del proceso, y no lo hace sin causa justificada; por su accesoriedad, ya que son impuestas para obtener el cumplimiento del mandato de una resolución principal, de la cual asegura su eficacia; por su modificabilidad, ya que el juez puede aumentar, disminuir o suprimir las astringencias o constreñimientos (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 122-123):

La idea fundamental de este instituto tiene por finalidad transformar una obligación incoercible (hacer o no hacer) por otra coercible, que es la de dar sumas de dinero, a objeto de lograr el acatamiento del mandato judicial (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Juez sus Deberes y Facultades*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1982. p. 288) y ejecutar la sentencia en sus propios términos para completar así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que se ha ido materializando a lo largo de todo el proceso, esto es, asegurando el interés del ejecutante en que la sentencia se cumpla y obtenga lo que es debido, así como preservando el *imperium* del juez destinado a tutelar el interés público en que se cumplan sus resoluciones (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 218 y 121)

En el sistema jurídico venezolano se han previsto tradicionalmente, como medidas coercitivas para imponer la voluntad de la ley, las multas y los apremios. La multa entendida como "pena pecuniaria que se impone por una omisión, exceso o delito, o por contravenir a lo pactado" y el apremio como "acción y efecto de apremiar; compeler u obligar a alguien para que haga una cosa" (COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. p. 415 y 103). También se utiliza el arresto.

(...)

aquel sujeto que ha dado inicio al proceso contencioso tributario y ha sido total o parcialmente vencido.

En este caso, las complejidades teóricas y prácticas y los numerosos obstáculos que analizamos en la primera parte de nuestra exposición,

Actualmente, en las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil vigente, se establece para los contumaces una multa que no exceda de mil bolívares o —he aquí la novedad— arresto proporcional (art. 494) y para los expertos una multa de quinientos a dos mil bolívares según la gravedad de la falta (art. 469). En cuanto al apremio, se establece en quinientos bolívares diarios y ya no se duplica diariamente (arts. 683 y 782)

De manera más contundente, la potestad conminatoria del juez en Venezuela deriva de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1999 y es congruente con las normas que otorgan a los órganos del Poder Judicial el deber de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (art. 253 *eiusdem*), autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales (art. 21 del Código de Procedimiento Civil), valiéndose de todos los medios legales coercitivos de que dispongan (art. 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial). Una de las manifestaciones legales de la potestad conminatoria del juez son los apremios, los cuales han sido previstos bajo la forma de norma genérica en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como medidas coercitivas para que peritos, testigos u otras personas cumplan con los deberes que les nacen por motivo del proceso. Tales apremios están destinados a que se cumpla con la orden judicial, y son independientes de la responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor, como bien lo señala la norma.

Las “*otras personas*”, a que se refiere el último aparte del artículo 27 citado, son aquellas que con motivo del proceso deben cumplir alguna orden diferente a la de testimoniar o presentar un peritaje. Dentro de este orden de ideas, el juez puede apremiar a quien incumple, sobre todo por las demoras injustificadas, sin que la última parte del artículo 27, al referirse a las personas, distinga si son partes, funcionarios, auxiliares de justicia, etc. Los apremios son formas de coaccionar a quien debe una conducta, coacción que es típica del deber procesal (multas, arrestos, etc.), y no es posible utilizarlos si lo que se exige a la persona es una obligación. Sin embargo, cuando el obligado incumple el deber de lealtad y probidad (artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil) que le impone la ley —esto en cuanto al cumplimiento del deber— puede ser apremiado a fin que actúe leal y probamente, y este puede ser el caso, cuando el obligado, obrando fraudulentamente o con abuso de derecho no cumple sus obligaciones. El incumplimiento en estos casos involucra una deslealtad.

Tal deslealtad es imposible que produzca efectos dentro de un Estado Social de Derecho. En un Estado Social de Derecho y de Justicia, la protección de los derechos sociales tiene primacía constitucional, y no puede ser que el fraude o el abuso de derecho del obligado los disminuya, como ocurre cuando se detiene la tutela efectiva que deben prestar los órganos de la administración de justicia con sus fallos, y debido al manejo de privilegios no puede ejecutarse expeditamente, a pesar que dentro de los canales normales, lo dispuesto en la sentencia debía haberse cumplido.

Ante hipótesis como éstas, los valores del ordenamiento jurídico (artículo 2 de la Constitución), deben imponerse, y el juez tiene que arbitrar las fórmulas para ello acudiendo a instituciones jurídicas existentes, como las del artículo 27 del Código de Procedimiento Civil.

Dicha norma señala que los apremios se ejecutan mediante multas, pena que debe estar impuesta en la ley.

desaparecen milagrosamente, por obra de una completa y exhaustiva regulación adjetiva, ordenada a garantizar que el Fisco pueda ejecutar sus sentencias sin mayores dificultades.

Pero las multas en los apremios pueden ser de dos naturalezas distintas, una netamente disciplinaria y otra cuyo fin es lograr coercitivamente el cumplimiento, más que penalizar. En estos últimos supuestos, como no se está penalizando, sino impulsando el cumplimiento, el astreinte diario debe ser calculado por el juez, en base a los montos de los otros apremios que contempla la ley, a menos que esté señalado expresamente el monto. Dentro de esos parámetros, el apremio no puede exceder de quinientos bolívares diarios (Bs. 500,00) que debe pagarlos al Fisco Nacional individualmente quien incumpla la orden.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que, si del caso bajo análisis consta la resistencia abusiva de la persona privada o pública, en este caso el Municipio, en cumplir la decisión del juzgador, éste, basado en el principio de la tutela judicial efectiva, debe ejercer los poderes de constreñimiento, no sólo los conferidos por la ley sino también los derivados directamente del mencionado principio, en lo específico los poderes conminatorios o astringencias, como natural consecuencia del elemento *executio*, parte integrante de la actividad jurisdiccional, y en forma autónoma respecto de las consecuencias de orden delictual previstas por ejemplo en el artículo 485 del Código Penal, referido a la desobediencia a la autoridad como falta contra el orden público, y así se declara. En cuanto a su régimen jurídico, y haciendo recepción de lo que ha sido la experiencia mas saludable en el derecho comparado sobre esta materia (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 134-138), esta Sala establece en términos generales lo siguiente:

1. Las astringencias pueden acordarse para asegurar la ejecución de las decisiones adoptadas por los mismos jueces o para asegurar la ejecución de la decisión de otro juez;
2. Sus legitimados pasivos pueden ser las partes, en algunos casos los terceros e incluso las personas jurídicas de Derecho Público, mientras que el sujeto beneficiario de las astringencias una vez liquidadas normalmente en el derecho comparado es el ejecutante. No obstante, como las normas jurídicas que regulan el apremio en Venezuela no establecen consideración al respecto, se entiende que por regla general que el producto de las medidas conminatorias, de astringción o de apremio, luego de liquidadas pasaran a formar parte del fisco nacional, tal y como lo ha expresado autorizada doctrina nacional (BORJAS, Armínio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*. Caracas. Imprenta Bolívar. 1926. Tomo III. p. 461), ya que para que se disponga en contrario debe haber una norma legal que expresamente y de manera excepcional determine, por ejemplo, que de la liquidación de una determinada pena pecuniaria establecida por el órgano jurisdiccional se beneficie el patrimonio de alguna de las partes;
3. Se utilizan fundamentalmente para conseguir el cumplimiento de condenas de hacer y de no hacer, con independencia de que tengan un origen contractual o extracontractual, tengan o no carácter extrapatrimonial;
4. Las resoluciones susceptibles de lograr su eficacia por medio de astringencias son todas las resoluciones judiciales, incluso aquellas que ordenan actuaciones procesales;
5. La determinación de su duración es discrecional del juez, fijándose un plazo desde que la condena se dicta o desde que ésta adquiere firmeza y cesarán cuando la prestación impuesta resulte cumplida o el juez decida su finalización;
6. Su cuantía debe ser proporcionada a la resistencia del sujeto y a su caudal económico y, por no identificarse con una indemnización por daños y perjuicios, no debe ser proporcional al perjuicio que resulte del retraso;

De entrada podemos señalar que esta disparidad de regulaciones o esta regulación *asimétrica* como la denomina MARQUEZ CABRERA⁸, plantea serias dudas sobre la vigencia y efectividad en el proceso contencioso tributario del principio de igualdad procesal o como se le suele denominar, de *igualdad de armas*, previsto constitucionalmente en el artículo 21 de la Carta Fundamental y desarrollado legislativamente en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

Alguien podría sostener que es lógico que exista cierto desequilibrio entre la posición procesal del Fisco y la de los administrados, porque el primero sólo persigue recaudar tributos con el objeto de satisfacer necesidades colectivas y en ello desde luego está involucrado de manera directa el interés general, el cual ha de colocarse siempre por encima del interés particular.

Podemos convenir, aun a disgusto, que este cierto grado de desequilibrio es tolerable, pero lo que no podemos aceptar es que uno de los sujetos procesales en el proceso contencioso tributario, tenga una regulación adjetiva completa para asegurar la ejecución forzosa de las sentencias que le favorecen, mientras que el otro sujeto procesal carece en forma absoluta de esa regulación y, en cambio, se enfrenta contra diversas normas que se erigen en obstáculos a veces insalvables para la ejecución forzosa de las sentencias que le benefician. Esta diferencia de tratamiento procesal, sin la menor duda grotesca, es violatoria de la Constitución y merece ser modificada cuanto antes.

Entrando en el tema concreto de la regulación contenida en el COT, señala el artículo 280 que la ejecución de la sentencia corresponderá al Tribunal Contencioso Tributario que haya conocido de la causa en primera instancia, una vez que la sentencia haya quedado definitivamente firme,

7. El monto es modificable por el juez, para reducirlo, aumentarlo o suprimirlo, y puede establecerse progresivamente, normalmente a tanto por día de retraso o por otra unidad, señalándose inclusive períodos más onerosos, o mediante una suma exagerada, que es caso normal en la astringencia definitiva;

El juez competente es, en principio, el juez de la ejecución, pudiendo la astringencia acordarse de oficio o a instancia de parte y junto con la condena principal o con posterioridad a la misma, siendo el procedimiento de liquidación un incidente contradictorio. Pendiente una apelación, las astringencias quedarán en suspenso.

⁸ *Ob. Cit.*, pp. 311-312.

pasada con autoridad de cosa juzgada y en este caso, el Tribunal a petición de la parte interesada, decretará su ejecución.

Inmediatamente el artículo contiene un enunciado en virtud del cual queda perfectamente claro que esta regulación no es para las sentencias dictadas en contra del Fisco, pues dice la norma que declarado *sin lugar o parcialmente con lugar el recurso ejercido*, el Tribunal fijará en el decreto un lapso que no será menor de tres (3) días de despacho ni mayor de (10) diez, para que la parte vencida efectúe el cumplimiento voluntario y no podrá comenzar la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso. Esta ejecución puede suspenderse según lo establecido en el artículo 525 del CPC, si las partes se ponen de acuerdo en suspenderla por un tiempo que deben determinar con exactitud.

Ahora bien, como consecuencia de la eliminación de los efectos suspensivos automáticos de la acción contencioso tributaria que preveía el COT de 1994, el Fisco está autorizado para iniciar el juicio ejecutivo fiscal si no se produce la suspensión de los efectos del acto mediante una medida cautelar y el inicio de este juicio supone el embargo de bienes del accionante, aunque el remate se paraliza hasta tanto no haya decisión definitiva en el proceso tributario.

En ese sentido, las normas sobre ejecución señalan que en los casos en que existieren bienes embargados y los mismos resultaren suficientes para satisfacer el crédito tributario, se procederá inmediatamente al remate de estos bienes. Si no hubiesen bienes embargados porque la medida cautelar de suspensión de efectos fue acordada y estuvo vigente durante toda la pendencia del proceso tributario, o si los bienes embargados fueren insuficientes, entonces debe procederse a la ejecución forzosa, siempre que haya vencido el plazo para el cumplimiento voluntario.

Así, el artículo 281 establece que el representante judicial del Fisco va a solicitar al Tribunal que conoció de la acción contencioso tributaria y éste así debe acordarlo, el embargo ejecutivo de bienes propiedad del deudor que no excedan del monto de la ejecución más una cantidad suficiente estimada por el Tribunal para responder del pago de intereses y costas del proceso. El depositario de estos bienes será el Fisco si así lo solicita su representante judicial.

Según lo establece el artículo 283 del COT, aun en la fase de ejecución, pero siempre que lo haga dentro del plazo de cumplimiento voluntario, el deudor puede suspender la misma alegando y demostrando:

- Que pagó la deuda.
- Que la misma se extinguió por cualquiera de los medios de extinción de las obligaciones tributarias previstos en el COT (artículos 39 y 55).

Si esto ocurre, entonces se abrirá de pleno derecho una articulación probatoria que no podrá exceder de cuatro (4) días de despacho, para que las partes promuevan y evacuen las pruebas que consideren convenientes y el Tribunal resolverá al día de despacho siguiente del lapso concedido.

Si el Tribunal declara que la oposición es procedente, el Fisco puede apelar esta decisión y su apelación debe ser oída en ambos efectos, de manera que los bienes continúan embargados pero no se interrumpe el remate de los mismos. En cambio, aunque la decisión que declara improcedente la apelación también es apelable, será oída en un solo efecto, de manera que en este caso y como es obvio, los bienes continuarán embargados, pero sin poder rematarse.

Si no hubo oposición a la ejecución dentro del plazo de cumplimiento voluntario y si ésta fue declarada sin lugar por la Alzada, entonces se procederá al remate de los bienes embargados, de conformidad con las reglas que al efecto contiene el Código de Procedimiento Civil. El COT contiene una serie de reglas sobre el cartel de remate y su publicación, el avalúo de los bienes por un perito y la impugnación de dicho avalúo, que son muy similares a las previstas para el proceso civil ordinario y no merecen un comentario particular⁹.

⁹ **Artículo 284:** Vencido el plazo para el cumplimiento voluntario, o resuelta la incidencia de oposición por la Alzada, sin que el deudor hubiere acreditado el pago, se ordenará el remate de los bienes embargados, el cual se seguirá por las reglas del Código de Procedimiento Civil. Las formalidades del cartel de remate se seguirán por la disposición contenida en el artículo 286 de este Código. **Artículo 285:** El Tribunal procederá a nombrar un solo perito evaluador a objeto de que efectúe el justiprecio de los bienes embargados. El perito evaluador deberá presentar sus conclusiones por escrito en un plazo que fijará el Tribunal y que no será mayor de quince (15) días de despacho contados a partir de la fecha de su aceptación. Cualquiera de las partes puede impugnar el avalúo en cuyo caso se procederá

CONCLUSIONES

1.- La ejecución forzosa de las sentencias en el proceso tributario revela graves desigualdades en el tratamiento legislativo de la cuestión, pues mientras las Administraciones Tributarias cuentan con toda una gama de herramientas y efectivos mecanismos legales para asegurar que los fallos a su favor sean cabalmente cumplidos, los justiciables no están protegidos por normas adjetivas equivalentes y se encuentran en la misma situación que enfrenta todo aquél que pretenda ejecutar forzosamente una sentencia contra un ente público.

2.- Mientras existe toda una regulación adjetiva que sin duda garantiza y protege el ejercicio del derecho a la defensa de los justiciables frente a los actos, omisiones y vías de hecho de las Administraciones Tributarias, la intensidad de esta protección sufre una preocupante desaceleración cuando se aproxima el momento culminante de la función jurisdiccional, en tanto el derecho reconocido en la sentencia no puede ser efectivamente incorporado al acervo del vencedor, por obra de privilegios decimonónicos que traicionan el postulado constitucional según el cual el proceso es un instrumento para la realización de la justicia y que impiden la realización práctica de la garantía fundamental a una tutela judicial *efectiva*.

3.- Un cambio drástico y verdaderamente eficaz de la situación planteada reclama reformas legislativas profundas y urgentes, que coloquen la legislación procesal tributaria a tono con la nueva dogmática constitucional venezolana; pero mientras tal cosa no ocurra, los jueces contencioso tributarios deben asumir la difícil pero encomiable tarea de

a la designación de peritos conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil. **Artículo 286:** Consignados los resultados del avalúo, se procederá dentro de los diez (10) días de despacho siguientes, a la publicación de un solo cartel de remate en uno de los diarios de mayor circulación en la ciudad sede del Tribunal. Dicho cartel deberá contener: 1. Identificación del ejecutante y del ejecutado. 2. Naturaleza e identificación de los bienes objeto del remate. 3. Certificación de gravámenes, cuando se trate de bienes inmuebles. 4. El justiprecio de los bienes. 5. Base mínima para la aceptación de posturas, la cual no podrá ser inferior a la mitad del justiprecio cuando se trate de bienes inmuebles. 6. Lugar, día y hora en que haya de practicarse el remate. Copia de dicho cartel deberá fijarse a las puertas del Tribunal. **Artículo 287:** Cumplidas las formalidades establecidas anteriormente, se procederá en el día, lugar y hora señalados, a la venta de los bienes en pública subasta, por el Juez u otro funcionario judicial competente. **Artículo 288:** Si no quedase cubierto el crédito fiscal y sus accesorios, el representante del Fisco podrá pedir al Tribunal que decrete los embargos complementarios hasta cubrir la totalidad de los mismos.

obligar a las Administraciones Tributarias a que cumplan las sentencias que les desfavorezcan, sin escudarse en formalismos e interpretaciones rígidas de la ley que terminen por convertir al sistema de administración de justicia en un teatro burlesco y al catálogo de derechos y garantías constitucionales en el guión de sus actores.

**Medidas cautelares
en el arbitraje.
Especial referencia
a la sentencia dictada por
la Sala Político Administrativa
del Tribunal Supremo de Justicia
en fecha 11 de diciembre de 2003**

Pedro Perera

El artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) establece: que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio...”. Por su parte, el artículo 28 *eiusdem* señala que la ejecución de la providencia cautelar corresponde al tribunal de primera instancia competente.

De manera que, cuando las partes tanto en el arbitraje independiente como en el institucional expresamente han convenido someterse a las reglas de procedimiento establecidas en la LAC, es indudable que las medidas cautelares en el arbitraje sólo podrán ser dictadas por el tribunal arbitral, siendo que la ejecución de las mismas estará a cargo del tribunal de primera instancia competente. Bajo este supuesto, los tribunales ordinarios no pueden dictar medidas cautelares para garantizar la ejecución del laudo arbitral institucional.

Lo mismo ocurre cuando en el arbitraje independiente las partes no establecen sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo el arbitraje. Es decir, en este supuesto serán aplicables supletoriamente las reglas de procedimiento consagradas en la LAC y por lo tanto, sólo los árbitros, y no los tribunales ordinarios, pueden decretar cautelares en el arbitraje independiente.

En el arbitraje institucional, el artículo 15 de la LAC de manera clara e inequívoca permite la aplicación de las reglas de procedimiento establecidas en dicha ley, “...si así lo estipulan las partes”. Esto significa que en el arbitraje institucional las reglas de la LAC sólo serán aplicables, si las partes lo estipulan. Si las partes no estipularon expresamente la aplicación de las reglas de la LAC para la tramitación del arbitraje institucional, ellas no pueden ser aplicadas en ningún supuesto.

Ahora bien, si las partes tanto en el arbitraje independiente como en el institucional expresamente convienen en someterse a reglas de procedimiento distintas a las establecidas en la LAC, ésta de ninguna manera debe regir el trámite del procedimiento arbitral, ni el trámite de las medidas cautelares. Si estas reglas de procedimiento contenidas en el acuerdo de arbitraje independiente o en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje institucional, al cual las partes se hayan sometido, otorgan la facultad a cualquiera de las partes para solicitar a los tribunales ordinarios el decreto

de medidas cautelares, éstas pueden ser decretadas por dichos tribunales, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 15 de la propia LAC.

En efecto, el artículo 12 *eiusdem* señala: “En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de los árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido”. De acuerdo con esta norma legal, el arbitraje institucional se regirá única y exclusivamente por el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje convenido entre las partes. En consecuencia, si dicho reglamento permite a cualquiera de las partes solicitar a los tribunales ordinarios el decreto de medidas cautelares para garantizar la ejecución del laudo arbitral, dichas cautelares pueden ser decretadas por tales tribunales.

En este mismo sentido, el artículo 15 de la LAC dispone: “Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables”. Por argumento *a contrario*, si las partes han establecido sus propias reglas de procedimiento en el acuerdo de arbitraje, las reglas establecidas en dicho convenio serán las aplicables para llevar a cabo el arbitraje independiente. Por lo tanto, si esas reglas de igual forma otorgan facultad a cualquiera de las partes para solicitar a los tribunales ordinarios el decreto de medidas cautelares para garantizar la ejecución del laudo arbitral, dichas medidas pueden ser dictadas por dichos tribunales.

No obstante, la claridad de las disposiciones legales establecidas en los artículos 12 y 15 de la LAC, la sentencia número 01951 dictada el 11-12-03, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (la Sentencia) cometió un grave error judicial inexcusable de interpretación constitucional y legal que infringe la Constitución de 1999 y la propia LAC, toda vez que desconoció la naturaleza jurídica del arbitraje institucional como medio alternativo para la solución de conflictos, que goza de reconocimiento constitucional. Además, la Sentencia lesionó el derecho constitucional de la solicitante de la medida cautelar a obtener una tutela judicial efectiva, mediante una protección cautelar para garantizar la ejecución del laudo arbitral en el caso concreto, contradiciendo el mandato contenido en el artículo 258 de la Constitución de 1999.

En el caso allí planteado, una de las partes demandó a la otra por vía de arbitraje institucional por incumplimiento contractual. Este proceso arbitral fue tramitado por las reglas de procedimiento establecidas en el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En efecto, el convenio de accionistas celebrado entre las partes, ellas convinieron en someter la solución de todos sus conflictos derivados de dicho convenio a un arbitraje que se llevaría a cabo conforme a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Este hecho fue expresamente aceptado por las partes y así fue expresamente reconocido por la Sentencia.

Pues bien, una vez iniciado el arbitraje institucional, la demandante solicitó una medida cautelar ante un tribunal ordinario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, siguiendo la remisión hecha por el artículo 12 de la LAC a dicho reglamento. Esta medida cautelar fue acordada por dicho tribunal ordinario, con fundamento en las normas precitadas.

El referido artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su versión en español, dice textualmente lo siguiente:

«Medidas cautelares y provisionales

2.- Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral».

Conforme a la regla transcrita, las partes preven solicitar la protección cautelar a cualquier autoridad judicial ordinaria, aún cuando, a pesar de haberse iniciado el arbitraje, no esté constituido el tribunal arbitral ni

haya éste recibido las actas del expediente del proceso, y en circunstancias apropiadas, según el análisis casuístico que se haga, aún después que el tribunal arbitral reciba el expediente. Así, y de acuerdo con el propio texto del Reglamento de Arbitraje de la CCI, las partes están autorizadas para solicitar protección cautelar de sus derechos por ante una autoridad judicial ordinaria, sin que ello constituya una renuncia o alejamiento del compromiso arbitral que las vincula.

La citada norma del Reglamento de Arbitraje de la CCI, además de ser aplicable por haberlo así querido las partes (cuya voluntad es autónoma mientras no lo impida el orden público), lo es por mandato expreso del artículo 12 de la LAC, encontrando perfecta cabida dentro de nuestro ordenamiento constitucional y legal, pues es una manifestación evidente del desarrollo que asegura la garantía de una tutela efectiva de los derechos de la solicitante de la cautelar (artículos 26, 253 y 258 de la Constitución de 1999).

La medida cautelar decretada por el tribunal ordinario fue conocida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA-TSJ) con ocasión de una consulta obligatoria y solicitud de regulación de la jurisdicción, que fueron decididas por la Sentencia, declarando *que el Poder Judicial de Venezuela NO TIENE JURISDICCIÓN para conocer de la solicitud de medida cautelar innominada formulada por la empresa solicitante.*

Como antes se dijo, la Sentencia incurrió en un grave error judicial inexcusable que atenta flagrantemente contra los artículos 258 y 12 de la Constitución de 1999 y la LAC, respectivamente.

El artículo 258 eiusdem establece:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.” (Subrayado nuestro).

Esta norma elevó a rango constitucional la institución del arbitraje, por lo que cualquier desconocimiento que de él se haga, necesariamente derivará de una interpretación errónea del artículo en cuestión, toda vez que incumplirá el mandato constitucional de promoverlo como medio alternativo de solución de conflicto.

Cuando dictó la Sentencia, la SPA-TSJ desconoció la institución jurídica del arbitraje institucional, cometiendo un error de interpretación del artículo 258 de la Constitución de 1999, así como el vicio de falta de aplicación del artículo 12 de la LAC, al declarar que en Venezuela el poder judicial no puede dictar medidas cautelares para garantizar la ejecución de un laudo arbitral, pues a su criterio el artículo 26 de la LAC solo reconoce las medidas cautelares dictadas por los propios tribunales arbitrales, por lo que los órganos judiciales de la República Bolivariana de Venezuela no tienen jurisdicción para ello, aún cuando el Reglamento del Centro de Arbitraje escogido por las partes así lo permitan. En efecto, la SPA-TSJ decidió lo siguiente:

“Visto que las partes convinieron en que toda disputa que surgiere de, o se relacionare con la firma, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del Convenio en cuestión fuese decidido mediante arbitraje, y que se sometieron a las reglas de la Cámara Internacional del Comercio y que específicamente en su Reglamento, en el artículo 23 (2), se prevé la posibilidad de que las partes puedan antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y *en circunstancias apropiadas aún después*, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares, debe la Sala analizar la aplicabilidad de dicha disposición, y en tal sentido, observa:

Que el Código de Procedimiento Civil no prevé las medidas cautelares para el procedimiento especial de arbitramento, ni en esta fase previa, ni luego de constituido el tribunal arbitral; en todo caso, la Ley de Arbitraje Comercial del 25 de marzo de 1998, que sí prevé la tutela cautelar, dispone en su artículo 26: “*Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbi-*

tral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante” (Negrillas de la Sala).

Que del artículo transcrito se desprenden dos circunstancias, de un lado, la potestad para dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza, sin lugar a dudas del tribunal arbitral, o más concretamente, de los árbitros, que conociendo el fondo de la causa, deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar; de otro lado, precisamente que la materia o ámbito de la medida está constituida por el objeto en litigio, entendido, claro está y como ha sostenido la doctrina patria, no sólo en sentido de derecho real u objeto determinado, sino aún como pretensión personal. (Ver sentencia de esta Sala N° 2.161 de fecha 10 de octubre de 2001).

(...omissis...)

En consecuencia, tal como señaló el *a quo* en su decisión de fecha 11 de agosto de 2003, considera la Sala que en esta etapa del proceso los órganos jurisdiccionales venezolanos no tienen jurisdicción para conocer la solicitud de medida cautelar formulada, en virtud de que tal posibilidad no está prevista en su ordenamiento legal interno. Así se decide.”

Un detenido análisis que efectuemos de la sentencia arriba transcrita, pone de manifiesto que la SPA-TSJ consideró y concluyó lo siguiente:

1. Que las partes aceptaron someterse a un arbitraje institucional;
2. Que el arbitraje institucional se iba a regir según lo dispuesto por el Reglamento de Arbitraje de la CCI;
3. Que el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI permite que los órganos jurisdiccionales ordinarios puedan dictar medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral, si, éste no se ha constituido;
4. Según el criterio de la SPA-TSJ, el referido artículo del Reglamento de Arbitraje de la CCI no es aplicable en el ordena-

miento jurídico venezolano, toda vez que según ese criterio la LAC solo plantea que sea el tribunal arbitral quien pueda acordar la protección cautelar solicitada por las partes.

Tales afirmaciones efectuadas por la SPA-TSJ trastocaron la esencia misma del arbitraje institucional, toda vez que le negaron eficacia al Reglamento de Arbitraje de la CCI al cual las partes decidieron someterse, en franca violación de los artículos 258 y 12 de la Constitución de 1999 y la LAC, respectivamente.

Así en lugar de promover al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos (artículo 258 *eiusdem*), la Sentencia lo desconoció y desnaturalizó, toda vez que interpreta de manera errada el artículo 26 de la LAC y lo antepuso a la voluntad de las partes. En efecto, el artículo 26 de la LAC sólo resulta aplicable en los siguientes casos: (i) en el arbitraje independiente, en la medida en que las partes no hayan establecido reglas procedimentales para su sustanciación o expresamente hayan elegido a la LAC para tramitar el arbitraje y (ii) en el arbitraje institucional, siempre que las partes hubiesen manifestado de manera expresa su voluntad de acogerse al procedimiento de la LAC, conforme con lo previsto en la parte *in fine* del artículo 15 de la mencionada ley.

Como se puede apreciar, en el caso resuelto por la Sentencia no ocurrió ninguno de los antes señalados supuestos que hacen aplicable el artículo 26 de la LAC. Por lo tanto, la SPA-TSJ aplicó erradamente el referido artículo y como consecuencia de ello, desconoció la institución del arbitraje institucional, contraviniendo el mandato contenido en el artículo 258 *eiusdem*.

En el caso sentenciado, las partes eligieron un arbitraje institucional según está definido en el artículo 11 de la LAC. En consecuencia, conforme al artículo 12 *eiusdem*, todo lo concerniente al proceso y su tramitación, se regula conforme a las reglas establecidas por el respectivo reglamento del centro de arbitraje al cual las partes se sometieron, el cual pasó a ser la ley de procedimiento que rige el arbitraje, es decir, en este caso las reglas de arbitraje de la CCI.

En efecto, en el arbitraje institucional las partes deciden someterse a una ley adjetiva especial (el Reglamento del Centro de Arbitraje correspondiente), por lo que son esas normas, y no otras, las que deben ser aplicadas.

Para una mejor comprensión de lo expuesto, debemos volver a los conceptos básicos que se relacionan con la institución del arbitraje, y en especial, el institucional. El acuerdo de arbitraje *es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente* (artículo 5 de la LAC).

Las partes pueden someterse a un arbitraje institucional el cual se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere la LAC, o los que fueren creados por otras leyes; o a un arbitraje independiente, el cual es regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje (artículo 2 de la LAC).

Una vez que las partes deciden someterse a un arbitraje institucional, su voluntad queda sometida a las disposiciones adjetivas que se dispongan en el reglamento del centro de arbitraje escogido por las partes (artículo 12 de la LAC).

El derecho de las partes a someterse a una ley adjetiva especial, como lo es el reglamento de un centro de arbitraje determinado, deriva de la propia esencia de la institución arbitral, la cual se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes.

En efecto, “[El fundamento jurídico de la justicia privada que supone el arbitraje, radica remotamente en la Ley e inmediatamente en el contrato.(...) El fundamento inmediato del arbitraje es el contrato. Lo demuestra el hecho de que el laudo deber ser declarado nulo, entre otros, en los casos d) y e) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial: d) cuando el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo (con mayor razón cuando el acuerdo es aparente por ser falso el documento que lo contiene); e) cuando la parte

contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral". (Subrayado nuestro. Ver HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, El Arbitraje Comercial en Venezuela, Cámara de Comercio de Caracas Centro de Arbitraje, Año 2000).

Así, "[L]a voluntad de las partes sustenta cualquier posibilidad o prohibición de acto procesal en el juicio de arbitraje. Salvo acuerdo de las partes la Ley determina el lugar del arbitraje (Art. 9), el idioma o idiomas válidos para el arbitraje (Art. 10), el número de árbitros que constituirán el tribunal (Art. 11), el lapso de duración del proceso (Art. 22). Salvo acuerdo de las partes, la Ley determina también la posibilidad de decretar medidas cautelares o exigir caución en el proceso arbitral (Art.26), así como el carácter confidencial del arbitraje (Art. 42). Otras locuciones similares denotan el fundamento convencional del arbitraje.". (Subrayado nuestro. Ver HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, El Arbitraje Comercial en Venezuela, Cámara de Comercio de Caracas Centro de Arbitraje, Año 2000).

Nótese en consecuencia, que la voluntad de las partes en el presente caso fue someterse a la ley adjetiva representada en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, sin que pueda alegarse siquiera que la LAC, en su parte relativa al arbitraje institucional, resulte aplicable supletoriamente, pues para que esto suceda, debieron las partes haberlo así acordado de manera expresa (artículo 15 de la LAC).

Por lo tanto, la SPA-TSJ mal puede negar a las partes el poder acudir a los órganos jurisdiccionales ordinarios a solicitar protección cautelar para garantizar la ejecución del laudo arbitral, cuando la ley adjetiva (Reglamento de Arbitraje de la CCI) a las cuales ellas decidieron someterse sí lo permite, incluso aun cuando el tribunal arbitral no esté constituido.

En efecto, eventualmente hubiera podido la SPA-TSJ haber negado la aplicabilidad del artículo 23(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, si dicha norma fuera supuestamente lesiva de algún derecho constitucional, o supuestamente violara el orden público o las buenas costumbres. Pero nada dice la SPA-TSJ al respecto, sino que se limita sólo a afirmar, que como la LAC no contempla la posibilidad de que los órganos judiciales

ordinarios dicten medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral y por ello esos órganos judiciales carecen de jurisdicción para ello.

Como hemos venido sosteniendo, tal afirmación de la SPA-TSJ resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución de 1999, pues desconoce la esencia y la naturaleza jurídica del arbitraje institucional, máxime cuando pretende aplicar a éste una norma que no resulta aplicable a tal institución, y menos cuando las partes ni siquiera decidieron disponer que la LAC fungiera de norma supletoria al referido Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Más aún, LA SENTENCIA dictada por la SPA-TSJ va en contra del mandato constitucional de promover el arbitraje como medio alternativo de solución de conflicto. ¿Quién considerará, después de la Sentencia, someter sus disputas a un arbitraje institucional, si las reglas del Reglamento del Centro de Arbitraje escogido por las partes serán desconocidas por los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela? A partir de la Sentencia, ¿qué sentido tiene el artículo 12 de la LAC, si al fin y al cabo resultará inútil que las partes decidan someterse a una ley adjetiva especial (Reglamento del Centro de Arbitraje), si los tribunales aplicarán exclusivamente la LAC?

Por otra parte, el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, al establecer la posibilidad de que la autoridad judicial dicte medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral, lejos de ser una norma contraria al orden público o a las buenas costumbres, o lesiva a algún derecho constitucional, refuerza el derecho de las partes a obtener una tutela judicial efectiva por parte del tribunal arbitral, mediante las medidas cautelares dictadas por los tribunales ordinarios, en auxilio del tribunal arbitral (artículos 26 y 253 de la Constitución de 1999).

Por lo tanto, cuando la SPA-TSJ le negó la jurisdicción al Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela para dictar medidas cautelares en auxilio del tribunal arbitral, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva a que tienen derecho las partes del arbitraje, pues ellas, al escoger soberanamente al Reglamento de Arbitraje de la CCI como su única y exclusiva ley adjetiva para la resolución de sus diferencias, aceptaron la posibilidad de poder acudir a los órganos judiciales para pedir protección cautelar, lo cual le ha sido negado por la SPA-TSJ.

El Litisconsorcio y sus efectos procesales

Ricardo Henríquez La Roche

SUMARIO

- 1. Protagonista y antagonista del litigio**
- 2. Legitimación de la causa**
- 3. Pluralidad de partes**
- 4. Nombramiento de asociados y expertos**
- LITISCONSORCIO**
- 5. Litisconsorcio necesario**
- 6. Litisconsorcio uniforme**
- 7. Conexión entre causas**
- 8. Solidaridad y litisconsorcio**
- 9. Conexión impropia**
- INDEPENDENCIA DE ACTUACIÓN**
- 10. Actos dispositivos y recursos**
- 11. Cuestiones previas**
- 12. Citación**
- 13. Reforma de la demanda**
- 14. Perención**
- 15. Costas procesales**
- 16. Nombramiento de peritos**
- 17. Valor de la demanda**
- 18. Contestación de la demanda**
- 19. Intervención forzosa litisconsorcial**
- 20. Representación *ex lege* de litisconsortes**

1. Protagonista y antagonista del litigio

El Código de Procedimiento Civil entra a regular el otro elemento subjetivo que, junto con el juez, integran la relación procesal: las partes, que son, en una conexión de complementariedad denotada por la misma palabra, el protagonista y antagonista del litigio. «Partes, en principio, son las personas legítimas que gestionan por sí misma o por medio de apoderados el reconocimiento de sus derechos. Si el asunto es contencioso, las partes son dos: la una, la que llama a juicio, o sea, el demandante; y la otra, aquélla a quien se reclama, y en esa condición es llamado a juicio»¹.

La doctrina distingue los conceptos de parte formal, parte sustancial y sujeto de la acción, aun cuando normalmente coinciden en el mismo sujeto los tres conceptos; pero eventualmente pueden pertenecer a personas diferentes. Parte *formal* es la que ha propuesto o contra quien se ha propuesto la demanda: el titular y el sujeto pasivo de la pretensión contenida en la demanda son las partes formales, llamadas así porque integran la relación jurídica formal, es decir, el proceso, continente de la causa, de la litis, llamada a su vez «relación jurídica sustancial».

Parte *sustancial* es el sujeto en causa, es decir, la persona que integra esa relación jurídica sustancial postulada y debatida en juicio; vgr., el comprador y vendedor si se trata del cumplimiento, nulidad, rescisión, etc. de un contrato de compra venta, los cónyuges si se trata de un juicio de nulidad de matrimonio, el Fisco y el contribuyente en una relación creditoria fiscal, etc.

Sujeto de la *acción* (o propiamente de la pretensión), es aquel a quien la ley la concede, o contra quien la concede, entendiendo por conceder la atendibilidad o admisibilidad de la pretensión y no su procedencia; no se refiere aquí la doctrina a la *actio* romana. Normalmente, la ley confiere su ejercicio al titular del derecho subjetivo, y lo concede contra el titular de la obligación o deber jurídico; pero ocasionalmente no es así.

¹ Cfr. CSJ, Sent. 22-6-88, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.*, N° 6, p. 134.

2. Legitimación a la causa

Por estar íntimamente ligado al concepto de parte, viene al caso abstraer aquí el concepto de cualidad o legitimación a la causa (*legitimatio ad causam*), y los casos excepcionales que la ley prevé. Siguiendo la enseñanza de CHIOVENDA, explicitada por el maestro LORETO², podemos decir que la cualidad es un juicio de relación y no de contenido, y puede ser activa o pasiva.

La primera es aquella que establece una identidad lógica (relación) entre el demandante concreto y aquel a quien la ley da la acción; es decir, la posibilidad de pretender la satisfacción de su crédito (demandante abstracto). Y la cualidad pasiva es aquella que establece una identidad lógica entre el demandado concreto y aquel contra quien la ley da la acción (demandado abstracto).

La doctrina también distingue entre cualidad normal y cualidades anómalas o *ex lege*³. La primera depende de la titularidad, ya que normalmente la ley da la «acción» al titular del crédito o derecho subjetivo o al titular de la obligación correspondiente. En cambio, las segundas devienen de la ley y la legitimación es conferida por virtud de un determinado interés que tiene el tercero en la relación sustancial controvertida en el juicio.

Pueden distinguirse tres tipos de legitimaciones anómalas: a) la sustitución procesal, referida, de un modo incidental y excepcional en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil; b) legitimación por clase o categoría, la cual se confiere a determinado grupo de personas que, como se ha dicho, tienen interés en la litis, como por ejemplo la de los parientes del notado de demencia para incoar el juicio de interdicción civil (Art. 395 CC); c) legitimación oficial, cual es la que confieren los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Civil al Ministerio Público para actuar en juicio, ya como parte o como tercero interviniente.

Cabe añadir una variante a la sistematización anterior, cual sería el de *legitimaciones anómalas pasivas*, es decir, del demandado. Ejemplos son las que corresponden al tercero dador de hipoteca (Arts. 1900 y 1.902,

² *Ensayos Jurídicos, Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*, núms. 4 y ss.

³ Cfr CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones...*, I, § 37, p. 264.

segunda parte) o dador de prenda (Art. 1.843 CC) en el juicio de ejecución de hipoteca o de prenda. La ley manda llamarlos forzosamente a juicio (Art. 661 CPC) como partes formales. Los terceros dadores de garantía no son titulares de la obligación garantida, y por tanto no tienen una cualidad normal; pero forzosamente tienen que ser demandados, si el pago se pretende con cargo a la garantía real sobre una cosa suya de ellos, mobiliaria o inmobiliaria. Por tanto, son terceros en la relación sustancial garantida y son parte en la relación sustancial garante.

Pongamos de manifiesto el desglose de estos tres conceptos referentes a las partes: el padre que pide contra ambos cónyuges (o reputados cónyuges) la anulación del matrimonio de su hijo menor contraído sin su consentimiento (Art. 59 CC); aquí el padre es parte formal —puesto que es él quien demanda— y es sujeto de la acción —ya que la ley lo legitima— para proponer este tipo de demanda (Art. 117 CC), pero no es parte sustancial, pues él no tiene la cualidad de contrayente de las nupcias. Si, por el contrario, la demanda la intentase un hermano del menor, sería ciertamente parte formal, puesto que de hecho ha propuesto la demanda y ésta ha sido deducida, admitida; pero no será parte sustancial ni tampoco sujeto de la pretensión, pues el hermano no se encuentra entre las personas legitimadas por la ley para proponer la anulación.

3. Pluralidad de partes

El litisconsorcio, al cual se dirigen estos conceptos introductorias, se distingue de la *simple pluralidad de partes*. Esta última ocurre cuando existen dos o más parejas de contradictores en un único proceso, independientemente de que en la posición de parte de esas relaciones de contradicción existan una o varias personas. Si tres herederos demandan la reivindicación de un inmueble a un sujeto, quien, luego de interpuesta tercera de dominio por otra persona distinta, cita en saneamiento a su causante por causa de evicción, tendremos un caso de pluralidad de partes en un único proceso, pues existirían tres relaciones de contradicción: 1) la demanda propuesta por los reivindicantes contra el demandado; 2) la demanda del tercerista contra los coherederos demandantes y el demandado originario, y 3) la demanda de saneamiento propuesta por este último contra su causante. Habrá, en cambio, litisconsorcio propiamente dicho, sólo en lo que respecta a los codemandantes que incoaron el juicio, dándose la pluralidad dentro de una sola relación de contradicción. Cada relación de

contradicción es generada por la pretensión formulada, que instaura una litis entre el pretensor y su antagonista.

Múltiples son las figuras procesales por las que los terceros ingresan o son llamados al proceso para hacer valer o resistir el ejercicio de una pretensión. El Código distingue y regula las diferentes relaciones entre las pretensiones, determinando las condiciones y modos para su acumulación en un solo proceso: a más de la accesoriedad (Art. 48), continencia (Art. 51), litispendencia (Art. 61), conexión subjetiva u objetiva (Art. 52), que provocan una acumulación inicial (Arts. 49 y 77) y sucesiva (Art. 79), existen otras formas de acumulación de demandas o pretensiones: el ejercicio de la excepción perentoria de *compensación*, que en el fondo es el de una demanda de cobro de una suma de dinero, y que puede provocar la incompetencia por valor del juez, eventualmente (Art. 50); la *conexión impropia* de distintas pretensiones basadas en un hecho común o conceptualmente idéntico (vgr., interpretación de una cláusula contractual) que amerita una solución jurídica uniforme para todas ellas. Asimismo, existe la conexión por *prejudicialidad* entre dos pretensiones, cuando una de ellas interesa el silogismo jurídico de la decisión que ha de dar respuesta a la otra. La doctrina permite la acumulación, *incidenter tantum*, cuando no hay incompatibilidad de procedimientos ni incompetencia absoluta del juez, no obstante que, en principio, la cuestión prejudicial ameritase la incoación autónoma de una demanda (vgr., determinación de parentesco en juicio de alimentos ante el juez ordinario: Art. 751 del Código de Procedimiento Civil); aparte de que, el juez puede y debe resolverla, aunque esté pendiente el juicio *ad hoc* para ello, si el peligro de tardanza hiciese infructuoso el derecho reclamado, como es el caso de la demanda por manutención. Igualmente, la *cita de saneamiento y garantía y la tercería*, presuponen la acumulación de pretensiones por vía de «intervención», la cual es regulada en dos tipos distintos en el Código de Procedimiento Civil.

4. Nombramiento de asociados y expertos

Cuando sea necesario nombrar Asociados para dictar la sentencia definitiva, «si hubiere más de dos partes, las que tuvieren derechos semejantes formarán el grupo que deba hacer» el nombramiento (Art. 122 CPC). Las parejas de contradictores que tienen intereses semejantes formarán un solo grupo y elaborarán de antemano, antes del acto de nombramiento, su lista respectiva, como si se tratase de un litisconsorcio regulado

por el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, a los efectos de nombrar el vocero que escogerá el asociado de la lista presentada por la contraparte.

Pero si no pudieren ponerse de acuerdo en la elaboración anticipada de la lista, por tener intereses disímiles o por cualquier otro motivo, concurrirán al acto, y por analogía el juez deberá aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 122.

Según se colige del segundo párrafo de ese artículo, si hubiere más de dos grupos, por tener las partes intereses contrarios o desemejantes, las dos únicas listas que puede haber para la determinación de los dos únicos asociados, se escogerán previamente. Expresa BORJAS que el juez formará «dos grandes agrupaciones antagónicas»⁴, y mediante el sistema de insacular (meter en un saco y sacar por suerte) papeletas con los nombres de las listas de cada grupo, formará las listas. Pero como los grupos son antagónicos y no pueden mezclarse en el mismo recipiente o saco los nombres de todos en conjunto, habrá de hacer el juez dos insaculaciones: en una sacará las tres papeletas de un grupo y en la otra las del otro, para formar las dos ternas; la escogencia de los asociados, las harán sendas agrupaciones antagónicas, formadas por el juez, por acuerdo, por mayoría o por suerte, según lo establecido en el artículo anterior. Tales agrupaciones antagónicas se deducen de lo que señala la norma en su parte final, de que el juez «por la suerte sacará tres que compondrán la lista de donde ha de escoger la parte contraria». Esas partes contrarias, dado que en el supuesto normativo son más de dos, tiene que agruparlas el juez en dos.

La escogencia del *experto* se hace por la suerte, insaculando las papeletas que contengan los nombres de peritos que cada litisconsorte postula para la realización de la prueba (cfr Art. 456). Para que proceda esta elección al azar, es menester que estén presentes en el acto más de uno de los colitigantes, pues si sólo asistiere uno solo de ellos, tendrá derecho a hacer él el nombramiento del experto que corresponde a su grupo, según reza el precepto final del artículo 456⁵.

⁴ Cfr. *Comentarios...*, Tomo IV, § 388, IV.

⁵ Artículo 456: «En caso de litisconsorcio, si los interesados no se acordaren en el nombramiento del experto que les corresponde, el juez procederá a insacular los nombres de las personas que ellos propongan y se nombrará el que resulte elegido por la suerte. Si al acto concurre uno solo de los litisconsortes, éste hará el nombramiento del experto».

Cuando hay pluralidad de partes en varias parejas de contradictorios (cfr Art. 146), también procede la escogencia por este medio de insaculación, según interpretación analógica de ese artículo 456.

LITISCONSORCIO

Difiere la pluralidad de partes del litisconsorcio porque en éste hay una parte plural, lo cual quiere decir que existe hegemonía de intereses y pretensiones expresados en la singularidad de la posición de parte. «La expresión consorcio (*consortium*, de *sors*), lingüísticamente alude a una comunidad o asociación de suertes y, por tanto, de comportamiento procesal de varias partes. De modo que puede ocurrir que en un juicio con pluralidad de partes cada una de ellas asuma una propia línea e conducta autónoma (como ocurrirá por ejemplo, en lo juicios divisorio) en cuyo caso no habrá litisconsorcio⁶, sino una composición plúrima en el proceso.

5. Litisconsorcio necesario

La distinción de mayor relevancia que formula la doctrina respecto al litisconsorcio, viene dada por el carácter necesario o voluntario como concurren las partes al proceso. Llámase *necesario* al litisconsorcio cuando existe una sola causa o relación sustancial con varias partes sustanciales activas o pasivas, que deben ser llamadas todas a juicio para integrar debidamente el contradictorio, pues la cualidad, activa o pasiva, no reside plenamente en cada una de ellas⁷. Así la demanda de nulidad de matrimonio que propone el progenitor de uno de los contrayentes, conforme al artículo 117 del Código Civil, debe dirigirse contra ambos supuestos cónyuges y no contra uno solo de ellos, ya que la ley concede la acción contra ambos, pues siendo única la causa ventilada (el vínculo matrimonial) no podría el juez declarar la nulidad respecto a uno de los interesados y omitirla respec-

⁶ RENDENTI, ENRICO: *Instituciones...*, Tomo I, p. 236.

⁷ Consistente con este enfoque, la jurisprudencia del Supremo Tribunal ha dicho que «... La doctrina patria es unánime en afirmar que en los casos de Litisconsorcio pasivo necesario la relación sustancial controvertida es única para todos los integrantes de ella, de modo que no puede modificarse sino a petición de uno o varios de ellos, frente a todos los demás, y resolverse de modo uniforme para todos, por lo cual la legitimación para contradecir en juicio corresponde en conjunto a todos, aun a los que no han asumido la condición de actores y no separadamente a cada uno de ellos...» (cfr www.tsj.gov.ve <<http://www.tsj.gov.ve>>, TSJ-SCC, Sent. 30-4-2002, Núm. 223).

to al otro. Igual sucede cuando se demanda la nulidad, resolución o cumplimiento de un contrato o negocio jurídico de los previstos en el artículo 168 del Código Civil reformado, según el cual está repartida entrabos cónyuges la cualidad pasiva⁸, en los casos de enajenación de inmuebles,

⁸ Cfr. CSJ, Sent. 5-5-92, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.*, N° 5, p. 153.

La Sala considera que la legitimación conjunta a que alude la disposición que se examina, se requiere exclusivamente en aquellos casos que excepcionalmente prevé la norma para administración conjunta, esto es, cuando se refiera a la disposición de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. Por tanto, la legitimación en juicio derivada de los actos de administración realizados por los cónyuges, por sí solos, sobre los bienes de la comunidad que hubieren adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, corresponderán exclusivamente a aquél que los hubiere efectuado.

En este sentido, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 3 de junio de 1998, estableció lo siguiente:

“Es evidente que la intención del legislador de 1982, plasmada claramente en la letra de los artículos vigentes citados *supra* [168, 169, 170, 171 y 172 del Código Civil], fue la de mejor proteger los bienes de los cónyuges en la comunidad de gananciales. Así, el artículo 168 del nuevo Código restringió las facultades administrativas amplias que tenía el marido en el Código derogado y equiparó a la mujer con aquél en la administración de dichos bienes. Igualmente equiparó a la mujer con el marido en materia de disposición de los bienes comunes, al exigir el vigente artículo 168 el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o gravar a título oneroso o gratuito los bienes que en dicho artículo se señala, estableciendo además que la legitimación en juicio en tales casos comprende a los dos en forma conjunta. Estas disposiciones colocaron a la mujer en situación de igualdad, en cuanto a la posibilidad de enajenar y obligar a título oneroso los bienes comunes, como se evidencia de una interpretación concordada de los artículos 168 y 170 del derogado Código.

Ahora bien, por argumento a contrario de lo dispuesto en el artículo 168 del Código Civil vigente, cualquiera de los cónyuges puede actuar libremente para administrar o disponer, y consiguientemente estar en juicio, en todo lo no expresamente restringido por este artículo 168; y ello acarrea responsabilidad para la comunidad conyugal. No obstante, con la finalidad de proteger a cada uno de los cónyuges de los excesos de una administración irregular o de los riesgos que puedan derivarse de la imprudencia del otro, el artículo 171 del Código Civil vigente prevé que el cónyuge que se encuentre en esa situación de posible perjuicio, pueda solicitar del juez las providencias conducentes a evitar aquel peligro y si ello no bastare, pedir la separación de bienes”.

Por lo tanto, si bien la recurrida alude erradamente a la facultad del marido para administrar los bienes de la comunidad conyugal, como lo regulaba el Código Civil reformado en 1982, dicho error no trasciende en el dispositivo del fallo, toda vez que en el presente caso no era necesaria la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario, por lo que el demandado podía celebrar el referido acto de auto composición procesal. De esta forma, al haber fundado el formalizante su denuncia en el requisito de la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario, el que, según se ha determinado, no era tal, resulta improcedente la denuncia que se examina. En consecuencia, se declara improcedente la presente denuncia» (www.tsj.gov.ve <<http://www.tsj.gov.ve>> TSJ-SCC, Sent. 26-4-2000, Núm. 126).

régimen de publicidad, acciones de participación societaria, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, mas no la cualidad activa que pretende en juicio la obtención de un bien, como por ejemplo la acción reivindicatoria⁹.

De la misma manera que en la comunidad conyugal, si varios comuneros demandan el dominio sobre la cosa común o la garantía de la cosa vendida: uno de ellos no puede ejercer singularmente la acción porque carece de la plena legitimación a la causa¹⁰. Esta situación que planteamos es distinta a la representación sin poder entre comuneros prevista en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, la cual no obvia el litisconsorcio sino que lo supone, puesto que lo comuneros no apersonados al juicio son efectivamente litigantes en él, representados sin poder.

6. Litisconsorcio uniforme

El litisconsorcio necesario es un litisconsorcio uniforme ex lege, nacido de la ley, siendo esta la causa por la que la ley impone en cada caso la carga de su debida integración. El litisconsorcio uniforme no es tampoco un tercer género en la clasificación de litisconsorcio voluntario y forzoso. Su concepto es diverso al de éstos; se encuentra en un plano conceptual diferente, y por ello puede ser necesario como voluntario, según los casos. Su elemento esencial definitorio es la necesidad de que la decisión sea uniforme para todos los colitigantes por depender esa decisión de hechos comunes a ellos, pero sin que esto signifique que necesariamente, por disposición de la ley o por eficacia para todos de la cosa juzgada dimanante de la sentencia, deban ser incorporados al juicio todos los que participan de alguna forma en esos hechos comunes.

⁹ «Ahora bien, en el caso de autos fue demandada la reivindicación de un inmueble que pertenece a la comunidad conyugal, siendo que tal situación fáctica no comprende un acto de enajenación o de gravamen lo cual aparece como corolario que esté excluido del régimen especial de legitimación conjunta en juicio previsto en dicha norma. Por ende, la Sala concluye que no es uno de los casos en que la legitimidad en juicio corresponde a ambos y, por esa razón, sí podía demandar uno sólo.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala declara improcedente la denuncia de infracción, por errónea interpretación, del artículo 168 del Código Civil. Así se establece» (cfr www.tsj.gov.ve <<http://www.tsj.gov.ve>>, TSJ-SCC, Sent. 28-04-2003, Núm. 194).

¹⁰ Cfr. CSJ, Sent. 9-8-91, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.*, N° 8-9, p. 336.

La similitud entre el litisconsorcio uniforme y el forzoso consiste en la necesidad de que haya una decisión del mismo contenido frente a todos los colitigantes, ya que existen hechos pertinentes a todos ellos, sea porque se trata de una sola relación sustancial, sea en razón de una vinculación común en el objeto (solidario en el pago, entrega de cosa indivisible¹¹). Pero difieren, a su vez; pues en el necesario la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes y por ello tiene el carácter de una carga procesal insoslayable; la falta de llamamiento en causa de todos los sujetos hace inoportuna¹², improcedente, la sentencia y el juez debe inhibirse de examinar el mérito de la causa por faltar un elemento preliminar al fondo del litigio: la integración válida del litisconsorcio con la presencia de todos aquellos que, en conjunto, conforman la cualidad pasiva. En el litisconsorcio uniforme, en cambio, puede quedar excluida alguna parte sustancial, a pesar de haber hechos comunes, porque la cualidad de cada una responde a título diferente. Todas las formas de litisconsorcio no son obligatorias, en el sentido de que deban demandar o ser demandadas todas las personas que podrían verse afectadas por el fallo so pena de considerar inválidamente constituida la relación procesal. En tal sentido el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil señala que «podrán varias personas demandar o ser demandadas conjuntamente como litisconsortes...», dando a entender con esa inflexión verbal que la acumulación de sujetos es potestativa y discrecional del litigante, salvo los casos de normas expresas que establezcan lo contrario.

A fin de preservar los derechos de terceros a quienes atañe la causa y evitar la división de la continencia de la causa y sentencias contrarias o contradictorias producidas en una secuencia temporal, en desmedro de la economía procesal, la ley autoriza el llamamiento en causa de terceros litisconsorciales.

En el litisconsorcio necesario, sí existe la necesidad —por imperativo legal— de integrar válidamente el contradictorio mediante la incorporación al proceso de todos aquellos a quienes o contra quienes la ley concede la procedencia de la pretensión hecha valer en la demanda. Este carácter necesario o forzoso debe estar establecido expresamente por la ley, o puede resultar de la existencia de una pluralidad de sujetos vinculados directa-

¹¹ Artículo 1.254 del Cód. civil: Quienes hubieran contraído conjuntamente una obligación indivisible, estén obligados cada uno por la totalidad.

¹² Cfr. CARNELUTTI, FRANCESCO: *Instituciones...*, tomo I, p. 391.

mente, activa o pasivamente, pero en este caso el litisconsorcio es uniforme y la necesidad de la debida integración no implica nulidad del proceso. «A la pluralidad de partes, no corresponde una pluralidad de causas; la relación sustancial controvertida es única, así como única es la acción, y puesto que la relación sustancial es única para varios sujetos, la modificación de ella para ser eficaz, debe operar conjuntamente frente a todos, la ley exige que en el proceso en que se deba decidir acerca de esta única relación, todos los sujetos de ella, deben ser necesariamente llamados, a fin de que cause estado la decisión en orden a todos ellos»¹³. En estos casos rige el ordinal 4º del artículo 370 como arreglo de la constitución incompleta del litisconsorcio originada por no estar postulada en el juicio la plena cualidad o legitimación fraccionada en varios sujetos titulares.

El artículo 102 del Código de Procedimiento Civil italiano ordena: «Si la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas deben actuar, o ser demandadas en el mismo proceso. Si éste es promovido por alguno o frente a alguno solamente de ellos, el juez ordena la integración del contradictorio, en un término perentorio por él establecido», lo cual obviamente puede ser denunciado por el colitigante interesado. El ZPO alemán § 62 señala: «Cuando la relación jurídica-litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes, o cuando el litisconsorcio sea necesario por cualquier otra causa, los litisconsortes contumaces *deberán* ser llamados para que intervengan en las actuaciones subsiguientes». Igual ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000¹⁴ y en el proceso laboral venezolano (Arts. 50 y 54 LOPT)¹⁵.

¹³ CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones...*, II, p. 310.

¹⁴ Artículo 420. Resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario. (...) 3. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones. / 4. Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

¹⁵ Artículo 50. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso, no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia o el emplazamiento de todos los interesados, tanto demandantes como demandados deberán comparecer y ser emplazados en forma legal.

Artículo 54. El demandado, en el lapso para comparecer a la audiencia preliminar, podrá solicitar la notificación de un tercero en garantía o de un tercero respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El notificado no podrá

Estas disposiciones similares a nuestro artículo 148, difieren de éste en el hecho de que nuestra disposición no establece el deber de llamamiento en causa que prevén el Código italiano y la Ordenanza alemana. Por lo que, la carga procesal del actor en el litisconsorcio necesario ha de buscarse en normas expresas atinentes a la causa o en la circunstancia de que la legitimidad compete *conjuntamente* a varios sujetos porque existe unicidad de la relación sustancial planteada en el proceso. Cuando se trata del cambio de una relación o estado jurídico en los que están injeridos varios sujetos, el cambio no puede operarse sino respecto de todos ellos. «La sentencia a dictar debe comportar el cambio de un estado jurídico, único por su naturaleza, respecto a todos aquellos que participen o les afecten pretensiones que deben necesariamente pedir por su indivisibilidad a todos aquellos que están obligados»¹⁶. En tal caso, al recién incorporado se le da oportunidad para contestar la demanda¹⁷.

La falta de integración plena del litisconsorcio necesario produce una sentencia *inutiliter data* (de contenido inútil)¹⁸. Aunque «no se trata propiamente de una *inutiliter data*, o decisión inútil y sin efectos, sino de una decisión inoportuna, mejor dicho, *improcedente*, por lo que el juez debe abstenerse de pronunciarla. Solo si, por error, es pronunciada, se tendría una sentencia ineficaz e inútil, al ser imposible su ejecución».

DEVIS ECHANDÍA tiene esta misma opinión: «Creemos que ese interesado no puede oponer la nulidad cuando vaya a ejecutarse la sentencia o alegarla mediante juicio posterior. Esta nulidad se aplica a la falta de citación de personas distintas de los demandantes y demandados, cuando la Ley procesal lo exija expresamente. En los casos de litisconsorcio necesario no tiene aplicación la nulidad, por tratarse de un defecto de legitimación

objetar la procedencia de su notificación y deberá comparecer, teniendo los mismos derechos, deberes y cargas procesales del demandado.

¹⁶ Cass. italiana, sentencia de 5 abril de 1949, núm. 790.

¹⁷ Art. 382 CPC: «La llamada a la causa de los terceros a que se refieren los ordinales 4º y 5º del artículo 370 [pertinentes a terceros litisconsorciales y derecho de saneamiento o garantía], se hará en la contestación de la demanda y se ordenará su citación en las formas ordinarias, para que comparezcan en el término de distancia y tres días más.

«La llamada de los terceros a la causa no será admitida por el Tribunal si no se acompaña como fundamento de ella la prueba documental».

¹⁸ Vid. CHIOVENDA *Sobre el Litisconsorcio necesario*, en «Ensayos de Derecho Procesal Civil», vol. III, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, p. 304: «La sentencia pronunciada respecto a uno solo entre los varios no tiene por sí ningún valor, es *inutiliter data*».

en la causa y, por tanto, el proceso sería válido, pero no podrá dictarse una sentencia de fondo, y si se dicta, no obligará al ausente».

«Como el litisconsorte no citado es un tercero ausente del proceso, y no puede ser afectado por la sentencia cuyos efectos no lo vinculan, en la práctica esta sentencia no puede tener ejecución, pues de lo contrario resultaría perjudicado dada la naturaleza indivisible de la relación jurídico-sustancial»¹⁹.

En el juicio de responsabilidad civil derivada de accidente de tránsito —que comporta un litisconsorcio uniforme—, la víctima puede intentar la demanda, a su voluntad, contra el conductor, el propietario y el garante del vehículo dañado conjuntamente, o contra dos, o contra uno solo de ellos. Pero existen unos hechos comunes (los personales del conductor), que reclaman una decisión uniforme para todos, pues no puede ser verdadero para un codemandado y falso para otro que el chofer condujera por ej. a exceso de velocidad o embriagado.

En este punto nos referimos a la diferencia que viene dada entre un litisconsorcio necesario por disposición expresa de la ley y un litisconsorcio basado en la necesidad de una decisión uniforme por cuanto se juzga una sola relación sustancial constituida por varios sujetos. DÁVILA MILLÁN habla de un litisconsorcio *cuasi-necesario* por ser única la relación jurídica y afectarle a todas las partes la resolución al estar cada uno de los interesados legitimados con respecto a dicha resolución, por lo que creemos se podría encuadrar teóricamente dentro del litisconsorcio necesario «*strictu sensu*», pero se diferencia del último litisconsorcio en que no viene impuesto por ley, y en que los que se hallan en esta situación de igualdad de calidad, no han de demandar o ser demandados conjuntamente, ni la naturaleza de la relación jurídica obliga a figurar en el proceso al conjunto e sujetos activos o pasivos interesados en ella»²⁰.

En tal sentido, el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil se refiere a dos casos de litisconsorcio: «cuando la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes, o cuando

¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Nociones generales...*, p. 382.

²⁰ DÁVILA MILLÁN, M^ª. ENCARNACIÓN: *Litisconsorcio necesario*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 26.

el litisconsorcio sea necesario por cualquier otra causa». Esta mención asigna una denominación más exacta sobre el llamado litisconsorcio *cuasi-necesario*, pues denota que la *uniformidad* de la decisión es el elemento esencial. Pero al mismo tiempo, la norma alude a todos los posibles casos de litisconsorcio necesario, los cuales serían aquellos que deben ser constituidos por imperativo legal específico o por o puede resultar de la existencia de una pluralidad de sujetos vinculados entre sí por hechos comunes. Son ejemplo de litisconsorcio necesario por expresa disposición legal: la legitimación pasiva necesaria en ejecución de hipoteca (Art. 661) o de prenda (Art. 666)²¹; las acciones dirigidas contra la comunidad conyugal requieren la participación en el juicio de ambos cónyuges, en los casos señalados por el artículo 168 del Código Civil: «... para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades». También es un caso de litisconsorcio necesario, la acción de impugnación de paternidad, pues la ley ordena que la demanda debe ser propuesta contra el hijo y la madre y no contra uno de ellos solamente²². «... no podría ventilarse la cuestión a espaldas de la madre, que no ha sido demandada, sin que pueda suplirse esta falta de litisconsorcio necesario con su comparecencia como testigo; ya que atendiendo a la seguridad, no sólo familiar sino social que ha de rodear a la posesión de estado civil, las resoluciones que se dicten en los procesos de esta naturaleza llevan consigo un valor absoluto *erga omnes* como expresamente lo declara el artículo 1.252 C.c. [español] litisconsorcio necesario, omitido en el caso de autos y que puede ser apreciada su existencia de oficio, aun en el trámite extraordinario de casación, lo que determinaría la imposibilidad de entrar en el fondo del asunto»²³. Sin embargo, la sentencia que pronuncia el estado jurídico cuestionado entre los legítimos contradictores (por ejemplo, entre padre e hijo, la sentencia de cualidad de hijo; entre cónyuges, la sentencia sobre existencia de un matrimonio), hace que todos deban reconocer el estado de hijo, el matrimonio, etc., declarados en el fallo. Pero la sentencia no afectará a cualquier otro interesado, no impedirá

²¹ Esas legitimaciones pasivas corresponden al tercero adquirente de la cosa hipotecada o tercero dador de hipoteca (Arts. 1900 y 1.902, segunda parte) y al dador de prenda (Art. 1.843 CC) en los juicios de ejecución de hipoteca o de prenda.

²² Artículo 208. «La acción para impugnar la paternidad se intentará conjuntamente contra el hijo y contra la madre en todos los casos. / Si el hijo está entredicho, el Tribunal ante el cual se intente la acción le nombrará un tutor *ad-hoc* que lo represente en el juicio».

²³ T.S., sentencia de 5 de marzo de 1963, caso: Antonia Agudo Ramis.

que un tercero se afirme, por ejemplo, cónyuge de una de las partes²⁴. Tiene fuerza vinculante *erga omnes* pero no fuerza de cosa juzgada en el sentido que no puede dañar a terceros que estuvieron excluidos de la contienda: *res inter alios judicata aliis neque prodesse neque nocere potest* (cfr Art. 1.395 CC).

Otro ejemplo de litisconsorcio necesario es el llamamiento que tiene derecho a hacer el heredero del deudor en caso de que la prestación sea indivisible, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1.256 del Código Civil²⁵, cuyo ejemplo sería el desahucio propuesto contra la viuda del arrendatario mas no contra el hijo de ambos²⁶, lo cual supone la ejecución de una obligación indivisible (desocupación) que cae en el ámbito de aplicación del artículo 1.256.

7. Conexión entre causas

El ordinal 6º del artículo 346 prevé la oposición de *cuestión previa* cuando exista una acumulación prohibida, sea por ser excluyentes entre sí las pretensiones, por corresponder a jueces de competencia material diferente o por tener procedimientos incompatibles (Art. 78), y el ordinal 1º de dicho artículo 346 posibilita también la interposición de cuestión previa por no haberse hecho la acumulación de autos por causa de accesoriadad (Art. 48, fiadores o garantías reales), conexión (Arts. 51 y 52) o continencia (Art. 51 *in fine*). Conviene hacer notar que estas disposiciones contienen normas imperativas que asignan el conocimiento de las pretensiones vinculadas entre sí por accesoriadad, conexión o continencia, sin ofrecer opción al demandante de intentar por separado las demandas, salvo que se produzca la renuncia tácita del demandado al no oponer la 1ª cuestión previa oportunamente. El litisconsorcio sobrevenido se forma, no por vía de llamamiento a la causa, sino por acumulación de autos de acuerdo a lo prevenido en el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

²⁴ Cfr. CHIOVENDA, JOSÉ: *Principios...*, p. 478.

²⁵ Art. 1.256.- «El heredero del deudor de una obligación indivisible, a quien se haya reclamado el pago de la totalidad de la obligación, puede hacer citar a sus coherederos para que vengan al juicio, a no ser que la obligación sea tal que sólo pueda cumplirse por el heredero demandado, el cual en este caso podrá ser condenado solo, salvo sus derechos contra sus coherederos».

²⁶ M^a DÁVILA Millán enuncia este ejemplo dando cuenta de un caso suscitado en el T.S. español sentencia 6-3-1946.

La conexión puede ser *simple*, compleja y calificada. La primera ocurre cuando «haya identidad de título y de objeto, aunque las personas sean diferentes» (supuesto del Ord. 3º, Art. 52); vgr., demando a los herederos de mi deudor por el pago de una acreencia que éste contrajo en vida.

La *compleja* supone una duplicación o pluralidad de la *simple*: varias causas, distintas en el título y en el objeto, versan entre las mismas personas; vgr., demando a Ticio (residenciado en Maracaibo) y Cayo (domiciliado en Caracas), para que me paguen los alquileres retrasados de un local que les alquilé a ambos y para que, además me paguen una letra de cambio incausada que ambos aceptaron. En este ejemplo, hay ciertamente una acumulación subjetiva, es decir, un litisconsorcio, concernientes a dos pretensiones distintas, pero cuyo objeto y causa de pedir atañe a ambos deudores. El desplazamiento de competencia se produce respecto al codemandado domiciliado o residenciado fuera del lugar donde se propuso la demanda. Cuando no hay conexión sino accesoriedad entre un litisconsorte y sus colitigantes, no actúa la opción que da el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil: el juicio principal se convierte en juicio *atrayente* ²⁷.

²⁷ «En el mismo sentido, no ya en atención a las relaciones existentes entre el actor y las personas que hayan de ser demandadas, sino a la que nace de la relación que hay entre lo principal y lo accesorio, determinante de la competencia a que se refiere el presente artículo, dice Borjas lo siguiente: (Tomo I, de sus Comentarios del Código de Procedimiento Civil, pág. 250, 1º. Edición) «...si son varias las personas demandadas y para alguna de ellas es principal la acción siendo accesoría para las otras es verdad que no podrá el actor en virtud de haber conexión por el objeto de la demanda o por el título de que dependa, citarlas ante la autoridad judicial del domicilio de una cualquiera de ellas *sino ante la del reo contra el cual obre la demanda como acción principal*. Pero ello no deroga —sigue la cita— la regla del artículo 83 (hoy artículo 49): «La demanda contra varias personas a quienes por su domicilio o residencia deberían demandar ante distintas autoridades judiciales podrá proponerse ante la del domicilio o residencia si hubiere *conexión* por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa, salvo disposiciones especiales», pues el caso enunciado no es el que contempla esta disposición, como que en ella, cuando el legislador faculta al actor para demandar a los diversos reos ante el fuero de alguno de ellos, *da por sentado* que todas las cuestiones que han de ser propuestas contra los mismos son *igualmente principales* o que, por lo menos, con relación a ninguna de ellas existe una competencia inderogable, necesaria, forzosa, que haga imposible la elección. Si se trata de tres deudores, por ejemplo, solidariamente obligados para con el actor, domiciliados en tres distintos lugares del país, (caso de jurisdicción interna), podrá demandar ante los tribunales de cualquiera de esos lugares. «Pero si sólo dos de los deudores están solidariamente obligados y el tercero no es sino un fiador... ya no podrá el demandante llevar a los tres reos ante el juez de cualquiera de esas ciudades porque el tenor de los

La conexión *calificada* se da, como su nombre lo indica, cuando hay una relación calificable jurídicamente en la conexión, la cual puede ser: de accesoriadad (una causa principal y otra secundaria), de garantía (causa principal y subsidiaria), prejudicialidad (causa prejudicial que interesa intelectivamente a la otra causa), compensación (conexión fundamentada en el interés en la solución de uno y otro crédito), reconvencción (conexión que deviene del interés procesal).

Como principio general el adagio jurídico *nemo debet inaudito dammarit*, íntimamente relacionado con el derecho a la defensa, constituye *a sensu contrario*, el fundamento de la oponibilidad de la cosa juzgada contra aquellos sujetos que han sido oídos en el juicio o han tenido la oportunidad de ser oídos. En la jurisdicción voluntaria habría (como lo declara el Art. 899 CPC) demanda en forma y la posibilidad de «oír» a veces, con finalidad informativa, aun a los interesados en sentido contrario (Art. 900 CPC); pero con todo y poder haber, eventualmente, pluralidad de intereses y contraposición de éstos, no habría contradictorio (*sub nomine juris*), pues no se reconoce ni se concede nada a nadie a costa o en desmedro de otro. No existe cosa juzgada porque la decisión no surte efecto en la esfera jurídica de persona conocida; no hay tal oponibilidad porque falta la bilateralidad de la audiencia (*audiatur altera pars*: Art. 94,1 Const. Rep.); y no ha menester derecho a la defensa porque la función del órgano se agota en ejercer un control o providenciar una medida de auxilio, en prevención de la eficacia de los derechos subjetivos y (a ultranza) de integridad del derecho objetivo, en cuya potestad aquella facultad de actuar (*facultas agendi*) se fundamenta. La sentencia dictada en ausencia de alguno de los litisconsortes necesarios impide los efectos *inter partes* de la cosa juzgada.

artículos 83 y 84 combinados (49-48) sólo podrá escoger el juez del domicilio de uno de los deudores principales, no el del fiador cuya obligación es accesoria...» (...)

En resumen, ciñendo lo expuesto al *thema decidendum* como es el relativo a la jurisdicción de los tribunales venezolanos o extranjeros, resulta evidente, a través de las anteriores consideraciones, y citas transcritas y así lo declara la Sala: que en los términos como han sido planteadas las presentes acciones, los tribunales de Venezuela carecen de jurisdicción para conocer de la demanda contra los garantes por referirse a cuestiones derivadas o subalternas, de imposible decisión, entre tanto no esté resuelta la cuestión principal; y como para el conocimiento de ésta, ya se ha decidido que no tienen jurisdicción ni competencia los tribunales de Venezuela, es consecuente igual declaratoria respecto a la accesoria: ausencia de jurisdicción de los tribunales de Venezuela, y en esos términos se decide la cuestión de jurisdicción traída a esta alzada» (cfr CSJ-SPA, Sent. 21-3-90, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 3, p. 125 y ss).

Las acciones revocatorias (pauliana: Art. 1.279 CC) y de simulación (Art. 1.281 CC) producen un litisconsorcio pasivo necesario (cuasi-necesario) por ser imprescindible en estos casos que en el proceso estén todas las personas que han participado en su otorgamiento interesadas en el mismo. «Si el acto realizado por el deudor 'fraudator' ha sido bilateral, el acreedor necesariamente, tiene que dirigir su acción contra el deudor y el tercero, de modo que constituirán un litisconsorcio pasivo necesario»²⁸. La acción de simulación, por ser también una acción mero declaratoria de nulidad por falsedad intelectual del contenido documentario, tiene que surtir efectos contra todos los otorgantes y no contra alguno de ellos solamente, pues de ser así, la eficacia —relativa, que lo es en el orden de los sujetos— de la cosa juzgada crearía dos «verdades» distintas que serían consecuencia de la integración incorrecta de la relación de contradicción. Igualmente el juicio principal o incidente de tacha de falsedad cuya sentencia declarativa puede afectar a los otorgantes siendo necesario pues, llamarlos a todos para que el proceso de falsedad quede válidamente constituido.

Son ejemplos de litisconsorcio cuasi-necesario, los juicios sobre bienes propiedad de varias personas en forma indivisa; juicios de partición, juicios de rescisión de un contrato otorgado por varias personas²⁹, concretamente: los intervinientes en el negocio, sus herederos, los que obtuvieron beneficio económico en el contrato y los que causaron la nulidad; juicios de nulidad de asambleas cuando la decisión societaria interesa la sociedad y sus socios (Vgr., reforma estatutaria); demanda de disolución de la sociedad, nulidad e inexistencia de un contrato respecto a todos los otorgantes del mismo, a fin de impedir que la sentencia sea inútil en su declaración por no poder afectar a aquellos sujetos directamente interesados en el acto jurídico cuya nulidad se reclama y que no fueron llamados a juicio.

En el juicio de partición de comunidad, el artículo 146 prevé el litisconsorcio: «Podrán varias personas demandar o ser demandadas conjuntamente como litisconsortes: a) Siempre que se hallen en estado de comunidad jurídica con respecto al objeto de la causa...» La ausencia de un condueño de la cosa común indivisa queda netamente afectado por la sentencia proferida, al punto que esa situación impide ejecutar la partición en resguardo

²⁸ DÁVILA MILLÁN, MARÍA. ENCARNACIÓN: *Litisconsorcio necesario*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 86.

²⁹ DÁVILA MILLÁN, MARÍA. ENCARNACIÓN: *Litisconsorcio necesario*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 125.

del derecho a la defensa de ese sujeto, expresado en el principio de relatividad de la cosa juzgada. En otras palabras, sólo puede oponerse la cosa juzgada a aquel que ha sido llamado y vencido en un juicio donde tuvo la oportunidad de defenderse.

En la acción de deslinde (Art. 720 del Código de Procedimiento Civil) puede existir entre los demandados un litisconsorcio pasivo facultativo o necesario: el primero se da, si el fundo reclamante linda a la vez, en varios puntos, con propiedades separadas, pues el peticionante puede reclamar el trazado sólo respecto a cierto segmento de su lindero. El litisconsorcio necesario ocurre si el fundo contiguo tiene propietarios indivisos; en tal caso debe citar a todos los condueños a fin de que frente a todos obre el proveimiento judicial. Opera en este caso la representación legal que consagra el artículo 148.

El estado civil y capacidad de los sujetos acarrea también un litisconsorcio necesario (cuasi-necesario), en el que tal 'necesidad' no viene de imperativo legal sino de la utilidad y eficacia del juzgamiento, pues, atendiendo a la seguridad familiar y social de las personas, las decisiones tienen efectos *erga omnes*, como se deduce del artículo 507 del Código Civil³⁰. La ley adjetiva también asigna los efectos legales del artículo 507,

³⁰ Art. 507.- «Las sentencias definitivamente firmes recaídas en los juicios sobre estado civil y capacidad de las personas y los decretos de adopción una vez insertados en los registros respectivos, producirán los efectos siguientes:

1º- Las sentencias constitutivas de un nuevo estado y las de supresión de estado o capacidad, como disolución o nulidad del matrimonio, separación de cuerpos, interdicción, inhabilitación, extinción de la patria potestad, los decretos de adopción, etc., producen inmediatamente efectos absolutos para las partes y para los terceros o extraños al procedimiento.

2º- Las sentencias declarativas, en que se reconozca o se niegue la filiación o sobre reclamación o negación de estado y cualquiera otra que no sea de las mencionadas en el numero anterior, producirán inmediatamente los mismos efectos absolutos que aquellas; pero dentro del año siguiente a su publicación podrán los interesados que no intervinieron en el Juicio, demandar a todos los que fueron parte en él, sin excepción alguna, para que se declare la falsedad del estado o de la filiación reconocidos en el fallo impugnado. No tendrán este recurso los herederos ni los causahabientes de las partes en el primer juicio ni los que no intervinieron en él a pesar de haber tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento.

La sentencia que se dicte en el segundo juicio será obligatoria para todos, así para las partes como para los terceros. Contra ella no se admitirá recurso alguno.

A los efectos del cómputo del año fijado para la caducidad del recurso concedido en este Artículo, un extracto de toda sentencia que declare o niegue el estado o la filiación, se publicará en un periódico de la localidad sede del Tribunal que la dictó. Si no hubiere

ordinal 2º, del Código Civil a la sentencia ejecutoriada dictada en los juicios de usucapión, en los que se declara que determinado inmueble ha sido adquirido en propiedad por el demandante a causa de la prescripción adquisitiva vicinal³¹.

8. Solidaridad y litisconsorcio

La solidaridad entre acreedores o deudores no genera un litisconsorcio necesario, ya que, según el artículo 1.221 del Código Civil cada deudor solidario puede ser constreñido al pago por la totalidad, y el pago hecho por uno solo de ellos liberta a los otros, o, en los casos de los acreedores solidarios, tienen todos el derecho de exigir cada uno de ellos el pago total de la acreencia y el pago hecho a uno solo de ellos liberta al deudor para con todos. De allí que «no todo legítimo contradictor (sujeto con interés para obrar y legitimación en la causa) es un contradictor necesario, sino únicamente aquel que *debe* estar presente en el juicio para que la decisión que se adopte en la sentencia pueda versar sobre el fondo de las pretensiones y excepciones aducidas, pues muchos legitimados para intervenir pueden dejar de hacerlo, sin que su ausencia impida esa decisión de fondo»³².

En el Derecho laboral, podría parecer que la sustitución de patronos es un caso de litisconsorcio necesario. Pero en realidad no lo es, como tampoco la solidaridad de patronos fundada en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en razón de haber un Grupo Económico de Producción al cual pertenece el empleador de quien demanda³³. El artículo 90 de la Ley Orgánica del Trabajo señala que «la sustitución del patrono no afectará las relaciones de trabajo existentes. El patrono sustituido

periódico en la localidad sede del Tribunal, la publicación se hará por un medio idóneo. Asimismo, siempre que se promueva una acción sobre la cual haya de recaer un fallo comprendido en este artículo, el Tribunal hará publicar un edicto en el cual, en forma resumida, se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción relativa a filiación o al estado civil; y llamando a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto.

³¹ Artículo 696 del Código de Procedimiento Civil: La sentencia firme y ejecutoriada que declare con lugar la demanda, se protocolizará en la respectiva Oficina de Registro, y producirá los efectos que indica el ordinal 2º del artículo 507 del Código Civil.

³² DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Nociones generales...*, p. 380.

³³ Esta solidaridad está fundada en la inherencia o conexión del servicio personal a la actividad del patrono beneficiario de ese servicio, distinto al patrono empleador pagador (Cfr. Art. 55 Ley Orgánica del Trabajo).

será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de la Ley o de los contratos, nacidas antes de la sustitución, hasta por el término de prescripción previsto en el artículo 61 de esta Ley». De esta disposición surge evidenciada la *solidaridad entre las empresas* deudoras de los créditos litigiosos. Pero como ninguna solidaridad acarrea obligatoriamente la integración de un litisconsorcio necesario en un proceso judicial, el actor es libre de demandar a uno, a varios o a todos los codeudores solidarios, ya que, según reza el precitado artículo 1.221 del Código Civil «la obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que cada uno pueda ser constreñido al pago por la totalidad...». Respecto a los sujetos activos de la relación procesal, o sea, los trabajadores, es imposible que la legitimación a la causa esté fraccionada y deba completarse con la concurrencia de todos ellos; tal hipótesis repugna a la naturaleza de la relación de trabajo que presupone una vinculación personal y por tanto singular, no compartida, de la cualidad. De allí que el Tribunal Supremo de Justicia haya concluido que no puede haber sustitución de trabajador³⁴.

9. Conexión impropia

La jurisprudencia también permite, particularmente en materia laboral, la denominada acumulación por conexión impropia o intelectual, en la cual la acumulación es de sujetos demandantes, no de los demandados, a consecuencia de la similitud o igualdad en el tratamiento jurídico que reclaman los distintos casos (cfr. CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones ...* I, p. 304 y II, p. 232). El Código brasileño de 1973 señala (Art. 46) esta conexión impropia como un tipo de litisconsorcio: «Dos o más personas —dice— pueden litigar en un mismo proceso, en conjunto, activa o pasivamente, (...) 4) cuando haya afinidad de cuestiones por haber un punto común de hecho o de derecho».

El Código modelo procesal civil para Iberoamérica es más lacónico pero más amplio; dice en el Art. 113.2: «También podrá acumularse en una demanda, pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto o se hallen entre sí en relación de dependencia, aunque sea diferente el interés de unos y otros». Es esta norma, sin duda, un brillante resumen de

³⁴ Cfr. TSJ-SCS, Sent. 13-02-2003.

los cuatro tipos de conexión que estudia la doctrina y que hemos explicado anteriormente, pues en ella se prevén los casos de conexión simple, compleja, calificada e impropia. Ciertamente, la relación de dependencia, entendida ésta en el sentido más diversificado (dependencia de una causa con la otra, dependencia intelectual, dependencia de ambas respecto de un mismo juicio) engloba los casos de conexión calificada, y la alusión al evento de diferente interés, pone de manifiesto la conexión impropia, pues, ciertamente, entre los litis consortes de una acumulación impropia, los intereses de uno y otro son distintos.

El § 60 del ZPO alemán posibilita el litisconsorcio impropio: «Podrán varias personas demandar o ser demandas conjuntamente como litisconsortes cuando el objeto del litigio esté constituido por derechos u obligaciones de la misma clase, basadas en causas de hecho o jurídicas homogéneas en lo esencial».

Las razones de economía procesal y de uniformidad en la aplicación de la ley a casos numéricamente distintos pero jurídicamente iguales, justifica interpretar extensivamente el ordinal 3° del Art. 52, en el sentido de que la identidad de título y de objeto puede ser en sentido ontológico y en sentido *conceptual*, lo cual hace que el *forum conexitatis* impropio tenga asidero legal, y que, por ende, esté regulado el litis consorcio consiguiente por el literal c del artículo 146.

La Sala Constitucional consideró improcedente la acumulación impropia, pues al no estar autorizada expresamente en el artículo 146, se traduce en una subversión procedimental que infringe el artículo 253 de la Constitución de la República: «Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los *procedimientos* que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias»³⁵.

³⁵ Esta es la motivación del fallo: «...Se demanda amparo constitucional contra la sentencia interlocutoria dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, el 30 de mayo de 2000, para cuyo basamento denunciaron la violación de los derechos de sus representadas a la defensa y al debido proceso, establecidos en las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela». (...)

Evidentemente, la norma preanotada reglamenta el derecho de acción y al debido proceso, constitucionalmente establecidos en los artículos 26, 49 y 253, primer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, normas y derechos que, por estar

La conexión impropia genera indefectiblemente un litisconsorcio, pues se trata de una conexión objetiva de causas concernientes a diferentes o múltiples sujetos, que tienen como título un hecho único, de eficacia jurídica para todos los litisconsortes, y que amerita la misma solución jurisdiccional para todas las causas involucradas, dada la relación intelectual existente entre ellas. Este litisconsorcio, aun cuando ocurre comúnmente en materia laboral, no es privativo de ésta, y puede surgir siempre que haya pluralidad de relaciones que convergen a un mismo vértice, el obligado: el vendedor de un edificio en propiedad horizontal o compartida, que incumple los compromisos hechos en la oferta pública de venta; el conductor de un vehículo que causa múltiples daños a distintas personas, la interpretación errónea que hace la administración pública de una norma preceptiva, atentatoria a los derechos de un grupo o clase de personas o entidades. Empero, como ya se ha dicho, la Sala Constitucional ha considerado que el litisconsorcio impropio no tiene asidero legal en este artículo 146 y por ello lo desautoriza³⁶.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo ha incluido norma expresa al efecto, el artículo 49, de aplicación inmediata, no sujeta a la *vacatio legis* de un año que establece el artículo 192: «Los actos de cada uno de los litigantes no favorecerá ni perjudicará la situación procesal de los restantes, sin que por ello se afecte la unidad del proceso; en consecuencia, varios trabajadores podrán demandar a un mismo patrono, sus derechos y presta-

íntimamente conectados con la función jurisdiccional, son reguladoras de materias conformadoras del orden público.

Entonces, cabe analizar si las demandas laborales comentadas fueron debidamente acumuladas, en total conformidad con lo que dispone el citado artículo 146 del Código de Procedimiento Civil. (...)

De manera que, en el proceso laboral que se examina, puede observarse y apreciarse que las demandantes que lo impulsaron actuaron, *ab initio*, en contravención con lo que regula el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 52, ordinales 1°, 2° y 3° *eiusdem*, que, como ya se analizó, son normas de orden público. (...) Ahora bien, es claro para este Tribunal Supremo, en Sala Constitucional, que en el asunto laboral analizado estamos en presencia de una acumulación de demandas contraria a lo expresamente permitido por el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, lo que coloca a dichas demandas como contrarias al orden público y a disposición expresa de la Ley, motivo por el cual, con base en el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 341 y 346, ordinal 11°, *eiusdem*, se declara la nulidad de todo lo actuado en el ámbito del procedimiento incoado mediante las demandas interpuestas (...)» (cfr TSJ-SC, sentencia del 28 de Noviembre de 2001, caso Aeroexpresos Ejecutivos, C.A. y Aeroexpresos Maracaibo, C.A., Núm. 2458).

³⁶ Cfr. TSJ-SC, Sent. 28-11-2001, Núm. 2.458.

ciones sociales en un mismo libelo, *aún cuando no exista conexión entre las causas*, en los términos del Código de Procedimiento Civil para la acumulación subjetiva laboral». Ello significa que la inepta acumulación de pretensiones por conexión intelectual, declarada por la Sala Constitucional en el fallo referido, sólo es aplicable a los procesos no laborales.

Cuando el demandado alega que el actor hizo en su demanda una inepta acumulación impropia, por no haber comunidad de hecho o de derecho conceptual, puede interponer, por analogía, la 6° cuestión previa, que específicamente se refiere a la prohibición de acumulación objetiva (no subjetiva, como la impropia). Pero si es declarada con lugar, la apelación debe ser oída, pues el cumplimiento del fallo no es una simple corrección o subsanación del libelo según lo que manda el 350; sería necesario proponer nuevas demandas, y por tanto, la decisión tendría efecto consuntivo, de inadmisibilidad; el juicio no podría continuar.

Cuando hay una *acumulación impropia*, la competencia por valor, el cobro de honorarios profesionales y la admisibilidad de los recursos en el orden cuantitativo, dependen del valor que tenga cada pretensión individualmente considerada, pues se trata de acciones y derechos sustanciales pertenecientes a sujetos distintos; cada pretensión conserva su valor a todos los efectos procesales. Sin embargo, si una sola de ellas supera el límite de 3.000 unidades tributarias, habrá lugar al recurso de casación³⁷.

³⁷ «En casos como el de estudio, de acumulación de pretensiones por conexión impropia o intelectual, a instancia de cada uno de los sujetos activos, no puede afirmarse que haya propiamente similitud y homogeneidad de pretensiones, lo que implica que, por ende, el valor económico de cada una de ellas, no puede sumarse a los efectos de la determinación del interés principal discutido en juicio para la admisibilidad del recurso de casación. Ello implica que, debe en estos casos atenderse, a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación, la circunstancia de que alguna o algunas de las pretensiones exceda del interés principal requerido por el Código de Procedimiento Civil. En el análisis del artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, el autor Ricardo Henríquez La Roche, hace estos comentarios respecto de la acumulación por conexión impropia o intelectual: 'Cuando hay una conexión impropia, la competencia por el valor, el cobro de honorarios profesionales y la admisibilidad de los recursos en el orden cuantitativo, dependen del valor que tenga cada pretensión individualmente considerada, pues se trata de acciones y derechos sustanciales pertenecientes a sujetos distintos, cada pretensión conserva su valor a todos los efectos procesales» (cfr. www.tsj.gov.ve <<http://www.tsj.gov.ve>>, TSJ-SCS, Sent. 17-5-2000, Núm. 00-034).

Los artículos 48 y 49 deben ser interpretados coordinadamente, en forma que no haya desmedro de la regla contenida en el primero por virtud de la aplicación del segundo; valga decir que no puede desplazarse la competencia que corresponde a la causa subsidiaria o secundaria en una relación de garantía o accesoriedad, en sola razón de la identidad de título y de objeto; por lo que si el fiador se encuentra domiciliado en Caracas y el deudor principal en Valencia, la demanda propuesta contra ambos en Caracas no puede arrastrar el fuero que compete al deudor principal. Debe aclararse, sin embargo, que, por lo común, las fianzas solidarias (*ex conventionis*) convierten al fiador en deudor principal, aun cuando en la estipulación no se le llame así expresamente. En tales casos, la relación de dependencia o subordinación desaparece y por ende, la conexión entre causas (la causa del fiador solidario y la causa del deudor originario) son ambas principales, y pueden ser postuladas en el *simultaneus processus*, con arreglo a este artículo 49.

El artículo 56 del Código modelo procesal civil para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) establece: «Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso no pudiese pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia (litisconsorcio activo) o el emplazamiento (litisconsorcio pasivo) de todos los interesados, aquéllos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal. En este caso los recursos y demás actuaciones procesales de cada uno favorecerán a los otros. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos los litisconsortes».

El Código de Procedimiento Civil colombiano es más amplio que nuestro artículo 148, pues no se refiere sólo a la contumacia en los términos, como lo hace nuestra ley adjetiva, sino a todo supuesto en el que el acto u omisión de un litigante pueda influir en su colitigante dentro de un litisconsorcio uniforme. Dice su artículo 51 que «cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos». Agregase en el artículo 196 que «la confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá la que haga un litisconsorte facultativo respecto de los demás».

De acuerdo al artículo 1.256 del Código Civil el heredero del deudor de una obligación indivisible, a quien se haya reclamado el pago de la totalidad de la obligación, puede hacer citar a sus coherederos para que vengan al juicio. Cuando se presenta al tribunal la demanda en la ignorancia el actor de que ha fallecido ya de antes uno de los demandados, la falta de reforma del libelo por dicha inadvertencia, no significa que la enmienda para la debida integración del proceso consista en la reposición del juicio al estado de citar los herederos del occiso, como lo señala la Corte³⁸. El remedio lo consagra el ordinal 4° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil y consiste en el llamamiento en causa, antes de pasarse a la etapa de instrucción del proceso, bajo las reglas del artículo 383, de los sucesores de quien tenía en vida cualidad a la causa.

Debe añadirse que, según el artículo 1.227 Código Civil, segunda parte, no «produce efecto contra los otros deudores solidarios el reconocimiento de la deuda hecho por uno de ellos».

Si la prueba de confesión es solicitada por el apoderado judicial de un litis consorcio, tendrán todos sus representados la carga de cumplir con la *reciprocidad* de que habla el artículo 406 del Código de Procedimiento Civil, ya que la confesión declarada frente a dicho apoderado lo será frente a todas y cada una de las partes formales que él representa.

Cuando hay un litisconsorcio que es llamado a *posiciones juradas*, se debe reconocer a cada colitigante el derecho a formular al promovente las posiciones juradas recíprocas de cada uno, ya que cada litisconsorte actúa independientemente en el proceso, conforme al artículo 147. Si el promovente pretende una copiosa y profusa prueba con las posiciones de todos los litisconsortes contrarios, éstos, singularmente considerados, tienen a su vez el derecho a requerirle responda a sus asertos. Sin embargo, si ha vencido el término probatorio, esta disposición judicial surtirá efectos sólo en beneficio y a instancia de los demandantes que hayan absuelto las posiciones juradas efectivamente, con sujeción a lo dispuesto en el auto apelado, 'en atención a que la reciprocidad de la prueba tiene carácter accesorio.

³⁸ Cfr. CSJ, Sent. 29-9-94, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 8-9, p. 298.

Los litisconsortes deben considerarse como terceros frente al confesante, y por tanto, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 147, el desistimiento, convenimiento, transacción, confesión o ejercicio de recurso de un litisconsorte voluntario sólo surte efectos respecto a él ³⁹.

Los litisconsortes del declarante se consideran, en principio, litigantes distintos, y por ello no se ven afectados ni favorecidos por la actitud tomada por quien debía prestar o prestó el *juramento decisorio* (Art. 427 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, precisa el artículo 1.418 del Código Civil, que el juramento rendido surte efectos frente al fiador sólo si le favorece, y viceversa: el prestado por el fiador puede ser invocado por el deudor principal, salvo que la fórmula concierna sólo a la fianza (hecho personal) y no a la deuda (hecho común).

INDEPENDENCIA DE ACTUACIÓN

El artículo 147 del Código de Procedimiento Civil establece que «los litisconsortes se considerarán en sus relaciones con la parte contraria, y mientras no resulte otra cosa de disposiciones de la ley, como litigantes distintos, de manera que los actos de cada litisconsorte no aprovechan ni perjudican a los demás». Esta disposición está tomada del § 62 del ZPO alemán. «Es característica del litisconsorcio la unidad de la relación jurídica y autonomía de los sujetos procesales que la constituyen, en forma tal que los actos de uno no aprovechan ni perjudican a los otros, salvo aquellos en los cuales se trate de materias que esté interesado el orden público o las disposiciones que regulan la relación sustantiva tengan su efecto previsto expresamente, como ocurre en los casos de obligaciones solidarias, y, en general, en los casos de litisconsorcio necesario»⁴⁰. La actuación autónoma de cada colitigante tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad para crear, modificar o extinguir derechos o situaciones jurídicas, de suerte que jurídicamente no es posible que una persona tenga la potestad de causar esas transformaciones en la esfera jurídica de otra. Con todo —según veremos al referirnos a las cuestiones previas— existen ciertos actos ejercidos unilateralmente por un colitigante que insieren sus efectos en todos los litisconsortes.

³⁹ Cfr. CSJ, Sent. 28-4-88, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 4, p. 88; cfr. también DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría General...*, I, § 169.

⁴⁰ CSJ, SPA, Sent. 10-8-61, GF 33, pp. 166 y ss.

10. Actos dispositivos y recursos

Se colige de la necesaria uniformidad de la decisión, que ninguno de los litisconsortes puede, singularmente, renunciar a la acción o desistir del procedimiento, convenir en la demanda o transigir, o confesar espontánea o provocadamente sobre los hechos comunes. El heredero o comunero tiene el derecho a representar sin poder (Art. 168 CPC) a su coheredero o condueño, en las causas de la cosa común, aún cuando éste se haya separado del proceso, «porque de otro modo se haría improcedente la demanda de los restantes...»⁴¹.

El desistimiento, convenimiento⁴², transacción, confesión o ejercicio de recurso de un litisconsorte voluntario sólo surte efectos respecto a él porque cada persona responde sólo de sus propios actos⁴³. En esto se basa el principio de *personalidad de la apelación*.

El principio de la personalidad de la apelación consiste en que el fallo de la alzada que revoca el de primera instancia no beneficia a los *litisconsortes* que no hayan interpuesto apelación. Esta regla tiene fundamento en el artículo 147, que presupone la actuación autónoma e independiente de cada litisconsorte; sólo tiene aplicación práctica en los casos de litisconsorcio. Valga el siguiente ejemplo para aclarar el concepto: la esposa e hijos de la víctima que ha muerto en accidente de tránsito demandan (litisconsorcio activo) la indemnización de daños; el juez de primera instancia desecha la demanda y absuelve al demandado, pero, sin embargo, ejerce la apelación únicamente la viuda: el triunfo de la apelación no beneficiará a los codemandantes (hijos del occiso) porque no interpusieron el recurso, y por consiguiente, el juez de alzada sólo podrá, en el dispositivo del fallo, condenar al demandado a pagar la alícuota parte de la indemnización que le corresponde al apelante victorioso. Como se desprende, el principio obra en beneficio del demandado —en el ejemplo puesto—, y su violación pro-

⁴¹ ROSENBERG, LEO: *Tratado...*, t. II, pp. 109 y 315.

⁴² «Cada parte conserva su independencia con respecto a los otros. En consecuencia, *el convenimiento* que de la demanda haga un litis consorte no afecta en nada la situación de los demás. Sin embargo, la sus-pensión de la causa afecta a todos y, como una misma sentencia decide la causa, aun cuando verse sobre diferentes acciones, la apelación o el recurso de casación aprovecha a todos» (cfr. CSJ, Sent. 15-6-88, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 6, p. 150).

⁴³ Cfr. CSJ-SCC, Sent. 28-4-88, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 4, p. 88.

voca también la casación del fallo por las mismas razones mencionadas a propósito de la *reformatio in pejus*: no hay más efecto devolutivo que el que cabe —en este caso— dentro del recurso.

El litisconsorte o tercero interviniente que se considere perjudicado por el acto dispositivo hecho singularmente por su colitigante, puede alzarse contra el auto de homologación aunque no haya participado en ese acto de autocomposición procesal, ya que la legitimidad de apelante no viene dada por la calidad de otorgante⁴⁴, sino tan solo por el interés procesal, cuya medida es el agravio; es así como también el tercero ajeno a la contienda puede impugnar el auto que ponga fin al juicio y que del alguna manera empece su derecho (Art. 370, Ord. 6°).

En el caso de litisconsorcio, la adhesión a la apelación de un colitigante es manifiestamente inadmisibile, pues según señala el artículo 299, la adhesión a la apelación sólo le corresponde a la contraparte, al antagonista del apelante, y no a su colitigante.

En este sentido el Código de Procedimiento Civil colombiano (Art. 50) señala: «salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sino que por ello se afecte la unidad del proceso».

11. Cuestiones previas

No obstante la autonomía de actuación de los litisconsortes, «la presencia en un mismo proceso de varios sujetos, aunque éstos sean independientes, puede producir algunas modificaciones en la normal regulación del proceso (plazos, etcétera). Al ser el proceso único, cualquier defecto o crisis en el mismo, afectará por igual a todos los litisconsortes; así, las *cuestiones previas procesales* que interponga cualquier litisconsorte, afectarán por igual a todos, aunque no las hubieren interpuso, si está viciado el proceso por alguna deficiencia, afectará por igual a todos»⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. CSJ, Sent. 8-4-69, en Ramírez & Garay, XXI, p. 362.

⁴⁵ DÁVILA MILLÁN, M^a. ENCARNACIÓN: *Litisconsorcio necesario*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 195.

12. Citación

De acuerdo al artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, «cuando sean varias las personas que deben ser citadas y el resultado de todas las citaciones no constare en el expediente por lo menos dos días antes del vencimiento del lapso de comparecencia, el acto de contestación de la demanda quedará diferido y el Tribunal fijará el lapso dentro del cual deberá darse la contestación. Esta fijación no podrá exceder del lapso ordinario a que se refiere el artículo 359 ni será menor de diez días...».

13. Reforma de la demanda

Si un litisconsorte ha contestado la demanda y los otros no lo han hecho aún, la reforma de la demanda no será posible para el actor, ya que su sola actuación hace precluir el único proceso, y la actuación de los colitigantes restantes no puede perjudicar la traba de la litis establecida por la contestación verificada, según se colige del principio de autonomía de actuación que prevé el artículo 147.

14. Perención

Respecto a la pluralidad de partes y al litisconsorcio, rige el principio de la *indivisibilidad de la perención*, según el cual los efectos de ésta no pueden ser parciales dada la unicidad del proceso: no puede ocurrir la caducidad de sólo parte del proceso. Pudiera pensarse que la eficacia de la inactividad se traduzca en la exclusión del proceso de los colitigantes, según la naturaleza del litisconsorcio: si éste es voluntario, habiendo varias causas conexas, quedan extromitidos los colitigantes que no hayan instando el proceso, y la interrupción sólo beneficia al litisconsorte diligente. No obstante, tal tesis no parece acertada pues, como dice BORJAS, «la instancia parece para todos los litigantes o para ninguno», dado que la instancia es una e indivisible⁴⁶, independientemente del carácter facultativo o necesario del litisconsorcio.

⁴⁶ BORJAS, ARMINIO: *Comentarios...*, II, § 226-IV.

15. Costas procesales

De acuerdo al artículo 278, «cuando la parte esté constituida por *varias personas*, todas ellas responderán de las costas por cabeza, pero cuando cada una de estas personas tenga una participación diferente en la causa, el Tribunal dividirá las costas entre ellas según esta participación».

La parte de costas que corresponde a cada litisconsorte debe ir en proporción directa a la parte que tiene en el derecho que ha sido objeto de litigio. Si esas prorratas diferentes de participación, no constan, las costas se dividen por cabeza como una obligación divisible cualquiera⁴⁷. En igual sentido se pronuncia el artículo 158 del Código de la Provincia argentina de Córdoba cuando dispone que si «la condena en costas recayere sobre varias personas, se establecerá en el pronunciamiento la proporción en que serán pagadas por cada una de ellas»⁴⁸.

La participación diferente a la que se refiere esta norma concierne sólo a la causa, o sea, a la relación sustancial, y no a la actividad procesal. Nada tiene que ver con las llamadas costas comunes, es decir, gastos provocados durante la secuela por todos los litis consortes ni con las costas especiales (los provocados por la actuación de uno de ellos)⁴⁹.

Cuando la causa comprende varias relaciones sustanciales conexas entre sí, generativas de un acumulación subjetiva y por ende de un litisconsorcio voluntario o uniforme, el juez habrá de atender, entonces, a la diferente participación de los colitigantes perdidosos según el contenido de la relación sustancial que le concierne a cada uno de ellos. Por ejemplo, si habiendo habido un accidente automovilístico la víctima demanda al conductor por el resarcimiento del daño material y moral, al propietario por el del daño material solamente y al garante por el límite estipulado en la póliza de seguro, el tribunal deberá aplicar el prorrato del total de costas según la proporción en la causa de cada uno de los colitigantes perdidosos. Si la sentencia favoreciera al garante, el juez deberá condenar al propietario o conductor desigualmente según su participación en la causa, pero al mismo tiempo condenará al demandante por las costas de la acción directa que

⁴⁷ Cfr. MÁRQUEZ AÑEZ, LEOPOLDO: *Estudios...*, p. 171.

⁴⁸ Esta ha sido la jurisprudencia de nuestros tribunales, conforme lo señala MARCANO RODRIGUEZ (*Apuntaciones...*, III, N° 366, p. 135).

⁴⁹ Cfr. CHIOVENDA, J.: *La condena en costas*, § 228.

resultó infructuosa por motivos personales del garante. La solidaridad entre el conductor y el garante en materia de Tránsito (que amerita aplicar el Art. 279) sólo obraría respecto al punto de daños materiales, pero no respecto a los daños morales ya que el propietario no responde por éstos y por ende no puede sumarse este concepto para determinar la proporción de su responsabilidad procesal.

Otro ejemplo de distribución disímil del importe de costas lo brinda la condenatoria que obra contra la viuda ($1/2$ por gananciales y $1/5$ por herencia) y cuatro hijos ($1/5$ por vocación hereditaria) en la herencia *ab intestato*.

Cuando la participación en la *causa* no ha sido probada, porque el fallo es absolutorio en favor del demandado, de todas formas se debe atener el juzgador a dicha causa, a los fines de la condena en costas de los litis consortes demandantes perdidosos, ya que ésta fue el fundamento de una pretensión postulada en la demanda, que generó un proceso con sus gastos, honorarios y vicisitudes.

Si un medio de ataque o de defensa lo ejerce singularmente uno de los litisconsortes, sólo él será responsable del pago de las costas *separadas* en caso de ser infructuoso el medio, pues la actuación en juicio de los litis consortes es autónoma, a tenor del artículo 147 que venimos estudiando en su alcance en este epígrafe. Este es el argumento del artículo 280, que dice: «En los casos de pluralidad de partes, si alguno de los litis consortes hace uso de un medio especial de ataque o de defensa, los demás no responden de las costas causadas por el mismo».

Debe connotarse que esta norma no es aplicable a la simple *pluralidad de partes*, la cual se caracteriza por existir varias parejas de contradictores en el proceso, a diferencia del litis consorcio en el que existen varias personas en una sola pareja de contradictores. Por ello la disposición se refiere al supuesto de que las *personas*, y no las partes, tengan una participación diferente en la causa. Porque si se tratase de que son las partes quienes tienen la participación diferente, debe aplicarse un criterio de autonomía para establecer la condenatoria en costas. Cada pretensión autónoma conlleva un pronunciamiento sobre costas según haya sido acogida o rechazada. Así por ejemplo, el citado en saneamiento o garantía respecto al demandado perdidoso, o el tercerista que invoca un derecho de

uso o usufructo respecto al actor que pretendía la propiedad, presuponen el valimiento de una pretensión en un proceso ya existente, que principia una relación de contradicción adicional a la primigenia, y en la cual debe recaer un pronunciamiento sobre costas como si se tratase de un incidente.

El artículo 279 del Código de Procedimiento Civil establece que «cuando varios demandados sean condenados en su calidad de deudores solidarios, responderán de las costas solidariamente». Esta norma concierne solamente a litisconsortes demandados solidarios condenados en costas. La solidaridad sustancial se traslada al ámbito del proceso, y por tanto responden de las costas *in solidum et non in partibus*. El fundamento de esta norma radica en el hecho de que no se hace más onerosa la situación del deudor solidario perdidoso si se le conmina a pagar lo mismo que hubiese pagado caso de habersele demandado a él solo. MARCANO RODRÍGUEZ fundamenta este principio de extensión de la solidaridad a las costas en el carácter expreso, no implícito, de la solidaridad⁵⁰.

«Si examinamos el vínculo de solidaridad en relación con los litisconsortes demandados —expresa CHIOVENDA—, la cuestión varía según la naturaleza del vínculo: si éste supone, de manera indudable, la responsabilidad de uno de los obligados en cuanto a las costas de otro (fianza), la solidaridad respecto a las costas existirá no sólo si se trata de las comunes, sino independientemente de ello y también, por tanto, en cuanto a las costas especiales de uno solo (...). Basada la condena en costas en la relación de medio a fin en que se encuentran con el derecho y debiendo gozar las costas de iguales ventajas que el derecho que se reconoce o declara, es evidente que si el derecho se declara solidariamente contra varios, lo mismo ha de entenderse para las costas. En este caso se da la solidaridad tanto en razón del vínculo primitivo como por la identidad de objeto, por lo cual se comprende que los legisladores, tan opuestos en general a la solidaridad en materia de costas, la hayan admitido en caso de vínculo solidario; solidaridad que no es bastante por sí sola a producir la de las costas especiales»⁵¹.

Cuando un codemandante en litisconsorcio facultativo desiste de la demanda, en lo que a su pretensión corresponde, las costas corren a su

⁵⁰ *Apuntaciones...*, III, N° 366, p. 135.

⁵¹ *La condena en costas*, § 229.

cuenta únicamente y no contra sus colitigantes, según se desprende del principio de autonomía de actuación de los litisconsortes (Art. 147).

Distinto es el caso cuando el acreedor de costas o de honorarios ha litigado frente a litisconsortes, pues éstos forman una sola relación de contradicción; aunque plural en lo que al sujeto pasivo se refiere. Lejos de poder cobrar a cada colitigante el treinta por ciento del valor de la demanda, el acreedor debe atenerse al artículo 278 y reclamar por cabeza el pago del total del treinta por ciento, salvo que los litisconsortes tengan una participación diferente en la causa, pues en tal caso se dividirán las costas (y los honorarios en particular) entre ellas según esta participación.

El texto de la norma no establece una *solidaridad* entre los abogados respecto al monto global de honorarios. Para que así fuera, sería menester que la disposición sancionara que el pago hecho a uno cualquiera de ellos liberta al deudor para con todos, conforme lo señala, en términos generales, el artículo 1.221 del Código Civil respecto a las obligaciones solidarias. Por consiguiente, el monto total de honorarios —retasados o estimados como si hubiera sido uno solo el abogado litigante—, lo repartirá el deudor o la sentencia de retasa entre los demandantes según sus respectivas pretensiones, o, en partes iguales, si los intimantes no han hecho diferencias de participación de ellos en el juicio⁵².

El caso de la *reconvención* no está regulado por el artículo 276 en orden a las costas procesales, pues en propiedad la reconvención es la proposición de una demanda en forma, es decir, la postulación de una pretensión autónoma que no pretende el *valimiento de otra pretensión*, de la cual es accesoria. De consiguiente, el criterio de vencimiento total se aplica independientemente a la pretensión de la demanda primigenia y a la pretensión deducida por vía reconventional según lo expuesto en el artículo anterior. De consiguiente, si el fallo declara sin lugar la demanda y la reconvención, ambas partes deben ser condenadas a pagar las costas de su contrario, sin perjuicio del derecho a compensación. Cuando la demanda es declarada parcialmente con lugar y la reconvención sin lugar, o viceversa, el totalmente perdidoso pagará las costas de la contraparte, sin compensación alguna, en este respecto⁵³.

⁵² Sobre solidaridad entre los mandantes, cfr. CSJ, Sent. 16-12-69, GF 66, p. 628.

⁵³ cfr CSJ, Sent. 2-11-88, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 11, p. 191.

Esta norma tampoco comprende las costas de la intervención forzosa de saneamiento o garantía, en la cual el principio de vencimiento total es autónomo —igual que el de la reconvencción— respecto a la suerte de la pretensión que incoó el proceso.

16. Nombramiento de peritos

La elección de peritos también sufre modificaciones legales en la ley adjetiva. El artículo 456 del Código de Procedimiento Civil dice: «En caso de litisconsorcio, si los interesados no se acordaren en el nombramiento del experto que les corresponde, el Juez procederá a insacular los nombres de las personas que ellos propongan y se nombrará el que resulte elegido por la suerte. Si al acto concurre uno solo de los litisconsortes, éste hará el nombramiento del experto».

17. Valor de la demanda

En el caso de litisconsorcio facultativo o del litis consorcio impropio (cfr Art. 49 Ley Orgánica Procesal del Trabajo), como existen varias causas independientes entre sí —aunque conexas—, el interés principal no puede ser la sumatoria de todas las pretensiones pertenecientes a distintas personas y acumuladas en una sola demanda o postuladas en un único proceso. Cada litis consorte demandante tendrá acceso al recurso de casación, en la medida que su pretensión exceda de la cuantía del recurso. No obstante, como el efecto de casación es total, en caso de que se llegare a declarar con lugar el recurso, la anulación de la recurrida aprovecharía o afectaría —contrariamente al principio de la personalidad que rige en la apelación (cfr Art. 288)— a todos por igual.

Cuando se opone una reconvencción o se incoa alguna otra pretensión de parte de un tercero cuya cuantía sea superior a la que tiene la pretensión originaria, generativa del proceso, debe aplicarse el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil a los fines de determinar la competencia por valor, y por ende, la atendibilidad del recurso de casación. En forma, pues, que si la demanda del actor es menor al límite cuantitativo del recurso, pero la del reconviniendo o tercerista es mayor, el recurso es admisible⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. CSJ, Sent. 29-7-92, en Pierre Tapia, O.: *Ob. Cit.* N° 7, p. 349-350.

18. Contestación de la demanda

No incurre en confesión ficta el litisconsorte que no haya dado contestación a la demanda, pues según la ley hace suya la consignada por su colitigante. Pero para que este efecto tenga lugar, ha de tratarse de un *litis consorcio uniforme*, que presupone la existencia en la litis de hechos comunes a todos ellos, sea porque existe una sola relación sustancial con pluralidad de sujetos (litisconsorcio forzoso), sea que «la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes» (Art. 148). El litisconsorcio necesario es un litisconsorcio uniforme *ex lege*, nacido de la ley, siendo esta la causa por la que la ley impone en cada caso la carga de su debida integración. El litisconsorcio uniforme no es —según ya se expuso— *tertium genus* en la clasificación de litisconsorcio voluntario y forzoso. Su concepto es diverso al de éstos; se encuentra en un plano conceptual diferente, y por ello puede ser necesario como voluntario, según los casos.

Es importante, por los efectos trascendentales que produce en el proceso, determinar cuándo un litisconsorcio es voluntario y no uniforme. A nuestro modo de ver no lo es, cuando la conexión entre las causas es impropia, de suerte que realmente o numéricamente son distintas esas causas, pero intelectivamente son iguales y ameritan la misma solución jurídica. Por ejemplo, si demando a los herederos de mi deudor para que me paguen la alícuota que a cada uno de ellos les corresponde, como sucesores del *de cuius*, quien fue mi deudor originario, habrá allí pluralidad de objetos (aunque similares en su naturaleza fungible y quizá también en su cuantía) pero el título sería el mismo (sucesores del obligado: cfr Art. 52 Ord. 4º).

Sin embargo, el artículo 148 expresa que «la relación jurídica litigiosa haya de ser resuelta de modo uniforme para todos los litisconsortes». Ello deja ver —en nuestro concepto— que la uniformidad debe ser entendida en sentido intelectual también y por ende el litisconsorcio impropio pasivo se beneficia también de la extensión de efectos que prevé la norma.

Igualmente, hay que tener en cuenta que esa extensión de efectos opera siempre respecto de los *hechos comunes* a los litisconsortes, y nunca respecto a los hechos personales. De manera que si se propone una demanda contra el deudor y su garante, y sólo éste contesta alegando, entre otras cosas, la nulidad del contrato fundante por vicios en el consen-

timiento prestado por el deudor, este último deudor (o reputado deudor) se beneficiará de dicha contestación respecto a ese hecho común, aunque no haya dado contestación a la demanda por sí; y por ende no podrá considerarse que está bajo confesión ficta.

En sentido contrario, si en juicio de responsabilidad civil se reclaman daños a una empresa y a su sucesora universal, la excepción de falta de cualidad que se limite a oponer ésta última, es un hecho personal de ella, que mal puede extenderse al otro colitigante, pues le es ajeno. Por tanto, la incomparecencia de este otro colitigante producirá en su contra la confesión ficta.

Si un litisconsorte resulta ciertamente contumaz y no promueve pruebas, no podrá seguirse contra él el procedimiento expedito contumacial (Art. 362⁵⁵) en forma separada, pues el proceso es uno solo y la acumulación de sujetos en el mismo perdura hasta el final; no depende de las vicisitudes procesales sino tan solo de los actos de disposición (reforma subjetiva de la demanda, transacción respecto a un litigante solamente, etc.).

Si algún colitigante, autónomamente (Art. 147) ha adelantado su contestación al fondo conforme a la permisión del artículo 359, tal contestación se reputa tempestiva, pero quedarán en suspenso sus efectos procesales (reconvención, llamamiento en causa, apertura del lapso probatorio, desconocimiento de instrumentos apócrifos, etc.) durante la tramitación de las cuestiones previas suscitadas por sus colitigantes. Esas actuaciones y defensas surtirán efectos sólo a partir del día en el que quede cerrada para todos definitivamente la oportunidad de contestación a la demanda, según el artículo 358. El supuesto contrario de que se tenga por enervada e ineficaz la contestación a la demanda ya formulada por un litisconsorte, por virtud de las cuestiones previas interpuestas luego por otro litisconsorte, desconoce la autonomía de actuación de los colitigantes en el proceso y desconoce, sobre todo, el derecho a la defensa, efectivamente ejercido por

⁵⁵ Artículo 362 CPC.- Si el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en este Código se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. En este caso, vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento de aquel lapso, ateniéndose a la confesión del demandado. En todo caso, a los fines de la apelación se dejará transcurrir íntegramente el mencionado lapso de ocho días si la sentencia fuere pronunciada antes de su vencimiento.

un litigante en descargo de la reclamación que se le hace. La defensa ejercida no puede quedar sujeta a una especie de cláusula resolutoria que ejecute unilateralmente, con la interposición de cuestiones previas, otro colitigante.

19. Intervención forzosa litisconsorcial

Primeramente, hemos de distinguir entre la intervención adhesiva y la intervención litisconsorcial. En la primera, el interés jurídico o de hecho del tercero lo legitima para ayudar al demandado en su defensa ¿Puede dudarse del interés que tiene, vgr. el acreedor hipotecario del demandado frente a la demanda de usucapión ejercida respecto al inmueble sobre el cual pesa la hipoteca que le garantiza su crédito?

Cuando el interviniente es *litisconsorcial*, éste hace valer un derecho propio (vgr., concurrente: cónyuge, coheredero del demandado). Si el litisconsorcio es de carácter necesario (cfr Art. 168 CC), la causa la tomará ciertamente en el estado en que se encuentre como expresa el artículo 694, pero su legitimidad inexcusable, que requería ser llamado al juicio *ab initio* —por estar repartida entre él y el demandado original la cualidad pasiva: cfr comentario Art. 148— determina que deba otorgársele oportunidad para la contestación de la demanda, a lo cual conduce el artículo 382. He aquí la razón por la que el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil toma cuidado en distinguir la intervención simplemente adhesiva de la litisconsorcial⁵⁶. Cuando existe una conexión objetiva o de accesoriadad entre una u otra relación jurídica, el sujeto sustancial de una de ellas, que no es parte en el juicio, entra en éste como litisconsorte, y no como adherente, desde que propiamente *se ayuda a sí mismo* antes que a su colitigante. Pero este tercero es en cierta forma adhesivo o coadyuvante porque al adversar a la contraparte se alía con la otra parte principal. «En la intervención adhesiva litisconsorcial se otorga al tercero la facultad de ejecutar actos procesales no realizados por la parte principal (no así en la adhesiva simple en la cual el interviniente tiene vedado el derecho de adoptar posturas contrarias al auxilio de la parte coadyuvada y, precisamente, en actos ejecutados por ésta), aún cuando los actos sean disconformes, con tal de

⁵⁶ Art. 381 CPC.- Cuando según las disposiciones del Código Civil, la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en a relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.

que no contradigan la actuación de la coadyuvada. Esta última circunstancia constituye el límite lógico a la libertad de actuar del interviniente adhesivo, pues de pasar por alto esta circunstancia, admitiendo que el tercero puede ejecutar actos contrarios a los de la coadyuvada, terminaríamos por asimilar la intervención litisconsorcial a la tercería, y carecería de sentido hablar de aquella, como noción específica»⁵⁷.

Si es un litisconsorte *facultativo*, actuará independientemente, conforme al artículo 147, pero no tendrá derecho a la oportunidad de litiscontestación: ingresó a la causa tardíamente y por propia voluntad, sin que se le haya llamado *ex profeso* y determinadamente.

El llamamiento en causa de terceros para integrar debidamente un litis consorcio, lo prevé el Código modelo procesal civil para Iberoamérica como cuestión o excepción previa en el artículo 123. Y también lo ordena el artículo 57: «En el caso de litisconsorcio necesario activo, si no hubieren comparecido todos los interesados, el Tribunal no dará curso a la demanda hasta tanto no se cumpla ese requisito. La misma facultad tendrá tratándose del litisconsorcio necesario pasivo, mientras la parte actora no proporcione los datos necesarios para que todos los litisconsortes puedan ser emplazados en forma legal». Se autoriza además al juez a obrar de oficio, pasada la oportunidad. En el Código venezolano, esta alegación (*exceptio deficientis legitimationis ad causam*) ha sido extromitida de las cuestiones previas, y se prevé en la oportunidad de contestación a la demanda, «cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente». La denuncia de indebida integración de litis consorcio no constituye en nuestro nuevo Código una excepción sustancial sino la instrumentación de una intervención forzosa de tercero (Arts. 370 Ord. 4° y 382), salvo el caso del procedimiento de partición de comunidad⁵⁸. El fundamento de esta figura está siempre en la relación jurídico-material que al ser deducida en juicio, la resolución vaya a afectar a varias personas, las cuales deben estar presentes en el mismo, para que la aplicación del irrefragable principio de que nadie puede ser condenado sin ser

⁵⁷ ARMIENTA CALDERÓN, GONZALO: *Teoría general del proceso*, Porrúa, p. 185.

⁵⁸ El procedimiento de partición, previsto en los artículos 778 y siguiente prevé que si en los recaudos apareciere que existen condueños no incluidos en la demanda, el juez de oficio ordenará su citación. Esta forma de subsanar la deficiente integración del litisconsorcio necesario tiene su antecedente legislativo en el Código modelo procesal civil para Iberoamérica, según lo que llevamos visto, y en el del Código de Procedimiento Civil italiano.

oído y vencido no haga inútil la cosa juzgada ocasionada en el proceso terminado.

El artículo 382 señala que «la llamada a la causa de los terceros a que se refieren los ordinales 4º y 5º del artículo 370, se hará en la contestación de la demanda y se ordenará su citación en las formas ordinarias, para que comparezcan en el término de la distancia y tres días más...» Sin embargo, la legislación venezolana no impone un detenimiento del proceso por falta de la debida integración del litisconsorcio necesario, salvo disposiciones especiales que así lo establezcan expresamente.

20. Representación *ex lege* de litisconsortes

El artículo 148 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo el párrafo 62 ZPO alemán, extiende *ex vi legis* los efectos de los actos realizados por los comparecientes a los litisconsortes contumaces en algún término o que hayan dejado de transcurrir algún plazo preclusivo. Y en este sentido se mejora la regulación imperfecta del artículo 68 de la Ley de Tránsito Terrestre, que limitaba sólo a una «representación» de los codemandados entre sí en el acto de litiscontestación.

