







*Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

*Claudia Madrid Martínez*

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
DERIVADA DE LA PRESTACIÓN  
DE SERVICIOS**

**ASPECTOS INTERNOS E INTERNACIONALES**

*Serie Tesis*

4

Caracas, 2009

M267

Madrid Martínez, Claudia

La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios: aspectos internos e internacionales / Claudia Madrid Martínez. -- Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

p. 464

Serie Tesis, 4

ISBN

Depósito Legal:

1. Responsabilidad civil. 2. Prestación de servicios. 3. Derecho Internacional Privado

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO,  
SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Depósito legal:

ISBN:

© Copyright 2009

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Irene de Valera - Editor

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482.88.45 - 482.86.34

Fax: (0212) 483.26.74

e-mail: [acienpoli@cantv.net](mailto:acienpoli@cantv.net)

Página Web: [www.acienpol.com](http://www.acienpol.com)

**Biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”**

Telefax: (0212) 481.60.35

e-mail: [acienpol@cantv.net](mailto:acienpol@cantv.net)

Servicio on line:

Sistema de Cooperación Jurídica: [www.scjuridica.org.ve](http://www.scjuridica.org.ve)

**Centro de Investigaciones Jurídicas**

Teléfono: (0212) 377.33.58

Servicio on line:

Proyecto Ulpiano: [www.ulpiano.org.ve](http://www.ulpiano.org.ve)

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Margarita Páez-Pumar

Impreso en Venezuela

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLAS SE EMITAN.

*Individuos de Número de la  
Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

*Junta Directiva  
2009-2010*

Presidente	Dr. <i>Román J. Duque Corredor</i>
Primer Vicepresidente	Dr. <i>Enrique Lagrange</i>
Segundo Vicepresidente	Dr. <i>Luis Cova Arria</i>
Secretario	Dr. <i>Alberto Baumeister Toledo</i>
Tesorero	Dr. <i>Humberto Romero-Muci</i>
Bibliotecario	Dr. <i>Eugenio Hernández-Bretón</i>

Luis Ugalde	José Luis Aguilar Gorrondona
Rafael Caldera	Josefina Calcaño de Temeltas
Aristides Rengel Romberg	Enrique Tejera París
José Muci-Abraham	René De Sola
Tatiana B. de Maekelt	James Otis Rodner
José Mélich Orsini	Ramón Escovar León (electo)
Alberto Arteaga Sánchez	Jesús Ramón Quintero
Francisco López Herrera	Gabriel Ruan Santos
Pedro Nikken	Luis Ignacio Mendoza
Allan Randolph Brewer-Carías	José Andrés Octavio†
Tomás Enrique Carrillo Batalla	Gonzalo Parra Aranguren
Humberto Njaim	Emilio Pittier Sucre
Hildegard Rondón de Sansó	Gustavo Planchart Manrique
Gonzalo Pérez Luciani	Alfredo Morles Hernández
	Carlos Leáñez Sievert

*Individuos incorporados por decisión de la Sala Constitucional  
del Tribunal Supremo de Justicia N° 1986, de fecha: 23-10-2007*

Luis Napoleón Goizueta H. - Carabobo	Luis H. Farías Mata (electo) - Nueva Esparta
Oscar Hernández Álvarez - Lara	
José Rafael Mendoza - Lara	Luis Guillermo Govea U., h - Zulia
Fortunato González Cruz - Mérida	



*A Ramón Ruiz Quiroz*

*Padre y Maestro*



# CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	XV
ABREVIATURAS .....	XIX
INTRODUCCIÓN .....	1
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO MATERIAL VENEZOLANO .....</b>	<b>9</b>
<b>I. Nociones básicas sobre el servicio .....</b>	<b>9</b>
A. Delimitación del concepto de servicio .....	9
1. Influencia de la economía .....	9
2. Un concepto jurídico .....	14
a. El carácter residual del servicio. El servicio público .....	14
b. Caracterización del servicio .....	17
c. Diferencias básicas con el producto. Obligaciones de hacer. Integración y materialización del servicio .....	20
d. Actividades que participan de ambas calificaciones .....	23
3. Un aporte de la codificación .....	25
4. El caso venezolano .....	29
B. Nuestro intento de conceptualización .....	34
C. El servicio como objeto de un contrato .....	39
1. Servicios contractuales y contrato de servicios .....	41
2. De Roma al Código Civil francés .....	45
3. El sistema venezolano .....	51
<b>II. Régimen de la responsabilidad civil contractual derivada de la prestación de servicios .....</b>	<b>56</b>
A. Régimen de Derecho común .....	56
1. Necesaria existencia de un contrato y de un daño contractual .....	57
a. El contrato, las partes y los terceros .....	57
b. Los contratos conexos .....	62
c. El daño contractual .....	70

2.	Fundamento de la responsabilidad civil contractual .....	73
a.	Obligaciones de medio y obligaciones de resultado .....	73
b.	La culpa contractual. Valoración de la conducta: <i>Lex artis</i> .....	82
c.	Presunción de culpa. Carga de la prueba .....	86
3.	Daños resarcibles .....	90
B.	Régimen de los contratos concluidos con consumidores y usuarios .....	100
1.	La protección del usuario como débil jurídico. Intervencionismo del Estado y Derecho de consumo .....	102
2.	Fundamento de la responsabilidad civil del proveedor de servicios .....	110
a.	Naturaleza de la responsabilidad civil .....	111
a.1.	¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual? O ¿Un régimen autónomo? .....	111
a.2.	¿Responsabilidad civil subjetiva u objetiva?.....	116
b.	Breve referencia al contrato de adhesión en el Derecho de consumo y la autonomía de la voluntad limitada .....	120
c.	La jurisprudencia venezolana y el caso del servicio eléctrico... ..	125
d.	Un mínimo contractual: las prestaciones propias de cada servicio .....	129
3.	Daños resarcibles .....	131
<b>III. Régimen de la responsabilidad civil extracontractual derivada de la prestación de servicios .....</b>		
		134
A.	Fundamento: responsabilidad civil subjetiva vs. responsabilidad civil objetiva .....	136
B.	Daños resarcibles .....	137
<b>IV. Otros casos problemáticos .....</b>		
		139
A.	La fase precontractual y la responsabilidad civil .....	139
1.	Naturaleza de la responsabilidad civil precontractual .....	143
2.	Fundamento .....	144
3.	Supuestos .....	147
4.	Daños resarcibles .....	148
B.	Concurrencia de responsabilidades .....	150
1.	¿Cúmulo o concurrencia? .....	151
2.	Concurrencia: admitirla o no admitirla .....	153
a.	La tesis del <i>non cumul</i> y los problemas de su aceptación .....	153
b.	Aceptar la concurrencia y sus consecuencias .....	156
3.	La acción, la <i>causa petendi</i> y el principio <i>iura novit curia</i> .....	159

CAPÍTULO SEGUNDO

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO** .....

165

<b>I. La internacionalidad del supuesto</b> .....	165
A. Aspectos generales .....	165
B. El carácter naturalmente internacional del servicio .....	174
C. El sistema venezolano y la internacionalidad de las relaciones .....	177
1. Relaciones paritarias .....	177
2. Relaciones de consumo .....	182
D. El servicio de carácter internacional y los problemas propios del Derecho internacional privado .....	184
<b>II. Un punto previo: el problema de las calificaciones</b> .....	185
A. Las calificaciones en el Derecho internacional privado venezolano ....	185
B. La calificación de una relación como contractual o extracontractual ...	190
1. El problema de la acción directa .....	195
2. El transporte benévolo ¿un servicio contractual o extracontractual?	197
<b>III. La cuestión procesal: determinación de la jurisdicción</b> .....	199
A. El sistema venezolano y los criterios generales en materia de jurisdicción .....	200
1. Codificación convencional: el Código Bustamante .....	200
a. Regla general: sumisión con vinculación .....	201
b. Lugar de cumplimiento de la obligación .....	208
c. Domicilio o residencia del demandado .....	215
2. Codificación estatal .....	218
a. La Ley de Derecho Internacional Privado .....	218
a.1. El principio general: domicilio del demandado .....	218
a.2. Lugar de ubicación de los bienes .....	220
a.3. Lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución de la obligación .....	220
a.4. Verificación de hechos en el territorio de la República ....	223
– El <i>forum delicti commissi</i> .....	224
– El sistema venezolano y los hechos verificados en el territorio de la República .....	227
a.5. <i>Locus citationis</i> .....	229
a.6. Sumisión expresa o tácita .....	232
b. Otros criterios atributivos de jurisdicción en la legislación estatal .....	237

B.	El Derecho de consumo y los foros de protección .....	240
1.	Algunas nociones generales .....	240
2.	El sistema venezolano y la inderogabilidad de la jurisdicción .....	246
C.	Algunas notas más sobre el arbitraje .....	253

**IV. Determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad civil derivada de los servicios .....**

A.	Responsabilidad civil contractual .....	258
1.	Derecho aplicable al contrato: normas generales .....	259
a.	La autonomía de las partes .....	259
b.	Derecho aplicable en ausencia de elección .....	263
b.1.	Soluciones rígidas. Entre el lugar de celebración y el lugar de ejecución del contrato .....	263
b.2.	Soluciones flexibles. La prestación característica .....	265
b.3.	El sistema venezolano y el principio de proximidad .....	267
c.	Aplicación de la <i>Lex mercatoria</i> .....	270
c.1.	Algunas cuestiones generales .....	270
c.2.	Aceptación en el sistema venezolano de Derecho internacional privado .....	275
2.	Contratos concluidos con consumidores .....	282
a.	Problemas de la autonomía de las partes para el Derecho de consumo .....	288
a.1.	Un panorama comparado .....	288
a.2.	Una respuesta interamericana: la CIDIP VII .....	294
b.	La situación del sistema venezolano .....	299
b.1.	Una regla general con una excepción general: La <i>Lex contractus</i> y normas de aplicación necesaria .....	299
b.2.	Algunos casos especiales de normas de aplicación necesaria .....	306
3.	La responsabilidad civil dentro del ámbito de aplicación de la <i>Lex contractus</i> .....	310
a.	El caso del Convenio de Roma .....	310
b.	El sistema adoptado por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales .....	314
c.	El caso del Código Bustamante .....	316
d.	La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana .....	318
B.	Responsabilidad civil extracontractual .....	319
1.	Una solución tradicional: la regla <i>Lex loci delicti commissi</i> .....	319
a.	¿Dónde ocurre el hecho ilícito? .....	320
b.	Problemas prácticos derivados de la aplicación de la regla <i>Lex loci delicti commissi</i> .....	322

## CONTENIDO

2. Evolución del Derecho internacional privado a partir de la evolución de las soluciones en materia de responsabilidad civil extracontractual .....	324
3. ¿Una solución para el servicio a través del producto? .....	334
4. Regulación de la responsabilidad civil extracontractual por servicios en el sistema venezolano .....	339
a. Codificación convencional. El Código Bustamante .....	339
b. Codificación estatal.....	344
b.1. La Ley de Derecho Internacional Privado: evolución e interpretación .....	344
b.2. Otras normas estatales .....	350
5. Ámbito de aplicación del Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual .....	351
6. ¿Protección extracontractual de los consumidores? Las normas de aplicación necesaria y las normas de seguridad .....	355
C. Dos instituciones generales: el orden público y el reenvío .....	360
1. El orden público en el Derecho internacional privado .....	361
a. Nociones generales .....	361
b. Cláusulas de responsabilidad .....	363
c. Los daños punitivos .....	365
2. El reenvío: su exclusión .....	368
<b>V. Otras cuestiones problemáticas .....</b>	<b>373</b>
A. La responsabilidad civil precontractual .....	373
1. Problema de calificación .....	373
2. Determinación de la jurisdicción .....	374
3. Derecho aplicable .....	378
B. Superposición de responsabilidades en Derecho internacional privado. ....	382
1. Determinación del Derecho aplicable .....	383
a. La concurrencia de responsabilidades .....	383
a.1. Planteamiento del problema y sus posibles soluciones .....	384
a.2. Nuestra propuesta .....	387
b. Hecho ilícito entre partes unidas por un contrato .....	391
b.1. La conexión accesoria. Una breve introducción .....	392
b.2. Problemática de la conexión accesoria .....	396
2. La jurisdicción: ¿un foro accesorio? .....	398
ANTES DE CONCLUIR, UNA PROPUESTA .....	401
CONCLUSIÓN .....	409
BIBLIOGRAFÍA .....	415



## PRESENTACIÓN

Nosotros, los internacionalprivatistas, sabemos muy bien que todas las épocas tienen sus temas fundamentales. También sabemos que el Derecho internacional privado no se agota en la vorágine del conflicto de leyes, en discusiones sobre la prevalencia de las normas de conflicto o de las normas sustantivas, sobre el multilateralismo o una visión meramente estatal. El Derecho internacional privado cada día invade más los terrenos de las relaciones privadas que, cada vez menos, se encierran en las fronteras de un Estado y se ve obligado, por ello, a dar una respuesta acorde con las nuevas realidades. Este libro que hoy presento se acerca al proceso de selección de la respuesta cualitativa que debe dar hoy el Derecho internacional privado. Tal vez, ésta es la solución.

La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios es uno de los temas que marca nuestra época. Dentro de la doctrina nacional y extranjera abundan estudios en materia de productos defectuosos. Por su parte, los servicios han sido tratados de manera parcelada, pues se ha puesto hincapié, justamente, en aquellos que han recibido mayor atención de parte de los legisladores estatales y convencionales: los transportes en todas sus modalidades, los seguros, los contratos de obra, los servicios médicos e, incluso, los servicios públicos. Evidentemente, el objeto de este trabajo es mucho más ambicioso, pues busca crear la base para un marco general de regulación de los supuestos olvidados por el legislador, proponiendo regular, a través de normas generales, al sector terciario, caracterizado esencialmente por su heterogeneidad, lo cual ha dificultado, sin duda, su regulación.

El tema de los servicios es abordado, desde luego, desde la óptica del Derecho internacional privado. Pero también se realiza un análisis desde el punto de vista del Derecho de las Obligaciones y de una rama del Derecho que ha ido adquiriendo cierta autonomía, convirtiéndose en un aspecto necesario para todas las soluciones jurídicas de servicio: el Derecho de consumo.

Luego de aportar una definición de servicio, la autora aborda el difícil problema de las calificaciones en el Derecho internacional privado al delimitar los supuestos en que nos encontramos frente a la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Destaca igualmente, el carácter naturalmente internacional del servicio, situación constatada a través de los criterios jurídico y económico, lo cual llama a la intervención del Derecho internacional privado.

Ante el silencio del sistema venezolano sobre la materia, la autora analiza los criterios atributivos de jurisdicción y los factores de conexión que determinan el Derecho aplicable a la relación de servicio, tanto contractual como extracontractual y llega a la conclusión que los mismos están diseñados para la regulación de las relaciones paritarias, por lo que el juez debe asumir el rol protagónico, adaptando el sistema a los supuestos en que intervienen consumidores, los cuales, por definición, tienen un desigual poder de negociación frente al prestador del servicio.

El trabajo tiene cuatro méritos esenciales: creo que la autora no ha omitido ni un solo punto requerido para determinar la jurisdicción y el Derecho aplicable a la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Como en una filigrana, teje argumentos, plantea dudas, responde interrogantes en un marco de Derecho comparado y en una amplia jurisprudencia venezolana y extranjera. Su segundo mérito es la amplísima bibliografía, que abarca todos los aspectos del trabajo y que es presentada en forma sistemática, actualizada y muy accesible. El tercer punto, a pesar del difícil contenido de la obra, es la facilidad de expresión de la autora que convierte un complicado trabajo científico en una muy grata lectura.

Quiero detenerme en el cuarto punto, pues para mí es tal vez el más importante aporte de la autora, quien al final del trabajo y como consecuencia de éste, presenta un proyecto de Convención Interamericana en materia de responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho internacional privado.

Es difícil de predecir el destino de este proyecto de Convención. Tal vez por la lentitud de nuestros gobiernos, tal vez por la decadencia misma en que se ha sumergido la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho internacional privado. Aunado a ello, está el problema de la situación de Venezuela frente a MERCOSUR, cuyo Protocolo Santa María, una vez ratificado por nuestro país, contribuiría a llenar el silencio sobre la materia.

El proyecto de Convención está dividido en cinco capítulos: en forma sencilla, el primero se refiere al ámbito de aplicación, la definición del servicio, universalidad en la aplicación de la Convención, su interpretación progresiva

y la exclusión de la responsabilidad civil que pueda derivarse de relaciones referidas a las sucesiones, a la familia, etc.

Me gusta la concepción de Claudia en materia de jurisdicción, tanto en su regla general, como en su propuesta de sumisión expresa o tácita y de foros de protección. Así como me gusta su solución al problema del Derecho aplicable a los contratos paritarios, los contratos con consumidores, la responsabilidad civil precontractual, los daños extracontractuales y la acción indirecta. Resultan imprescindibles las disposiciones sobre normas de aplicación necesaria, normas de seguridad, orden público en el Derecho internacional privado y la siempre controversial exclusión del reenvío. En el resto del proyecto, Claudia ubica las cláusulas de estilo referidas a las Disposiciones Generales y a las Cláusulas Finales. La sencillez de todas las normas del proyecto de Convención debería ser la clave de su éxito.

El mundo ha cambiado notablemente y los problemas jurídicos no desaparecen, continúan y hay que resolverlos; esto lo ha logrado Claudia Madrid con su excelente trabajo sobre la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios.

Tengo el agrado de presentar un libro, escrito por una de mis mejores alumnas, que sigue la mejor tradición del Derecho internacional privado venezolano.

Tatiana B. de Maekelt



## ABREVIATURAS

<b>SIGLAS</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
ACPS	Academia de Ciencias Políticas y Sociales
ADC	Anuario de Derecho Civil
AHLADI	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
AMCSCMT2	Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas
AMCSCMT6	Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas
BACPS	Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
BOACPS	Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
CB	Tratado de Derecho Internacional Privado, Código Bustamante
CCom	Código de Comercio de Venezuela
CCV	Código Civil de Venezuela
CFC/SCMT	Corte Federal y de Casación, Sala Civil, Mercantil y del Trabajo
CIDACI	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
CIDIP	Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado
CINGDIP	Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado
CPCV	Código de Procedimiento Civil venezolano
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSJ/SCC	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil
CSJ/SCMT	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo
CSJ/SPA	Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa
DFMIM2	Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda

<b>SIGLAS</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
DFMSC2	Juzgado Superior Segundo en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda
DFMSC8	Juzgado Superior Octavo en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda
DFMSCM1	Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda
DLDAPBS	Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBUC	Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela
ECGR	Ediciones de la Contraloría General de la República
ed.	Edición
Edit.	Editorial
EJEA	Editorial Jurídica Europa América
EJV	Editorial Jurídica Venezolana
Ext.	Extraordinaria
FCJPUCV	Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela
FDUCAB	Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello
FDUCV	Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela
FIDIC	Fédération International des Ingénieurs-Conseils (Federación Internacional de Ingenieros Consultores)
FMI	Fondo Monetario Internacional
GF	Gaceta Forense
G.O.	Gaceta Oficial de Venezuela
Harvard.L.Rev.	Harvard Law Revue
JPT/CSJ	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Oscar Pierre Tapia
JPT/TUI	Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia, Oscar Pierre Tapia
JRG	Jurisprudencia de Ramírez & Garay
JTR	Jurisprudencia de los Tribunales de la República
LAC	Ley de Arbitraje Comercial
LACi	Ley de Aeronáutica Civil
LCM	Decreto Ley de Comercio Marítimo
LDIPV	Ley de Derecho Internacional Privado venezolana
LGDJ	Librairie Général de Droit et Jurisprudence
LPCU	Ley de Protección al Consumidor y al Usuario
N°	Número
Nos.	Números

ABREVIATURAS

<b>SIGLAS</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
p.	Página
pp.	Páginas
PLNDIP	Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-65
PUF	Presses Universitaires de France
R. des C.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RC de DIP	Revue Critique de Droit International Privé
RCADF	Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal
RCSA	Juzgado Superior Agrario de la Región Capital
RCSA1	Juzgado Superior Primero Agrario de la Región Capital
RDCE	Revista de Derecho Comercial y de la Empresa.
RDIPP	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RDP	Revista de Derecho Privado
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
reimp.	Reimpresión
RFCJPUCV	Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela
RFDUCAB	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello
RLD	Revista Latinoamericana de Derecho
RMJ	Revista del Ministerio de Justicia
RPGR	Revista de la Procuraduría General de la República
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
Sent.	Sentencia
Southwestern.L.J	Southwestern Law Journal
T.	Tomo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Trad.	Traducción
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
TSJ/SC	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional
TSJ/SCC	Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil
TSJ/SPA	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa
UCAB	Universidad Católica Andrés Bello
UCV	Universidad Central de Venezuela
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vol.	Volumen
Willamette.L.Rev.	Willamette Law Review
Yale.L.J.	Yale Law Journal



# INTRODUCCIÓN

*“Es necesario aprender a encarar todas las cosas desde  
el punto de vista del consumidor”*

Bastiat

*“...la responsabilité est la grande vedette du droit  
civile mondial ; elle fait prime partout ...”*

Josserand

*Servicio*, palabra ambigua en todos los sentidos. En el plano lingüístico, el Diccionario de la Real Academia lo define como la “*acción de servir*”, la cual se relaciona con el estado de criado o sirviente, e incluye términos tan lejanos como “*estación de servicio*”, “*servicio militar*”, “*servicio sanitario*”, “*servicio posventa*”, entre otros. En la ciencia económica se ha definido a un sector como “*economía de servicios*”, incluyendo aspectos tan diversos como los servicios bancarios, teléfonos, electricidad, transporte, educación, justicia, servicios financieros, publicidad, marketing, limpieza, informática, seguridad, asesoramiento económico, servicios jurídicos, inmobiliarios, belleza, turismo, servicios funerarios, etc. El Derecho no escapa a esta diversa realidad<sup>1</sup>, pues el concepto de servicio, desde Roma, ha sido una de las cuestiones más difíciles al abordar el estudio de este tema.

Sin embargo, en la actualidad se reconoce sin ambages que los servicios constituyen la base del impulso económico. Cada vez interesan menos los productos y cada vez más los procesos. La habilidad y el conocimiento adquieren

---

<sup>1</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica, en: *RLD*, 2006, N° 5, pp. 153 ss., especialmente p. 153.

un nuevo valor y ocupan un amplio sector de la actividad económica<sup>2</sup>. Pero esta creciente importancia del tema se ubica frente a un paradójico silencio doctrinario, legislativo y jurisprudencial. He allí nuestra principal motivación al elegirlo.

Dentro de la doctrina nacional y extranjera abundan estudios en materia de responsabilidad civil derivada de la utilización de productos defectuosos, igualmente encontramos algunos trabajos dedicados al estudio de determinados tipos de servicios, específicamente, aquellos que han recibido mayor atención del legislador tanto estatal como convencional: los transportes en todas sus modalidades, los seguros, los contratos de obra, los servicios médicos, incluso los servicios públicos. Por tal razón no nos detendremos en estos supuestos.

A través de este trabajo nos proponemos, más bien, sentar las bases para la estructuración de un marco general de regulación de aquellos supuestos olvidados por el legislador, sin dejar de lado la heterogeneidad que caracteriza al sector terciario y que, quizás, ha sido la causa principal del tortuoso y, en la mayoría de los casos, estéril camino de la codificación en esta materia. En tal sentido, nuestro estudio comenzará por un análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial que nos permitirá arribar a una definición de servicio, base conceptual de este Trabajo.

Mas hemos de reconocer, desde ahora, que la tarea emprendida no resultó sencilla. Así, para tratar de delimitar el significado y caracterización jurídica del servicio, algunos autores han considerado necesario partir de una diferenciación entre las operaciones que tienen por objeto un bien o producto –las cuales generalmente constituyen obligaciones de dar– de aquellas cuyo objeto es más bien un servicio –que constituyen obligaciones de hacer. Se hace notar igualmente que el servicio está diseñado para las necesidades de un usuario concreto, mientras que el producto se dirige comúnmente a una masa de consumidores, sin considerar las exigencias de uno en especial. Las nociones de profesionalidad e independencia también son señaladas como características del servicio; notas que suelen utilizarse para diferenciarlo del objeto del contrato de trabajo<sup>3</sup>. Aunado a esta dificultad en la concretización de la noción de servicio, encontramos el problema de aquellas actividades que se encuentran en una zona gris entre el servicio y el producto, conocidas por el Derecho anglosajón como *hybrid transactions*.

---

<sup>2</sup> Thurow, Lester, *La guerra del siglo XXI*, Buenos Aires, Vergara, 1992, 16.

<sup>3</sup> Palao Moreno, Guillermo, *Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios*, Granada, Comares, 1995, pp. 3-5.

Pero como hemos afirmado, a pesar de la confusión que reina en torno a su definición, en la actualidad, la importancia de este sector económico es creciente, y su expansión significa, simplemente, una “*extensión del crecimiento del trabajo humano más allá de la esfera de la producción material, y esa expansión es, al mismo tiempo, necesitada y posibilitada por las nuevas fuerzas de producción*”<sup>4</sup>. Ya no es el artesano ni el vasallo ni el obrero que se relacionan con el principal, sino grandes o pequeñas empresas que prestan sus servicios a los consumidores o a otras empresas. Se desarrollan los servicios médicos y de abogados, los vinculados a la construcción, el *management*, la gestión, la auditoría, las vinculaciones entre los deportistas y los clubes, los servicios bancarios, los de turismo, los informáticos, etc. Aparecen la relación entre expertos y profanos, las relaciones de cautividad, los contratos conexos y unas relaciones jurídicas de extrema complejidad<sup>5</sup>.

Además, la importancia del sector rebasa las fronteras de los Estados, produciéndose una “*internacionalización*” profunda de la estructura del comercio de servicios: un ejecutivo de publicidad que crea un comercial televisivo para un cliente extranjero; una secretaria de una firma legal que contesta una llamada de un cliente extranjero; un taxista que lleva un empresario desde el aeropuerto al hotel; el elenco de un espectáculo teatral que va a presentarse en el extranjero; un médico que opera un paciente extranjero; el conserje y el *barman* de un lujoso hotel que alberga a visitantes extranjeros; el contador que arregla los asuntos financieros de una corporación extranjera; el ingeniero que diseña un puente que va a construirse en otro país; el proveedor que prepara una comida para ser servida en una embajada extranjera; el asesor en administración que atiende a un cliente extranjero<sup>6</sup>.

Esta realidad globalizada que hoy vivimos nos obliga a abordar la responsabilidad civil que se genera en el marco de la prestación de servicios, no sólo desde la óptica del Derecho de las obligaciones, sino también desde el ámbito del Derecho internacional privado. Por tal razón, obedeciendo a esta lógica, este Trabajo ha sido dividido en dos capítulos, cada uno dedicado al análisis de la problemática de los servicios desde las dos ópticas mencionadas.

El Capítulo Primero, titulado “*La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios en el Derecho material venezolano*”, está dedicado, tal

---

<sup>4</sup> Cruz Pereyra, Luis, Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios. Su aprobación por la República Argentina, en: *RLD*, 2005, N° 3, pp. 49 ss., especialmente p. 50.

<sup>5</sup> Lorenzetti, Los servicios en la economía global..., ob. cit., p. 155.

<sup>6</sup> Feketekuty, Gesa, *Comercio internacional de servicios. Panorama general y modelo para las negociaciones*, México, Ediciones Gernika, 1990, p. 21.

como hemos adelantado, a definir al servicio, considerando elementos económicos y jurídicos, con el objeto de poder abordar, con mayor claridad, en una segunda parte del propio Capítulo, el tema de la responsabilidad civil.

En tal sentido, no hay dudas que el daño ocasionado al usuario genera, para el proveedor del servicio, responsabilidad civil; pero debemos determinar, en primer término, si estamos frente a un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Consideremos además que hay quienes afirman que, estando de por medio la necesidad de proteger al usuario, lo mejor es dejar de lado tal discusión y centrarse en la reparación efectiva del daño, haciendo abstracción de la calificación de la responsabilidad<sup>7</sup>. Otros, en cambio exponen la responsabilidad civil por servicios como el típico ámbito preferencial para que se presente el problema de la concurrencia de responsabilidades<sup>8</sup>.

Nosotros pensamos que ambas responsabilidades tienen injerencia en los supuestos de daños ocasionados por servicios, dependiendo de las características del caso concreto. Pero debemos considerar que la relación de servicios, normalmente se da en el ámbito contractual. Pensemos por ejemplo en un contrato de arrendamiento de servicios de un asesor económico o en un contrato de obras, cuyo incumplimiento podrá generar, sin duda, responsabilidad civil. Nótese que en el primer caso estamos en presencia de obligaciones de medio y en el segundo hay obligaciones de resultado, distinción que también tiene influencia en el régimen de la responsabilidad, pues a partir de ella se determinará la distribución del riesgo entre el deudor y el acreedor<sup>9</sup>.

También deberán distinguirse, dentro del terreno contractual, las relaciones puramente comerciales de aquellas que se presentan en el marco del Derecho de consumo. Con respecto a estas últimas, la intervención de un débil jurídico ha despertado, incluso, el interés del constituyente, quien, en el artículo 117 de la Constitución de la República<sup>10</sup>, estableció: “*Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios,*

<sup>7</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 139-140.

<sup>8</sup> Blanco Gómez, Juan José, *La concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. La problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 132.

<sup>9</sup> Cabanillas Sánchez, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Casa Edit. Bosch, 1993, p. 30.

<sup>10</sup> G.O. N° 36.860 de fecha 30/12/1999.

*los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.*

Esta norma ha sido desarrollada por el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios<sup>11</sup> al disponer, en su artículo 6,6, que es un derecho de consumidores y usuarios el “*resarcimiento del daño sufrido*”. Luego, el propio Decreto Ley vuelve sobre el tema en el artículo 77, estableciendo el principio general en la materia, en los siguientes términos: “*Los proveedores de bienes y servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, serán solidaria y concurrentemente responsables, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aun cuando no tengan con los mismos una relación laboral*”.

Este instrumento legal fundamenta sus soluciones en un principio de protección del débil jurídico. Mas no se piense que esta protección sólo está establecida en su único interés. Recordemos que el consumidor tiene la necesidad de defender enérgicamente sus intereses que, por lo demás, se confunden, y esto es lo que les da mucha superioridad, con los intereses generales de la Sociedad<sup>12</sup>. Proteger al consumidor es entonces una forma de alcanzar el bien común.

Ahora bien, en ausencia de relación contractual, entraría en juego la responsabilidad civil extracontractual, cuyo primer inconveniente es la determinación de su fundamento. Recordemos que la habitual asimilación de la responsabilidad civil por servicios con el ámbito de los productos defectuosos ha encontrado un punto de diferenciación en este tema. Así, parte de la doctrina suele afirmar que el caso de los productos es un típico supuesto de objetivación de la responsabilidad, mientras que en el caso de los servicios nos encontramos aún en el terreno de la culpa, no sin dejar de notar que modernamente se ha introducido la posibilidad de aceptar, en esta materia, una inversión de la carga de la prueba, lo cual dota a la responsabilidad civil de cierta objetividad. Además, tengamos en cuenta que el terreno extracontractual se ha mantenido legislativamente ajeno al Derecho de consumo.

La última parte de este Primer Capítulo está dedicada a analizar dos problemas conexos: el tema de la responsabilidad civil precontractual y el

---

<sup>11</sup> G.O. Ext. N° 5.889 de fecha 31/07/2008.

<sup>12</sup> Moisset de Espanés, Luis y Guillermo P. Tinti, Consideraciones sobre el consumo y el Derecho del consumidor, en: <http://www.acader.unc.edu.ar/aartconsideracionesobreconsumoyderecho-consumidor.pdf>

contrato nulo y el tema de la concurrencia de responsabilidades. Cuestiones de vital importancia para el tratamiento jurídico de las complejas operaciones del mundo moderno.

Todos estos análisis nos conducirán a los aspectos que hemos de considerar desde el punto de vista del Derecho internacional privado. Así, en el Segundo Capítulo, titulado “*La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios en el Derecho internacional privado*”, comenzaremos por analizar los casos, bastante frecuentes, en que la prestación de un servicio puede ser catalogada como una relación de carácter internacional. Además, antes de abordar el tema de la jurisdicción y el Derecho aplicable, hemos resuelto un punto previo: el problema de las calificaciones, ello con el objeto de determinar si, frente a una concreta relación de consumo, nos encontramos en el ámbito contractual o extracontractual.

Una vez determinado el Derecho competente para calificar la relación como contractual o extracontractual, nos adentraremos en el estudio de la jurisdicción. En este punto nos apoyaremos en lo que ha sido nuestra línea de investigación durante los últimos cinco años y que tiene que ver con el régimen general de Derecho internacional privado en materia de responsabilidad civil<sup>13</sup>. En tal sentido comenzaremos nuestro análisis con cuestiones ya conocidas, pero necesarias sobre los criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano, enfocándolos, desde luego, desde la perspectiva de los servicios. Por tal razón, no analizaremos todos los criterios atributivos de jurisdicción del sistema venezolano, sino que nos limitaremos a aquellos que puedan ser aplicados, justamente en materia de servicios. Además, analizamos la posibilidad de que, en nuestro sistema, el consumidor goce de una especial protección a la hora de determinar los tribunales ante los cuales ha de hacer valer sus derechos. En otras palabras, veremos el tema de la jurisdicción a través del prisma del Derecho de consumo.

En la cuarta parte de este segundo Capítulo analizaremos el tema del Derecho aplicable. Para llevar a cabo este análisis, dividiremos el tema según se trate de responsabilidad civil contractual o responsabilidad civil extracontractual. Partiendo de los resultados de investigaciones previas, analizaremos el Derecho aplicable al contrato, estableciendo una distinción entre los contratos paritarios y los contratos de consumo. Recordemos que siendo la autonomía de las partes el factor de conexión por excelencia en materia contractual, en

---

<sup>13</sup> Esfuerzo que cristalizó en nuestro trabajo *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, FCJPUCV, Serie Trabajos de Ascenso N° 10, 2007.

el caso de los contratos con consumidores sus ventajas pueden traducirse en un elemento que exacerbe el ya natural desequilibrio entre el proveedor de servicios y el consumidor.

Ahora bien, el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, por su parte, será también abordado considerando relaciones entre iguales y aquellas en que participe un débil jurídico, análisis este nada sencillo si consideramos que el escaso tratamiento en materia contractual se convierte, prácticamente, en silencio en el terreno extracontractual. Por tal razón, estudiaremos la posibilidad de dar una respuesta a través de la solución dada en materia de productos defectuosos. Sin olvidar, desde luego, el tema de las normas de seguridad.

Para terminar este Capítulo, analizaremos el tema de la responsabilidad precontractual y la concurrencia de responsabilidades, mas esta vez desde la óptica del Derecho internacional privado, aplicando al caso de los servicios las conclusiones a las que hemos llegado en trabajos anteriores.

Antes de concluir, hemos estimado necesario incluir una Propuesta de Convención sobre la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios en el Derecho internacional privado, en la cual hemos considerado la jurisdicción y el Derecho aplicable a través de los criterios que, luego del análisis realizado a lo largo de este Trabajo, hemos considerado los más idóneos en la regulación internacional de esta materia.

No podemos terminar esta introducción sin hacer notar que, con este trabajo, volvemos a las dos áreas del Derecho que despiertan el mayor interés en nosotros: el Derecho de las obligaciones y el Derecho internacional privado. Mas esta vez añadiendo una rama del Derecho que, silenciosamente, además de adquirir cierta autonomía, se ha ido convirtiendo en el lente necesario a través del cual deberán ser observadas todas las soluciones jurídicas: el Derecho de consumo. Y nuevamente nuestra intención, lejos de pretender aportar respuestas dogmáticas al tema, es dar a conocer nuestros planteamientos y que ellos sirvan de base para una fructífera discusión sobre el mismo.

BLANCA  
SIN NUMERAR  
8

## CAPÍTULO PRIMERO

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO MATERIAL VENEZOLANO

## I. NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL SERVICIO

### A. Delimitación del concepto de servicio

#### 1. *Influencia de la economía*

En un sentido económico, el servicio es identificado con las actividades desarrolladas en el sector terciario. En este sector se aglutina toda la producción y distribución de riquezas que no puede reconducirse a sectores más concretos, como el agrario, o el relativo a la fabricación y distribución de productos –sector industrial<sup>14</sup>. Al determinarse tales actividades por vía de exclusión –sostiene Vaquero Pinto– las mismas están sometidas a una constante evolución y a una evidente dificultad de catalogación<sup>15</sup>.

Tomando los conceptos de Lovelock, económicamente, el bien es concebido como “*an object, a device, a thing*”; mientras que frente a éste, el servicio es más bien “*a deed, a performance, an effort*”. Así entendidos, los servicios son,

---

<sup>14</sup> La amplitud de las concepciones económicas del servicio puede verse, entre otros en: Clark, Colin, *Les conditions du progrès économique*, Paris, PUF, 1960; Fourastie, Jean, *Le Grand Espoir du XXe siècle. Progrès technique, progrès économique, progrès social*, Paris, PUF, 1949.

<sup>15</sup> Vaquero Pinto, María José, *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, Comares, Colección Estudios de Derecho Privado, N° 42, 2005, p. 40.

en opinión del propio autor, más intangibles que tangibles, son producidos y consumidos simultáneamente y, en muchos casos, son menos estandarizables y uniformes que los bienes<sup>16</sup>. La imposibilidad de almacenamiento y transporte y la importancia primaria del factor humano vienen a dificultar aun más la estandarización del servicio. Estas características tienen como consecuencia, en opinión de Santini, que la valoración del servicio sea mayoritariamente subjetiva, pensemos si no en la variedad de denominaciones que recibe la contraprestación: precio, alquiler, tarifa, peaje, premio, honorario, interés, comisión, tasa, entre otros<sup>17</sup>.

A pesar de estas dificultades y sobre la base de algunos de sus rasgos definitorios –los cuales analizaremos desde una óptica jurídica– se han realizado innumerables intentos de categorización de los servicios. Organizaciones nacionales<sup>18</sup> e internacionales se han dado a la tarea de sistematizar diversas actividades que, caracterizadas por su intangibilidad, imposibilidad de almacenamiento y transporte, producción y consumo simultáneos, etc., pueden ser calificadas como servicios.

Por ejemplo, uno de los resultados de la Ronda Uruguay, durante cuyas negociaciones en 1993, la Organización Mundial del Comercio se ocupó de esta materia aprobando el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)<sup>19</sup>, fue una clasificación en la que se distinguen sectores, subsectores y actividades de servicios.

<sup>16</sup> Lovelock, Christopher, *Marketing services*, Englewood Cliffs, NJ, 1984, pp. 4 y 36.

<sup>17</sup> Santini, Gerardo, *I servizi. Nuovo saggio di economia del Diritto*, Bologna, Società Editrice il Mulino, 1987, p. 15.

<sup>18</sup> En Francia, l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques I.N.S.E.E., luego de entender que “*Une activité de service se caractérise essentiellement par la mise à disposition d'une capacité technique ou intellectuelle. A la différence d'une activité industrielle, elle ne peut pas être décrite par les seules caractéristiques d'un bien tangible acquis par le client. Compris dans leur sens le plus large, les services recouvrent un vaste champ d'activités qui va du commerce à l'administration, en passant par les transports, les activités financières et immobilières, les services aux entreprises et aux particuliers, l'éducation, la santé et l'action sociale*” ([http://www.insee.fr/fr/nom\\_def\\_met/definitions/html/services.htm](http://www.insee.fr/fr/nom_def_met/definitions/html/services.htm)), clasificó los servicios en cuatro categorías, a saber, 1. servicios prestados a empresas (agricultura, publicidad, estudios técnicos, estudios y trabajos para las empresas [expertos, trabajos especiales, estudios de mercado, organización, etc.], arrendamiento de medios de producción y crédito mobiliario, servicios jurídicos y fiscales, construcción, intermediarios de comercio, auxiliares financieros y otros servicios prestados por no asalariados); 2. servicios de artesanos y mecánicos (mecánicos, reparadores de material agrícola, reparadores de radio, televisión y demás electrodomésticos, servicios prestados sobre vehículos de ocasión); 3. servicios de salud (tanto prestados por profesionales independientes como por establecimientos de atención); y 4. servicios prestados principalmente a los particulares (servicios de higiene, funerarios, alquiler de bienes muebles, vestidos y estacionamientos, arrendamiento de locales industriales y comerciales, espectáculos, entretenimiento, deportes, producción y distribución de películas, servicios de lavandería y tintorería, hoteles, cafés, restaurantes, diversión y atenciones personales [peluquerías, establecimientos de belleza]). En: Legstang, Ph., *Le nouveau système français des nomenclatures d'activités et de produits*, en: *Economie et Statistiques*, 1973, diciembre, pp. 20 ss., especialmente p. 55.

<sup>19</sup> Texto consultado en: <http://www.wto.org/indexsp.htm>

Se hace referencia, en primer lugar, a servicios prestados a las empresas (servicios profesionales [jurídicos, contabilidad, arquitectura, ingeniería, médicos, veterinarios], informática, investigación y desarrollo, servicios inmobiliarios, arrendamiento o alquiler, otros servicios [publicidad, *marketing*, limpieza]); en segundo lugar se ubican los servicios de comunicaciones (servicios postales, mensajeros, telecomunicaciones básicas y de valor añadido, audiovisuales, otros servicios); en tercer lugar, están los servicios de construcción (edificios, ingeniería civil, armado e instalación de construcciones prefabricadas, acabado y retoques, otros servicios); en cuarto lugar aparecen las actividades de distribución (comisionistas, comercio mayorista, minoristas, concesionarios, otros servicios); la enseñanza figura en quinto lugar (primaria, secundaria, superior, de adultos, otros servicios); todo lo relacionado con el medio ambiente aparece en sexto lugar (servicios de alcantarillado, eliminación de desperdicios, saneamiento, otros servicios); en séptimo lugar se hace referencia a los servicios financieros (servicios de seguros, bancarios, otros servicios); en octavo a los servicios de salud (hospitalarios, otros servicios de salud humana, servicios sociales); en el noveno puesto aparece el turismo y los viajes (servicios de hoteles y restaurantes, agencias de viajes y organización de viajes en grupo, guías de turismo, otros servicios); en décimo los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos (espectáculos, agencias de noticias, bibliotecas, archivos y museos, servicios deportivos, otros servicios); en décimo primer lugar los servicios de transporte (transporte marítimo, vías navegables interiores, transporte aéreo, espacial, por ferrocarril, por carretera, por tuberías, servicios auxiliares, otros servicios); y, finalmente, se hace referencia a una categoría indeterminada, pensamos que residual, en la que se incluyen otros servicios “*n.i.o.p.*” (no incluidos en otras partidas)<sup>20</sup>.

Esta heterogénea lista –según se admite en el *Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios*– podría evolucionar con el curso del tiempo, “*y los negociadores del comercio de servicios pueden recurrir a otras negociaciones futuras, como ha ocurrido en los casos de las telecomunicaciones básicas, los servicios financieros y el transporte marítimo*”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ver: Documento de la Secretaría del GATT MTN.GNS/W/120, de fecha 10/07/1991. Con esta clasificación coincide, parcialmente, la intentada por el Fondo Monetario Internacional en el *Manual de Balanza de Pagos* (Washington, 5ª ed., 1993). Así, el FMI se refiere a once componentes de servicios: 1. transportes, 2. viajes, 3. servicios de comunicaciones, 4. servicios de construcción, 5. servicios de seguros, 6. servicios financieros, 7. servicios de informática y de información, 8. regalías y derechos de licencia, 9. otros servicios empresariales, 10. servicios personales, culturales y recreativos, 11 servicios del gobierno *n.i.o.p.*

<sup>21</sup> Naciones Unidas, Comisión de las Comunidades Europeas, Fondo Monetario Internacional, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y

Por su parte, la doctrina también ha elaborado sus propios esquemas, a partir de lo que se observa en la práctica. Santini hace su propio intento con lo que el autor llama una “*tabella empirica dei servizi*”<sup>22</sup>, en la cual identifica dos grandes categorías: los servicios prestados a las personas y los servicios relativos a las cosas, los cuales subdivide, a su vez, en servicios prestados a particulares y los prestados a empresas. Dentro de los servicios prestados a las personas, sitúa un primer grupo de orden material que, siendo prestados a particulares, incluye servicios sanitarios, de higiene y estética de la persona, vestido, servicios hoteleros y de restaurantes, transporte de personas, seguros, agencia e intermediación. Prestados a las empresas, este primer grupo incluye los servicios de *catering*, transporte, seguro de dependientes, fondos de pensión, asistencia y patronato de dependientes. El segundo grupo está constituido por los servicios inmateriales, los cuales, prestados a los particulares, incluyen servicios de enseñanza, recreativos, culturales, de espectáculos e informativos; mientras que prestados a empresas pueden estar referidos a selección, formación y entrenamiento de personal, servicios promocionales, servicios de información económica, técnica, científica, publicidad y promoción de la empresa, servicios informáticos.

La segunda categoría está referida –como hemos afirmado– a los servicios relacionados con las cosas, los cuales, *mutatis mutandis*, están dirigidos a particulares y a empresas. El autor se refiere a los servicios de asistencia en la construcción o fabricación de bienes; servicios de instalación; servicios de custodia y administración de bienes; servicios de mantenimiento de bienes; de reparación; de expedición y transporte; arrendamiento de bienes muebles; servicios financieros; de seguros; de intermediación; de publicidad de productos; y de consulta y asistencia.

Lorenzetti, por su parte, tomando en cuenta la finalidad económica del servicio, entiende que hay cuatro subcategorías. En primer lugar, el autor se refiere a los servicios de función pública, dentro de los cuales incluye aquellos referidos a la infraestructura del Estado y que tienen carácter público (teléfonos, electricidad, transporte público, seguridad, educación, justicia). En el segundo grupo, se ubican los servicios de infraestructura empresaria, que consisten en asistencia financiera, asesoramiento jurídico, contable, administración, auditoría, resolución de conflictos, investigación de mercados, *marketing*, publicidad, seguridad industrial, servicios de desarrollo de tecnología (investigación, dise-

---

Desarrollo y Organización Mundial del Comercio, *Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios*, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington, 2003, p. 12.

<sup>22</sup> Santini, *I servizi...*, ob. cit., pp. 22-26.

ño), etc. Los servicios profesionales figuran en tercer lugar, incluyendo a los profesionales en sentido amplio (artistas, pintores, etc.). Finalmente, el autor hace referencia a los servicios prestados a consumidores, entre los cuales destaca la preparación de comidas, limpieza, lavandería, belleza, cine, esparcimiento, educación, seguridad habitacional, turismo, hotelería y los servicios públicos destinados al consumo final<sup>23</sup>.

En Venezuela Rodner destaca, desde un punto de vista restringido, la importancia que actualmente revisten ciertas categorías de servicios. Así, el autor refiere, en primer lugar, los servicios de comunicación, lo cual incluye telecomunicaciones (transmisión de sonidos, imágenes e informaciones); servicios postales y de correo privado. En segundo lugar menciona los servicios de computación e información, incluyendo procesamiento de datos, servicios de compartir horas de procesamiento, diseño e implementación de programas de computación. El entretenimiento figura en tercer lugar, incluyendo los servicios de recreación como venta de derechos de utilización de películas, programas musicales, etc. También destaca el autor la importancia de la transferencia de tecnología, quizás los más complejos de los servicios, y que generalmente forman parte integral de los flujos de capital a través de inversiones directas entre países en vías de desarrollo. La transferencia de conocimientos técnicos (*know-how*), derecho de uso de patentes, procesos industriales y procesos comerciales figuran entre las principales relaciones de este tipo. Finalmente, el autor menciona los contratos de construcción en todas sus modalidades, como el contrato “*llave en mano*” o “*producto en mano*”<sup>24</sup>.

Podríamos también recordar la clasificación intentada por la Organización de las Naciones Unidas, la cual distingue entre los servicios gubernamentales; los servicios sociales; los servicios a empresas (consejos jurídicos y fiscales, contabilidad, servicios técnicos, ingeniería, etc.); los servicios recreativos y los servicios personales (servicios domésticos, restaurantes, hoteles, lavandería, peluquería, etc.)<sup>25</sup>.

Refiriéndose particularmente a esta última enumeración, Grelon entiende que, en general, a pesar de la heterogeneidad que evidentemente caracteriza al sector, pueden verse tres elementos comunes en todas las actividades mencionadas. En primer lugar, puede afirmarse que todos los servicios comportan una

<sup>23</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Contratos. Parte especial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, T. II, pp. 12-13.

<sup>24</sup> Rodner, James Otis, Precios de transferencia, en: *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta*, Caracas, BACPS, 2000, pp. 117 ss., especialmente pp. 135-136.

<sup>25</sup> *Etudes Statistiques*, N° 4, serie M, Rev. 1, New York 58.

parte preponderante de valor agregado, por lo que los salarios son un elemento importante a considerar, al determinar los costos de producción. Este elemento, en opinión del propio autor, permite diferenciar los servicios de otras actividades propias del sector terciario, especialmente, de las actividades de distribución, a pesar de ser incluidas en algunas listas de servicios. En segundo lugar, Grelon destaca la instantaneidad del consumo del servicio, lo cual imposibilita, lógicamente, su almacenamiento. Finalmente, es común afirmar que las sociedades de consumo son “*sociétés de cerveaux*”, con lo cual se destaca la importancia de las inversiones intelectuales. Mas el propio Grelon no se muestra convencido de esto último. En su opinión –y así lo apreciamos en las diversas categorizaciones– a pesar de la importancia de los servicios intelectuales, no es menos cierto que los servicios materiales y, en especial los prestados a particulares, no requieren mayor inversión intelectual<sup>26</sup>. La heterogeneidad es, paradójicamente, la nota común.

En todo caso es fácil apreciar el vasto campo en el que nos movemos. Analicémoslo ahora desde el punto de vista jurídico para llegar así a una delimitación del concepto de servicio.

## 2. *Un concepto jurídico*

### a. El carácter residual del servicio. El servicio público

La definición jurídica del servicio suele partir, inevitablemente, de su concepto económico. Como consecuencia de ello, la mayoría de la doctrina inicia su análisis con una contraposición entre el servicio y el producto, asumiendo que, a semejanza de lo que ocurre en el terreno económico, en el mundo jurídico el servicio está revestido de cierto carácter residual. En efecto –y así lo entiende García-Pita y Lastres<sup>27</sup>– aunque la traducción jurídica de los fenómenos económicos pone de relieve que no existe plena coincidencia entre el concepto jurídico y el económico de la “*prestación del servicio*”; y, además, que la prestación de un determinado servicio puede ser alcanzada, muchas veces, por cauces jurídicos distintos, es inevitable caracterizar jurídicamente

<sup>26</sup> Grelon, Bernard, *Les entreprises de services*, Paris, Economica, 1978, p. 13.

<sup>27</sup> García-Pita y Lastres, J.L., El contrato mercantil de servicios, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997 I, pp. 291 ss., especialmente pp. 294-295. Santini también asume que la definición económica del servicio sólo cubre parcialmente la jurídica. Ver: Santini, *I servizi...*, ob. cit., p. 16.

al servicio a partir de su conceptualización económica. Esto no quiere decir, desde luego, que no se le haya mirado desde la perspectiva de conceptos eminentemente jurídicos.

Así, desde la óptica jurídica, la noción de servicio puede ser definida a través de dos acepciones. La primera, calificada como estática, concibe al servicio como una categoría de bienes, entendidos estos, en sentido global, como todas las cosas que pueden ser objeto de Derecho. Tomando como punto de partida la definición que de los bienes hace el artículo 810 del Código Civil italiano<sup>28</sup>, Santini observa que el servicio es una entidad perteneciente al patrimonio de una persona, susceptible de valoración económica y, consecuentemente, de entrar en el comercio. Los servicios son entonces, desde este punto de vista, objeto de apropiación e, incluso de posesión<sup>29</sup>. Sin embargo, entender el concepto de cosa en sentido tan amplio –estima acertadamente Aguilar Gorrondona– no resulta de ninguna utilidad, pues ya se dispone del concepto de objeto de derecho<sup>30</sup>. La actividad que caracteriza al servicio es objeto de derecho en el sentido que puede ser objeto de una relación jurídica, mas no puede por ello ser catalogada como una cosa.

La segunda acepción tiene más bien un carácter dinámico y pone énfasis en la actividad. Se define ahora al servicio con un cierto tinte negativo, al contraponer la obligación de hacer que supone la prestación del servicio, con la de dar generada en el intercambio de bienes. Esto no excluye que en la prestación del servicio pueda producirse la transferencia de propiedad de un bien, pero el elemento esencial ha de ser la prestación positiva de hacer<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Código Civil italiano, Art. 810: “*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”.

<sup>29</sup> Exterioridad y permanencia han de ser consideradas condiciones necesarias para permitir la apropiación del servicio, apropiación que puede ser directa o indirecta. Será directa tanto desde el punto de vista de la actividad –para un fondo de comercio el saber-hacer se convierte en un elemento esencial– como desde la perspectiva del resultado –piénsese en el resultado de una investigación. La apropiación será indirecta cuando no recae sobre la prestación sino sobre su ambiente material. Cuando los conocimientos e innovaciones no pueden ser protegidos de manera privativa por razones de oportunidad económica, pueden ser objeto de posesión; mas la posesión intelectual ni tiene un régimen jurídico propio ni conduce a la propiedad. La posibilidad de posesión depende de la utilidad económica y la existencia de un secreto. Pero además de objetos de apropiación, los servicios pueden ser entendidos como formas de apropiación; la multipropiedad y las sociedades de inversión de capital variable son buenos ejemplos de formas de apropiación colectiva, que facilitan el ejercicio de una propiedad que escapa a las dificultades de la indivisión. Desde el punto de vista de las formas individuales de apropiación, la locación de bienes técnicos y el trabajo temporal ejemplifican este fenómeno. Ver análisis expuesto brevemente en estas líneas en: Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 290-299.

<sup>30</sup> Aguilar Gorrondona, José Luis, *Cosas, bienes y derechos reales (Derecho civil II)*, Caracas, UCAB, Manuales de Derecho, 2ª ed. puesta al día, 1991, p. 12.

<sup>31</sup> En este sentido: Santini, *I servizi...*, ob. cit., pp. 16-18.

En todo caso, el servicio se ha desarrollado, básicamente, en el terreno del Derecho administrativo, en su forma de servicio público. En efecto, Auby y Ducos-Ader entienden que “*le service public, destiné à fournir des prestations sociales, à rendre des services au public, devient l’activité essentielle de l’Administration*”<sup>32</sup>. Mas los administrativistas parecen más interesados en desentrañar el adjetivo “*público*”, que en caracterizar el tipo especial de actividad que puede ser calificada como servicio.

Araujo-Juárez, por ejemplo, entiende que la noción de servicio público no se define, se constata, es una realidad. Su imprecisión –en opinión del autor– tiene su origen en la variedad de significados que han recibido los dos términos de la noción. Por una parte, “*servicio*” sugiere organización de medios, actividad o función –con lo cual, en nuestra opinión, se refuerza su carácter de obligación de hacer–; y, por otra, “*público*” se relaciona, para algunos autores, con la condición del sujeto titular del servicio (persona pública); para otra parte de la doctrina, tiene que ver con las facultades jurídicas empleadas para su funcionamiento (poder público); también se le puede concebir como el fin del servicio (fin público); el régimen jurídico al que se somete (Derecho público); o, finalmente, puede estar relacionado con los destinatarios o usuarios (el público). La ausencia de una definición clara ha llevado a la doctrina a descomponer el concepto en lo que el autor llama elementos modulares. Habría entonces un elemento orgánico referido a la titularidad pública; un elemento material o interés público; y un elemento formal, que es el régimen jurídico exorbitante<sup>33</sup>.

Por su parte, Lares Martínez se arriesga, de entrada, definiendo al servicio público como “*toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico deba ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general*”, para luego detenerse en el análisis de sus características –las cuales coinciden, parcialmente, con los elementos modulares de Araujo-Juárez–, mas conformándose con mencionar que “*la noción originaria o fundamental del servicio público lo presenta como actividad o tarea emprendida por las entidades públicas*” y caracterizada por la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Auby, Jean-Marie et Robert Ducos-Ader, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris, PUF, 1969, p. 22.

<sup>33</sup> Araujo-Juárez, José, *Manual de Derecho de los servicios públicos*, Caracas, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2003, pp. 70-78.

<sup>34</sup> Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho administrativo*, Caracas, FCJPUCV, 11ª ed. revisada y puesta al día, 1998, pp. 232 ss.

En efecto, el análisis de la noción de servicio público se limita a la caracterización del mismo como una actividad<sup>35</sup>, un hacer. Mas nuestro problema es, justamente, determinar la naturaleza y características de aquellas actividades que pueden ser calificadas como servicios. Dentro de la doctrina venezolana, hemos de destacar la opinión de Peña Solís, quien haciendo énfasis, justamente, en la prestación, afirma que, con el servicio público, la Administración se obliga a un hacer –catalogado por el autor como mayoritariamente material–, de manera que lo importante es la actividad. Cuestión que, en opinión del propio autor, diferencia el concepto del servicio público de aquel que se origina en los procesos de liberalización, aunque ambos continúen unidos por un elemento teleológico que es la satisfacción de necesidades colectivas, por ello la Administración interviene, de manera de garantizar que el servicio se cumpla<sup>36</sup>.

No se ignore, además, la fuerte tendencia hacia la privatización de los servicios públicos, lo cual se traduce en una marcada injerencia de normas de Derecho privado en su regulación y la inevitable participación de personas, naturales o jurídicas, de carácter privado, lo que vendría, en cierto modo, a afectar su carácter público, adjetivo en el cual se ha centrado el Derecho administrativo. En todo caso, ni el Derecho administrativo, ni su noción estelar, contribuyen a dar una definición precisa al servicio, más allá del reconocimiento de la preponderancia de las obligaciones de hacer.

## b. Caracterización del servicio

Para caracterizar el servicio, podemos en un primer momento afirmar –ya lo hemos admitido con Lovelock– que el producto es generalmente caracterizado

<sup>35</sup> Bielsa, por ejemplo, parte de un concepto lato de servicio, definiéndolo como una actividad, pública o privada, regulada por la Ley con el objeto de satisfacer necesidades colectivas, para luego confesar su insuficiencia. El autor distingue entonces entre el servicio público propio y el servicio público impropio, entendido el primero como el prestado directamente por el Estado o su concesionario, y el segundo como aquel que satisface en forma más o menos continua necesidades colectivas, sin ser prestado por el Estado, quien se limita a regularlo. Haciendo énfasis en el adjetivo “público”, el autor se inclina por la definición del servicio público directo y entiende que el servicio público es toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada por el poder de policía. Para satisfacer el interés público –añade Bielsa– el servicio público debe ser general, uniforme, continuo y regular. Ver: Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 1980, T. I, pp. 458-467.

<sup>36</sup> La erogación de una prestación material positiva, generalmente “*uti singuli*”, por cuanto está destinada a personas determinadas, es –en opinión de Peña Solís– un elemento del concepto de servicio público tradicional; mas no lo es, en cambio, del concepto surgido en el proceso de liberalización, dada la posibilidad de su prestación en masa. Ver: Peña Solís, José, *Manual de Derecho administrativo*, Caracas, TSJ, Colección Estudios Jurídicos N° 9, 2006, T. 3, p. 329.

como tangible, mientras que a éste se le atribuye un carácter inmaterial<sup>37</sup>. La intangibilidad del servicio suele ilustrarse a través de las palabras de Hill, para quien “*a service may be defined as a change in the condition of a person, or of a good belonging to some economic unit, which is brought about as the result of the activity of some other economic unit with the prior agreement of the former person or economic unit*”<sup>38</sup>. En efecto, constituyendo el servicio una actividad humana en favor de otro, el mismo se caracteriza por su falta de existencia material al momento de realización de la prestación, lo cual lo distingue del producto, cuya existencia es materialmente independiente de la realización de la conducta de dar<sup>39</sup>.

No obstante su general aceptación como característica del servicio, no falta quien afirme, con razón, que no todos los servicios son intangibles. López Escudero, por ejemplo, estima que si bien la intangibilidad se encuentra en la mayor parte de los servicios —es el caso del turismo, el transporte, los servicios financieros o profesionales— y suele generar una estrecha relación entre el servicio y la mercadería con la que se vincula, la cual adquiere un valor añadido por el servicio en cuestión —pensemos en la investigación y el desarrollo tecnológico o la publicidad— no todos los servicios son intangibles, pues algunos se plasman en un elemento material, es el caso de la construcción, la cinematografía, la programación informática. Estos servicios tienen, en opinión del autor, características bien similares a las de las mercaderías<sup>40</sup>.

En todo caso, como consecuencia de la intangibilidad, se afirma que los servicios no son transportables ni almacenables; además su producción y consumo son simultáneos. Esto último implica, a su vez, que sea necesario un contacto directo entre el proveedor del servicio y el usuario<sup>41</sup>. Schwamm

<sup>37</sup> Oliver, Peter, Goods and services: two freedoms compared, en: *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruselas, Bruylant, 1999, T. II, pp. 1377 ss., especialmente p. 1378. Para llegar a tal conclusión, Oliver se basa en el artículo 60 del Tratado de Roma de Constitución de la Comunidad Europea.

<sup>38</sup> Hill, T.P., On goods and services, en: *Review of Income and Wealth*, 1977, N° 4, pp. 315 ss., especialmente p. 318.

<sup>39</sup> Trigo García, María Belén, *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, Comares, 1999, p. 175. En sentido similar se pronuncia Rodner, para quien los servicios “*no tienen una representación material*”. Ver: Rodner, Precios de transferencia..., ob. cit., pp. 134-135.

<sup>40</sup> López Escudero, Manuel, *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 23. Schwamm y Merciai comparten este planteamiento y lo ejemplifican afirmando que si bien un concierto de música puede ser considerado como un producto inmaterial, el resultado de una operación quirúrgica es un bien material. Además estiman, con razón, que el límite entre lo material y lo inmaterial es difícil de determinar. Ver: Schwamm, Henri y Patricio Merciai, *Les entreprises multinationales et les services*, Genève, Dossier de l’Institut de Recherche et d’Information sur les Multinationales, 1985, p. 11.

<sup>41</sup> López Escudero, *El comercio internacional...*, ob. cit., p. 23.

y Merciai desestiman la pretendida imposibilidad de almacenar el servicio, asegurando que gran cantidad de los mismos reposa sobre un gasto de conocimiento que ha sido previamente depositado. Piénsese en el informe de un abogado, en la consulta de un médico, en la prestación de un ingeniero o de un chofer de taxi. En todos estos casos, conocimientos e informaciones han sido previamente estudiados y memorizados y se encuentran incorporados a la persona que presta el servicio<sup>42</sup>.

También se ha afirmado que el servicio está diseñado para satisfacer las necesidades de un usuario concreto; y el producto se suministra fundamentalmente en masa, sin tomar en consideración las exigencias concretas de un consumidor final, característica que añade al comercio de productos el problema propio de la contratación en masa<sup>43</sup>. A su vez, este necesario contacto directo entre el prestador de servicios y el usuario es, justamente, una consecuencia lógica del carácter intangible del servicio y de su imposibilidad de almacenamiento y transporte.

Admitiendo la necesidad de contacto directo, ha de considerarse que las diferencias culturales, idiomáticas y de comunicación pueden traducirse en serias dificultades para la prestación del servicio. Tras sopesar estas diferencias, López Escudero, reforzando el necesario contacto entre el suministrador y el consumidor, entiende que las nuevas tecnologías y la reducción de costos del transporte y las comunicaciones reducen los obstáculos y favorecen las transacciones, incluso internacionales, de los servicios<sup>44</sup>.

Todas estas características son –según Trebilcock y Howse– consecuencia del afán de enfatizar la diferencia entre bienes y servicios. En opinión de estos autores, la intangibilidad, el carácter no duradero o transitorio y la noción de que, a diferencia de los bienes, en los servicios producción y consumo se dan simultáneamente, presentan excepciones. No podría decirse de manera absoluta que el proyecto de un ingeniero o de un arquitecto sea intangible. En relación con la transitoriedad afirman, citando a Nicolaidis, que una operación bancaria puede demorar más que el consumo de un helado. Tampoco podría decirse que siempre producción y consumo sean simultáneos, afirmación que ejemplifican a través de ciertos programas de televisión<sup>45</sup>.

A pesar de las críticas, lo cierto es que sobre la base de estas características –intangibilidad, imposibilidad de almacenamiento y transporte, producción y

<sup>42</sup> Schwamm y Merciai, *Les entreprises multinationales et les services...*, ob. cit., p. 12.

<sup>43</sup> Véase en este sentido: Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 3-4.

<sup>44</sup> López Escudero, *El comercio internacional...*, ob. cit., p. 24.

<sup>45</sup> Trebilcock, Michael J. y Robert Howse, *The regulation of international trade*, London and New York, Routledge, 2<sup>nd</sup> ed., 1999, 3<sup>th</sup> reimp., 2002, p. 272.

consumo simultáneos y prestación individualizada— se ha delimitado la noción de las obligaciones de hacer que pueden ser calificadas como servicios. Adicionalmente, éstas han servido para divorciar esta noción de la de producto.

Justamente, la especificidad de la prestación de servicios frente al producto ocasionó su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva europea sobre la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos, de 25 de julio de 1985<sup>46</sup>. Los redactores de Directiva entendieron que la misma tenía por fundamento la protección de los consumidores en una sociedad de producción en masa, situación que no se presenta en el caso de los servicios, pues en ellos, generalmente, existen relaciones contractuales directas y fácilmente identificables entre el prestador del servicio y el usuario<sup>47</sup>.

En tal sentido, De Ángel Yagüez ha sistematizado los principales argumentos utilizados por la doctrina, para justificar la exclusión de los servicios del ámbito de aplicación de la citada Directiva. En primer lugar, afirma el autor, una diferencia relevante entre el fabricante de bienes y el prestador de servicios radica en que, generalmente, el segundo está contractualmente vinculado con el receptor de la prestación, fenómeno que no se aprecia en el caso de los productos; en segundo lugar, la extrema variedad y diversidad de actividades que suelen calificarse como servicios dificulta el establecimiento de reglas generales; en tercer término, la prestación de un servicio no comporta, de ordinario, los problemas de seguridad del consumidor que tanta importancia han tenido en el nacimiento y desarrollo del concepto de responsabilidad del fabricante; finalmente, en los casos de servicios prestados a empresas, las técnicas elaboradas en función de la protección de intereses económico-patrimoniales de los consumidores no parecen adecuadas para una correcta solución de los problemas<sup>48</sup>.

### c. Diferencias básicas con el producto. Obligaciones de hacer. Integración y materialización del servicio

Todas las caracterizaciones referidas demuestran, ciertamente, el afán por establecer una diferenciación estricta entre la prestación de servicios y la comercialización de productos. Así, hemos reseñado *supra* la separación entre

<sup>46</sup> Ver texto en: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=115911:cs&lang=es&list=330247:cs,115911:cs,&pos=2&page=1&nb=2&pgs=10&hwords=productos%20defectuosos-responsabilidad-&checkte xte=checkbox&visu=#texte>

<sup>47</sup> Markovits, Yvan, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, Collection Droit Privé, T. 211, 1990, p. 174.

<sup>48</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, La responsabilidad civil de los suministradores, en: *Estudios de Deusto*, julio/diciembre 2004, Vol. 52/2, pp. 11 ss., especialmente p. 18.

estas dos nociones por lo que respecta a la intangibilidad, a la imposibilidad de almacenamiento y transporte y a la simultaneidad de prestación y consumo. Veamos ahora la separación, desde una óptica eminentemente jurídica.

Jurídicamente, lo que caracteriza al servicio es la existencia de una prestación de hacer, produciendo, consecuentemente, derechos de crédito; al contrario de lo que ocurre con las transacciones que tienen por objeto un producto y que son constitutivas de obligaciones de dar, en consecuencia potencialmente generadoras de derechos reales<sup>49</sup>. En tal sentido, resulta útil la tesis de Savatier<sup>50</sup>. Recordemos que el maestro francés introduce la noción de “*vente de services*”, y sin detenerse mucho en la propia noción de servicio, para la cual simplemente acepta los conceptos más frecuentes de los economistas, delimita el ámbito de los servicios a través de conceptos jurídicos claros<sup>51</sup>. Toda obligación de hacer, de origen contractual, prestada de manera independiente y no gratuita, constituye un servicio, en opinión de Savatier.

De esta forma, partiendo de una distinción de los actos jurídicos, entre aquellos que entrañan la transferencia de un derecho real y los que no, los servicios se ubicarían en la segunda categoría. Tal afirmación nos lleva a preguntarnos si, en efecto, todas las obligaciones de hacer son servicios, o si se impone una delimitación de las mismas. Grelon se pronuncia por la segunda posibilidad, pues en su opinión, una definición concreta, además de evitar los problemas de dispersión, se puede ampliar con mayor facilidad de la que se puede restringir una noción excesivamente extensa y, por ello, menos homogénea<sup>52</sup>.

Para semejante delimitación han de ser consideradas las demás características que, al acompañar a la obligación de hacer, permiten ubicar al operador jurídico frente a un servicio. En efecto, Savatier entiende también que “*les services se consomment par leur délivrance même, tandis que les choses demeurent quand elles sont vendues*”. La entrega de un servicio sólo deja en manos del comprador el beneficio de ese servicio<sup>53</sup>. En el ámbito de la empresa, quien presta un servicio aporta un *know-how*, con la particularidad de que lo hace a un menor costo que el que tendría quien lo recibe si lo hace por sus propios medios. Esto dibuja –en opinión de Lorenzetti– una brecha tecnológica, aunque no económica, entre el prestador del servicio y el usuario<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Rossi, P., *Les services: notion économique et juridique*, en: *Diritto Commerciale e degli Scambi Internazionale*, 1985, pp. 563 ss., especialmente p. 564.

<sup>50</sup> Savatier, Rene, *La vente des services*, en: *Dalloz Chronique*, 1971, pp. 223 ss., especialmente p. 223.

<sup>51</sup> Así son calificados en: Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., p. 10.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>53</sup> Savatier, *La vente des services...* ob. cit., p. 231.

<sup>54</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Contrato de obra y servicios*, en: Lorenzetti, Ricardo Luis y Cláudia Lima Marques, *Contrato de servicios a los consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 103 ss., especialmente p. 124.

Aunque tradicionalmente aceptada, pueden registrarse, sin embargo, posiciones adversas a esta separación. Por ejemplo, Greenfield se muestra contrario a esta ya clásica dicotomía, pues en su opinión, aunque bienes y servicios estén conceptualmente separados, se trata de nociones interdependientes. De hecho, no puede ser producido un servicio sin una previa inversión en bienes de capital. En su opinión, existe toda una gama de bienes de capital requeridos para producir servicios, siendo su presencia escasa en algunos casos (la caja de zapatos del limpiabotas) y considerable en otros (edificaciones y equipos para hospitales). Así, la demanda de maestros no puede satisfacerse sin la previa construcción de escuelas; la de odontólogos no puede satisfacerse sin previa inversión en oficinas y equipo dental; el servicio mecánico no puede prestarse sin previa inversión en locales, herramientas y otros equipos; la demanda de servicios de transporte no se satisface sin previa inversión en vehículos; y, finalmente, puede decirse que la demanda por los servicios de abogados, arquitectos, ingenieros, contadores y otros asesores de negocios no puede ser satisfecha sin previa inversión en instalaciones de educación especializada, en libros, computadoras y tecnología asociada<sup>55</sup>.

Ciertamente, muchos servicios son tradicionalmente considerados como funciones integradas en la producción de bienes. Trebilcock y Howse ejemplifican tal afirmación a través del almacenamiento de datos y los diseños de ingeniería<sup>56</sup>. Incluso, algunos servicios son integrados al propio bien, tanto desde el punto de vista técnico, como desde el punto de vista jurídico<sup>57</sup>. Así, los servicios jurídicamente integrados son consecuencia de la nueva estructura del contrato de compraventa, es decir, la transferencia de la propiedad no es el único objeto de este tipo contractual; el mantenimiento y la eventual reparación del bien tienden a convertirse en prestaciones esenciales del contrato y, por supuesto, entra en juego toda la gama de servicios preventa que incluyen el consejo, tanto en la elección como en la utilización y el servicio postventa, relacionado con todas las garantías que han de ofrecer tanto el fabricante como el vendedor. La integración técnica, por su parte, refuerza la necesidad de entender que la prestación del servicio es un complemento indispensable a la transferencia de propiedad en el contrato de venta.

La materialización del servicio vendría también a dificultar su diferenciación con respecto a los productos. En efecto, desde el punto de vista económico,

---

<sup>55</sup> Greenfield, Harry, A note on the goods/services dichotomy, en: *The Services Industries Journal*, 2002, Vol. 22, N° 4, pp. 19 ss., especialmente pp. 20-21.

<sup>56</sup> Trebilcock y Howse, *The regulation of international trade...*, ob. cit., p. 270.

<sup>57</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 59-76.

ha de observarse que la producción en masa dentro del sector terciario –afirma acertadamente Trigo García– hace que el servicio homogéneo, repetitivo y previsible, se aproxime al producto, desdibujando la línea que separa ambas nociones, de manera que hoy día se habla de “venta del servicio”, mas no en el sentido de venta de la actividad como lo entendió Savatier, sino más bien de venta del servicio en sí mismo<sup>58</sup>.

Tal característica se acentúa cuando, como consecuencia de la industrialización, el trabajo humano es sustituido por el trabajo mecánico. Grelon entiende que la materialización ocurre, principalmente, por dos causas, a saber, puede desaparecer el servicio y ser sustituido por el producto o, puede desaparecer el prestador al ser reemplazado por una máquina<sup>59</sup>. El primer supuesto concierne, esencialmente, a los productos técnicamente simples y de poco valor en el mercado; la lencería, el vestido, los relojes, bolígrafos, neumáticos, etc., podrían usarse como ejemplos. En el segundo supuesto, el servicio es prestado por una máquina y su auge se debe a los bajos costos de la utilización de la misma y a la exclusión de las normas laborales en tales casos<sup>60</sup>. El autoservicio se menciona como primer ejemplo; en él, el servicio es simplificado y puesto en manos del cliente, quien lo ejecutará como una condición de la aceptación de la oferta; pensemos en la función del cliente en los hipermercados, cuyo único contacto con el prestador se da al momento del pago. La distribución automática es el segundo caso; pensemos en la venta de boletos de transporte a través de una máquina, en los servicios de los cajeros automáticos, sin dejar de mencionar las cada vez más numerosas transacciones bancarias llevadas a cabo por el propio usuario a través de Internet.

#### d. Actividades que participan de ambas calificaciones

Ha de considerarse, sin embargo, que existen ciertas actividades en las cuales la diferenciación resulta sumamente difícil en razón de la naturaleza “híbrida” que las caracteriza. La importancia de determinar la esencia de estas operaciones viene dada por el diferente régimen de responsabilidad al cual podrían verse sometidos los casos de servicios y productos.

<sup>58</sup> Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., p. 173.

<sup>59</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 59-76.

<sup>60</sup> “L’industrialisation, remplacement du travail humain par du travail mécanique, gagne massivement le secteur des services, témoin la substitution des machines aux services. Cette mécanisation des services conduit inévitablement à leur dépersonnalisation et à une véritable automatisation des rapports contractuels”. Ver: Markovits, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985...*, ob. cit., p. 178.

Es en la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos e Inglaterra donde se ha desarrollado principalmente esta figura conocida como *hybrid transaction*<sup>61</sup>, presentada de manera especial en los contratos de obra y materiales (*work and materials*). En Inglaterra, por ejemplo, la jurisprudencia desarrolló dos métodos para calificar estos casos como producto o como servicio. Así, se hace referencia, en primer término, al *essence test*, a través del cual se busca determinar, entre el elemento trabajo y el elemento material, aquel que constituya la esencia del contrato. En segundo término, encontramos la *english rule*, regla que busca determinar si el resultado del trabajo consiste en bienes tangibles susceptibles de ser objeto de contratos de compraventa, o bienes intangibles. Ambos criterios se desarrollan en un ámbito demasiado específico –Ley de fraudes– como para ser objeto de una interpretación extensiva que permita su generalización.

En Estados Unidos, por su parte, el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement on Torts* aportan sus propios criterios de distinción. El primero, en su sección 2, se refiere al *predominant purpose test*, según el cual ha de determinarse si el propósito principal del contrato es la adquisición de un bien o un servicio, teniendo en cuenta la intención de los contratantes. Añade el *component test* en el cual, en cambio, lo importante no es la intención de las partes, sino más bien los elementos del contrato, y la posibilidad de separar el componente producto, del componente servicio<sup>62</sup>.

En el marco del *Restatement*, el punto de partida es la noción de “*profesional*”, calificación que recae sobre aquellos que ejercen continuamente juicios intelectuales, es decir, atribuidos a un alto logro intelectual, en la realización de sus obligaciones y cuyos clientes confían en tal juicio. A estos contratos de servicios profesionales se contraponen los que constituyen servicios comerciales; resultando los primeros dentro del ámbito del servicio, mientras los segundos son englobados en la normativa sobre productos<sup>63</sup>.

Veamos ahora los intentos del legislador, tanto a nivel supranacional como a nivel estatal, por delimitar el concepto de servicio, para luego analizar la situación del Derecho venezolano.

<sup>61</sup> En Estados Unidos se reconoce como caso emblemático de las *hybrid transactions* al pleito *Newmark c. Gimbel's Inc.*, decidido por el Tribunal Supremo de New Jersey en 1969. En este caso, la demandante había sufrido quemaduras durante la aplicación de un tratamiento para el cabello; un dermatólogo informó que la dermatosis contraída fue consecuencia de la aplicación de una solución para permanente. El tribunal calificó la actuación de la demandada como un servicio y no como un producto. Referencia tomada en De Ángel Yáguez, *La responsabilidad civil del suministrador...*, ob. cit., p. 21, nota 14.

<sup>62</sup> Referencias tomadas de Palao Moreno, Guillermo, *El régimen jurídico de la responsabilidad derivada de servicios en Derecho internacional privado*, Tesis doctoral, Valencia, 1994, p. 63-66.

<sup>63</sup> Brook, S., *Sales-service hybrid transactions: a policy approach*, en: *Southwestern.L.J.*, 1974, pp. 575 ss., especialmente p. 585.

### 3. Un aporte de la codificación

Gran parte de los textos que, a nivel convencional, se ocupan de definir lo que ha de entenderse por servicio, lo hacen partiendo del concepto económico y, en la mayoría de los casos, en el marco de esquemas de liberalización del sector terciario. En todo caso, veamos algunos ejemplos que pueden contribuir con nuestra conceptualización.

En el ámbito europeo, el Tratado de Roma sobre Constitución de la Comunidad<sup>64</sup>, en su artículo 50, asume una definición negativa del servicio. En tal sentido, el citado instrumento entiende que “...se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales”.

La doctrina ha afirmado que esta definición es excesivamente amplia<sup>65</sup>, mas tal amplitud se justifica por ser el ámbito de los servicios, el receptáculo de todas las actividades no cubiertas por el resto de las reglamentaciones del Tratado de Roma<sup>66</sup>. Por ello, no se ha dudado en calificar a los servicios como una categoría residual, un *fourre-tout* que dificulta considerablemente todo esfuerzo de sistematización<sup>67</sup>.

Igualmente, de la referencia expresa del propio Tratado a las actividades industriales, comerciales, artesanales y profesionales, puede inferirse el carácter eminentemente de empresa que reviste la noción de servicio y su susceptibilidad para ser valorada económicamente, lo cual excluye los servicios de carácter laboral<sup>68</sup>. El Tratado también excluye, en su artículo 61,1, el transporte, la banca

<sup>64</sup> *Diario Oficial N° C325*, 24/12/2002, en: [http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C\\_2002325ES.003301.html](http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html)

<sup>65</sup> Grelon estima que la amplitud de esta definición la acerca a la noción de los economistas. Por lo que el propio autor propone algunas precisiones. En primer lugar, estima que las actividades de distribución que implican una circulación de mercaderías y que ocupan un lugar importante en el sector terciario, no son servicios. Tampoco lo son las operaciones de crédito. Sin embargo, entiende que la redacción del artículo 60, que demuestra la voluntad de comprender en su ámbito un ensamblaje de actividades económicas y de tratar a los servicios como “*le reliquat des autres échanges*”, conduce a pensar que estas operaciones pueden ser asimiladas a los servicios, con lo cual la noción de servicio se hace más extensiva y más heterogénea. Ver: Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., p. 9.

<sup>66</sup> Everling citado en Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob. cit., p. 19.

<sup>67</sup> Schwamm y Merciai, *Les entreprises multinationales et les services...*, ob. cit., p. 11; Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., p. 7.

<sup>68</sup> En este sentido: Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob.cit., p. 20.

y los seguros; tres sectores que, a pesar de encajar en la definición del artículo 60 *eiusdem*, están sometidos a una regulación especial en el ámbito europeo.

También en el ámbito europeo, ha de considerarse el artículo 4,1 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>69</sup>, según el cual, servicio es “*cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración*”. En los considerandos de la Directiva se añade que a los fines de la “*la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios*” debe tratarse de actividades que “*estén abiertas a la competencia*”. Tal delimitación obedece a que no debe obligarse a los Estados miembros “*ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución*”.

En relación con la Ronda Uruguay, el artículo 1 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), norma que califica los términos a ser utilizados por el tratado, entiende que el término “*servicios*” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales (Art. I, 3, b); estos últimos comprenden “*todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores*” (Art. I, 3, c); es el caso de los sistemas de seguridad social, sanidad o educación. Esta definición, a todas luces tautológica y poco clara, nada aporta a nuestro intento de dar contenido a la expresión servicio, pues se lo define de forma bastante abstracta, mezclando en un mismo grupo, actividades económicas de carácter heterogéneo, con la única nota común de la naturaleza comercial de las operaciones y su prestación en condiciones de concurrencia. Sin embargo, como en el ámbito de este Acuerdo constituye un punto primordial la internacionalidad del servicio, es a este elemento al que se le da relevancia.

En sentido similar, el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur, de 15 de diciembre de 1997<sup>70</sup>, establece en su artículo II,3

<sup>69</sup> “El objetivo de la presente Directiva es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre Estados miembros y no armonizar el Derecho penal ni menoscabarlo. No obstante, los Estados miembros no deben tener la posibilidad de restringir la libre prestación de servicios mediante la aplicación de disposiciones de Derecho penal que afecten concretamente al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio eludiendo las normas establecidas en la presente Directiva”. En: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=438227:cs&lang=es&list=438360:cs,43827:cs,428802:cs,425611:cs,425159:cs,418543:cs,412524:cs,405632:cs,402216:cs,392670:cs,&pos=2&page=1&nbl=47&pgs=10&hwords=servicios~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

<sup>70</sup> [http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/montevideo/pmontevideo\\_s.asp#PREÁMBULO\\_\\_](http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/montevideo/pmontevideo_s.asp#PREÁMBULO__)

que “*A los efectos del presente Protocolo: b. el término ‘servicios’ comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales; c. un ‘servicio prestado en ejercicio de facultades gubernamentales’ significa todo servicio que no se preste en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios prestadores de servicios*”<sup>71</sup>. Podemos, en todo caso, reproducir aquí los comentarios que hemos hecho a la definición del GATS.

En el ámbito de la Comunidad Andina, el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios contenido en la Decisión 439 de 11 de junio de 1998<sup>72</sup>, nada expresa, en su artículo 2 –disposición encargada de la definición de los términos utilizados en ese cuerpo normativo– sobre el contenido que debe darse a una actividad para ser considerada como un “*servicio*”. Tal norma se limita a definir lo que, en su contexto, ha de entenderse por comercio de servicios; medidas; medidas adoptadas por los países miembros que afecten el comercio de servicios; presencia comercial; servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales y suministro de servicios. Sin embargo reconoce, en uno de sus considerandos, “*Que los servicios constituyen un componente esencial del intercambio comercial de bienes, transferencia de tecnologías, así como de la circulación de capitales y personas al interior de la Subregión, vinculadas a la prestación de los servicios*”, con lo cual deja entrever la función que ha de tener el servicio, haciendo énfasis en los servicios integrados a los bienes.

Quizá, en el marco de la codificación convencional, la definición más útil a los efectos de este trabajo es la contenida en la Propuesta de Directiva sobre la Responsabilidad del Prestador de Servicios, elaborada en la Unión Europea<sup>73</sup>. Este instrumento normativo define “*servicio*”, en su artículo 2,1, como “*cualquier prestación realizada a título profesional o de servicio público, de forma independiente, a título oneroso o no, que no tenga por objeto directo y exclusivo la producción de bienes o la transferencia de derechos reales o de propiedad intelectual*”.

<sup>71</sup> Ya en la Resolución 123/96 se reconoce la dificultad para definir al servicio. Allí simplemente se establece “*Servicio: Las precisiones sobre el concepto de servicios continuarán siendo objeto de armonización por los Estados partes*”. Ver: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>

<sup>72</sup> Véase: <http://www.comunidadandina.org>

<sup>73</sup> El primer proyecto se aprobó en Bruselas el 08 de noviembre de 1989 (Doc. SER-8-11:XI/403/89), fue luego reformado en 1990 y 1991; mas ante las frecuentes críticas, la Comisión decidió retirarla (Comunicación de la Comisión COM [94] 260 final, 23/06/1994). A finales de 2006, la Directiva estaba siendo nuevamente discutida, sin éxito, por el Parlamento Europeo.

Sin embargo, los comentaristas de la Propuesta estiman que esta norma contiene una definición clásica, negativa, que no introduce elementos innovadores con respecto a la tradicional distinción entre fabricación de bienes y prestación de servicios, en otras palabras, entre transmisión de derechos reales y transmisión de derechos de crédito. Mas paralelamente se admite que no existe, en los Derechos estatales europeos, una definición clara, positiva y general del servicio. En todo caso, esta definición se caracteriza por establecer, en primer lugar, una igualdad de tratamiento entre prestadores públicos y privados; en segundo lugar, la prestación del servicio es calificada como independiente; el carácter oneroso o gratuito es irrelevante; y, finalmente, se incluyen prestaciones de servicios anexas a la fabricación de bienes o transferencia de derechos reales<sup>74</sup>.

En efecto, el objetivo fundamental de esta calificación del término servicio, según se reconoce en el Dictamen del Consejo sobre la Responsabilidad del Prestador de Servicios, es dejar clara la distinción entre la prestación de servicios y la transmisión de derechos reales sobre bienes o productos; además se destaca su carácter global, puesto que incluye todas las prestaciones anexas que no tienen por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes o la transferencia de derechos reales<sup>75</sup>.

A pesar de aceptar su aplicación a los servicios públicos, la Propuesta de Directiva, en su artículo 2,2, excluye aquellos “*destinados a mantener la seguridad pública*”. Tampoco resultará aplicable, de acuerdo con la misma norma, “*a los viajes combinados ni a los servicios relacionados con los residuos*” y el aparte 3 del mismo artículo también excluye “*los daños cubiertos por regímenes de responsabilidad sujetos a convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Comunidad*”.

Incluso la doctrina ha formulado supuestos que escaparían al ámbito de aplicación de la Propuesta. Así, se excluye a los actos no idóneos para producir un daño al consumidor o a sus bienes, dado que la misma está dirigida a regular la responsabilidad civil de los prestadores de servicios. Por esta razón –se ha sostenido– pueden excluirse los servicios suministrados por profesionales liberales no susceptibles de causar daños a la integridad física de personas o bienes, tal es el caso de los abogados o los asesores fiscales<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Bourgoigne, Thierry et Françoise Maniet, La proposition de Directive CEE sur la responsabilité du prestataire de services : les raisons, le fondement et le contenu de l’initiative communautaire, en: *Consumation. La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé. Une proposition de Directive européenne* (Edit. N. Frassel), Louvain-la-Neuve, Centre de Droit de la Consommation, Université Catholique de Louvain, Académie Bruylant, 1992, pp. 9 ss., especialmente p. 15.

<sup>75</sup> DOCE N° C 269/40 de 14/10/1991, p. 18.

<sup>76</sup> Alpa, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, (Trad. J. Espinoza Espinoza), Perú, Gaceta Jurídica, 2001, p. 447.

En todo caso, esas exclusiones están dirigidas a delimitar el concepto de servicio, mas no han desterrado la excesiva amplitud y la poca claridad de la definición de la Propuesta, instrumento entre cuyos pecados se cuenta el no referirse a lo que ha de entenderse por los términos “*profesional*” e “*independiente*”<sup>77</sup> –naciones que lucen fundamentales para entender la norma– de manera que, y así lo ha entendido el *European Consumer Law Group*, en esta definición cabe cualquier operación diferente del suministro de bienes o tierra.

#### 4. *El caso venezolano*

En el Derecho venezolano el panorama es poco claro. Tal como analizaremos más adelante, nuestro Código Civil no se ocupa directamente del tema, conformándose –bajo el título “*De la prestación de servicios*”– con remitir lo concerniente a la relación de trabajo al ámbito de aplicación del Derecho laboral (Art. 1.629 CCV) y regulando al contrato de obras, con especial inclinación hacia el contrato de construcción (Arts. 1.630-1.648 CCV); sin embargo, debemos referir dos textos normativos a partir de los cuales podremos llegar a construir una noción de servicio válida, no sólo a los efectos de este trabajo, sino también a los efectos del sistema venezolano. Nos referiremos así a al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios<sup>78</sup> y a la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado<sup>79</sup>.

En primer lugar, debemos considerar el aporte del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios. Este instrumento normativo no define lo que ha de entenderse por servicio; sin embargo, podemos tratar de extraer algunas de sus características a partir de las calificaciones de los términos que el mismo contiene. En tal sentido, su artículo 4 dispone que “*Para los efectos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se considerará: Persona: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final*”.

Antes de volver a la construcción de nuestra noción de servicio, debemos hacer notar que, a diferencia de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario

<sup>77</sup> Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob.cit., p. 24.

<sup>78</sup> Ver referencia en la nota 11.

<sup>79</sup> G.O. N° 38.435, 12/05/2006.

derogada<sup>80</sup>, el Decreto Ley pretendió eliminar la diferencia entre consumidores y usuarios. En efecto, la Ley derogada distinguía al consumidor del usuario, entendiendo al primero como “*toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final*” y al segundo como “*toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final*” (Art. 4)<sup>81</sup>. Insistimos, no obstante, en que sólo se pretendió terminar con la distinción, pues el propio Decreto Ley sigue utilizando la terminología clásica a lo largo de su texto<sup>82</sup>.

Ahora bien, resulta interesante, en relación con la usual exclusión de los servicios prestados a título gratuito de la noción general de servicio desde los tiempos romanos, que si bien la norma contenida en el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995<sup>83</sup> incluía tal característica, la misma desapareciese de la normativa venezolana desde la Ley de 2004. De acuerdo con la norma de 1995 “*se considerarán consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen*” (resaltado nuestro).

En el artículo 4 del Decreto Ley vigente se nota que el legislador prefirió hacer hincapié, más bien, en el destino final del servicio. Llama la atención, no obstante, que haya desaparecido la última parte del artículo 4 de la Ley derogada, norma que excluía de su ámbito de aplicación aquellos negocios jurídicos realizados por “*...personas naturales y jurídicas que, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización...*”, pues los intermediarios estarían más cerca de ser proveedores de servicios que usuarios de los mismos. Por otra parte, el propio artículo 3 califica como relaciones de consumo aquellos negocios jurídicos celebrados entre las “*personas*”, con lo cual pareciera incluir dentro del ámbito de aplicación del Decreto Ley las actividades de intermediación excluidas expresamente en la Ley derogada. Nosotros no creemos que el destino final haya dejado de ser un

<sup>80</sup> G.O. 37.390, de fecha 04/05/2004.

<sup>81</sup> Es evidente que al desecharse tal distinción, ya no estarían excluidas las personas jurídicas de la posibilidad de ser calificadas como consumidores. Exclusión que, en nuestra opinión, no fue consciente, pues tan destinatario final puede ser una persona jurídica de un producto como de un servicio. En tal sentido, las legislaciones de Argentina, Brasil, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay, incluyen a las personas jurídicas en su noción de consumidor.

<sup>82</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 32, 37, 50, 70, 79 y 146 del Decreto Ley.

<sup>83</sup> G.O. Ext. N° 4.897, 17/05/1995.

factor fundamental en la caracterización de la relación de consumo, pues el propio Decreto Ley al calificar a estos sujetos en el artículo 4 se refiere a este elemento<sup>84</sup>.

Tampoco al definir a los proveedores se hace referencia a la onerosidad. Así, proveedor es, a los efectos del Decreto Ley, “*Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución producción y consumo sean estos importadora o importador, productoras o productores, fabricantes, distribuidoras o distribuidores, comercializadoras o comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestadora o prestador de servicios*”. También de esta definición se excluye la expresión que utilizaba la Ley de 1995 para calificar al proveedor, según la cual, por tales actividades habrían de cobrarse “*precios o tarifas*”.

A tal omisión –estima Hernández, comentado la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004– no debe darse excesiva importancia, pues el objetivo final perseguido por la normativa de consumo es la defensa de los destinatarios finales del servicio, con independencia del ánimo comercial perseguido por el proveedor<sup>85</sup>. Incluso el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Ley se ve delimitado por una razón teleológica, es decir, el usuario a que se refiere este instrumento es aquel que puede calificarse como débil jurídico, aquel que tiene –en palabras de Hernández– “*un poder de negociación desigual frente al empresario*”, porque es en tales casos en que se constata “*un fallo de mercado que habilita la intervención de los Poderes Públicos*”<sup>86</sup>. Así, no podríamos decir que en Venezuela el servicio no esté caracterizado por la

<sup>84</sup> Aunque el destino final es un elemento común en las diversas legislaciones (Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay), hoy día se nota cierta tendencia a preferir la “*no profesionalidad*” como elemento de calificación, que deja de estar vinculado al bien o servicio, para centrarse en la actividad del sujeto protegido. En tal sentido, Lorenzetti afirma que “*Este cambio obedece a la necesidad de superar las dificultades que surgen en áreas de alta tecnología para probar cuál es el destino dado al bien, a la globalización creciente de la economía que obliga a tomar standars más amplios y por lo tanto más abstractos, y al deseo de ampliar la protección. En este último aspecto, hay una tendencia clara a incluir dentro del Derecho del consumidor a los denominados casos de ‘parasubordinación’, es decir, pequeñas empresas que no entran en la definición tradicional de consumidor, pero que están en la misma situación fáctica de vulnerabilidad*”. Así, en la práctica, la “*no profesionalidad*” prescinde de la comprobación del destino final, tomando en cuenta un elemento negativo, el cual no es necesariamente requerido en un contrato específico, sino que se vincula con la actividad del consumidor. Ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 76 y 86.

<sup>85</sup> Hernández, José Ignacio, La responsabilidad civil y administrativa del proveedor en la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en: AA.VV., *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Caracas, EJV, Colección Textos Legislativos N° 33, 2005, pp. 9 ss., especialmente p. 13.

<sup>86</sup> Hernández, José Ignacio, *Introducción a la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2004, pp. 23-24.

tradicional nota de onerosidad, sino que, más bien, a los efectos del ámbito de protección que brinda este Decreto Ley tal dato resulta irrelevante.

Justamente, desde los tiempos romanos –y a ello volveremos *infra*– el carácter gratuito de la actividad realizada ha servido para distinguir el contrato de servicios del contrato de mandato. Mas cuando el artículo 1.986 del Código Civil francés admitió el mandato remunerado, comenzó a entenderse que la gratuidad no es un requisito esencial sino natural del contrato de mandato<sup>87</sup>; sin embargo, el contrato de servicios sigue considerándose como esencialmente oneroso<sup>88</sup>. No debemos dejar de lado, por ello, los casos en los cuales el servicio es prestado de manera gratuita, pero como consecuencia de las garantías propias de un contrato de compraventa. Pensemos, por ejemplo, en las obligaciones de mantenimiento o reparación del bien vendido, pues en estos casos se trata –tal como hemos afirmado *supra*– del servicio postventa integrado jurídicamente al contrato de compraventa<sup>89</sup>.

Ahora bien, una ayuda importante para construir, en el ámbito del Derecho venezolano, una noción de servicio, la encontramos en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. Cuando esta Ley delimita los hechos imposables, define al servicio, en su artículo 4,4, como “*cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer*”. En su ámbito, el servicio es, en definitiva, la actividad de “*todo aquel que se dedique a hacer algo para los demás y cobre un precio a cambio de ello*”<sup>90</sup>.

Ante tan amplia definición, caracterizada esencialmente por la independencia, dentro de la cual cabe, en efecto, cualquier contrato que implique un hacer a cambio de un precio –lo cual nos recuerda de cierta forma la tesis de Savatier– el propio legislador hace una enumeración para ilustrar su punto de partida. Se consideran entonces servicios “*los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales; los suministros de agua, electricidad, teléfono y aseo; los arrendamientos de bienes muebles, arrendamiento de bienes inmuebles con fines distintos al residencial y cualesquiera otra cesión de uso, a título oneroso, de tales bienes o derechos; los arrendamientos o cesiones de bienes muebles destinados a fondo de*

<sup>87</sup> En opinión de Dumont, tal aceptación, contraria a la opinión de Pothier, obedeció al deseo de evitar la espinosa tarea de tener que diferenciar entre las profesiones liberales, susceptibles por su dignidad de ser objeto de un contrato de mandato, y las profesiones iliberales o mecánicas, reservadas en el Derecho romano al contrato de arrendamiento de servicios. Ver: Dumont, F., *La gratuité du mandat en Droit romain*, en: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953, T. II, pp. 307 ss., especialmente p. 322.

<sup>88</sup> En este sentido: Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 291-292.

<sup>89</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 63 ss.

<sup>90</sup> Así lo admiten algunos comentaristas de la Ley. Ver en este sentido: Garay, Juan y Miren Garay, *Ley del IVA del año 2006*, Caracas, Ediciones Juan Garay, 2006, p. 57.

*comercio situados en el país, así como los arrendamientos o cesiones para el uso de bienes incorporeales, tales como marcas, patentes, derechos de autor, obras artísticas e intelectuales, proyectos científicos y técnicos, estudios, instructivos, programas de informática y demás bienes comprendidos y regulados en la legislación sobre propiedad industrial, comercial, intelectual o de transferencia tecnológica. Igualmente, califican como servicios las actividades de lotería, distribución de billetes de lotería, bingos, casinos y demás juegos de azar. Asimismo, califican como servicios las actividades realizadas por clubes sociales y deportivos, ya sea a favor de los socios o afiliados que concurren para conformar el club o de terceros” (Art. 4,4).*

En todo caso, la independencia y la onerosidad caracterizan a las obligaciones de hacer para que puedan ser calificadas como servicios en el ámbito del impuesto al valor agregado. En efecto, Montero Traibel estima que todas las actividades que se realizan en forma independiente, es decir, no sujetas a un contralor laboral de disciplina, dirección técnica, etc., como lo supone la legislación laboral, que además tengan naturaleza económica y que impliquen, de acuerdo con la definición de la Ley venezolana, una obligación de hacer<sup>91</sup>, serán prestaciones de servicios<sup>92</sup>.

Llama la atención, sin embargo, la referencia de la Ley a que la obligación de hacer debe tener el carácter de “*principal*”. Con semejante adjetivo, este instrumento normativo sugiere la posibilidad de coexistencia, dentro de una misma relación, de prestaciones de servicios, con otras de diversa índole; mas la preponderancia del servicio –criterio de no muy clara determinación– dará el elemento de convicción al operador jurídico para la calificación del contrato.

Esta calificación puede verse también en la exclusión realizada por el artículo 3,2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), según el cual “*La presente convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*”.

Cabe preguntarse si la expresión “*parte principal*” –y ello es aplicable a la Ley venezolana– hace referencia a calidad o cantidad. A tal efecto, parte de

<sup>91</sup> Sin embargo, ante la ya señalada heterogeneidad que caracteriza al servicio, no sin razón estima Díez-Picazo que no hay una teoría de las obligaciones de hacer adecuada a la nueva economía de los servicios. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 1999, Vol. II, Las relaciones obligatorias, p. 244.

<sup>92</sup> Montero Traibel, José Pedro, *Análisis del Impuesto al Valor Agregado. Evolución, estructura, liquidación, estudio comparativo entre Uruguay y Venezuela*, Valencia, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2000, p. 96.

la doctrina aconseja considerar el valor económico de la compraventa y del servicio prestado<sup>93</sup>. Así, entendiendo que principal es algo más que “*esencial*”, se aconseja entender como principal aquella prestación que valga más del cincuenta por ciento (50%) del precio total<sup>94</sup>.

Entendemos que, en el marco del sistema venezolano, no habría inconveniente en aceptar este criterio. Sin embargo, en ocasiones se presentan problemas con el tratamiento unitario del contrato. Es decir, si consideramos el criterio de la Convención de Viena y determinamos que el servicio representa más del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, ¿hemos de aplicar al resto del contrato la normativa relativa a la compraventa? O ¿hemos de tratarlo como un solo contrato de servicios? Destacan en este sentido, las opiniones de Honnold y Khoo en sus *commentaries* a la Convención. Para el primero, si existen relaciones significativas entre la entrega de mercaderías y la prestación de servicios, el negocio ha de tratarse como un solo contrato. En sentido similar, Khoo añade que el tratamiento unitario depende de que ambas prestaciones estén estrechamente relacionadas<sup>95</sup>. El tratamiento unitario dependerá de la Convención si la transferencia de propiedad es la prestación principal y si, por el contrario, lo fuere el servicio, su regulación dependerá del Derecho aplicable correspondiente.

## B. Nuestro intento de conceptualización

A pesar de la evidente heterogeneidad de la noción de servicio, podemos extraer ciertos caracteres comunes. En primer lugar destaca que se trata de una actividad, es decir, de un hacer<sup>96</sup>. Tal actividad debe ser necesariamente desarrollada de manera independiente; de allí la nota de profesionalidad comúnmente presente en el servicio<sup>97</sup>, por lo cual esta noción es de gran importancia para su concepto.

<sup>93</sup> Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob.cit., p. 76.

<sup>94</sup> Es ésta la opinión de Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes se apoyan en el Laudo ICC N° 7153/1992, en el cual se desechó la excepción del artículo 3,2 y se aplicó la Convención, aunque sin mucha justificación. Ver: Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González, *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 162.

<sup>95</sup> Honnold y Khoo citados en: Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM, McGraw-Hill, 1999, p. 52.

<sup>96</sup> Rossi, *Les services...*, ob. cit., p. 564.

<sup>97</sup> En efecto, los servicios prestados por profesionales liberales constituyen la principal actividad donde se desarrolla el contrato de servicios. Ver al respecto: Díaz Regañón-Alcalá, Calixto, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000, p. 42.

Comúnmente, se califica como profesional a toda persona que, en virtud de un título de idoneidad, se dedica a servir una profesión al público, como sucede con los médicos, abogados, notarios, peluqueros, arquitectos, mecánicos, etc. El título de idoneidad refiere los especiales conocimientos que ésta ha de tener para poder prestar un servicio<sup>98</sup>. Es profesional entonces quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos<sup>99</sup>.

Le Tourneau no se muestra favorable a una definición tan amplia pues estima que el concepto de profesional es multidireccional y relativo; de tal manera, si profesional es generalmente un comerciante, también puede serlo un no comerciante que ejercite, por ejemplo, una profesión liberal<sup>100</sup>. En opinión del profesor francés, el profesional ha de caracterizarse por la realización de una actividad lícita, a título habitual y en forma interesada, a cambio de una remuneración. El profesional goza además –en opinión de Le Tourneau– de preeminencia, es decir, tiene una competencia y un conocimiento particulares de los cuales no goza la mayoría de los sujetos y que hace nacer cierta esperanza en los clientes que acuden a él<sup>101</sup>. Es profesional, en definitiva, quien teniendo especiales conocimientos, realiza una tarea con habitualidad y fin de lucro<sup>102</sup>.

Siendo generalmente el prestador de servicios un profesional, se le reconoce cierta discrecionalidad, lo cual se traduce, a su vez, en el reconocimiento de su autonomía para que, dentro de ciertos límites, éste concrete el servicio a prestar, es decir, para que decida cuál, cómo y cuándo adoptará una resolución

---

<sup>98</sup> A los efectos de este trabajo no nos detendremos, salvo algunas referencias que haremos al analizar el contrato de servicios en el Derecho romano, en la tradicional distinción entre el profesional liberal, caracterizado por una nota de intelectualidad, y los demás profesionales dedicados a trabajos manuales. Distinción tomada del antiguo Derecho romano, en el que el arrendamiento de servicios (*locatio conductio operum*) estaba reservado para la contratación de servicios generalmente manuales, en los cuales, si bien se requería una formación técnica, no estaban marcados por la formación intelectual; mientras que el acuerdo con el profesional liberal, dado su alto grado de formación, se estipulaba a través del mandato, figura esencialmente gratuita en Roma, pues, según hemos adelantado, repugnaba que un servicio de tan elevado rango como el intelectual fuera retribuido. Ver: Cervilla Garzón, María D., *La prestación de servicios profesionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías, 2001, p. 25.

<sup>99</sup> Mosset Iturraspe, J., Los profesionales, en: *Revista de Derecho de Daños*, 2000, N° 8, pp. 3 ss., especialmente p. 7.

<sup>100</sup> En orden a la aplicación de la solidaridad establecida en el artículo 107 del Código de Comercio, se admitió que “...el carácter profesional de los arquitectos e ingenieros impiden su calificación como comerciantes...” (DFMSC8, Sent. 14/08/1986, en: JRG, 1986, Vol. XCVI, p. 98).

<sup>101</sup> Le Tourneau, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 3645-3646.

<sup>102</sup> En el mismo sentido: López Mesa, Marcelo, Responsabilidad civil de los profesionales, en: López Mesa, Marcelo y Félix Trigo García, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 15 ss., especialmente pp. 19-20.

y no otra en orden a la prestación del servicio<sup>103</sup>. No se trata, tal como bien lo afirma Vaquero Pinto, de arbitrariedad o capricho, es más bien arbitrio o libertad<sup>104</sup>. En definitiva, las profesiones son “*espacios de discrecionalidad técnica enmarcados en responsabilidad*”<sup>105</sup>.

Mas no debe por ello entenderse que no pueda el acreedor del servicio dar ciertas instrucciones al prestador, máxime si el primero es un iniciado. Siendo el servicio una actividad realizada en interés de otra persona, es perfectamente posible que ésta especifique su interés a través de instrucciones oportunas, cuyo incumplimiento puede generar severas consecuencias, pues estas instrucciones contribuyen a delinear la diligencia debida dentro de una relación contractual<sup>106</sup>; sin embargo, su incumplimiento podría justificarse en ciertos casos debido, precisamente, a la independencia profesional del prestador del servicio.

La masiva participación de los profesionales liberales en la prestación de servicios ha hecho surgir las llamadas sociedades de profesionales liberales. Así –según reconoce acertadamente Broseta Pont– al lado de los empresarios mercantiles existen sujetos calificados como “*empresarios civiles*”, aun cuando realizan, en nombre propio, una actividad económica para el mercado. Entre estos estarían los pequeños empresarios –artesanos– y los empresarios civiles por la naturaleza civil y no mercantil de la actividad económica que realizan, incluyendo en esta categoría a quienes disponiendo de una verdadera empresa ejercen una profesión liberal<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> El profesional es maestro de sus técnicas, especialmente, de aquellas que utiliza para la ejecución de sus obligaciones. Es un iniciado en presencia de un profano. Ver: Le Tourneau, *Droit de la responsabilité...*, ob. cit., p. 3646.

<sup>104</sup> Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., p. 518.

<sup>105</sup> López Jacoiste, J. J., La profesión, condición civil de la persona, en: *ADC*, 1999, pp. 915 ss., especialmente pp. 930-931.

<sup>106</sup> En efecto, las instrucciones son definidas como actos unilaterales dirigidos a precisar los extremos de una obligación ya existente; pero son además necesariamente recepticios, por lo que se habla de “*instrucciones recibidas*”. Ver al respecto: Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., pp. 521-522, nota 84.

<sup>107</sup> Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 9ª ed., 1991, p. 83. Sin embargo, uno de los obstáculos con que tropieza esta concepción tiene que ver con la necesidad de colegiación de la mayoría de las profesiones liberales. En efecto, Alonso Pérez estima que una de las principales dificultades para aceptar sociedades como deudoras de servicios profesionales es la colegiación, pues sólo los sujetos –profesionales– pueden obligarse por contrato civil a proporcionar tales servicios. Sólo en la medida que se reconozca la posibilidad de colegiación de las sociedades, pueden éstas operar masivamente en el tráfico jurídico. Alonso Pérez citado en: Díaz Regañón-Alcalá, *La resolución unilateral...*, ob. cit., pp. 48-49. En el caso venezolano, tal afirmación puede verse a través de algunos ejemplos ilustrativos. Así: Ley de Abogados (G.O. Ext. N° 1.081, 23/01/1967), Art. 7: “*Quien haya obtenido el título de Abogado de la República, de conformidad con la Ley, deberá inscribirse en un Colegio de Abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado para dedicarse a la actividad profesional*”; Ley de Ejercicio de la Medicina (G.O. Ext. 3.002, 23/08/1982), Art. 4: “*Para ejercer en la República*

La remuneración es otra característica definitoria del servicio. De esta manera, si no media tal remuneración como contraprestación, no podría decirse que la actividad prestada sea un servicio. Tal característica es apreciada en la definición de contrato de obras contenida en el artículo 1.630 del Código Civil venezolano, aunque haya sido excluida de la calificación de prestación de servicios en el marco del Derecho de consumo, debido a los fines perseguidos por esta rama del Derecho. Lo que sí podríamos preguntarnos, es si tal remuneración ha de traducirse necesariamente en el pago de una cantidad de dinero o si, por el contrario, podría admitirse otro tipo de prestación, por ejemplo, en la entrega de un bien o incluso en un hacer.

Destaca en este sentido, la discusión planteada en el Derecho español en relación con los contratos que suponen el intercambio de servicios por bienes. Así, Alonso Pérez estima que en tales casos nos ubicamos en la “*intersección ideal*” entre los contratos de servicios y los de intercambio de cosas, por lo cual ha de prevalecer su calificación como contrato mixto, situación que llama a

---

*la profesión del médico, se requiere: 3° Estar inscrito en el Colegio de Médicos en cuya jurisdicción se ejerza habitualmente la profesión”; Ley de Ejercicio de la Contaduría (G.O. 30.273, 05/12/1973), Art. 18: “Para ejercer la profesión que regula la presente Ley, los profesionales que a ella se refiere deberán inscribir sus títulos en el Colegio respectivo. El Colegio asignará a esta inscripción un número, el cual deberá aparecer en todas las actuaciones públicas del profesional”; Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista (G.O. 29.687, 15/12/1971), Art. 5: “Para ejercer la profesión de economista en el territorio de la República, además de lo previsto en el artículo 2° de esta Ley, se requiere estar inscrito en un Colegio de Economistas legalmente constituido”; Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración (G.O. Ext. 3.004, 26/08/1982), Art. 12: “...los profesionales deberán estar inscritos en los colegios de profesionales de la entidad federal donde este domiciliada la firma o la empresa...”; Ley de Ejercicio de la Profesión del Licenciado en Nutrición y Dietética (G.O. 36.526, 27/08/1998), Art. 10: “Los mencionados profesionales protegidos en el artículo 9° de esta Ley, deberán inscribirse en el Colegio de Nutricionistas y Dietistas de Venezuela, en el Registro Público de acuerdo a las normas reglamentarias y en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social”; Ley de Ejercicio de la Psicología (G.O. Ext. 2.306, 11/09/1978), Art. 6: “Los profesionales de la Psicología podrán ejercer su profesión en cualquier lugar de la República, para lo cual deben incorporarse al Colegio correspondiente o a la delegación adscrita a este Colegio, de la jurisdicción donde ejerce”; Ley de Ejercicio del Periodismo (G.O. Ext. 4.819, 22/12/1994), Art. 2: “Para el ejercicio de la profesión de periodista se requiere poseer el título de Licenciado en Periodismo, Licenciado en Comunicación Social o título equivalente, expedido en el país por una Universidad, o título revalidado legalmente; y estar inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas (CNP) y en el Instituto de Previsión Social del Periodista (IPSP). Los ciudadanos que cumplan con los requisitos establecidos en esta disposición, serán los únicos autorizados para utilizar el título de Periodista Profesional”. Llama la atención la disposición contenida en el literal b del artículo 7 de la Ley de Ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y Profesiones Afines (G.O. 25.822, 26/11/1958), según el cual “El uso de los títulos propios de las profesiones a que se contrae la presente Ley estará sometido a las reglas siguientes: b) En el nombre de sociedades mercantiles, sociedades civiles que persigan fines lucrativos y sociedades civiles de índole profesional no podrán incluirse las denominaciones de ingeniero, arquitecto u otra cualquiera de los títulos de las profesiones a que se refiere la Ley, si todos sus asociados no se han inscrito en el Colegio de Ingenieros de Venezuela, a menos que se trate de filiales de sociedades extranjeras cuya actividad en el país se limite al orden cultural”.*

la aplicación de las normas en materia de permuta por lo que respecta al bien, y aquellas referidas al servicio en lo referido a la actividad<sup>108</sup>. Vaquero Pinto desestima, sin embargo, tal interpretación, pues entiende que en vista que el Código Civil español omite toda referencia a la naturaleza del precio, no habría inconveniente en calificarlos como servicio<sup>109</sup>.

En el sistema venezolano, por su parte, no existe una norma general que refiera la naturaleza de la remuneración. Sin embargo, en el caso del contrato de obras, la doctrina ha entendido que a pesar de que normalmente la prestación perseguida por el contratista sea de naturaleza pecuniaria, esto no implica que la misma no pueda consistir en un hacer e incluso en un no hacer<sup>110</sup>. Llama sin embargo la atención que en el marco del Decreto Ley para al Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, a pesar de prescindirse de referir el carácter oneroso del servicio, al regular la responsabilidad del proveedor, el mismo hace algunas referencias a expresiones como “*devolución de la cantidad pagada*” (Art. 79); o “*monto equivalente al precio actual del bien u objeto del servicio*” (Art. 84), lo cual sugiere la naturaleza pecuniaria de la prestación.

En definitiva, debe considerarse que en tales casos para la calificación de la relación como de servicios, la parte preponderante de la relación debe ser una prestación de hacer<sup>111</sup>, tal como lo deja claro la definición que del servicio hace la

<sup>108</sup> Alonso Pérez, M. T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 417-418. La propia autora entiende que podría incluso hablarse contrato de servicios con retribución en especie, cuando se trate de un contrato que implique el intercambio de servicios. Sin llegar a calificarlo como una permuta –al no tratarse de intercambio de cosas– Bayón Chacón prefiere referirse a un contrato innominado de intercambio de servicios. Bayón Chacón, G., El contrato de intercambio de servicios, en: *Revista del Derecho del Trabajo*, 1957, pp. 33 ss.

<sup>109</sup> Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., pp. 37-38.

<sup>110</sup> Zubillaga Silva, Francisco, *Consideraciones sobre el contrato de obras en el Derecho venezolano*, Caracas, EJV, 1991, Colección Estudios Jurídicos N° 54, p. 66. Aguilar Gorrondona entiende que el precio “*Puede consistir en dinero, en especie, o en ambos*”, ver: Aguilar Gorrondona, José Luis, *Contratos y Garantías (Derecho civil IV)*, Caracas, UCAB, Manuales de Derecho, 6ª ed. revisada y puesta al día, 1987, pp. 391-392.

<sup>111</sup> El hacer es la “*prestación característica*” en el contrato de servicios. Vaquero Pinto toma esta noción proveniente del Derecho internacional privado, consagrada en el artículo 4,2 del Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980, al cual volveremos *infra*. Ver: Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., p. 37, nota 87. Lima Marques afina esta idea afirmando “*Cierto es que la prestación principal es aquella característica, de aquel negocio, generalmente aquel que no implica apenas el pago o transferencia de cuantías, a excepción de los contratos bancarios y financieros. La duda es hoy saber si ‘principal’ para el consumidor es el deber de prestación (realizar un tratamiento médico, por ejemplo), o es el cumplimiento de un deber anexo (informar los riesgos del tratamiento y opciones para permitir la elección), o de un deber accesorio (administrar correctamente el remedio, alcanzar asepsia y precisión en el uso de los instrumentos y remedios), o todo este conjunto unido es la realización de las expectativas del consumidor, causa del contrato, consecuentemente objeto de la prestación...*”. Ver: Lima Marques, Clàudia, La propuesta de una teoría general de los servicios con base en el Código de Defensa del Consumidor. La evolución de las obligaciones vinculadas a los

Ley sobre el impuesto al valor agregado. De allí justamente el carácter residual de la noción, pues es de hacer toda prestación que no implique la transmisión de derechos reales sobre los bienes. Quedarían también excluidas las llamadas obligaciones de entregar, definidas como aquellas cuya prestación consiste en la entrega de una cosa, sin implicar la transmisión de un derecho real sobre la misma; tal entrega puede implicar tradición o simple restitución<sup>112</sup>.

De las anteriores notas, podemos entonces llegar a una definición de servicio, aplicable en el marco del Derecho venezolano. Un servicio es toda actividad profesional –obligación de hacer– prestada de manera independiente, por personas naturales o jurídicas, sean éstas de carácter público o privado, que no tenga por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes muebles, el traslado o cesión de derechos reales o intelectuales, sino que más bien genere principalmente derechos de crédito, y realizada a título oneroso. La gratuidad y el destino final serán considerados a los efectos de la aplicabilidad del Derecho de consumo.

Tal definición podría verse reforzada por el artículo 1.630 de nuestro Código Civil, según el cual “*El contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a realizar determinado trabajo por si o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle*”, norma inserta en la única sección de nuestro Código referida a la materia que nos ocupa, según veremos *infra*.

### C. El servicio como objeto de un contrato

Una definición jurídica de servicio pasa, necesariamente, por su ubicación dentro del ámbito de los contratos. Pero el desarrollo del sector de los servicios ha rebasado las normas establecidas por el legislador y ha generado el surgimiento de ciertas reglas creadas por las propias partes. Contratos tipos, condiciones generales de contratación y directrices elaboradas por algunos gremios surgen, por fuerza de la autonomía de la voluntad, para paliar los vacíos legislativos. El servicio, en definitiva, ha transformado la estructura del contrato tal como lo conocemos en la actualidad<sup>113</sup>.

---

servicios remunerados directa o indirectamente, en: Lorenzetti, Ricardo Luis y Cláudia Lima Marques, *Contratos de servicios a los consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 131 ss., especialmente p. 141.

<sup>112</sup> Ver al respecto: Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2003, pp. 127-128.

<sup>113</sup> “*Frente a la señalada exuberancia de la realidad nos encontramos con la parquedad de la Ley*”. Ver: Lorenzetti, *Contrato de obra y servicios...*, ob. cit., p. 108.

En el marco contractual, el servicio vendría a constituir el objeto de la prestación. Objeto que reviste las más variadas formas, pero dentro del cual, Grelon<sup>114</sup> ubica dos prestaciones que se encuentran en la gran mayoría de los servicios. La prestación de consejo, presente desde antes de la formación del contrato y prolongada hasta después de su ejecución, y la prestación de mantenimiento.

La obligación de consejo, que se diferencia de la obligación de información en que, en esta última el conocimiento es objetivo y exterior a las partes, puede revestir las más variadas formas. En tal sentido, el consejo abarca los casos en que el profesional da al cliente los elementos necesarios para una toma de decisiones, sin proponer alternativas; los supuestos en que la prestación consiste no en la transmisión de un conocimiento sino de una metodología, de manera que hay incertidumbre sobre la eficacia del conocimiento y sobre la asimilación correcta del mismo; y los contratos de investigación, en los que la incertidumbre acompaña al acuerdo desde antes de su formación y recae también sobre la propia existencia del conocimiento. En algunos casos el consejo puede verse como una obligación accesorio que no afecta la fisonomía del contrato. La distribución de bienes técnicos es un claro ejemplo de tal afirmación. Mas en otros casos se constituye en la obligación principal. El contrato de *consulting-engineering* es un buen ejemplo.

Por su parte, la obligación de mantenimiento, que contiene a su vez dos prestaciones, el mantenimiento propiamente dicho y la eventual reparación, tiene un carácter preventivo y busca garantizar el buen estado de funcionamiento de ciertos bienes. La obligación de mantenimiento, que se prolonga más allá de la vida del contrato y tiene un carácter accesorio, busca, en ocasiones, captar y mantener la clientela.

Igualmente, debido a la complejidad de las relaciones, la colaboración del cliente para el cabal cumplimiento de la obligación del profesional se hace necesaria. Grelon indica, con toda claridad, que en los contratos de servicios, la colaboración sustituye al intercambio antagonista. La colaboración –y seguiremos en este punto al propio Grelon<sup>115</sup>– puede traducirse en simple intercambio de información; sin embargo, en contratos más complejos, la obligación del cliente cobra mayor importancia. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de ingeniería, que requiere del cliente realizar ciertas adaptaciones tanto desde el punto de vista de la distribución de sus instalaciones, como desde la perspectiva

---

<sup>114</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 261-267.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp. 268-276.

de su organización. Por ello, ciertas cláusulas suelen hacerse típicas en este tipo de transacciones. Es el caso de las cláusulas de intercambio de información y perfeccionamiento cuyo ámbito temporal se extiende durante la vida del contrato e, incluso, luego de su terminación. Estas cláusulas, presentes en la mayoría de los contratos con prestaciones intelectuales, van desde la estipulación, con más intensidad, de la obligación de buena fe, hasta la garantía de la finalidad real de la operación.

La constitución de personas jurídicas se ve, frecuentemente, como resultado de la obligación de colaboración, desde sus formas clásicas, hasta los acuerdos de *joint venture*, que vienen a transformar las reglas de funcionamiento de las partes contractuales. En estos casos, la duración del contrato también se ve incidida por la intervención del servicio. El mantenimiento de una obra puede prolongar en el tiempo, tanto la propia prestación del servicio, como el pago de la remuneración.

### *1. Servicios contractuales y contrato de servicios*

No falta quien ve en los servicios la continuidad de la vida del contrato después de su terminación. Ello no es del todo errado, mas conviene distinguir, en orden a aclarar esta idea, entre los servicios contractuales y los contratos de servicios, entendidos los primeros como aquellos que se prestan como consecuencia de una relación contractual principal. Piénsese en el ya clásico ejemplo de la compraventa de electrodomésticos, acompañada del compromiso de mantenimiento y reparación asumido por el vendedor. En los contratos de servicios, en cambio, el servicio es la obligación principal; el contrato con un abogado, un mecánico o un médico, lo ejemplifican<sup>116</sup>.

Grelon<sup>117</sup> entiende que hay intereses teóricos y prácticos que justificarían esta distinción. Así, desde el punto de vista teórico, la misma determina el régimen jurídico aplicable, de manera que el rol subsidiario de los servicios contractuales tiene cierta incidencia en el régimen jurídico de la obligación de servicios que comporta el contrato. Desde el punto de vista práctico, por su parte, el desarrollo de los servicios como elementos necesarios en ciertos

---

<sup>116</sup> De Ángel Yágüez se refiere, más bien, a “*productos con servicios*” para calificar aquellos casos en los que el suministrador se obliga a prestar servicios postventa; y a “*servicios con productos*”, para describir los supuestos en que se utilizan productos en el curso de una prestación de servicios. Ver: De Ángel Yágüez, *La responsabilidad civil de los suministradores...*, ob. cit., pp. 17-18.

<sup>117</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 277-282.

contratos refuerza la obligación del profesional que dispone de un saber frente a un no iniciado.

Esta distinción plantea, obviamente, el problema de la existencia de obligaciones principales y accesorias dentro de la relación contractual<sup>118</sup>. Así, los servicios contractuales, como accesorios, siguen la suerte de la obligación principal, por lo que su régimen se ve afectado por la existencia de cláusulas limitativas de responsabilidad, debido a que éstas pueden atenuar la obligación de prestación de servicios, mas en ningún caso podrán suprimirla. Esta afirmación nos conduce a la necesidad de determinar cuándo, en el marco de un determinado contrato, el servicio es esencial. La accesoriedad parece ser el criterio por excelencia, sobre todo en los contratos en que el servicio se encuentra integrado en el mismo. En efecto, en un contrato de compraventa de un bien, el servicio postventa surge como un accesorio de la obligación principal que sigue siendo la transferencia de propiedad. Pero hay supuestos más complejos.

Por ejemplo, el contrato de ingeniería envuelve gran variedad de prestaciones de la más diversa naturaleza, que pueden ir desde trabajos puramente intelectuales, tales como la concepción de un sistema y de formas de trabajo, hasta prestaciones materiales, como ocurre con los contratos “*llave en mano*”, los cuales, al incluir procesos de ingeniería civil, pueden comportar incluso transferencias de propiedad sobre bienes; igualmente pueden establecerse, como parte de la prestación, consejos de gestión y organización e informáticos<sup>119</sup>. En este caso, donde la transferencia de propiedad parece jugar un rol secundario en medio de gran cantidad de prestaciones intelectuales y materiales de servicio, la calificación ha de hacerse en función de otros criterios tales como el costo, la duración o el objeto buscado e, incluso, la propia voluntad de las partes.

Ante estos supuestos complejos, Planiol llegó a proponer la aplicación acumulativa de varias categorías contractuales, con lo cual, el contrato

<sup>118</sup> Refiriéndose a los contratos, Messineo entiende que la distinción entre principal y accesorio toma como punto de partida el hecho de que un contrato dependa lógicamente y jurídicamente de otro como de una premisa indispensable (contrato accesorio); o el hecho de que un contrato esté solo, sea independiente de otro (contrato principal). El interés de esta distinción tiene que ver con la aplicación de la máxima según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, aunque en algunos casos se vea el influjo del contrato accesorio sobre el principal, como ocurre con la pérdida de la cosa debida en el caso de la hipoteca. Ver: Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, (Trad. R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra), Buenos Aires, EJE, 1952, T. I, pp. 435-436. En sentido similar: Mélich Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas, ACPS, Centro de Investigaciones Jurídicas, 4ª ed. corregida y ampliada, Serie Estudios N° 61, 2006, pp. 48-49.

<sup>119</sup> Sobre los contratos de ingeniería ver, entre otros: Cavallo Borgia, Rossella, *Il contratto di engineering*, Padova, Cedam, 1992; De Nova, Goirgio, *Nuovi contratti*, Torino, UTET, 2ª ed., 1994, pp. 63 ss.; Laperosa, Flavio, *L'engineering*, Milano, Giuffrè, 1993; Reig Fabado, Isabel, *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería*, Valencia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003.

compuesto se transformaría en un complejo contractual<sup>120</sup>. Sin embargo –afirma Grelon– admitir tal solución sería ignorar, en primer lugar, el objeto económico buscado y, en segundo término, la voluntad de las partes de vincular sus prestaciones en un contrato único. Es lo que ocurre, comenta el propio autor, con los contratos de hotelería o de arrendamiento de caja fuerte en los que, para preservar la unidad, los servicios contractuales se convierten en verdaderos contratos de servicios<sup>121</sup>. Consideremos, igualmente, la interpretación que hemos dado *supra* a la expresión “*principal*” contenida en el artículo 4,4 de la Ley sobre el Impuesto al Valor Agregado, para identificar al servicio prestado en medio de prestaciones de las más variadas naturalezas. De manera que será la prestación esencial la que determine la calificación del contrato como de servicios.

Ahora bien, en los casos en que el servicio resulte ser la prestación esencial hemos de preguntarnos por su categorización jurídica. Es decir, siendo la heterogeneidad una característica de la noción de servicio, la interrogante gira en torno a la posibilidad de referirnos a un “*contrato de servicios*”, como una categoría autónoma<sup>122</sup>, o más bien recurrir a las ya existentes e, incluso, entender que estamos, en cada caso concreto, frente a un contrato innominado.

En el sistema venezolano, el tema se plantea con el objeto de determinar el régimen jurídico aplicable<sup>123</sup>. En efecto, “*Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás Leyes especiales*” (Art. 1.140 CCV). De manera que, de poder subsumirse dentro de algunos de los llamados contratos nominados, la especialidad de la regulación llamará a la aplicación de normas específicas con preferencia a las normas generales.

Nuestro legislador, y a ello volveremos más adelante, utiliza la expresión “*contrato de servicios*”, mas no podríamos afirmar que, salvando algunos supuestos especiales, como el contrato de obras o el de trabajo en el marco del propio Código Civil, estemos frente a una categoría contractual nominada. En

<sup>120</sup> Planiol, Marcel, *Classification synthétique des contrats*, en: *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1904, pp. 470 ss., especialmente p. 484 ss.

<sup>121</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit., pp. 281-282.

<sup>122</sup> Lorenzetti llega incluso a afirmar que el contrato de servicios es una “*matriz jurídica*”, un género del cual se desprendieron la locación de cosas, la de servicios, la de obras, el contrato de trabajo, los servicios públicos, los destinados al consumo. Ver: Lorenzetti, *Contratos de obra y servicios...*, ob. cit., p. 114.

<sup>123</sup> Es contrato innominado aquel que, aunque mencionado por la Ley, carece de una disciplina particular y, en tal caso, se aplicarán las normas generales. Nominado es, entonces, aquel para el cual el legislador estableció un régimen jurídico propio. Ver: Messineo, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 378-381.

todo caso, el mayor problema se presenta con aquellos contratos que se han calificado como mixtos, en el sentido de reunir las características de varios tipos de contratos nominados o innominados. En estos casos el problema es determinar si su régimen jurídico vendrá dado por la combinación de regímenes particulares, con lo cual se produciría en el ámbito interno lo que en Derecho internacional privado se ha denominado *dépeçage*<sup>124</sup>; o sí, por el contrario, en aras de la unidad del contrato, serían aplicables las normas generales.

En nuestra opinión, ha de entenderse que la heterogeneidad del servicio se refleja, necesariamente, en la multiplicidad de formas contractuales cuyo objeto es un servicio<sup>125</sup>, lo cual, evidentemente dificulta la existencia de un tipo contractual único cubierto con una regulación uniforme. Lo vemos en el sistema venezolano cuyas normas se limitan a la regulación del contrato de obras. No ha faltado, de hecho, quien califique los diversos tipos de contratos de servicios como “*contratos postmodernos*”<sup>126</sup>. Por otra parte –en opinión de Palao Moreno– esa heterogeneidad no impide que pueda hablarse de contrato de servicios como una categoría única, que estaría referida a todas las figuras contractuales que comparten un objeto común (prestación de un servicio) y con naturaleza y características idénticas (actividad de contenido económico, realizada de forma independiente y que no supone de manera principal la entrega de una cosa)<sup>127</sup>.

Así, Lima Marques propone una definición del contrato de servicios como aquel “*negocio jurídico que propicia al titular o que vincula la prestación de un hacer económicamente relevante, de un acto o una omisión útil e interesante en el mercado de consumo, de una actividad remunerada directa o indirectamente, un hacer inmaterial y principal que puede o no venir acompañado o complementado por un dar o por la creación o entrega de un bien material accesorio a este hacer principal, hacer que es, en verdad, la causa de contratar y la expectativa legítima del consumidor frente al acreedor*”<sup>128</sup>.

Entendemos entonces que tanto en los contratos en que el servicio tiene carácter esencial como en aquellos en que el servicio es accesorio, debido a la doble característica del mismo, en el sentido de ser entendido como una

<sup>124</sup> En Derecho internacional privado, *dépeçage* implica la aplicación, a un mismo contrato, de normas provenientes de ordenamientos jurídicos diversos. Sobre el particular, ver: Carrascosa González, Javier, *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Monografías Civitas, 1992.

<sup>125</sup> Santini, *I servizi...*, ob. cit., pp. 65-66.

<sup>126</sup> Ghersi, Carlos, La estructura contractual postmoderna o posfordista. El contrato sin sujeto y la contradicción, en: *Jurisprudencia argentina*, 1993, pp. 620 ss.

<sup>127</sup> Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob. cit., p. 48.

<sup>128</sup> Lima Marques, La propuesta de una teoría general de los servicios..., ob. cit., p. 135.

necesidad para el productor, puesto que atrae y conserva la clientela, y además como una necesidad para el cliente que no puede disfrutar de los bienes sin el servicio, es justificable hablar de contrato de servicios como una categoría autónoma, cuyos rasgos particulares impiden su subsunción en las categorías contractuales nominadas.

Veamos ahora la evolución del llamado contrato de servicios desde Roma, hasta nuestro Código Civil.

## 2. De Roma al Código Civil francés

El Derecho romano conoció y trató al servicio como a una cosa y por ello reguló al contrato de servicios como una modalidad del contrato de arrendamiento. Considérese, antes de adentrarnos en el tema, que en Roma, a raíz de la aceptación de la esclavitud, existió una especie de “*cosificación*” del sujeto, con lo cual el mismo era reducido a un instrumento y, en semejante situación, no se concebía la separación del servicio como actividad y la persona del prestador del servicio.

El servicio es entonces, en el Derecho romano, el objeto de un contrato de arrendamiento. Así, la *locatio conductio*, que junto a la compraventa, la sociedad y el mandato, fue considerada como un contrato consensual, fue descrita por Gayo como una situación de la cual nacían obligaciones para ambas partes, de manera que “*una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad*”<sup>129</sup>. La *merces* o retribución aparece como un elemento esencial a la existencia de este tipo contractual, pues “*si no se ha fijado una renta cierta no se considera que se haya contraído arrendamiento*”<sup>130</sup>.

A pesar de estas descripciones, no hay en las fuentes romanas un concepto preciso de la *locatio conductio*, situación que ha generado ciertas discusiones. Gran parte de la doctrina ha estimado que dentro del contrato de arrendamiento se identifica una primera categoría referida a los bienes –*locatio conductio rei*–, relación a través de la cual se cede a otra persona el uso o el uso y disfrute de un bien, mueble o inmueble, no consumible a cambio de una remuneración; y la segunda categoría referida a los servicios<sup>131</sup>. En tal sentido, Petit refiere

<sup>129</sup> Instituciones de Gayo, 3, 137.

<sup>130</sup> Instituciones de Gayo, 3, 142.

<sup>131</sup> Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho romano* (Trad. y anotaciones J. Fernández González), Buenos Aires, Edit. Albatros, 1980, pp. 504-505; Cristóbal Montes, Ángel, *Curso de Derecho romano (Derecho de obligaciones)*, Caracas, FDUCV, Cursos de Derecho, s/f, p. 485.

que hay contrato de arrendamiento de servicios en el Derecho romano cuando una de las partes se obliga a prestar los servicios prometidos a cambio de una *merces* o remuneración, a la cual se obliga la otra parte<sup>132</sup>.

Dentro del arrendamiento de servicios se ubicarían, a su vez, dos tipos de contrato, la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*. La primera está referida a los casos en los que aquel que presta el servicio recibe de la otra parte un bien sobre el cual realizará su trabajo. Pensemos en la labor de un herrero o en el transporte de mercaderías. El *locator* entrega la cosa, *quid locat opus raciendum*, y el *conductor* debe ejecutar el trabajo; de manera que el *locator* paga la *merces* al *conductor*<sup>133</sup>. Por su parte, habrá *locatio conductio operarum* cuando el *locator* presta al *conductor* determinados servicios a cambio de una *merces*. Este último es reconocido por muchos como el origen del moderno contrato de servicios. Sin embargo, no existe, ni en las Instituciones de Gayo (3, 142-147), ni en el título *locatio conductio* del Digesto (19, 2), referencia alguna a esta distinción. Amirante, por ejemplo, endosa la clasificación tripartita del contrato de arrendamiento a la pandectística alemana del siglo XIX, siendo esta Escuela la que se encargó de trasladar tal noción al Derecho romano<sup>134</sup>.

Por otra parte, suele señalarse que uno de los problemas de caracterización de la *locatio conductio* tiene que ver con la denominación de las partes del contrato. De tal manera, las voces *locator* y *conductor* no pueden traducirse, respectivamente, como arrendador y arrendatario, en el sentido de ser el segundo quien paga el precio y el primero quien se obliga a la contraprestación. Consideremos que tales términos latinos no hacen referencia al precio, ni distinguen a quien lo paga de quien lo recibe, pues unas veces paga el *conductor* y otras el *locator*<sup>135</sup>. Lo fundamental en Roma era alquilar algo, de manera que el *locator* se obligaba a entregar la cosa y el *conductor* a restituirla, conducta con la cual cumplía luego de usar *locatio rei*-, manipular o transformar *locatio operis*- o aprovecharse *locatio operarum*- de la cosa. La obligación de pagar una remuneración pasaba a un segundo plano en una economía basada en el trueque<sup>136</sup> y sólo se reconoce su importancia con el desarrollo de la economía

<sup>132</sup> Petit, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 505.

<sup>133</sup> Ulpiano L. 13, §§ 5, 6, 10.

<sup>134</sup> Amirante, Luigi, *Locazione: in generale (Diritto romano)*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1963, T. IX, pp. 991 ss., especialmente p. 992. Así lo reconoce también Sole Resina, Judith, *Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 13-14. También lo recoge Lorenzetti, *Contrato de obra y servicios...*, ob. cit., p. 103.

<sup>135</sup> Referencias tomadas de: Sole Resina, *Arrendamiento de obras o servicios...*, ob. cit., pp. 15-17.

<sup>136</sup> Cagnasso, Oreste en: *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, (Dir. F. Galgano), Padova, Cedam, 1991, Vol. 16, p. 655.

y la transformación de la estructura de la obligación que va a perder su carácter restitutivo para afianzar su carácter de obligación de hacer.

Otro dato bien importante es que en Roma no todos los servicios podían ser objeto de arrendamiento, y los primeros en ser excluidos fueron aquellos cuya naturaleza dificultaba su valoración económica. Fue el caso de las *operae liberales* o profesiones liberales, operaciones no puramente manuales o mecánicas, asociadas a cierto prestigio social<sup>137</sup>. Retóricos, gramáticos, geómetras, médicos, abogados, entre otros, se contaban entre quienes ejercían este tipo de actividades que, por su naturaleza, impedían a quienes las practicaban, acceder a la *merces*. La imposibilidad de cobrar la merced traía como consecuencia que este tipo de artes y oficios fueren objeto, más bien, del contrato de mandato.

En efecto, siendo el mandato romano un contrato en virtud del cual un contratante –*mandans*– encarga cumplir gratuitamente una actividad a favor de otro –*mandatario*– que acepta<sup>138</sup>, no ofrecía diferencia alguna, en relación con la conducta objeto del contrato, con la *locatio*. Mas la gratuidad trazaba la línea divisoria. Por ello, Arangio Ruiz afirma que cualquier servicio que, a cambio de una retribución es objeto de un contrato de arrendamiento, si se presta gratuitamente será objeto de un contrato de mandato<sup>139</sup>. Visto así, es lógico que las profesiones liberales pudieran ser objeto de un contrato de arrendamiento.

Ángel Cristóbal Montes estima, sin embargo, que cuando comenzó a distinguirse entre las *operae liberales locari non solitae* y las *operae liberales locari solitae*<sup>140</sup>, se admitió la posibilidad de obtener una remuneración a la que se llamó *honorarium*, y que sólo era reclamable a través de una *cognitio extraordinem*. Sin embargo, en la primera categoría prevaleció el criterio de inexigibilidad de la remuneración, y sólo se admitió que la recompensa fuese reclamable al amparo de otras relaciones jurídicas distintas del arrendamiento. En tal sentido, el autor reporta que los servicios de la nodriza se encuadraban en el contrato de mandato, los del agrónomo en el de sociedad, los del agrimensor eran tutelados por una *actio in factum*, etc.<sup>141</sup> Así las cosas, el arrendamiento de servicios se veía limitado a las llamadas *operae illeberales*, es decir, las que

<sup>137</sup> Sobre las *operae liberales* en Roma ver: Rosenfeld, Carlos, Profesiones liberales en la responsabilidad extracontractual, en: *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (Coord. A. Murillo Villar), Burgos, Universidad de Burgos, 2001, pp. 707 ss.

<sup>138</sup> Sole Resina, *Arrendamiento de obras o servicios...*, ob. cit., p. 24.

<sup>139</sup> Arangio Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli, E. Juvene, Editore, 14<sup>a</sup> ed., 1987, pp. 101-102.

<sup>140</sup> “Desgraciadamente el matiz diferenciador entre unas y otras no se ha conservado”. Ver: Cristóbal Montes, *Curso de Derecho romano...*, ob. cit., p. 508.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 509.

no requerían conocimientos técnicos o profesionales especiales, generalmente, limitadas a trabajos manuales.

No extraña, como hemos afirmado *supra*, que en Roma la historia del contrato de servicios se haya confundido con la del arrendamiento. Recuérdese que los trabajos humanos eran realizados, en un principio, por esclavos, los cuales eran asimilados a las cosas<sup>142</sup>. Quizás por ello parte de la doctrina asume que en Roma existía un único contrato en el que se cedía una cosa con la consiguiente obligación de restitución.

No obstante estos datos, Ángel Cristóbal Montes apunta que el contrato de servicios no alcanzó mayor desarrollo en Roma debido a que la existencia de la esclavitud permitió, al menos hasta épocas más avanzadas de desarrollo industrial, que no se notasen las deficiencias de mano de obra. Además, en Roma no era bien visto que un hombre libre realizare actividades manuales remuneradas, en una situación que lo acercaba al esclavo –*mercenarius*– y peor aun, que procurase beneficios a un tercero mediante la colaboración o arrendamiento de su trabajo<sup>143</sup>. A través del contrato de servicios, el hombre libre entraba en una especie de “*esclavitud retribuida*”<sup>144</sup>.

Los postglosadores se encargaron de propagar esta concepción romana. Azon y Bartolo de Sassoferrato pusieron de relieve que el objeto del arrendamiento podía consistir en la cesión del uso de una cosa o en la cesión de trabajo, y observaron que la denominación de las partes era inversa cuando el objeto estaba constituido por un servicio de cuando el mismo estaba formado por una cosa; en el primer caso el *conductor* realiza el trabajo a cambio de la *merces* pagada por el *locator* y, en el segundo, el *conductor* paga el precio al *locator* para que éste le ceda el uso de la cosa. Además, los postglosadores utilizan el término *obra* para referirse a toda prestación de hacer, sin distinguir entre la obra propiamente tal y el servicio<sup>145</sup>.

Domat y Pothier, indudables inspiradores del Código Civil francés de 1804, también aportaron sus definiciones. En tal sentido, para Domat “*Le louage... est un contrat par lequel l’un donne à l’autre la jouissance ou l’usage*

<sup>142</sup> “*No Direito Romano, era natural que se denominasse locação tanto o contrato pelo qual era cedido o uso de uma coisa, como aquele em que era prometido um serviço, pois este dependia no maior parte das vezes do trabalho escravo. Contudo, a denominação locação de serviços ao homem livre não tem sentido, não somente porque desapareceram as razões históricas, mas também porque o instituto não guarda maior relação com a locação de coisas*”. Ver: de Salvo Venosa, Silvio, *Direito civil. Contratos em espécie*, São Paulo, Edit. Atlas, S.A., 2ª ed., 2002, Vol. 3, p. 185.

<sup>143</sup> Cristóbal Montes, *Curso de Derecho romano...*, ob. cit., p. 507.

<sup>144</sup> Garrido, Roque Fortunato y Jorge Alberto Zago, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Edit. Universidad, 1988, T. II, Parte especial, p. 320.

<sup>145</sup> Referencias tomadas de Sole Resina, *Arrendamiento de obras o servicios...*, ob. cit., p. 29.

*d'une chose, ou de son travail pendant quelque temps pour certain prix*<sup>146</sup>. El maestro francés estima un deber distinguir entre lo que él denomina simple arrendamiento, como de una casa, un caballo u otra cosa, y los arrendamientos de trabajo o industria. No diferencia en cambio el arrendamiento de obras y el de servicios, refiriéndose de manera genérica a “*autres louages du travail et de l'industrie*”.

Por camino semejante transita Pothier, para quien “*Il y a deux espèces de contrats de louage : le louage des choses et le louage des ouvrages*”<sup>147</sup>. Sin embargo, al enumerar las cosas que son susceptibles de arrendamiento, el autor se refiere, en primer lugar, a cosas que pueden ser vendidas y arrendadas; en segundo lugar, a cosas que no pueden ser vendidas y sí arrendadas; y, finalmente, a cosas que pueden ser vendidas y no arrendadas. Luego, Pothier ejemplifica el segundo grupo afirmando que un hombre libre no es susceptible de ser objeto de un contrato de compraventa, pero sí puede arrendar sus servicios. Con tal referencia, el caso de los servicios no queda muy claro.

En el marco del Código Civil francés de 1804, podemos observar la influencia de Domat y Pothier. En efecto, el codificador francés entiende que “*Il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses, et celui d'ouvrage*” (Art. 1.708). Podetti estima errónea la denominación arrendamiento para referirse a las obras. En su opinión, no hay duda de la inexistencia de parentesco entre el arrendamiento de cosas y el de obra, pues este último involucra al trabajo de modo directo<sup>148</sup>, lo cual lo divorcia del contrato de arrendamiento de cosas, y además porque, implicando al trabajo, goza de una “*dignidad particular*” que exige distinción<sup>149</sup>.

Ahora bien, el contrato de arrendamiento de obra, en el marco del Código Civil francés, es entendido como aquel “*par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*” (Art. 1.710), definición lo suficientemente amplia como para abarcar el arrendamiento de servicios, en el cual una de las partes pone su trabajo al servicio de otra –*locatio conductio operarum*–, y el arrendamiento de obra propiamente dicho,

<sup>146</sup> Domat, Jean, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le Droit public, et Legum delectus*, Paris, Pierre-François Emery, 1713, p. 47.

<sup>147</sup> Pothier, R.J., *Oeuvres*, Paris, Béchét, 1825, T. III, *Traité du contrat de constitution de rente. De change. De louage. De société. Des cheptels*, p. 231.

<sup>148</sup> Encuentran, sin embargo, Planiol y Ripert gran diferencia entre el contrato de trabajo y el de obra. En el contrato de obra la remuneración se fija según la importancia de la obra y no en proporción al tiempo que se emplea en ella, como ocurre en el contrato de trabajo. Ver: Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Derecho civil* (Trad. L. Péreznieta Castro), México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 1030.

<sup>149</sup> Podetti, Humberto, *Contrato de construcción*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 42.

a través del cual una de las partes se compromete frente a la otra a hacer un trabajo o una obra determinada –*locatio conductio operis*<sup>150</sup>. Por ello, el propio legislador entiende que “*Il y a trois espèces principales de louage d’ouvrage et d’industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s’engagent au service de quelqu’un ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des entrepreneurs d’ouvrages par suite de devis ou marchés*” (Art. 1.779)<sup>151</sup>.

Ya en su época, Laurent se preguntaba “*Y a-t-il louage lorsque la chose que l’une des parties s’oblige à faire est une œuvre d’intelligence?*” A lo cual el propio autor respondía, a pesar de reconocer que comúnmente se aceptaba que se tratase más bien como un mandato, que en su opinión se trata sin duda de un arrendamiento<sup>152</sup>. De hecho, para el maestro no existe superioridad del trabajo intelectual sobre el material. “*Rien n’est plus faux que la prétendue distinction spiritualiste entre le travail mécanique et le travail intellectuel ; il n’y a pas de travail purement mécanique sauf celui des machines, et l’homme n’est pas une machine ; il est un être pensant, et il met son intelligence dans tout ce qu’il fait*”. Por ello, estima Laurent, no existe diferencia entre el contrato que se celebra con un médico y aquel que se concluye con un obrero<sup>153</sup>.

La gran influencia del Código Civil francés en las codificaciones modernas propagó el tratamiento del servicio dentro del contrato de arrendamiento. El Código Civil chileno de don Andrés Bello tampoco escapó a este influjo, heredándolo, además, a numerosos Códigos americanos. Destaca, sin embargo, el caso alemán. Los diversos códigos germanos, buscando un concepto independiente de servicio, que rompiese con el Derecho romano y se adaptase a la vida jurídica alemana, prefirieron partir del concepto genérico de contrato de trabajo remunerado, noción que engloba tanto el contrato de servicios como el contrato de obras. Tal concepción puede apreciarse en el Código prusiano de 1794, el austriaco de 1812 y el sajón de 1863.

El Código Civil alemán siguió estos modelos y estableció preceptos especiales para aquellas relaciones de servicio caracterizadas por su duración, extensión a la actividad total o principal del trabajo, por su singularidad o por su aceptación en la comunidad doméstica. Distingue el codificador alemán

<sup>150</sup> En tal sentido: Guillaouard, L., *Traité du contrat de louage*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1891, T. 2, 251.

<sup>151</sup> El ordinal 3° de la norma trascrita fue modificado por Ley N° 67-3, de 03/01/1967 así: “3° *Celui des architectes, entrepreneurs d’ouvrages et techniciens par suite d’études, devis ou marchés*”.

<sup>152</sup> Laurent, F., *Droit civil français*, Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Comp., 1877, T. 25, p. 537.

<sup>153</sup> *Ibid.*, T. 27, p. 378-382.

entre el contrato de obra –el artífice se obliga a la ejecución de la obra prometida y el comitente a la satisfacción de la remuneración pactada (§ 631)– y el contrato de servicios –quien promete los servicios se obliga a cumplirlos y la otra parte a procurar la remuneración pactada (§ 611). La ya clásica distinción entre obligaciones de resultados y de medios –a la cual volveremos *infra*– diferenciaría una y otra especie contractual, criterio que se mantiene hoy día en algunos sistemas.

A pesar de este tratamiento, el propio von Gierke advierte que “*no ha podido superarse todavía un tratamiento jurídico coloreado por la concepción básica del Derecho romano, que ve en el contrato de servicios únicamente un contrato del Derecho de obligaciones destinado sólo al intercambio de trabajo y remuneración*”<sup>154</sup>.

No debe dejar de notarse que la aparición del Derecho laboral, respondiendo a imperativos sociales, limitó el ámbito de vigencia del contrato de servicios y dio origen a la necesidad de determinar cuándo estamos ante un caso de contrato de servicios y cuándo frente a un contrato de trabajo, pues ambos giran en torno a la utilización de la actividad humana<sup>155</sup>.

### 3. *El sistema venezolano*

En el caso del Derecho venezolano, a través de la influencia ejercida en nuestra codificación del siglo XIX por el Proyecto elaborado en 1851 por el profesor español Florencio García Goyena, el Código Civil francés dejó su huella en el Código Civil venezolano. En efecto, hasta 1942, el legislador venezolano se limitó a transcribir las disposiciones francesas. Tomemos como ejemplo el Código Civil de 1922. En este instrumento, bajo el título “*Del Arrendamiento*”, el artículo 1.622 entendía a este tipo de contrato como aquel que “*tiene por objeto las cosas y las obras del hombre*”. Luego, el artículo 1.624 definía al arrendamiento de obra como un “*contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer una cosa para la otra mediante un precio convenido*”. Finalmente el Código se dedicaba a la regulación de las tres clásicas especies de contrato de

<sup>154</sup> Von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios* (Trad. y comentario crítico G. Barreiro González), Madrid, Cuadernos Civitas, 1982, pp. 33-34.

<sup>155</sup> A partir de las luchas obreras y la doctrina social de la iglesia se introducen otros elementos y se señala principalmente el aspecto humano. Fue una verdadera conquista la limitación temporal de la obligación del trabajador y que la dependencia sea un concepto jurídico antes que económico. La actividad humana como recurso es comprada, se paga un precio que “*cosifica*” la prestación, conformándose un intercambio patrimonial correspectivo. Ver: Lorenzetti, *Contratos de obra y servicios...*, ob. cit., p. 106.

obras: el contrato de trabajo, el contrato de transporte y el contrato de obras propiamente dicho (Arts. 1.678-1.707).

En la reforma de 1942, el legislador se apartó de esta clasificación y, en el Libro tercero del Código Civil, incluyó el Título IX, denominado “*De la prestación de servicios*”, el cual dividió en dos Capítulos, uno referido al contrato de trabajo, conformado por una sola norma de remisión general al Derecho laboral (Art. 1.629)<sup>156</sup>, y otro referido al contrato de obras (Arts. 1.630-1.648).

Pero ¿hubo realmente una gran reforma en el Código Civil de 1942? Es ésta la pregunta que se formula Zubillaga Silva<sup>157</sup>. Para responder a esta interrogante, el autor venezolano enumera los cuatro cambios reales que sufrió tal regulación. En primer lugar –tal como hemos afirmado– al crearse el Título IX, nos apartamos del modelo tradicional al prescindir de la denominación arrendamiento. Este cambio, en su opinión, concretó y precisó la verdadera naturaleza jurídica de cada convención, pues la prestación de servicios estaría referida al quehacer humano, material o intelectual, y el arrendamiento quedaría limitado al uso oneroso de las cosas. En segundo lugar, se hace una remisión general, en materia de contrato de trabajo, a la legislación laboral, atendiendo a las tendencias modernas. En tercer lugar, se eliminó toda la normativa correspondiente al contrato de transporte, para dejar su tratamiento al Código de Comercio; y, finalmente, se introdujo una definición legal del contrato de obra. Por lo demás, las disposiciones repiten, salvo algunas mejoras de redacción, las del Código Civil de 1922<sup>158</sup>.

Por tales razones, Zubillaga Silva concluye que el gran aporte de la reforma fue haber sistematizado y reestructurado la materia, “*reestructuración (que) ha traído enormes consecuencias jurídicas, por lo que tampoco se la puede tachar de innecesaria, inútil o inoperante. Basta sólo considerar la circunstancia de haber deslindado en sus propios campos, el arrendamiento de cosas y la prestación de servicios*”.

Si observamos, no obstante, la regulación que nuestro Código Civil establece entre los artículos 1.630 y 1.648, una lectura superficial confirma que nuestro legislador se dedica a la regulación, específicamente, del contrato de construcción. Esto, a pesar que la definición contenida en el artículo 1.630

<sup>156</sup> CCV, Art. 1.629: “*Los derechos y las obligaciones de los patronos y trabajadores, con ocasión del trabajo, se regirán por la legislación especial del trabajo*”.

<sup>157</sup> Zubillaga Silva, *Consideraciones sobre el contrato de obras...*, ob. cit., pp. 7-10.

<sup>158</sup> Quizá por ello advierte Podetti, en nuestro sistema, “*alguna huella del viejo sistema romano*”, pues el artículo 1.640 de nuestro Código Civil, aun se refiere al “*contrato de arrendamiento de obras*”. Ver: Podetti, *Contrato de construcción...*, ob. cit., p. 43.

*eiusdem* es lo suficientemente amplia como para permitir la subsunción de numerosos casos, al referirse a aquel contrato “*mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle*”.

En todo caso, nuestro Código Civil no da pista alguna sobre el significado del servicio, noción que, en opinión de Aguilar Gorrondona, sólo podría precisarse “*mediante la yuxtaposición de los conceptos de contrato de obra y de trabajo*”, pero que carece de interés jurídico, pues el legislador no ha dictado una sola norma común a ambos tipos contractuales. El profesor venezolano entiende que existen dos criterios diferenciales fundamentales, que impiden un tratamiento unitario del contrato de obra y el contrato de trabajo y que tienen que ver con el trabajo prestado en ambos casos. Así, en el contrato de trabajo, a pesar de que en efecto se pueda requerir cierto resultado, se considera la cantidad de trabajo y en base a ella se fija el precio; mientras que en el contrato de obra se hace hincapié en el resultado obtenido. Por otra parte, el servicio prestado en el contrato de trabajo es subordinado, mientras se aprecia cierta independencia en el contrato de obra<sup>159</sup>.

En efecto, siendo el contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>160</sup> “*aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración*”<sup>161</sup>, podemos sin duda afirmar que el objeto de tal relación obligatoria es la prestación de servicios retribuidos, servicios que incluyen cualquier tipo de trabajo –manual o intelectual– y que se caracterizan por ser libremente pactados y prestados a favor de otro, bajo cuya subordinación se desarrolla, a cambio de una remuneración<sup>162</sup>.

Son justamente estas características las que separan al contrato de trabajo de cualquier otro contrato de servicios, es decir, ajenidad y subordinación constituyen los criterios esenciales que caracterizan al contrato de trabajo. La ajenidad “*fundamenta jurídica y éticamente el extrañamiento del trabajador de*

<sup>159</sup> Aguilar Gorrondona, *Contratos y garantías...*, ob. cit., pp. 391-392.

<sup>160</sup> G.O. Ext. N° 5.152, 19/06/1997.

<sup>161</sup> Dicho de otra manera, el contrato de trabajo es aquel por medio del cual el trabajador se obliga a prestar personal y directamente sus servicios por cuenta de un patrono o empleador y, con tal fin, a permanecer personalmente a disposición de éste, quien se obliga, a su vez, a mantener las condiciones ambientales y de higiene y seguridad para garantizar a ese trabajador el bienestar, la salud y la vida, y a pagarle el salario estipulado. Ver: Alfonso-Guzmán, Rafael, *Nueva didáctica del Derecho del trabajo*, Caracas, Edit. Melvin, 11ª ed., 2000, p. 69.

<sup>162</sup> En tal sentido: Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 18ª ed., 2000, pp. 57-61.

la riqueza derivada de su esfuerzo y, a la vez, de ella dimanar el poder de mando del empleador y, desde la perspectiva del trabajador, su deber de obediencia o sumisión”<sup>163</sup>. La subordinación o dependencia implica el sometimiento del trabajador a las órdenes o instrucciones, dictadas en el ejercicio del poder de dirección patronal, que éste imparta en el seno de la empresa.

Mas la subordinación –elemento esencial y denotativo de la relación laboral– se encuentra hoy en crisis, frente a las nuevas modalidades de trabajo. Así, César Carballo Mena entiende que el problema está en afirmar el carácter esencial de este criterio, cuando en realidad sólo constituye una derivación de la ajenidad, “verdadero rasgo esencial del servicio ejecutado en la órbita del contrato de trabajo”<sup>164</sup>.

Tal ajenidad ha de contemplarse desde tres puntos de vista<sup>165</sup>. Se habla, en primer lugar, de ajenidad de los frutos, pues estos, entendidos como el resultado de la fuerza productiva del trabajo, son atribuidos a una persona diferente de aquella que desarrolla el trabajo. En segundo lugar, suele mencionarse la ajenidad de los riesgos, en el sentido de que los riesgos y venturas del trabajo son irrelevantes para el operario. Finalmente, destaca la tesis de Alarcón Caracuel<sup>166</sup>, quien se refiere a la ajenidad del mercado, pues para calificar una relación como laboral, es necesario que entre el trabajador y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio del bien o servicio, pagará un salario al trabajador y procurará obtener un beneficio.

A pesar que se trate de la prestación de una actividad idéntica, si la misma se caracteriza por la subordinación y la ajenidad, nos ubicaremos en el contexto del contrato de trabajo, relación cubierta por el Derecho laboral. Faltando tales características, entramos en el terreno del servicio, noción para la cual no establece el legislador civil una caracterización propia. Por ello, ante la ausencia de definición de la prestación que conforma el objeto del contrato de servicios, podríamos entender, con Vaquero Pinto, que el contrato de servicios se caracteriza, fundamentalmente, por el despliegue de cierta actividad, material o intelectual, prestada de manera independiente<sup>167</sup>.

Así las cosas, puede desde ahora intuirse, vista la constante presencia de un contrato en la prestación de servicios, la naturaleza contractual de la

<sup>163</sup> Carballo Mena, César, *Delimitación del contrato de trabajo. Franquicias, teletrabajo, invenciones laborales y fronteras del contrato de trabajo*, Caracas, UCAB, 2001, p. 28.

<sup>164</sup> Ver: *Ibid.*, pp. 27-32.

<sup>165</sup> Referencias tomadas de Sole Resina, *Arrendamiento de obras o servicios...*, ob. cit., pp. 121-124.

<sup>166</sup> Alarcón Caracuel, José Ramón, La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo, en: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, pp. 499 ss.

<sup>167</sup> Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., p. 33.

responsabilidad civil derivada de la utilización de los mismos. Sin embargo, a pesar de su predominio, hemos de considerar también los supuestos en que tal actividad puede revestir carácter más bien extracontractual. De hecho para algunos autores, estaremos en el ámbito contractual cuando se trate de un perjuicio ocasionado por defectos en el servicio utilizado; en cambio, si se trata de un daño sufrido por la utilización del mismo, estaremos frente a un caso de responsabilidad civil extracontractual<sup>168</sup>. Todo ello sin dejar de lado la fatal injerencia de las normas sobre Derecho de consumo cuando en la relación participe un usuario calificable como “*débil jurídico*”.

La importancia de la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual viene dada porque, en nuestro ordenamiento civil, existe una dualidad de sistemas. Así, en la sección correspondiente a los efectos de las obligaciones encontramos, entre los artículos 1.270 a 1.277, la regulación sobre la responsabilidad civil contractual; mientras que, en la sección relativa a las fuentes de las obligaciones, podemos ubicar las disposiciones concernientes a la responsabilidad civil extracontractual (Arts. 1.185-1.196 CCV)<sup>169</sup>.

A pesar de esta realidad del Derecho venezolano, no debemos dejar de considerar –y para ello tomaremos la opinión de Roppo– que la responsabilidad civil está atravesando una fase de gran movimiento, no siempre lineal y unívoca, caracterizada por dos tendencias de fondo que pueden identificarse claramente. En primer lugar, se nota cierta superación de la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Tal tendencia es ejemplificada por el autor, con el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad civil médica en Italia, cuyos tribunales han creado un sistema que prescinde de la calificación de la responsabilidad civil como contractual –relación directa paciente médico– o como extracontractual –relación paciente estructura sanitaria compleja<sup>170</sup>. La

<sup>168</sup> García Amigo citado por De Ángel Yágüez, Ricardo, *La responsabilidad civil*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2ª ed., 1989, p. 208.

<sup>169</sup> Para ahondar en el tema: Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 16-29.

<sup>170</sup> A partir del desarrollo jurisprudencial, Roppo identifica tres características en el nuevo sistema de responsabilidad civil médica. En primer lugar, en relación con el criterio de imputación de responsabilidad, se ha establecido que dado que el tratamiento médico implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad sólo surge en los límites del dolo y la culpa grave. En segundo lugar, figura un criterio relativo a la prueba, de manera que una vez que el paciente haya demostrado que el tratamiento en cuestión no implica una especial dificultad, se presume, en presencia del daño, que el tratamiento ha sido seguido de manera negligente o inadecuada y la carga de la prueba recae sobre el profesional o la estructura sanitaria que presta el servicio, que debe demostrar que el fracaso del tratamiento se debe a una causa extraña no imputable, por ejemplo, la ocurrencia de un evento imponderable, la emergencia de particulares y subjetivas condiciones patológicas del paciente o no acertividad en la prevención, entre otros. Finalmente, la responsabilidad médica surge en todo caso, si el tratamiento ha sido practicado sin

segunda característica implica un agravamiento del estándar de responsabilidad del operador profesional por los daños causados en ejercicio de su actividad, responsabilidad que viene a delimitarse según parámetros de rigor creciente en aras de una más amplia y eficaz tutela de los consumidores<sup>171</sup>.

## II. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En el ámbito de la prestación de servicios a particulares, el servicio es, para el prestador, un medio de desarrollo de la clientela; sea directamente, cuando el servicio es su actividad principal; sea indirectamente, cuando es un elemento de la distribución de un producto. Para el cliente, generalmente, el servicio no es fuente de plusvalía o enriquecimiento, sino que obedece, más bien, a la satisfacción de una necesidad, a la búsqueda de utilidad o confort. En el ámbito de las empresas, el servicio es un medio de gestión y, en gran medida, busca permitir y asegurar la colaboración entre las mismas<sup>172</sup>.

Por tal razón, al analizar la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios de origen contractual, nos centraremos, en primer lugar, en los contratos de servicios prestados entre iguales, es decir, aquellos que pueden negociarse de manera paritaria entre sujetos de Derecho no diferenciados ni jurídica ni económicamente y por ello sometidos al Derecho común. En segundo lugar, analizaremos aquellos servicios prestados en el marco de contratos celebrados con consumidores y usuarios, calificados por la mayoría como débiles jurídicos, por lo que son sometidos al Derecho de consumo.

### A. Régimen de derecho común

La única norma que, en el marco del Derecho común, se refiere a la responsabilidad civil por la prestación de servicios es una disposición especial para el caso del contrato de construcción. Nos referimos al artículo 1.637 del Código

---

el consentimiento del paciente. Pero no basta la prueba del consentimiento para excluir la responsabilidad, el médico y la estructura sanitaria sólo se liberan probando que el paciente dio un consentimiento informado, probando que se ofreció información clara, precisa y completa, que el paciente consintió considerando costos, probabilidades de éxito y riesgos del fracaso del tratamiento.

<sup>171</sup> Roppo, Vincenzo, La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi, en: *Contratto e Impresa*, 1993, N° 3, pp. 891 ss., especialmente pp. 893-898.

<sup>172</sup> Grelon, *Les entreprises de services...*, ob. cit. p. 289.

Civil, según el cual “*Si en el curso de diez años, a contar desde el día en que se ha terminado la construcción de un edificio o de otra obra importante o considerable, una u otra se arruinen en todo o en parte, o presenten evidente peligro de ruina por defecto de construcción o por vicio del suelo, el arquitecto y el empresario son responsables*”. El hecho de que esta norma establezca una sanción, por una parte, y la heterogeneidad del servicio, por la otra, justificarían la imposibilidad de extender su campo de acción, por vía analógica, a todas las áreas de prestación de servicios<sup>173</sup>. No se descarte, sin embargo, su aplicación a contratos de ingeniería civil o contratos “*llave en mano*”, pues estos implican, ciertamente, la construcción de inmuebles.

En todo caso, nótese que al referirse a un “*defecto*” en la construcción, el legislador da cierto tinte subjetivo al llamado sistema de responsabilidad decenal; sin embargo, es tajante al responsabilizar, solidariamente, al arquitecto y al empresario y no les da, al menos de manera expresa, una posibilidad de exonerarse cuando el daño, o el peligro de éste, se produzca; lo cual parece objetivar el sistema y, en este caso, la única manera de excluir la obligación de indemnizar, es a través de la prueba de una causa extraña no imputable que destruya el nexo causal<sup>174</sup>.

Centrémonos, más bien, en el régimen establecido por el Derecho común y que resultaría aplicable a todos los contratos de servicios que no puedan ser calificados como contratos de construcción, caso este último en el cual, debido a la especialidad, sí sería aplicable el régimen de la responsabilidad decenal.

## 1. Necesaria existencia de un contrato y de un daño contractual

### a. El contrato, las partes y los terceros

Cuando existe entre el usuario y el prestador de servicios una relación contractual, se activarán las normas que regulan la responsabilidad civil contractual.

<sup>173</sup> A pesar de que esta norma no pueda, ciertamente, calificarse como excepcional, en el sentido de tener el carácter de “*relatividad lógica y de condicionalidad histórica*”, (Betti, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, [Trad. J. L. de los Mozos], Madrid, Edit. RDP, 1975, pp. 171-175), no creemos que pueda extenderse su aplicación a todas las prestaciones de servicios. El establecimiento de una sanción nos haría desechar la idea de la analogía. Si bien los autores suelen referirse a las normas penales, hemos de entender, ciertamente, que la exclusión de la analogía se debe, justamente, a que tales normas establecen sanciones. Ver: Carnelutti, Francesco, *Teoría general del Derecho*, (Trad. F. Javier Osset), Madrid, Edit. RDP, 1955, pp. 118-119.

<sup>174</sup> Para su tratamiento en el Derecho venezolano: Corsi, Luis, *La responsabilidad decenal*, Caracas, Distribuidora de Libros El Guay, 2ª ed. revisada, aumentada y puesta al día, 1998.

Tal afirmación luce sencilla, pero lo es sólo en apariencia. Aunque tengamos claro que siempre que medie una “*una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico*” (Art. 1.133 CCV) estaremos en presencia de un contrato, existen casos que no siempre resultan claros. Podemos pensar, en primer lugar, en aquellos supuestos en los que no tenemos certeza acerca del perfeccionamiento del contrato<sup>175</sup>, lo cual nos lleva, necesariamente, al tema de la responsabilidad precontractual, figura a la que haremos referencia *infra*.

En segundo lugar, surge el problema de determinar quiénes son las partes del contrato y quiénes terceros, pues de tal calificación dependerá el régimen jurídico aplicable. Tengamos en cuenta que actualmente este problema se presenta con frecuencia debido a la complejidad de las modernas relaciones contractuales, las cuales, tal como lo ha expresado Viney, cada vez están menos encerradas en sí mismas, y son más enmarañadas<sup>176</sup>.

Bien, de conformidad con el artículo 1.166 del Código Civil venezolano “*Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley*”. Esta norma consagra, dentro de nuestro sistema, el llamado principio de la relatividad de los contratos, el cual, en opinión de Mélich Orsini, “*alude a la ineficacia del acuerdo de voluntades para producir efectos vinculatorios entre personas distintas de aquellas que han prestado su consentimiento al mismo*”<sup>177</sup>.

En efecto, es común en la doctrina fundamentar la eficacia relativa de los contratos en el principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que las partes son libres de estipular lo que consideren oportuno y, cuando así lo hagan, sus acuerdos sólo tendrán eficacia entre ellas, por lo que no es posible que perjudiquen o beneficien a terceros<sup>178</sup>. Es claro que, dentro de la expresión

<sup>175</sup> Roppo se muestra a favor de “*desdramatizar*” el tema del perfeccionamiento del contrato. En su opinión, si no se consigue determinar el perfeccionamiento del contrato y, de tal forma, acceder a la tutela por “*vínculo*”, derivada del contrato, se pondría en marcha la tutela por “*resarcimiento*”. Así, “*La diferencia entre la situación en la cual el contrato se ha formado y la situación en que se niega tal formación no es tal que conduzca a pensar que se trate de dos mundos incomunicados entre sí, porque ambos comparten un elemento que se debe destacar, cual es la actuación de un remedio a favor de la parte titular de un interés digno de tutela. La diferencia es, simplemente, de modos y de técnicas de tutela del interés: en un caso, tutela ‘por vínculo’; en el otro, tutela ‘por resarcimiento’*”. Ver: Roppo, Vincenzo, *El contrato del dos mil*, (Trad. M. Koteich), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ensayos de la Revista de Derecho Privado, N° 1, 2005, pp. 73-74.

<sup>176</sup> Viney, Geneviève, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité*, (Dir. J. Ghestin), Paris, LGDJ, 2ª ed., 1995, p. 437.

<sup>177</sup> Ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 656.

<sup>178</sup> López Frías se muestra conteste con tal afirmación y cita, para apoyarla, a Calastreng y Gabet-Sabatier. Ver: López Frías, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1994, pp. 257-258, nota 8.

“parte”, se incluyen no sólo a las personas que participaron directamente en la conclusión del acuerdo sino también a sus herederos<sup>179</sup> y, en caso de representación, al sujeto representado<sup>180</sup>.

El problema, en la determinación de quién es parte y quién tercero con respecto a una relación contractual, se presenta, especialmente, con los causahabientes a título particular. En torno a su situación, cuya discusión ha producido una cantidad considerable de páginas en la doctrina, el profesor Mélich Orsini entiende que, a pesar de que, en efecto no se le puede considerar como una parte en el sentido del artículo 1.166 del Código Civil venezolano, tampoco se le puede dejar totalmente al margen de las relaciones contractuales celebradas por su causante. Así, en su opinión, por efecto de la aplicación de las reglas *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* –“quien adquiere a título derivativo de otra persona recibe el derecho transmitido en el mismo estado en que éste se hallaba en el momento de su transmisión en el patrimonio del transmitente”– y *accessorium sequitur principale* –“el adquirente recibe al propio tiempo los accesorios del bien transmitido”– no puede decirse que el causahabiente a título particular sea un tercero totalmente inmune a los contratos celebrados por su causante, salvo que deba aplicarse una especial regla de inoponibilidad<sup>181</sup>.

A los efectos de este trabajo nos interesa, fundamentalmente, los casos de la acción que contra un tercero, por contribuir con el incumplimiento contractual, pueda ejercer el acreedor o la que el tercero pueda tener contra el deudor, al resultar perjudicado por el incumplimiento, supuestos que, tradicionalmente, han sido calificados como de carácter extracontractual, pues, evidentemente, el principio de relatividad de los contratos dejaría al tercero fuera de tal relación<sup>182</sup>.

<sup>179</sup> CCV, Art. 1.163: “Se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato”.

<sup>180</sup> CCV, Art. 1.169: “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”.

<sup>181</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 659-662. En Francia se ha aceptado que los sucesores a título particular se benefician de los créditos relativos al derecho transmitido que estén vinculados a ese derecho, pero no resultan afectados por las obligaciones que el transmitente hubiese asumido en relación con el objeto posteriormente enajenado. Ver: Mazeaud, Henri, Leon y Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*, Paris, Montchrestien, 1985, pp. 881-888.

<sup>182</sup> Mélich Orsini afirma tajantemente que “Si trata de reclamar de un tercero su responsabilidad por su complicidad en la violación del contrato por parte del cocontratante (p.ej.: patrono que conscientemente sonsaca su trabajador a otro patrono; empresario que se asocia a una explotación en violación de una cláusula de exclusividad, etc.), la acción contra ese tercero no puede ser sino extracontractual. La misma calificación correspondería a la acción que un tercero que no es parte en un contrato pudiese llegar a intentar contra una de las partes en el contrato, por el daño que el tercero pretenda haber sufrido como

Ello, a pesar de que la oponibilidad del contrato permita que éste pueda ser esgrimido por quien no ha participado en él, bien sea para apoyar pretensiones jurídicas propias, bien para enervar pretensiones ajenas.

Oponibilidad es, afirma Mélich Orsini citando a Duclos, la cualidad reconocida a un elemento del orden jurídico (un hecho, un negocio jurídico, un derecho y, en general, cualquier relación jurídica) en virtud de la cual, tal elemento se refleja indirectamente fuera de su círculo directo de actividad, imponiendo a personas distintas de las que actúan el efecto directo, el deber de tener en cuenta o de abstenerse de atentar contra lo que resulta de la existencia de dicho elemento<sup>183</sup>.

La oponibilidad no es una excepción del principio de relatividad, pues no supone que se pueda reclamar a un tercero el contenido de la prestación, ni la responsabilidad derivada de su incumplimiento<sup>184</sup>. De lo que se trata es de determinar si, como consecuencia de un incumplimiento contractual, la acción del acreedor contra el tercero que impidió el cumplimiento, o bien de parte del tercero que se ve perjudicado por el incumplimiento, será de naturaleza contractual o extracontractual. En efecto, siendo el contrato un hecho social –estima Bacache-Gibeili– es comprensible que dé origen a una nueva situación que puede dañar o beneficiar a terceros. Por tal razón, aunque un contrato no puede hacer que un tercero que no ha participado en su formación, sea calificado como deudor o acreedor en virtud, justamente, del principio de la relatividad, es evidente que, como hecho social, es oponible tanto por las partes a terceros, como por terceros a las partes<sup>185</sup>.

Es fundamental en tales casos, que se verifiquen los requisitos para la configuración del hecho ilícito<sup>186</sup>, sin lo cual, evidentemente, no podrá solicitarse la indemnización ordenada por el legislador en el artículo 1.185 del Código Civil<sup>187</sup>. Justamente, en una excelente monografía sobre la lesión extracontractual del crédito, el profesor Mélich Orsini concluye, luego de excluir que

---

*reflejo del incumplimiento de un deber que el demandado tenía en razón del contrato...?.* Ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 454-455.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 665.

<sup>184</sup> En este sentido: López Frías, *Los contratos conexos...*, ob. cit., pp. 265-267 y los autores allí citados.

<sup>185</sup> Bacache-Gibeili, Mireille, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 268, 1996, p. 83.

<sup>186</sup> Por regla general y a salvo las normas especiales, es necesario que concurran el daño, la culpa y la relación de causalidad entre el daño y la culpa. Ver análisis de estos elementos en: Mélich Orsini, José, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Caracas, BACPS, Serie Estudios Nos. 45-46, 2ª ed. actualizada de la jurisprudencia y legislación, 2001, pp. 29-143.

<sup>187</sup> Ver sobre el tema: *Obra Código Civil de Venezuela, Antecedentes, Comisiones Codificadoras, Debates Parlamentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Concordancias*, (Relator: C. Madrid Martínez), Caracas, EBUC, 1989, T. 1.185.

la aplicación del artículo 1.185 requiera una particular calificación del daño y aceptar la atipicidad del supuesto de la citada norma, que cuando el hecho calificable de incumplimiento contractual configura simultáneamente un hecho ilícito extracontractual, puede generarse el derecho de la persona lesionada por tal ilícito a reclamar el resarcimiento del daño extracontractual<sup>188</sup>.

Consideremos además que siendo el hecho de un tercero una causa extraña no imputable que exoneraría al deudor de responsabilidad, al acreedor debe atribuirse, ubicándonos en el supuesto del artículo 1.344 del Código Civil venezolano, lo que quede de la cosa y los derechos y acciones que le sean inherentes, pese al justificado incumplimiento. Ello en virtud del llamado principio del *commodum repraesentationis*, consagrado por el artículo 1.345 *eiusdem*. Al respecto, Lagrange ha afirmado que las normas de los artículos 1.185 y 1.345 son autónomas entre sí; no se interfieren o excluyen la una a la otra, sino que cada una ha de hacerse operativa, en cada caso específico, conforme a sus respectivos presupuestos. De tal manera, la tutela resarcitoria que proporciona la norma sobre responsabilidad aquiliana tiene un alcance amplísimo, incomparable en su extensión con el ámbito necesariamente limitado de la regla del *commodum repraesentationis*<sup>189</sup>. Además, el objeto del artículo 1.345 del Código Civil no es indemnizar al acreedor por la lesión derivada del cumplimiento justificado, sino más bien traspasarle cualquier ventaja material o jurídica que el deudor haya podido obtener del hecho del tercero que hace imposible el cumplimiento de la obligación<sup>190</sup>.

En nuestra opinión –ya sostenida en otras oportunidades<sup>191</sup>– aunque desde el punto de vista del ámbito de aplicación de las normas, sin duda parece correcto aplicar al contratante el régimen contractual y al tercero el régimen extracontractual, ello podría conducir a dar tratos diferenciados al contratante y al tercero que se han visto perjudicados por un mismo hecho. Pero por otro lado, el propio contrato podría verse seriamente deformado con la intervención del tercero y su régimen; recordemos que éste podría hacer valer las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, lo cual, en opinión de algunos autores

<sup>188</sup> Mélich Orsini, José, La lesión extracontractual del daño, en: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Caracas, ACPS, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005, pp. 573 ss., especialmente pp. 583-588 y 618.

<sup>189</sup> Lagrange, Enrique, *El principio del “commodum repraesentationis” (Estudios sobre el artículo 1.345 del Código Civil)*, (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, ACPS, 2001, p. 81.

<sup>190</sup> En este sentido: Mélich Orsini, La lesión extracontractual del daño..., ob. cit., p. 597.

<sup>191</sup> Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 35.

podría frustrar las expectativas de las propias partes y destruir el equilibrio de las pretensiones<sup>192</sup>.

Para evitar este tipo de situaciones se ha pensado que podría aplicarse un mismo régimen al contratante y al tercero; sin embargo, admitir esta posibilidad nos coloca frente a una encrucijada: aplicar estrictamente el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, lo cual permitiría al contratante víctima del incumplimiento obtener una indemnización a espaldas de la previsión contractual, o aplicar pura y simplemente las cláusulas contractuales al tercero, lo cual conduciría a extender la fuerza obligatoria del contrato<sup>193</sup>, desmejorando en algunos casos la situación del tercero por la aplicación, por ejemplo, de cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad pactadas por las partes y para las cuales él no ha prestado su consentimiento.

En este sentido, suele reconocerse que existen casos especiales en los cuales se da el incumplimiento de una obligación que no existiría sin un contrato, del cual, a pesar de no ser parte aquel que reclama, puede designarse como el incuestionable beneficiario del mismo. Mélich Orsini ejemplifica este planteamiento con la acción ejercida por el mandante o el comitente contra el mandatario sustituto, la del dueño de la obra contra el subcontratista de su contratista, la del subarrendatario contra el arrendador, la de quien ha contratado una intervención quirúrgica con un cirujano contra el anestesista por el cual éste se ha hecho ayudar y, en general, la acción ejercida en todos aquellos casos en los que se pueda hablar de “*subcontratos*”<sup>194</sup>. En estos casos la acción, en opinión del autor venezolano, ha de ser contractual antes que extracontractual<sup>195</sup>.

## b. Los contratos conexos

Ante supuestos de tal naturaleza, el panorama se complica cuando nos encontramos frente a los llamados *groupes de contrats*<sup>196</sup> o *collegamento*

<sup>192</sup> Viney, *Traité de Droit civil...*, ob. cit., p. 437.

<sup>193</sup> Ghestin, Jacques, Christophe Jamin y Marc Billiau, *Les effets du contrat*, (Dir. J. Ghestin), Paris, LGDJ, 2001, p. 795.

<sup>194</sup> En el caso especial de los subcontratos, Néret justifica el tratamiento contractual de la responsabilidad que de su incumplimiento se derive, pues entiende que, a pesar de que ciertamente los contratantes extremos del grupo no son parte en la misma relación contractual, ellos participan del mismo complejo contractual, lo cual les impide acudir a la vía extracontractual, que es reservada a los terceros propiamente dichos. En todo caso, afirma que podría recurrirse a la vía extracontractual cuando la culpa constituya una fuente de responsabilidad para todos, con lo que la vía contractual queda reservada a los casos en que la falta es inseparable del contrato y es resultado de su incumplimiento. Ver: Néret, Jean, *Les sous-contrats*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. CLXIII, 1979, p. 271.

<sup>195</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 458.

<sup>196</sup> Se suele hacer referencia en primer término a la expresión francesa *groupes de contrats*, debido a que se reconoce como pionero de esta noción a Teyssié, quien en una monografía publicada en 1975, entendió

*negoziale*<sup>197</sup>, expresiones generalmente traducidas como grupo de contratos o contratos conexos. El contrato, en palabras de Lorenzetti, “*ha renunciado a su aislamiento: no es habitual que se presente solo, sino vinculado a otros contratos, formando redes, ‘paquetes’ de productos y servicios, surgiendo la noción de ‘operación económica’ que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización*”<sup>198</sup>.

La noción de operación económica aparece con fuerza al describir al grupo contractual. En efecto, al referirse a esta figura, el propio Galgano entiende se trata de una “*pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja*”, lo cual, en su opinión provoca que, aunque los contratos mantengan su individualidad, los efectos de uno repercutan sobre el otro<sup>199</sup>.

Así, la conexión contractual es claramente descrita por López Frías, como la situación que se presenta cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos caracterizados por una estrecha conexión funcional entre sí, en razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante<sup>200</sup>. De manera similar, durante las XVII

---

que si varios contratos tienen un mismo objeto y participan en la realización de un fin común, de manera que poseen una misma razón de ser, constituyen un verdadero grupo. Ver: Teyssié, Bernard, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. CXXXIX, 1975, p. 33.

<sup>197</sup> Castiglia reconoce que tras la expresión *collegamento negoziale* se esconde una categoría heterogénea de falsa imagen unitaria, cuyo principal problema es la propia individualización del fenómeno. Ver: Castiglia, G., *Negozi collegati in funzione di scambio* (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio), en: *Rivista di Diritto Civile*, 1979 II, p. 397 ss. Messineo se refiere a contratos recíprocos y contratos vinculados. Recíprocos serían los contratos que se estipulan entre las mismas partes y en relación de dependencia, de manera que los contratos se conciben como una unidad económica. Los contratos vinculados vienen a constituir una categoría más amplia, en el sentido de que, además de reciprocidad, puede haber subordinación unilateral de un contrato respecto de otro. Por otra parte, Messineo entiende que la vinculación puede ser tanto genética –un contrato ejerce su influjo sobre la formación de otro, por ejemplo, los contratos preliminares– como funcional –un contrato adquiere relevancia si obra sobre el desarrollo de la relación que nace del otro contrato– pudiendo presentarse esta última como subordinación jurídica –unilateral o recíproca– o económica. Ver: Messineo, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 402-404.

<sup>198</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, Esquema de una teoría sistémica del contrato, en: A.A. Alterini, J.L. de los Mozos y C.A. Soto, *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2000, pp. 13 ss., especialmente, p. 17.

<sup>199</sup> Galgano, Francesco, *El negocio jurídico*, (Trad. F. Blasco Gasco y L. Prats Albetosa), Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 114. En efecto, Rodner afirma que no se trata de un nuevo tipo contractual, sino de uniones parciales de contratos separados e independientes que, debido a la unión o enlace, se afectan mutuamente. Si los contratos perdieren su individualidad, se estaría más bien frente a un contrato único. Ver: Rodner, James Otis, *Contratos enlazados* (El grupo de contratos), en: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, (Coord. I de Valera), Caracas, ACPS, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 253 ss., especialmente pp. 259-260. Ver también: Rodner, James Otis, *Los contratos enlazados. El subcontrato*, Caracas, ACPS, AVDP, Serie Eventos, 2008, N° 77, p. 10.

<sup>200</sup> López Frías, *Los contratos conexos...*, ob. cit., p. 273.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Argentina, la conclusión N° 2 de la Comisión N° III, entendió que “*Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio*”<sup>201</sup>.

Tradicionalmente se ha entendido que es la causa, entendida como la función económico social del contrato<sup>202</sup>, el elemento que guiará al operador jurídico para calificar a un conjunto de relaciones como grupo de contratos<sup>203</sup> y que, además, facilitará su diferenciación con los contratos mixtos<sup>204</sup>. De manera que habrá tantos contratos como causas puedan identificarse y, lógicamente, habiendo una causa única estaremos en presencia de un solo contrato.

El fenómeno de los grupos contractuales presenta altos grados de heterogeneidad<sup>205</sup>, cubriendo numerosos supuestos diferentes. Tomemos, como punto de partida, la clasificación de Teyssié<sup>206</sup>. Para el autor francés, puede haber, en

<sup>201</sup> Seguí, Adela, Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones (Especial referencia al Proyecto de Código Civil de 1998 y a las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, setiembre de 1999), en: A.A. Alterini, J.L. de los Mozos y C.A. Soto, *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2000, pp. 181 ss., especialmente p. 190.

<sup>202</sup> “*Entendida como fin económico-social, la causa del contrato tiene una función teleológica (es el ‘porqué’ del contrato), en el sentido de que el ordenamiento jurídico, secundando la legítima expectativa de cada una de las partes, hace depender la validez del contrato de la circunstancia de que, mediante el mismo, la parte consiga efectivamente el fin (reconocido como importante) que el contrato, por su misma naturaleza, es idóneo para hacer conseguir; porque, si no se puede lograr el fin, por falta originaria de causa, el contrato se vuelve nulo*”. Ver: Messineo, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 113.

<sup>203</sup> En este sentido: Seguí, Teoría de los contratos conexos..., ob. cit., p. 191; López Frias, *Los contratos conexos...*, ob. cit., pp. 278-279.

<sup>204</sup> “*Contratos mixtos son aquellos en que, dentro de un único contrato confluyen elementos que pertenecen a tipos de contratos diferentes*”. En este caso, a diferencia de los grupos, hay unidad contractual. Ver: Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 1996, Vol. I, Introducción. Teoría del contrato, pp. 388-389. En opinión de Messineo, el contrato mixto se produce, según un primer método, por absorción, de manera que habría siempre un elemento prevalente que absorbe los elementos secundarios. El segundo método propugna más bien la combinación, postulando la existencia de una estrecha relación entre los elementos del contrato singular y las normas mediante las cuales es regulado. Ver: Messineo, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 397-398.

<sup>205</sup> Así lo reconoce Seguí, quien luego de citar lo que, a partir de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se consideró incluido dentro de esa “*operación económica*” denominada grupo de contratos (relaciones de consumo entre grupos de prestadores y grupos de consumidores –contratos de turismo, de tarjetas de crédito, de financiación para el consumo, de *leasing*, de tiempo compartido– y relaciones interempresarias, que incluyen las redes asociativas y las cadenas contractuales y la terciarización), afirma que “*la heterogeneidad es uno de los rasgos distintivos de la conexidad contractual*”. Ver: Seguí, Teoría de los contratos conexos..., ob. cit., p. 191.

<sup>206</sup> Teyssié, *Les groupes de contrats...*, ob. cit., p. 33.

primer lugar, grupos de contratos cuando hay una cadena, es decir, una serie de contratos vinculados por la existencia de una pretensión esencial común a todos ellos, con una estructura lineal, situación que se presenta por adición, de manera que un contrato se adhiere a otro y así sucesivamente. El caso de las ventas sucesivas es el ejemplo paradigmático de este tipo de contratos conexos. La cadena puede también presentarse por difracción, situación que se presenta en el caso de los subcontratos<sup>207</sup>.

En segundo lugar, hay grupos contractuales cuando estamos frente a un conjunto de contratos, red contractual formada alrededor de un personaje clave, un promotor que crea relaciones inmediatas con cada uno de los participantes en el grupo, caracterizada por una estructura circular. La vinculación entre ellos deriva de una causa remota única, conservando cada contrato su propia causa próxima. Hay dentro de los conjuntos de contratos, relaciones de dependencia unilateral, en el sentido de un contrato principal, frente a contratos accesorios, por ejemplo, la concesión de vivienda al trabajador como accesorio a la relación laboral. Pero también pueden ser interdependientes, subclasificándose entre los que son indivisibles (contratos de publicidad –productor, anunciador– o de transporte internacional –carga, transporte a puerto, fletamento) y aquellos que son divisibles, como ocurre con los contratos de coaseguro, distribución comercial, etc.

En Venezuela, Rodner –siguiendo de cierta manera a Teyssié– aporta una clasificación que ilustra las posibilidades estructurales de los contratos conexos. Así, se refiere en primer lugar a las cadenas de contratos, las cuales presentan identidad total o parcial en su objeto. En segundo término, menciona los conjuntos de contratos interdependientes –*ensemble*– constituidos por varios contratos que persiguen un fin común. La conexión en la causa justificaría esta especie. Los contratos base y las condiciones generales de contratación figuran en tercer lugar, pues estos se presentan como una estructura, a veces obligatoria, para la celebración de contratos específicos. Los modelos de la FIDIC pueden mencionarse como ejemplo. Luego el autor menciona los contratos condicionales, cuando la condición suspensiva o resolutoria es la celebración o cumplimiento de otro contrato. En quinto lugar, aparecen los contratos con dependencia unilateral –cuando un contrato depende de otro, de manera que puede considerarse auxiliar o accesorio del primero– o bilateral –cuando habiendo dos o más contratos que dependen el uno del otro, existe entre ellos una especie de interdependencia recíproca. Finalmente, el autor menciona que

---

<sup>207</sup> Para el análisis de los subcontratos ver: Rodner, *Los contratos enlazados...*, ob. cit., especialmente pp. 127 ss.

puede haber una cadena homogénea o heterogénea, según que compartan o no la prestación característica<sup>208</sup>.

Resulta en este sentido interesante la solución propuesta por Bacache-Gibeili cuando destaca, luego de reafirmar que el contrato se ha hecho obligatorio en razón de su utilidad social, la necesidad de extender ese efecto obligatorio más allá del círculo de los contratantes. Tal necesidad deriva del propio fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, la cual ha de ser extendida a los miembros de un grupo, en la medida en que estos se benefician, en razón de su propio contrato, de una obligación idéntica de aquella a que está sujeto el deudor. De tal manera, la autora extiende la noción de parte a todas aquellas personas concernidas por el contrato como instrumento de respeto a las previsiones y a la realización de la justicia conmutativa, con lo cual son partes, no sólo las contrapartes en el contrato *—parties contractantes—*, sino también aquellos que participan del grupo contractual *—simples parties contractantes—*<sup>209</sup>.

Ahora bien, frente a la ausencia, en la gran mayoría de los Códigos Civiles, de una regla general que dé solución al problema de los grupos contractuales, podemos observar algunas reglas específicas dirigidas a algunas de las manifestaciones de este fenómeno. Nos referimos, por ejemplo, a los contratos de garantía, los cuales, por su evidente accesoriedad con respecto al contrato principal, siguen su suerte y no puede afirmarse que sean absolutamente extraños unos y otros<sup>210</sup>. También, ya lo hemos asomado, en los casos de subcontratos podríamos ubicarnos frente a un grupo, con las consecuencias derivadas de tal situación<sup>211</sup>.

Finalmente, encontramos los casos de aceptación de la acción directa, es decir, aquellos casos en los cuales el legislador permite que quien no forma parte de un contrato pueda accionar, por vía contractual, contra uno de los

<sup>208</sup> Rodner, Contratos enlazados..., ob. cit., pp. 287-300; Rodner, *Los contratos enlazados...*, ob. cit., pp. 55-80.

<sup>209</sup> Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions...*, ob. cit., pp. 250 ss.

<sup>210</sup> CCV, Arts. 1.830: “*La obligación del fiador se extingue por la extinción de la obligación principal y por las mismas causas que las demás obligaciones*”; 1.852: “*El deudor no podrá exigir la restitución de la prenda, sino después de haber pagado totalmente la deuda para cuya seguridad se haya dado la prenda, los intereses y los gastos. Si el mismo deudor hubiere contraído otra deuda con el mismo acreedor, con posterioridad a la tradición de la prenda, y esta deuda se hiciere exigible antes del pago de la primera, no podrá obligarse al acreedor a desprenderse de la prenda antes de que se le hayan pagado totalmente ambos créditos, aunque no haya ninguna estipulación para afectar la prenda al pago de la segunda deuda*”; y 1.907: “*Las hipotecas se extinguen: 1° Por la extinción de la obligación*”.

<sup>211</sup> CCV, Art. 1.584. “*El subarrendatario no queda obligado para con el arrendador, sino hasta el monto del precio convenido en el subarrendamiento de que sea deudor al tiempo de la introducción de la demanda, y no puede oponer pagos hechos con anticipación. No se reputan anticipados los pagos hechos por el subarrendatario de conformidad con los usos locales*”.

integrantes en el mismo. El clásico ejemplo de acción directa es la ejercida por la víctima del daño contra el asegurador<sup>212</sup>. Sin embargo, se plantea el problema de determinar si, aunque no haya sido expresamente concedida por el legislador<sup>213</sup>, la responsabilidad exigida por y a quienes no son partes de un mismo contrato, mas se relacionan por formar parte de un mismo grupo contractual, pueden ejercer una acción de naturaleza contractual. Desde luego, la vía de la acción oblicua consagrada por el artículo 1.278 del Código Civil venezolano queda abierta, pues allí se actúa con la condición de subrogado del deudor cuyo derecho se ejerce. Además –así lo señala acertadamente Rodner– la procedencia de la acción oblicua requiere la inacción del deudor en su condición de acreedor de la causa por la cual se ejerce la acción<sup>214</sup>.

En Francia, por ejemplo, se ha notado la tendencia en la jurisprudencia a aceptar ciertas acciones que han sido calificadas como directas. En tal sentido suelen citarse dos sentencias de la *Cour de Cassation*. En la primera, de fecha 08 de marzo de 1988, la Corte calificó como contractual la acción del acreedor contra un subdeudor y, en la segunda, de fecha 21 de junio del mismo año, se hizo lo propio con la responsabilidad de un miembro del grupo frente a otro<sup>215</sup>. Sin embargo, no deje de considerarse que aceptar la procedencia de acciones directas fuera de los casos establecidos por el legislador, vulneraría el principio de la relatividad del contrato.

Tratándose de un principio general –nos dice acertadamente López Frías– sus excepciones habrían de estar expresamente establecidas y ser interpretadas de manera restrictiva. La propia autora se muestra favorable a la procedencia de la acción directa en casos no establecidos por el legislador, pero no como excepción al principio de relatividad de los contratos, sino más

<sup>212</sup> Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (G.O. N° 37.332, 26/11/2001), Art. 132. “*Las víctimas de accidentes de tránsito terrestre o sus herederos, tienen acción directa contra el asegurador dentro de los límites de la suma asegurada por el contrato. Si hay varios perjudicados y el total de las indemnizaciones debidas por los propietarios excede de la suma asegurada, los derechos de aquellos contra el asegurador se dividirán proporcionalmente hasta la concurrencia de esta suma. No obstante, el asegurador que pruebe haber pagado de buena fe a alguno de los perjudicados una cantidad mayor a la que le correspondía, queda liberado de responsabilidad respecto a los demás perjudicados hasta la concurrencia de la cantidad pagada*”.

<sup>213</sup> Consideremos que tradicionalmente se ha negado la posibilidad de otorgar la acción directa fuera de los casos expresamente previstos por el legislador, pues se entiende que la misma constituye un privilegio que funciona como excepción al principio general de igualdad de los acreedores. Ver, respecto de la acción directa: Cozian, Maurice, *L'action directe*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. XCII, 1969.

<sup>214</sup> Rodner, Contratos enlazados..., ob. cit., p. 304; Rodner, *Los contratos enlazados...*, ob. cit., pp. 91-92.

<sup>215</sup> Referencias tomadas de López Frías, *Los contratos conexos...*, ob. cit., p. 307.

bien con fundamento en la existencia del grupo contractual y, sobre todo, “*en la aplicación analógica de los preceptos*” que autorizan la procedencia de la acción directa. La *ratio* común de todas las acciones directas –que salvaría la objeción de la aplicación analógica de normas que establecen excepciones al principio general– justificaría tal operación<sup>216</sup>. La *ratio* es, justamente, la conexión de relaciones jurídicas y la relevancia jurídica de tal conexión en la determinación de la responsabilidad civil de los sujetos intervinientes<sup>217</sup>.

No obstante, la autora apunta la necesidad de concurrencia de dos requisitos para que podamos aceptar la procedencia de acciones directas en materia de contratos conexos, sin estar expresamente concedidas por el legislador. En primer lugar, debe tratarse de obligaciones de la misma naturaleza o de contenido muy próximo, tal como ocurre con aquellas acciones otorgadas por el legislador, por ejemplo, en los casos de subarrendamiento, submandato o contrato de seguros, en los que existe correspondencia entre la obligación incumplida del verdadero deudor y la obligación, también incumplida, de quien ha contratado con éste. En segundo lugar, es necesaria una razón jurídica que justifique su procedencia, es decir, habrá de comprobarse cuáles son las consecuencias de la aceptación, en el caso concreto de la acción directa y la evidencia de que con ella se corrige una “*clara inadecuación de los intereses en juego y su regulación jurídica*”. En los demás casos la acción deberá ser de naturaleza extracontractual<sup>218</sup>.

En todo caso, tal como apunta acertadamente Lorenzetti, cualquier análisis que pretenda hacerse de este tema no debe dejar de lado su novedad<sup>219</sup>, de manera

<sup>216</sup> Recuérdese que la aplicación analógica de una norma no implica comparar rasgos individuales que pertenecen sólo al caso especial, puesto que no se compara casos individuales, sino casos o grupos de casos típicos de manera de obtener una coincidencia y poder determinar si tal coincidencia es valorativamente tan relevante como para permitir un igual tratamiento jurídico. Ver: Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, (Trad. E. Gimbernat Ordeig), Barcelona, Ariel, 1966, pp. 301-302.

<sup>217</sup> Coincide en este sentido la autora con Larroumet, para quien los contratos que constituyen un conjunto, puesto que están vinculados económicamente y ello se manifiesta jurídicamente en una sucesión de contratos o en la interdependencia entre dos o más contratos, no son *res inter alios acta*, por lo que una parte en uno de los contratos no es un tercero en sus relaciones con una parte de otro contrato del conjunto. De allí que sea el vínculo entre los contratos lo que permite superar el obstáculo que representa el principio de relatividad del contrato a una acción contractual de una parte extrema contra la otra. Ver: Larroumet, Christian, *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels*, en: *Jurisclasseur Périodique (Semaine juridique) Édition générale*, 1988, Nos. 9-10, p. 1.3357.

<sup>218</sup> López Frías, *Los contratos conexos...*, ob. cit., pp. 308-310.

<sup>219</sup> Por ello, el propio autor estima que aunque las tesis que se han propuesto representan una válida aproximación al tema, es necesario desarrollarlo mejor. En tal sentido, Lorenzetti se refiere, en primer lugar, a la tesis de los contratos relacionales del Derecho anglosajón, basada en el contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos; en segundo lugar, menciona la tesis del contrato marco de base asociativa fundamentado en el interés común, que justifica el carácter asociativo, justa-

de no enfocarse únicamente en el contrato como un fenómeno aislado, sino más bien en la interacción de un grupo de ellos que actúa en forma coordinada, entendiendo al contrato como un instrumento para la realización de negocios. La teoría sistémica que propone el autor sugiere un análisis del problema en dos planos, referido el primero a las relaciones entre las partes del grupo –no sólo las obligaciones principales y accesorias de cada parte contratante, sino también los deberes derivados del propio sistema– y el segundo a las relaciones frente a terceros –referido, básicamente, a la procedencia de acciones directas e indirectas<sup>220</sup>.

No hay en el sistema venezolano, más allá de las normas referidas a los ya clásicos casos de garantías y subcontratos, disposiciones que regulen los contratos conexos. Tampoco la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. Por tal razón estimamos que, ante un caso de grupo de contratos, el juez seguramente se sentirá inclinado, en aplicación del principio de la relatividad de los contratos, a calificar como extracontractual toda acción ejercida por y contra quien no sea parte en un contrato individualmente considerado, a pesar de la existencia de un grupo contractual. Sirva como ejemplo el tratamiento que se ha dado en materia de responsabilidad civil derivada de los productos defectuosos<sup>221</sup>.

---

mente, por el interés común que surge cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte; uno de los contratantes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestación que realiza la otra sin que exista un vínculo de cambio. Los grupos de contratos unidos por una operación económica figura en tercer lugar y prescinde de un enfoque voluntarista que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes para pasar a un abordaje objetivo, basado en la noción de causa; de manera que la conexión objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos. Ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Redes contractuales y contratos conexos*, en: A. A. Alterini, J.L. de los Mozos y C. A. Soto, *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2000, pp. 113 ss., especialmente, pp. 122-126.

<sup>220</sup> *Ibid.*, pp. 129 ss.

<sup>221</sup> En efecto, Rodner admite el fundamento extracontractual de la responsabilidad del fabricante, en los casos en que, como es frecuente, no media una relación directa con la víctima del daño. Así, “...*el tercero no tiene fundamento alguno para intentar una acción contractual contra el fabricante o el vendedor*”. Ver: Rodner, James Otis, La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho venezolano, en: *Estudios de Derecho civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje N° 5, 2002, Vol. II, pp. 405 ss., especialmente pp. 420-421 y 428. Refiriéndose a las relaciones entre el fabricante y el destinatario final, Rojo afirma: “*Frente a aquellas hipótesis –de mayor frecuencia– en las que la distribución de los productos para el uso o el consumo se articula en una serie de contratos, por lo general de compraventa, independientes entre sí desde una perspectiva jurídica pero objeto de una consideración económica unitaria, en el caso presente existe un solo contrato: el primer adquirente es también el adquirente definitivo del producto, la persona que lo va a usar o consumir. Un único proceso económico se corresponde con un instrumento jurídico también único*”. Ver: Rojo y Fernández Río, Ángel, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974, p. 236.

## c. El daño contractual

Ahora bien, una vez que estemos seguros de la existencia de una relación contractual entre las partes, se plantea la cuestión de calificar el daño como contractual. Tal afirmación nos conduce a aceptar que, entonces, no todos los daños que se producen entre partes unidas por el contrato tienen naturaleza contractual. En tal sentido, Mélich Orsini ha entendido que para que un daño sea calificado como contractual, no basta que las partes estén ligadas por una convención, pues puede ocurrir que, aun existiendo una relación contractual entre ellas, el daño se produzca al margen de las obligaciones estipuladas en el acuerdo. Por ello, será preciso delimitar de manera inequívoca las obligaciones nacidas del contrato, es decir, no aquellas que se hayan producido con ocasión del contrato, sino las relativas a ventajas que efectivamente no se hubiesen obtenido sin la existencia del mismo, en otras palabras, las relacionadas con el propio núcleo del contrato<sup>222</sup>. Se trata, en definitiva, de lo que Mélich Orsini ha denominado “*especificidad del daño contractual*”<sup>223</sup>.

En el Derecho comparado se ha desarrollado, para estos casos, la noción de “*avantage spécialement conféré par le contrat*” o “*reliance*”<sup>224</sup>. De manera que sólo la no obtención de una ventaja específica que se esperaba a partir del cumplimiento del contrato, podría ocasionar un daño de naturaleza contractual. Heuzé ha venido a completar esta idea afirmando que cualquiera sea la identidad de la víctima, la responsabilidad sólo puede ser calificada como contractual cuando ella tienda a la reparación de un daño resultante de la violación de una obligación contractual<sup>225</sup>.

Un daño verdaderamente contractual resultaría entonces del incumplimiento de la obligación de suministrar una ventaja específica conferida por el contrato. Si utilizamos analógicamente el razonamiento que Rodner desarrolla

<sup>222</sup> El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en este sentido, en sentencia de fecha 09/01/1985 (R.A. 167) en la cual afirmó: “*No es bastante que haya un contrato entre las partes, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso aparezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial*” (resaltado nuestro).

<sup>223</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 471-474.

<sup>224</sup> Muir Watt, Horatia, *Reliance et définition du contrat*, en: *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du Droit Économique*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 57 ss.

<sup>225</sup> Heuzé, Vicent, *La notion de contrat en Droit international privé*, en: *Travaux du Comité français de Droit international privé, 1995-1998*, Paris, Editions A. Pedone, 2000, pp. 26 ss. En sentido similar, Cuendet ha afirmado que para estar frente a un caso de responsabilidad civil contractual es necesario que exista entre las partes un contrato válido y que el daño sea causa de la violación de una obligación derivada del mismo. Ver: Cuendet, Jean, *La faute contractuelle et ses effets*, Berne, Université de Lausanne, Imprimerie Staempfli & Cie. SA, 1970, pp. 3 ss.

para la responsabilidad civil derivada de los productos, en el caso de los servicios, podríamos afirmar que un daño que sea consecuencia de un servicio no prestado conforme con las especificaciones del contrato tendría naturaleza contractual; mientras que si el daño fuere causado por el servicio debido a la violación de obligaciones generales de seguridad y prudencia, éste tendrá naturaleza extracontractual, al no tratarse del incumplimiento de una obligación específicamente contractual<sup>226</sup>.

A la hora de determinar la naturaleza eminentemente contractual de un daño, debe igualmente tenerse en cuenta que, el Derecho venezolano, como la gran mayoría de los sistemas de raíz romano-germánica, no sólo entiende que son contractuales aquellas obligaciones que han sido expresamente pactadas por las partes, sino que han de incluirse además aquellas impuestas por la Ley, e incluso por el uso en los casos admitidos por el legislador (Art. 1.160 CCV)<sup>227</sup>.

También podrían aparecer complicaciones cuando la relación contractual entre el proveedor y el consumidor no cubre todas las posibles causas del daño. Pensemos en un peluquero que aplica un producto en la cabellera de su cliente; en caso de producirse un daño, tendríamos dos posibles causas, en primer lugar, un defecto en el producto que provoque una reacción en el cuero cabelludo del cliente o, en segundo término, que el peluquero haya aplicado el producto por más tiempo del indicado y haya causado con ello un daño al usuario. En ambos casos interviene un producto y un servicio; habrá entonces que determinar cuál de los dos actúa de manera preponderante en la producción del daño y, con ello, determinar el régimen de responsabilidad que será aplicable.

En la jurisprudencia de Estados Unidos –según reporta Clark<sup>228</sup>– se ha adoptado diversidad de criterios para determinar, específicamente, la aplicación de la sección 402A del *Restatement second on torts*, la cual recoge un principio de responsabilidad objetiva para el caso de los productos. Así, el autor reporta tres supuestos particularmente discutidos: el suministro de sangre humana, el suministro de servicios farmacéuticos y el suministro de información. En el primer caso existe una fuerte tendencia a considerarlo como un servicio. En el supuesto del suministro de servicios farmacéuticos, la opinión dominante se inclina por entender, para excluir el carácter objetivo de la responsabilidad del

<sup>226</sup> Rodner, La responsabilidad civil del fabricante..., ob. cit., pp. 424-425.

<sup>227</sup> Para hacerse una idea de la generalidad de este razonamiento, ver: *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle* (Dir. R. Rodière), Paris, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris II, Centre National de la Recherche Scientifique, Editions A. Pedone, 1981. Ver especialmente Francia (A. Chemel), p. 40; Italia (H. Courtois), p. 106; Alemania (A. Kneip), p. 122; Gran Bretaña e Irlanda (S. A. Mc Cracken), pp. 141-142.

<sup>228</sup> Clark, A., *Product liability*, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 61-65.

farmacéutico, que el mismo es un profesional y no un comerciante. El autor cita como emblemática la decisión tomada en el caso *Murphy c. R.R. Squibb and Sons*, tomada por el Tribunal Supremo de California en 1985<sup>229</sup>.

Los problemas son mayores en los casos de suministro de información, sobre todo si se trata de información de alta tecnología. El autor se pregunta si será objetiva la responsabilidad del fabricante de un *software* informático, como suministrador de un producto. En todo caso, la jurisprudencia ha adoptado un sistema de responsabilidad objetiva para los casos de información producida en masa, citándose como ejemplo la decisión en el caso *Fluor Corp. c. Jeppesen Inc. (California, 1985)*<sup>230</sup>, en el que un mapa de aproximación a un aeropuerto no indicaba la existencia de una colina, como punto más elevado del lugar. Así, el tribunal recurrió al argumento de la elaboración masiva de tales mapas y planos y se consideró que al decidir si una cosa era o no un producto debían considerarse razones de prudencia, particularmente, la necesidad de ofrecer una adecuada protección respecto de los defectos de fabricación.

En los supuestos de daños ocurridos por la utilización de productos en el curso de una prestación de servicios, han de distinguirse, en primer lugar, los casos en que el producto sea aplicado o utilizado incorrectamente, independientemente de que sea o no defectuoso; y, en segundo término, los supuestos en que se aplique correctamente un producto defectuoso. En tal sentido, parte de la doctrina no tiene inconveniente en admitir que, si el daño se debe al producto, el prestador de éste sea considerado como suministrador del producto; pero su responsabilidad sólo sería deducible en los casos en que, conforme al régimen de responsabilidad por productos defectuosos, responda el suministrador. Lo mismo podría afirmarse de los casos en que el prestador del servicio es el fabricante del producto, supuesto en el cual respondería como productor<sup>231</sup>.

Markovits, por su parte, entiende que estando de por medio un producto, el daño que del mismo deriva, como fenómeno objetivo, debe considerarse como consecuencia del producto, siendo de cargo del fabricante la prueba de que el perjuicio de debió, más bien, a su defectuosa instalación o aplicación, si ésta corrió de cargo de un tercero<sup>232</sup>. Finalmente, De Ángel Yáguez, dejando de lado el criterio del valor económico del trabajo y el objeto, aconseja, reconociendo la

<sup>229</sup> *Murphy v. E. R. Squibb & Sons, Inc.* (1985) 40 Cal.3d 672, 682-683.

<sup>230</sup> *Fluor Corp. v. Jeppesen & Co.*, 170 Cal. App. 3d 468, 475, 216 Cal. Rptr. 68, 71 (1985).

<sup>231</sup> Parra Lucán, María A., La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales, en: AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 1.175 ss., especialmente p. 1.248.

<sup>232</sup> Markovits, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985...*, ob. cit., pp. 176-177.

dificultad de semejante tarea, determinar si el daño es consecuencia del defecto de la pieza o del servicio al colocarla o acoplarla al objeto reparado<sup>233</sup>.

## 2. *Fundamento de la responsabilidad civil contractual*

### a. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado

Tal como hemos venido sosteniendo, es generalmente admitido que en materia de prestación de servicios se pactan esencialmente obligaciones de hacer. Justamente este punto –según afirmáramos *supra*– es uno de los elementos que diferencia al servicio del producto, terreno en el cual se pactan de manera mayoritaria obligaciones de dar. Por tal razón hemos de distinguir necesariamente, dentro de esta categoría, las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. Análisis fundamental a la hora de determinar cuándo ha habido incumplimiento del contrato y la responsabilidad derivada de tal inejecución.

Esta ya clásica distinción nace en Francia, particularmente en la obra de Demogue<sup>234</sup>, primer autor en utilizar esta metodología que sería luego recogida por gran parte de los civilistas, mas no de manera pacífica<sup>235</sup>. El autor refirió

<sup>233</sup> El autor incluso menciona, a partir de la jurisprudencia española, algunos daños causados por el servicio en sentido estricto. Es el caso de los daños ocasionados por agencias de viaje, por un banco que paga un cheque falsificado, el calentador que cae al suelo al ser instalado, los daños sufridos por prendas en tintorerías o establecimientos de limpieza, la defectuosa reparación de automóviles, la incorrecta aplicación de cosméticos y otros productos de belleza, la asistencia sanitaria, etc. En todos estos casos, la actividad prepondera notoriamente sobre los bienes, objetos o productos. No deja de reconocer el autor que hay supuestos en que tal preponderancia no está tan clara, de manera que se hace necesario determinar si la incorrección está en el hacer de quien utiliza o manipula los productos, caso en el cual procede la calificación de servicio. Ver: De Ángel Yáguez, *La responsabilidad civil de los suministradores...*, ob. cit., pp. 24-25.

<sup>234</sup> Demogue, René, *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1925, T. V, pp. 538 ss.

<sup>235</sup> Cervilla Garzón ha sistematizado las posturas adversas a esta distinción. En primer lugar, se ha afirmado que la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado es falsa, pues toda obligación tiende a un resultado, resultado que es el fin o interés que guía al acreedor a concertar una determinada obligación con el deudor. No tiene sentido pensar que el cliente que contrata a un determinado facultativo no lo hace con el fin de obtener el resultado de su curación o mejora; en otro caso, probablemente, no requeriría sus servicios. Esta crítica deja de lado el hecho de que sólo en las obligaciones de resultado éste se incluye en la prestación, no así en las de medio. En segundo lugar, se ha afirmado la inutilidad de la distinción, por estimar que sólo existen obligaciones de actividad, pues en todas las obligaciones de hacer se requiere la realización de un *facere* por parte del deudor. En toda obligación, el deudor debe poner los medios, bien para la realización de una actividad diligente, bien para la obtención de un resultado. Se cuestiona a esta tesis, de nuevo, el ignorar la inclusión o no del resultado dentro de la prestación. En tercer lugar, se ha afirmado que la distinción es reductivista, al limitarse a dos únicas categorías, ignorando las posibles situaciones intermedias y las matizaciones dentro de las obligaciones de medios y de resultado. Es cierto que, en la práctica, suele resultar complicado distinguir entre estas categorías,

esta diferencia en el seno de las obligaciones de hacer, al analizar la carga de la prueba de la culpa, para desdibujar la diferencia que sobre tal criterio estableció la doctrina clásica entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. Demogue analizaba la aparente contradicción entre los artículos 1.147 del Código Civil francés, que establece una presunción de culpa contractual y la posibilidad de exoneración a través de la prueba de la causa extraña no imputable; y 1.137 *eiusdem* referido a la obligación de conservar la cosa, caso el cual la exoneración se materializa con la prueba de la ausencia de culpa<sup>236</sup>.

Hay quienes, sin embargo, insisten en su origen romano<sup>237</sup> y lo cierto es que no puede verse en el Derecho romano una clasificación general de las obligaciones entre aquellas cuyo objeto es la diligencia y las que incluyen el resultado. Aunque los romanos –tal como acertadamente afirma Cabanillas Sánchez– conocieron la diferencia entre la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*, esta distinción obedeció al objeto de la obligación, que no era el trabajo en sí mismo considerado, sino el producto del mismo, es decir, su resultado<sup>238</sup>.

Otros ubican esta distinción en el Derecho intermedio, atribuyendo su fundamento a Domat, quien observaba que “*Il est des cas où il est dû des dommages et intérêts sans qu’aucune faute y ait donné lieu*”. Quien no entrega lo que ha vendido –afirma el maestro francés– debe los daños derivados de su falta de entrega, y tales daños son simples consecuencias del compromiso de aquel que vende<sup>239</sup>.

---

mas eso no hace más que confirmar que el Derecho es preciso pero no exacto, su interpretación está sujeta a las necesidades sociales y al devenir de los tiempos, enriquecida por la necesidad constante de adaptarse al momento concreto de su aplicación. Ver: Cervilla Garzón, *La prestación de servicios...*, ob. cit., pp. 103-112.

<sup>236</sup> Por ello se suele afirmar que su descubrimiento fue incidental. Recoge esta opinión Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit. pp. 106-107.

<sup>237</sup> Frossard entiende que sería exagerado extraer del Derecho romano la distinción formal entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, mas analizando algunos casos concretos en los cuales, dentro de relaciones contractuales, se responde por el incumplimiento independientemente de la culpa y en los cuales sólo podría haber exoneración por fuerza mayor, llega a concluir que los romanos conocieron tal distinción. Ver: Frossard, Joseph, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 1965, Bibliothèque de Droit Privé, T. LXVII, pp. 12-15. Mazeaud entiende que en el Derecho romano puede verse nitidamente la distinción entre obligaciones de medio y de resultado. Ver: Mazeaud, Henri, *Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence*, en: *RTDC*, 1936, N° 35, pp. 1 ss., especialmente pp. 25-26.

<sup>238</sup> Cabanillas Sánchez, *Las obligaciones de actividad y de resultado...*, ob. cit., p. 15.

<sup>239</sup> Ver referencias en: Lobato Gómez, J.M., Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, en: *ADC*, 1992, N° XLV-1-2, pp. 651 ss.

Por su parte, el Código Civil alemán había partido de la distinción en estudio –no admitida como criterio general– para diferenciar al contrato de servicios del contrato de obras (§§ 611 y 631), entendiéndose que el objeto del primero es el trabajo o servicio propiamente tal, mientras que en el segundo lo relevante es la obra. En otras palabras, los servicios no son directamente debidos en el contrato de obra, si no sólo como medios para el resultado a obtener<sup>240</sup>. Recuérdese que en toda obligación –sea ésta de medio o de resultado– se requiere la actividad diligente del deudor y en todas, igualmente, el deudor debe poner los medios, bien para la realización de una actividad diligente, bien para la obtención de un resultado.

Tomando las palabras de Demogue<sup>241</sup>, la obligación de medios implica la realización de una actividad prestada en sí misma, la cual tiende a un fin que no es considerado en la prestación; lo que importa es desplegar las medidas adecuadas –las cuales no están limitadas a las de carácter material– independientemente de la consecución del fin; el comportamiento del deudor debe adecuarse a la diligencia establecida. La obligación de resultado, por su parte, incluye dentro de la prestación la obtención de un objetivo. El resultado está *in obligatione*; de manera que no basta desarrollar una actividad adecuada si no se alcanza el resultado convenido. Dicho de otra manera, en la obligación de resultado se espera un hecho o acto preciso, un resultado que ha de alcanzarse con independencia de los esfuerzos empleados para ello.

Así las cosas, para determinar si ha habido o no cumplimiento, es fundamental calificar la prestación como de medios o de resultado, puesto que no alcanzar un fin determinado puede configurar incumplimiento en las obligaciones de resultado y no así en las de medios. Mas esa operación tiene sus complicaciones, pues, tal como afirma Trigo García, todo acto implica medios para realizarlo y todo medio busca un fin<sup>242</sup>; lo importante es determinar cuándo el resultado aparece como objeto directo de la obligación y cuándo lo es la actividad<sup>243</sup>. En

<sup>240</sup> Cabanillas Sánchez afirma que en Alemania es Kauf Bernhöft (Miethe und verwandte Verträge, cuad. XII, en: *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs einer BGB für das deutsche Reich* [Dir. Bekker und Fischer], Berlín, 1889, pp. 17 ss.) quien al comentar el Código Civil resaltó la necesidad de establecer distinciones entre las obligaciones, considerando la mayor o menor correspondencia del objeto con el resultado final esperado por el acreedor. Fischer (Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung, en: *Jennings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerliches Recht*, 1898, N° 37, pp. 236 ss.), con escaso acierto, las denominó obligaciones subjetivas y obligaciones objetivas. Ver también: Weber, Gerald, *Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag*, München, 1977, pp. 192 ss. Algunas de estas referencias pueden verse en: Cabanillas Sánchez, *Las obligaciones de actividad y de resultado...*, ob. cit., p. 15.

<sup>241</sup> Demogue, *Traité des obligations...*, ob. cit., p. 539.

<sup>242</sup> Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., p. 187.

<sup>243</sup> Tunc, André, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, en: *Jalons, dits et écrits d'André Tunc*, Paris, 1991, pp. 135 ss., especialmente pp. 136-137.

efecto, toda prestación tiende a un fin que se muestra como una ventaja para el acreedor; mas el grado de colaboración del deudor con respecto al fin no es siempre el mismo. Acertadamente, el profesor Hernández Gil estima que el resultado puede estar jurídicamente fuera de la prestación o estar incluido en ella; en el primer caso lo realmente importante es el comportamiento del deudor<sup>244</sup>.

En los Principios sobre Contratos Internacionales elaborados por Unidroit, cuya última versión es de 2004<sup>245</sup>, se proponen algunos criterios de distinción<sup>246</sup>. Así, el artículo 5.1.5 de los mencionados Principios, bajo el título “*Criterios para determinar el tipo de obligación*”, establece: “*Para determinar en qué medida la obligación de una de las partes es una obligación de medio o de resultado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a. La manera en que la obligación se exprese en el contrato; b. El precio y demás elementos del contrato; c. El nivel de riesgos normalmente involucrados en la obtención del resultado esperado; d. El influjo de las habilidades de la otra parte en la ejecución de la obligación*”.

Destaca el hecho de mencionar como primer factor a considerar, la propia voluntad de las partes. Criterio que, en opinión de algunos autores, tendría carácter decisivo frente al carácter supletorio de los demás<sup>247</sup>. En los Comentarios a los Principios Unidroit puede verse un ejemplo de funcionamiento de este criterio: si un contratista se compromete a construir un edificio antes del 31 de diciembre, se presume la intención de alcanzar dicho resultado en la fecha indicada; si sólo dice que tratará de terminar los trabajos antes del 31 de diciembre, sólo se compromete a emplear todos los medios a su alcance para entregar el edificio en esa fecha<sup>248</sup>. Es innegable la relación de este criterio

<sup>244</sup> Hernández Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983, pp. 125-126.

<sup>245</sup> Ver texto en: Unidroit, *Unidroit Principles of international commercial contracts 2004*, Rome, 2004.

<sup>246</sup> Frossard ofrece un profundo análisis de los criterios clásicos, refiriéndose, en primer lugar, a criterios objetivos dentro de los cuales menciona el álea y la aceptación de riesgos. En segundo lugar, analiza factores subjetivos, dentro de los cuales incluye los derechos de la víctima, la interdependencia de las partes y la situación de las partes, para finalmente proponer un criterio propio, al que volveremos *infra*. Ver: Frossard, *La distinction des obligations...*, ob. cit., pp. 123 ss.

<sup>247</sup> Es el caso de Vaquero Pinto. La propia autora reconoce que incluso algunos de los criterios expuestos por la doctrina están referidos, en el fondo, a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, el criterio expuesto por el propio Demogue, quien atendiendo a la naturaleza de la actividad desplegada, distingue entre las profesiones liberales –obligaciones de medios– y los oficios, en los que el resultado se obtiene si se despliega la técnica adecuada –obligaciones de resultado. La autora también refiere el criterio de Starck quien, con su particular visión de la responsabilidad como garantía, se enfoca en los intereses en juego, de manera que si son económicos estaremos frente a obligaciones de medios; mientras que si afectan a la vida o a la integridad corporal, estaremos frente a una obligación de resultado. Ver: Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., pp. 112-113.

<sup>248</sup> Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., p. 134.

con el tema de la interpretación de los contratos y la posible preponderancia que, a través de tal operación, se dé bien a la voluntad real sobre la voluntad declarada, bien a esta última sobre la primera<sup>249</sup>.

Con relación a este criterio, Trigo García cuestiona la posibilidad –admitida por Frossard<sup>250</sup>– de que las partes puedan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, convertir lo que sería una obligación de medios en una de resultados o viceversa<sup>251</sup>. Aceptar la conversión de una obligación de resultado en una de medios, por la intervención de la autonomía de la voluntad, implica aceptar la validez de cláusulas limitativas del objeto contractual, cuyo fin es dejar fuera de la prestación, al resultado que, en ausencia de convención, formaría parte del mismo. Tal aceptación está estrechamente relacionada con el tema de las normas imperativas, abundantes, por cierto, en materia de Derecho de consumo. Además, siendo la calificación del contrato un asunto de Derecho<sup>252</sup>, mal podría aceptarse una interpretación del contrato contraria a su propia caracterización.

El supuesto contrario, es decir, la conversión de una obligación de medios en una de resultados por obra de la voluntad, requiere de un acuerdo claro; recuérdese que la no obtención de resultado implica incumplimiento, con la consiguiente responsabilidad. Resulta un poco peligrosa esta alternativa, mas el avance de los medios técnicos en ciertas actividades, la proliferación de servicios y el cambio de mentalidad, cada vez menos resignada y más exigente de resultados y soluciones, han hecho frecuentes estas conversiones. Por tal razón, Trigo García estima que la equidad ha de guiar, en estos casos, las legítimas expectativas del cliente; de manera que la protección se garantice a través de la responsabilidad por falta de información o por publicidad engañosa<sup>253</sup>.

<sup>249</sup> En todo caso, el juez venezolano habrá de guiarse por el ambiguo contenido del aparte único del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual “*En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en miras las exigencias de la Ley, de la verdad y de la buena fe*”, norma que parece sugerir un equilibrio entre la común intención de las partes, reconocida generalmente como criterio preponderante a seguir en esta materia (Arts. 4.1.1 de los Principios Unidroit y 5.101.1 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos) y un factor objetivo en aras de la seguridad jurídica y la protección de terceros. Sobre este tema ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 377 ss. Ver también: Barrios, Haydée, La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1982, Vol. I, pp. 15 ss., especialmente pp. 63-113.

<sup>250</sup> Frossard, *La distinction des obligations...*, ob. cit., pp. 265 ss.

<sup>251</sup> Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 194-212.

<sup>252</sup> Para Emilio Betti, la calificación implica verificar si, y en qué medida, el hecho concreto corresponde al tipo legal en el que se subsume y encontrar en él los rasgos relevantes para su tratamiento jurídico. Ver: Betti, *Interpretación de la Ley...*, ob. cit., pp. 95 y 102. Ver también: Barrios, La interpretación del contrato..., ob. cit., p. 26.

<sup>253</sup> Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 198-199.

En cuanto al artículo 5.1.5.b, los propios Comentarios a los Principios Unidroit establecen que un precio insólitamente alto u otra obligación recíproca de naturaleza no pecuniaria, puede indicar la obligación de alcanzar un resultado concreto en casos en que, por lo general, suele asumirse sólo una obligación de medios. Ejemplos de semejante apreciación serían los casos de establecimiento de cláusulas penales para supuestos en que no se alcance el resultado esperado; o de aquellas que permiten a una de las partes ajustar el contenido del contrato ante el desequilibrio de las prestaciones debido a la variación imprevista de las circunstancias; incluso las que vinculan el pago del precio al éxito de una operación<sup>254</sup>. Este criterio se acerca, al menos indirectamente, al de la autonomía de la voluntad.

Para los casos en que sea imposible conocer la intención de las partes, es fatal recurrir a un elemento objetivo que implica centrarse en la naturaleza del comportamiento. Así, suele hacerse referencia al carácter aleatorio del resultado; de manera que no deben considerarse incluidos en el contenido de la prestación, los resultados o fines cuya realización o logro efectivo no están en manos del deudor, sino que dependen, en gran medida, de otros factores ajenos a su control. Vaquero Pinto cita los supuestos de la disposición anímica o los hábitos del paciente, en el caso del médico; o la formación y talante de los jueces, en el caso del abogado<sup>255</sup>.

Este criterio puede también apreciarse en la referencia que hace el artículo 5.1.5.c de los Principios Unidroit a los “*riesgos normalmente involucrados en la obtención del resultado esperado*”. En los Comentarios se puntualiza que cuando el cumplimiento de la obligación implica un riesgo muy alto, se presume que el deudor no ha pretendido garantizar un resultado y que el acreedor no ha de esperar tal garantía. Si, por el contrario, el resultado esperado se puede alcanzar fácilmente, ha de entenderse que el deudor ha querido asegurarlo y que el acreedor podrá válidamente exigirlo<sup>256</sup>.

Frossard, a quien este criterio le parece, en principio, ingenioso, estima que el mismo presenta el problema de tener que determinar cuándo nos encontramos ante obligaciones aleatorias y cuándo ante aquellas que presentan un riesgo normal<sup>257</sup>. Por lo que éste suele acompañarse con el del papel activo del acreedor –criterio que en opinión de Trigo García no es más que una concreción

<sup>254</sup> Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., p. 134.

<sup>255</sup> Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., pp. 114.

<sup>256</sup> Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., pp. 134-135.

<sup>257</sup> En opinión de Frossard, este criterio presenta peligros e incertidumbres. El álea –sostiene el autor– es una circunstancia exterior al deber e independiente de la actitud o voluntad de las partes. Ver: Frossard, *La distinction des obligations...*, ob. cit., pp 135 ss.

del factor aleatorio<sup>258</sup>. Los Principios Unidroit recogen este criterio al referirse a la influencia de “*las habilidades de la otra parte en la ejecución de la obligación*”. Situación referida a los casos en que una parte tiene gran influencia en el cumplimiento de la obligación por la otra, lo cual puede transformar en una obligación de medios, aquella prestación que de otro modo habría sido calificada como de resultado<sup>259</sup>.

Luego de analizar críticamente estos criterios, Frossard sugiere uno propio. En su opinión, el factor preponderante para la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado es la determinación de la prestación. Cada vez que una persona promete ejecutar una prestación determinada, con contornos jurídicos y materiales precisos, ella soporta una obligación de resultado. Si por el contrario el deudor, sin garantizar un resultado, se reserva una libertad más o menos amplia de acción, su prestación es indeterminada, su obligación estará sometida a las normas sobre obligaciones de medios<sup>260</sup>. Cabanillas Sánchez considera insuficiente la propuesta de Frossard<sup>261</sup>. Nosotros pensamos que el autor francés plantea, en definitiva, un retorno bien particular al criterio de la autonomía de la voluntad, pues es ésta la que determina, en primer lugar, la extensión de la prestación.

La jurisprudencia francesa también ha aportado su solución. Así, visto que calificar una obligación como de medios o de resultados puede favorecer al deudor o al acreedor, debe tratar de situarse al acreedor, víctima del incumplimiento, en una situación que le permita hacer efectiva la responsabilidad del deudor. Todo dependerá, entonces, de las circunstancias propias de cada caso concreto. En este sentido, la calificación de la obligación como de medios se vería favorecida al considerar elementos como el carácter gratuito de la prestación; las dificultades particulares de la actividad que el deudor se compromete a desempeñar en beneficio del acreedor; la participación del acreedor en la ejecución de la obligación; el estado de dependencia del deudor respecto

<sup>258</sup> En efecto, la intervención de la otra parte contractual o de un tercero, siendo decisiva para la obtención de un resultado, no deja de generar incertidumbre en torno a su consecución. Ver: Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., p. 228.

<sup>259</sup> En los Comentarios, tal situación se ejemplifica a través de un contrato por medio del cual A se obliga a dar a B la asistencia técnica necesaria para implementar un proceso químico recientemente descubierto, y acuerdan que B enviará a algunos de sus ingenieros a entrenarse en las sesiones organizadas para tal fin por A. A no puede prometer que el nuevo proceso sea dirigido por la otra parte, cuando tal resultado depende, al menos parcialmente, de que B envíe a sus ingenieros al entrenamiento, de la competencia de esos ingenieros y de su aprovechamiento del entrenamiento. Ver: Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., p. 135.

<sup>260</sup> Frossard, *La distinction des obligations...*, ob. cit., pp. 165-170.

<sup>261</sup> Cabanillas Sánchez, *Las obligaciones de actividad y de resultado...*, ob. cit., pp. 43-44.

del acreedor. La calificación de la obligación como de resultado se lograría considerando el papel pasivo del acreedor; la constatación de una situación de inferioridad del acreedor en la relación con el deudor; la fiabilidad de las técnicas y los instrumentos utilizados por el deudor para el cumplimiento de su obligación<sup>262</sup>.

Dentro de la doctrina venezolana, el profesor Mélich Orsini estima que no debe exagerarse la oposición entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>263</sup>. En su opinión, de todo contrato nacen obligaciones de medios y de resultado para las partes. En la obligación de medios también se persigue un resultado y es la obtención de ese resultado lo que realmente interesa al acreedor: al paciente le interesa la curación; al cliente de un abogado ganar el litigio. Siendo los medios –resultados inmediatos– útiles para la consecución de un resultado final, la obtención de este último controla la exactitud en la ejecución de los resultados inmediatos. Tampoco es exacto menospreciar la diligencia del deudor en las obligaciones de resultado, ello sería tanto como ignorar que el objeto de toda obligación, en una concepción personalista, es el comportamiento del deudor. Calificar una obligación como de medios o de resultado –en opinión del profesor venezolano– “*depende básicamente de la interpretación de cuál sea la intención de las partes*”<sup>264</sup>.

En nuestra opinión, debe siempre tenerse en cuenta que lo importante en esta distinción, no es determinar la presencia o no del resultado, pues éste es generalmente buscado; lo que ha de determinarse es si el mismo se encuentra dentro del círculo obligatorio o, por el contrario, aun estando, su presencia permanece fuera de la prestación. Puede entonces afirmarse que, en las obligaciones de resultado, éste se encuentra integrado dentro del contenido de la prestación, de tal manera que si no es obtenido, la obligación permanece incumplida. En cambio, en las obligaciones de medio, aunque el interés del acreedor en obtener un resultado puede estar presente, éste permanece fuera de la prestación. En otras palabras, la prestación, en las obligaciones de medio, está constituida por el despliegue de una actividad diligente, que podrá o no tener como consecuencia un resultado y cuya ausencia podrá incluso frustrar las expectativas del acreedor; pero que, al no formar parte de la prestación,

<sup>262</sup> Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit. pp. 115-116.

<sup>263</sup> “...*así como no se puede separar nunca el resultado del comportamiento necesario para producirlo, un resultado, entendido como momento final de la prestación, existe en cualquier obligación*”. Ver: Cortés, Edgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 129.

<sup>264</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit. pp. 489-490.

no hará que esa obligación se considere incumplida si el deudor desplegó la actividad prometida<sup>265</sup>.

En el caso de los servicios, todo dependerá del dominio que ostente el deudor sobre el resultado querido, e incluido o no dentro de la prestación, lo cual da cierta entrada al criterio aleatorio. Generalmente, se entiende que los servicios se enmarcan dentro de las obligaciones de medio<sup>266</sup>, e incluso la analizada clasificación se utiliza para distinguir el contrato de obras, del contrato de servicios<sup>267</sup>. Sin embargo, las cada vez más complejas transacciones contractuales y el desarrollo en la forma de prestar servicios han restado fuerza a estas afirmaciones. Ya Mazeaud había entendido la frecuencia con que la prestación se descompone en una pluralidad de actos que, individualmente considerados, dan lugar a obligaciones de medios y de resultado encadenadas a la realización del fin contractual<sup>268</sup> ¿Ha de fragmentarse entonces el contrato en orden a su regulación?

Coincidimos con Trigo García en el sentido de que no puede darse una respuesta general; ha de considerarse, necesariamente, si nos encontramos ante un contrato único, sea de obras o de servicios, o si estamos, más bien, frente a un grupo de contratos. Si estuviéremos frente a un contrato único es recomendable un tratamiento unitario<sup>269</sup>, mas citando a Crepeau y a Díez-Picazo, la autora reconoce que es forzado reconducir a un contrato único al tipo de contrato de servicios “*cuando la prestación de resultado se presenta diferenciada y sometida a sus propias reglas, sin perjuicio de su instrumentalidad respecto a la obligación de medios; por ello parece preferible entender que se trata de un contrato atípico*”. Tal solución permitiría un tratamiento diferenciado de las diversas obligaciones nacidas de un mismo contrato<sup>270</sup>.

Distinguir a rajatabla el contrato de obras y el de servicios sobre la base de la asunción de obligaciones de resultado o de obligaciones de medio, ha conducido a ver distintas formas contractuales dentro del ejercicio de la actividad médica. Así, se ha tratado de establecer diferencias entre la medicina

<sup>265</sup> En este sentido: Cervilla Garzón, *La prestación de servicios...*, ob. cit., pp. 105-106.

<sup>266</sup> Ver: *Ibid.*, pp. 98 ss.

<sup>267</sup> Ver en este sentido: Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 175 ss.; Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., pp. 105 ss.

<sup>268</sup> Mazeaud, *Essai de classification des obligations...*, ob. cit., pp. 42-43.

<sup>269</sup> Cortés recurre a los contratos de depósito y compraventa, en los cuales el deudor tiene la obligación de entregar la cosa –obligación de resultado– y la de conservarla en buen estado –obligación de medios. El autor considera que ambas obligaciones son inescindibles y que la obligación de restituir atrae a la de conservación para un tratamiento unitario. Ver: Cortés, *La culpa contractual...*, ob. cit., pp. 134-135.

<sup>270</sup> Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., pp. 230-232.

asistencial y la medicina satisfactiva. La primera respondería a la existencia de una dolencia por disfunción o trastorno patológico que hace necesaria la intervención quirúrgica. La cirugía satisfactiva no tiene la nota de necesidad, caracterizándose, por el contrario, por la voluntariedad y la motivación subjetiva del interesado. La inscripción de esta última en el esquema de las obligaciones de medios o de resultados es el problema que se ha planteado<sup>271</sup>. Cabanillas Sánchez estima que la finalidad última de la operación no puede alterar la calificación del contrato; de otro modo, a las ya conocidas dificultades en esta materia, se uniría la necesidad de probar el verdadero fin curativo perseguido. A lo anterior habría que añadir el hecho de que se haya reconocido el derecho no sólo a la salud física sino también psicológica<sup>272</sup>, lo cual complica el panorama de la determinación de tal fin.

En todo caso, la calificación de una obligación como de medios o de resultado tiene gran influencia en el fundamento de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento. En efecto, todas estas consideraciones giran, en definitiva, en torno al problema de la culpa contractual, cuya respuesta no sólo aclarará el camino de la atribución de responsabilidad, sino que además determinará las posibilidades de que goza el deudor para exonerarse de ella. Veamos cual ha sido el tratamiento dado al tema.

#### b. La culpa contractual. Valoración de la conducta: *Lex artis*

Definir la culpa es una tarea que se ha acometido sin mucho éxito durante largo tiempo<sup>273</sup>. En el ámbito contractual ha sido generalmente entendida como la inejecución de la obligación contraída. Sin embargo, se ha llegado a afirmar que es un contrasentido entender que para que haya responsabilidad contractual son necesarios incumplimiento y culpa y que la culpa no es otra cosa que el incumplimiento<sup>274</sup>. Las concepciones subjetiva y objetiva de la responsabilidad contractual tratan de dar respuesta a este problema.

<sup>271</sup> La calificación de las diversas prestaciones médicas como de medios o de resultado depende, en todo caso, del “grado de previsibilidad que el conocimiento científico va permitiendo en cada sector de la medicina”. Todo depende, ciertamente, de las características de cada caso concreto. Véase en este sentido: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1986, pp. 109-118.

<sup>272</sup> Cabanillas Sánchez, *Las obligaciones de actividad y de resultado...*, ob. cit., pp. 73-74.

<sup>273</sup> Sobre la culpa, su concepción y evolución, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en Derecho venezolano, comparado con los Derechos francés e italiano*, Caracas, EJV, 1993.

<sup>274</sup> Starck citado en: Cortés, *La culpa contractual...*, ob. cit., p. 114. Ver desarrollo en la doctrina francesa en: Tamayo Jaramillo, Javier, *La culpa contractual*, Bogotá, 1990, pp. 5-16.

Así, desde el punto de vista subjetivo, la evaluación de la responsabilidad ha de darse del lado del deudor, con cuya diligencia se identifica el contenido de la obligación; de manera que si éste ha puesto la debida diligencia deberá ser exonerado de responsabilidad. La culpa es entonces la trasgresión de un deber, presupuesto necesario de la responsabilidad. Si la imposibilidad de ejecución se debiere a una causa no imputable al deudor, la obligación resultaría extinguida. La tesis objetiva, por su parte, pone su acento del lado del acreedor. Lo importante es tutelar el derecho del acreedor a adquirir el “*bien debido*”, con lo cual la función de la culpa en orden a establecer la responsabilidad del deudor se ve reducida, para dar paso al “*puro incumplimiento que no resulte excusado por una imposibilidad objetiva no imputable*”<sup>275</sup>.

Ahora bien, el legislador venezolano parece inscribirse en la tesis objetiva al establecer, en el artículo 1.264 del Código Civil, que “*El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de **contravención***” (resaltado nuestro). Tal tesis se ve apoyada por las normas contenidas en los artículos 1.271 y 1.272 *eiusdem*. Sin embargo, y así lo ve el profesor Mélich Orsini, el artículo 1.270 del propio Código introduce cierto carácter subjetivo a la configuración de la responsabilidad contractual<sup>276</sup>.

De conformidad con el artículo 1.270 del Código Civil venezolano “*La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito*”<sup>277</sup>. De allí que sea unánimemente aceptado que, en el sistema venezolano, la responsabilidad contractual se fundamenta en un análisis de la culpa en abstracto. Se establece entonces un mínimo de diligencia representado por la conducta del buen padre de familia, figura que, a través del Código Civil francés<sup>278</sup>, se extendió a gran

<sup>275</sup> Para el análisis de estas teorías ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 483-487 y la bibliografía por él citada, en especial, Mengoni, Luigi, Responsabilità contrattuale, en: *Enciclopedia del Diritto*, 1988, Vol. XXXIX, pp. 1072 ss.; y Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.

<sup>276</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 483.

<sup>277</sup> En el caso del depósito existe una regla especial de apreciación de la culpa en concreto en el artículo 1.756 del Código Civil, de conformidad con el cual “*El depositario debe poner en la guarda de la cosa depositada la misma diligencia que en la de las cosas que le pertenecen*”. Además, el propio legislador permite una vuelta a la regla general en el artículo 1.757 *eiusdem*, al establecer: “*El depositario prestará la diligencia de un buen padre de familia en la guarda de la cosa depositada, en los casos siguientes: 1º.- Cuando se haya convenido expresamente en ello. 2º.- Cuando el depositario se ha ofrecido para recibir el depósito. 3º.- Cuando ha estipulado una remuneración por la guarda del depósito. 4º.- Cuando el depósito se ha hecho únicamente en interés del depositario*”.

<sup>278</sup> Los redactores del Código Civil francés prefirieron la idea del buen padre de familia y desecharon la gradación de la culpa propuesta por Pothier, autor que entendía que la culpa podía ser grave, leve y

parte de la codificación europea y latinoamericana. Con semejante parámetro, se entiende que la diligencia configura un concepto relativo pues, tal como admite Cortés, su definición requiere siempre un punto de referencia que le dé contenido, variable de acuerdo con la época y las circunstancias, pero siempre con una gran carga de sentido común<sup>279</sup>.

Este parámetro fue tomado por nuestro legislador del artículo 1.224 del Código Civil italiano de 1865. Reporta Cottino que la Casación italiana ha definido al buen padre de familia como el modelo de ciudadano precavido que vive en un determinado ambiente social, según los tiempos, los hábitos, las relaciones económicas y el clima histórico político y que, por ello, responde a un concepto deontológico derivado de la conciencia social<sup>280</sup>.

El Código Civil alemán, por su parte, prefirió referirse a la diligencia exigida en la vida de los negocios (§ 276) y el Derecho comparado nos da otro parámetro: el de una “*persona razonable*”<sup>281</sup>. Criterio predominante en los sistemas pertenecientes a la familia del *Common Law*, que se muestra con toda claridad en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, cuyo artículo 25 dispone que “*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*”.

---

levisima, estimando que se trataba de una idea más ingeniosa que útil, pues la clasificación partía de un equívoco al medir los grados de culpa y no, como debe ser, los de diligencia. Ver reseñas en: Cortés, *La culpa contractual...*, ob. cit., pp. 116-117.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>280</sup> Cottino, Gastone, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 48, nota 40. Citado en Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 493-494. También cita el profesor venezolano la reflexión de Barbero, para quien la diligencia del buen padre de familia no es un punto medio entre la máxima diligencia y su ausencia, entre lo óptimo y lo pésimo; sino que es, más bien, la eliminación de los defectos de lo demasiado y de lo poco; no es lo mediano sino lo mejor. El buen padre de familia no es el tipo medio entre el *optimus vir* y el *pessimus*, es el mejor tipo humanamente pronosticable, atento a todo equilibradamente, sin excesos de escrúpulo y sin defectos de cuidado; no es una disminución del *optimus pater familia*, sino el equilibrio sin superlativos, casi como la idea de un buen Dios no expresa una disminución respecto de un Dios óptimo. Ver: Barbero, Domenico, *Sistema del Diritto privato italiano*, Torino, UTET, 6ª ed., 1965, Vol. II, *Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, p. 36.

<sup>281</sup> Criterio desde luego emparentado con el padre de familia, como medidas abstractas de la diligencia de las partes. Así lo admite Lagrange al afirmar: “*In Venezuela, as in other countries of Civil Law tradition, the ideal reasonable person is called a 'good head of family' (buen padre de familia or bonus pater familias) similar to the reasonable person standard commonly used in the United States*”. Ver: Lagrange, Enrique, *Report concerning the Law of Venezuela*, Caracas, 16 de junio de 2003, consultado en original, p. 3, nota 3.

Según hemos afirmado en otra oportunidad<sup>282</sup>, el hecho de considerar la conducta de una persona razonable para calificar al incumplimiento como esencial, sugiere la posibilidad de tomar en cuenta, de cierta forma, la gradación de la culpa. De esta manera, comprador y vendedor deberán cumplir con sus obligaciones tal como lo haría una “*persona razonable*”, y en caso de mostrar un comportamiento inferior incurrirían en culpa. Se estaría evaluando la conducta de la parte que incumple de acuerdo con el sistema de apreciación de la culpa *in abstracto*, es decir con un ente ficticio: la persona razonable.

Debemos anotar, sin embargo, que en el marco de la Convención de Viena, una “*persona razonable*” no es ciudadano normalmente diligente (“*buen padre de familia*”), sino más bien un comerciante dedicado a la misma rama del comercio que la persona cuya conducta está siendo evaluada, y que tenga cierto grado de diligencia en el desempeño de sus funciones. Existe, en el marco de la Convención, cierto grado de especialización en el concepto de “*persona razonable*”, por ejemplo, para evaluar la conducta de un comerciante de café, se hará la comparación con un comerciante del mismo ramo cafetero que sea diligente en su ejercicio del comercio.

Es importante notar que en el caso de la Convención, la mayoría de las obligaciones impuestas a las partes están guiadas por el concepto de lo “*razonable*”. En efecto, cuando revisamos los artículos relativos a las obligaciones del comprador y del vendedor, notamos que todos incluyen el criterio de un cumplimiento razonable de las mismas, lo que nos conduce a pensar que todos los deberes de las partes deben cumplirse tal y como lo haría una persona razonable.

También encontramos constantes referencias a esa medida de diligencia razonable en los Principios Unidroit y en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, elaborados por la Comisión presidida por el jurista belga Olé Lando<sup>283</sup>.

Ahora bien, tal como hemos sostenido *supra*, debe tenerse en cuenta que los servicios son caracterizados por la nota de profesionalidad, por lo cual, el dominio de la ciencia o la técnica relativa al servicio especializado que se requiera, es superior al de cualquier sujeto no profesional; por ello, ha de exigírsele una diligencia conforme a la cual se establece la relación jurídica, considerando

<sup>282</sup> Madrid Martínez, Claudia, Responsabilidad civil en la compraventa internacional de mercaderías, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje N° 1, 2001, Vol. II, pp. 297 ss., especialmente pp. 317-318.

<sup>283</sup> Ver texto en: Lando, O. y, H. Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000. Texto en español disponible en: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20spansk/PrincipioslandoI+II.doc](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spansk/PrincipioslandoI+II.doc)

siempre la naturaleza de la obligación, las circunstancias personales del profesional y las de lugar y tiempo en que haya de cumplirse la prestación.

En este escenario, es imprescindible referirse a la *Lex artis*<sup>284</sup>, definida por la doctrina como una regla de valoración o medición de una conducta, sobre la base de criterios objetivos de naturaleza técnica y cuyo contenido se establecerá en función del acto concreto de la actividad profesional cuya diligencia se trata de calibrar, así como las demás circunstancias personales y de lugar y tiempo en que el *facere* haya de llevarse a cabo<sup>285</sup>. Se configura así el buen padre de familia, convertido ahora en el “*buen profesional*”<sup>286</sup>.

En efecto, tal como estima Santoro, el juicio sobre la culpa del profesional se hace con la individualización o identificación de la modalidad de comportamiento a que el profesional está obligado y con la subsiguiente confrontación entre la conducta desplegada y aquel modelo típico, sin dejar de lado la naturaleza de la prestación y las circunstancias particulares del caso: si el comportamiento observado ha sido conforme al modelo, se dirá que el deudor ha sido diligente y por ende ha cumplido<sup>287</sup>. Por ello se hace referencia a la *Lex artis ad hoc*, en el sentido de considerar el estado de la ciencia en el particular ámbito del conocimiento en que se haya planteado el problema, es decir, han de considerarse las reglas de la profesión que debe dominar y conocer un profesional medio –*Lex artis*– mas tales reglas han de ubicarse en un contexto temporal y espacial específico –*ad hoc*<sup>288</sup>. No ha de exigirse, evidentemente, la misma diligencia a un médico internista que a un neurocirujano, aunque ambos sean médicos.

### c. Presunción de culpa. Carga de la prueba

Tal como hemos sugerido *supra*, si consideramos el contenido del artículo 1.270 de nuestro Código Civil, podríamos afirmar la inscripción del Derecho venezolano en una concepción subjetiva de la responsabilidad civil contractual. Así las cosas, deberíamos afirmar que el acreedor está obligado a probar el carácter culposo del incumplimiento, mientras que el deudor, para exonerarse,

<sup>284</sup> Cuando la prestación del servicio se desarrolla en forma habitual o empresarial se hace imprescindible considerar la *Lex artis*, como canon de conducta o pauta de actuación. Ver: De Ángel Yágüez, La responsabilidad civil de los suministradores..., ob. cit., p. 40.

<sup>285</sup> En este sentido: Cervilla Garzón, *La prestación de servicios...*, ob. cit., pp. 132-135.

<sup>286</sup> En el marco del sistema venezolano, podemos apreciar esta especialización del padre de familia en el artículo 15 de la Ley de Fideicomisos (G.O. Ext. 496, 17/08/1956), de conformidad con el cual el fiduciario ha de tener “*el cuidado de un administrador diligente*”.

<sup>287</sup> Santoro citado en Cortés, *La culpa contractual...*, ob. cit., p. 120.

<sup>288</sup> Cervilla Garzón, *La prestación de servicios...*, ob. cit., pp. 133-134.

deberá aportar la prueba de su diligencia, es decir, su ausencia de culpa. Ello en virtud de la regla general que, dentro del Derecho venezolano, distribuye la carga de la prueba: “*Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretende que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación*” (Art. 1.354 CCV)<sup>289</sup>.

Sin embargo, nuestro legislador presume el carácter culposo a partir de la prueba del incumplimiento del contrato. Así lo establece el artículo 1.271 del Código Civil: “*El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*”<sup>290</sup>. La exoneración es innecesariamente reiterada en el artículo 1.272 *eiusdem*, al establecer que “*El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido*”<sup>291</sup>, norma que además de redundante, deja fuera otras causas de dispensa tales como el hecho de un tercero o la culpa de la propia víctima.

La única posibilidad de exoneración es entonces la prueba de una causa extraña no imputable. Por tal razón entendemos que el legislador presume, de manera absoluta, la culpa del deudor a partir de la prueba de la existencia de la obligación y su incumplimiento, permitiéndole al deudor sólo la prueba de una causa extraña no imputable que rompa el vínculo causal. Si la presunción fuere relativa, le bastaría al deudor probar su diligencia, es decir, su ausencia de

<sup>289</sup> Esta norma se ve reforzada por el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual “*Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba*”.

<sup>290</sup> Incluso, en esta presunción se ha basado la doctrina para establecer una diferencia entre la responsabilidad civil de origen contractual y la extracontractual, pues se afirma que al acreedor *ex contractu* que sufra daños por el incumplimiento, no le incumbe la carga de la prueba, ya que la culpa siempre se presume a cargo del inobservante, el cual deberá probar, en virtud del artículo 1.271 del Código Civil, que el incumplimiento se debió a causas que no le son imputables; mientras que en la responsabilidad aquiliana, la persona dañada es quien debe probar la culpa. Ver: Sansó, Benito, El problema del cúmulo de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en: *Estudios Jurídicos*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1984, pp. 17 ss., especialmente p. 18.

<sup>291</sup> Ambas normas fueron también tomadas del Código Civil italiano de 1865. En 1942, el legislador italiano, además de cambiar su ubicación –desde el capítulo referido a las obligaciones de dar, a un capítulo general sobre el incumplimiento–, fusionó los artículos 1.224, 1.225 y 1.226 en un texto único, el artículo 1.218 de conformidad con el cual “*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”.

culpa, para exonerarse de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento. Hemos de analizar, de seguidas, el funcionamiento de esta presunción para el caso de las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado.

En opinión del profesor Mélich Orsini, los artículos 1.271 y 1.272 producen una inversión de la carga de la prueba, poniendo en manos del deudor la necesidad de probar su ausencia de culpa en el caso de las obligaciones de resultado; mientras que si se trata de una obligación de medios, el acreedor debe necesariamente probar que su deudor no obró conforme a la diligencia de un buen padre de familia<sup>292</sup>. Tal interpretación supone que la presunción sólo funciona para las obligaciones de resultado y no para las obligaciones de medios.

En efecto, al tratar de establecer las diferencias entre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual, Mélich Orsini afirma que la doctrina clásica entiende que, en la responsabilidad delictual hay una obligación que surge *ex novo*, y se atribuye a la víctima la carga de la prueba de la culpa. En materia contractual, en cambio, se hace hincapié en que el artículo 1.271 del Código Civil establece una presunción de culpa, razón por la cual al acreedor le bastaría probar el incumplimiento del deudor, estando exonerado de la prueba de que dicho incumplimiento se debe a culpa de éste. Sin embargo, el autor concluye que, más bien, en ambos casos el acreedor está obligado a probar la existencia de la obligación. Pero si se trata de una obligación de resultado –en materia contractual la del portador de una cosa; en materia extracontractual la del guardián de la cosa– el simple hecho de no obtener el resultado hace presumir la culpa del deudor; mientras que si se trata de una obligación de medios –en materia contractual la del médico y en materia extracontractual la del 1.185 del Código Civil– la discusión se centrará, necesariamente en torno a la buena o mala ejecución de la obligación, “*lo que en la práctica equivale a lo que se llama ‘probar la culpa’ del deudor*”<sup>293</sup>.

Así, en presencia de una obligación de resultado, si el deudor no demuestra haber logrado el resultado pactado, ni logra establecer tampoco otro hecho liberatorio, ha de concluirse, necesariamente, que hubo culpa de su parte y, por tanto, declararle incurso en responsabilidad civil; dándose, de esta manera, cierto tinte objetivo a la responsabilidad en estos casos. Se comprende igualmente que, en el caso de las obligaciones de medio, la discusión se centra en la previa determinación de la extensión de la prestación y en la diligencia que ha de ponerse en su cumplimiento, lo cual le imprime un carácter subjetivo.

<sup>292</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 496.

<sup>293</sup> Ver: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 183-184.

En este último caso, la doctrina ha afirmado que si la obligación contractual fuere una obligación de medios, cuyos contornos escapan a una completa determinación, las partes discutirán sobre la *buena o mala ejecución* de la obligación y al acreedor le parecerá verse envuelto en un debate sobre la presencia o ausencia de culpa por parte del deudor. En este caso, sin embargo, no se disputa propiamente sobre la culpa, sino sobre la amplitud del contenido de la prestación, con lo que, probada por el acreedor la existencia de la obligación, al deudor de la misma sólo le queda demostrar que la ejecutó o que existe un hecho liberatorio que le exime de responsabilidad; de lo contrario, su culpa habría quedado establecida<sup>294</sup>.

Entendemos<sup>295</sup> entonces que, en el caso de la obligación de medios, dado que la prestación consiste en la realización de una actividad de manera diligente, la diligencia, o su ausencia, viene a formar parte de esa prestación, de manera que actuar conforme a la diligencia prometida se traduce en el cumplimiento cabal de la prestación. Por el contrario, una actuación divorciada de los parámetros establecidos supone incumplimiento y, consecuentemente, culpa. Lo cual invita, fatalmente, a un análisis del carácter culposo de la actuación u omisión del deudor en orden a determinar si hubo o no incumplimiento. Si se tratare de obligaciones de resultado, evidentemente, el incumplimiento, al margen de la idea de diligencia, se configura a partir de la ausencia del objetivo específico prometido y garantizado por el deudor y esperado por el acreedor.

Nótese que, en todo caso, el acreedor debe probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, sólo que la prueba del incumplimiento de las obligaciones de medio incluye, necesariamente, la prueba de la culpa. De manera que podríamos afirmar que no se produce una inversión de la carga de la prueba en el caso de las obligaciones de medios, sólo que en éstas la diligencia está *in obligationem*, no así en las de resultado, cuya prestación se limita a la obtención del objetivo prometido.

Tal como hemos afirmado, en ambos casos la presunción de culpa es absoluta y sólo se permite al deudor probar una causa extraña que no le sea imputable, de manera que se rompa el vínculo causal entre el daño y su conducta. La causa extraña no imputable ha sido definida como un acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona ejecutar su obligación. Supone que el

---

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 183. Véase en el mismo sentido: Sué Machado, Alejandro, La responsabilidad civil delictual ordinaria, en: *Anuario del Colegio de Abogados del Estado Aragua*, 1978, N° 77, pp. 209 ss., especialmente pp. 221-222.

<sup>295</sup> Seguiremos, en este punto, la propuesta de Cervilla Garzón, *La prestación de servicios...*, ob. cit., pp. 137-140.

deudor se encuentre en la situación de serle imposible ejecutar su obligación por causa de un acontecimiento que no pudo prever y, por tanto, que no estuvo en posibilidad de evitar<sup>296</sup>. La prueba de la causa extraña no implica la necesidad de demostrar la ausencia de culpa<sup>297</sup>. Ausencia de culpa es sinónimo de diligencia y cuidado, los cuales, una vez demostrados, atacan el elemento culpa y tal prueba puede dejar intacto el vínculo causal<sup>298</sup>.

### 3. Daños resarcibles

De acuerdo con nuestro Código Civil, son en principio resarcibles a la víctima, todos aquellos daños derivados de “*la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado*” (Art. 1.273 CCV); se consagra de esta manera en nuestro sistema, la reparación del daño emergente y el lucro cesante. No pocas reflexiones se han hecho en relación con estas categorías de daños; nos limitaremos nosotros a entender al daño emergente como la pérdida experimentada por el acreedor en su patrimonio, derivada inmediatamente del incumplimiento culposo del deudor; y al lucro cesante como el no aumento del patrimonio del acreedor por habersele privado de un incremento

<sup>296</sup> Mélich Orsini, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 105. La doctrina suele incluir en la voz causa extraña no imputable, sólo a la fuerza mayor y al caso fortuito (Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 508). Nosotros preferimos una noción más amplia que incluya todas aquellas causas que destruyen el vínculo causal entre la conducta del deudor y el daño. Así, además del caso fortuito y la fuerza mayor, consideramos como causa extraña no imputable, el hecho de un tercero y la culpa del propio acreedor.

<sup>297</sup> Para las tesis subjetivistas, sin embargo, la imputabilidad debe determinarse sobre la base de la diligencia que el deudor debía haber empleado, con lo que la causa extraña no es otra cosa que la no culpa, cuya valoración depende del grado de diligencia exigida para el tipo de obligación de que se trate. Giorgianni, por ejemplo, estima que el fundamento subjetivo de la responsabilidad civil del deudor recibe una deformación del Derecho procesal, pues se impone al deudor la carga de la prueba liberatoria. Tal prueba, que habitualmente se satisface con la demostración del empleo de la diligencia debida, algunas veces se hace más gravosa, en cuanto se exige al deudor la prueba del acaecimiento del evento que imposibilitó el cumplimiento. Ver: Giorgianni, Michelle, *L'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 196 y 296. También Cervilla Garzón parece inscribirse en esta tendencia al afirmar que “...*probado el incumplimiento, sólo le queda al deudor la prueba del caso fortuito que le liberará de responder de ese incumplimiento probado por el demandante-acreedor. Para quedar liberado de responsabilidad el demandado deudor deberá probar su no culpa, entendida, ahora, como que el hecho fortuito que le ha impedido cumplir, fue imprevisible, o, aunque imprevisible –entendemos que la autora quiso decir ‘previsible’– fuera inevitable. Imprevisibilidad e inevitabilidad que presuponen un juicio sobre la diligencia del deudor en ambos extremos; su actividad culpable en tanto si con un cuidado o diligencia media... pudo prever el acontecimiento, o, en todo caso, pudo evitar sus resultados*”. Ver: Cervilla Garzón, *La prestación de servicios...*, ob. cit., p. 140.

<sup>298</sup> En este sentido: Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999, T. I, Teoría general de la responsabilidad. Responsabilidad contractual, p. 304.

que normalmente hubiese ingresado en su patrimonio de no haber ocurrido el incumplimiento<sup>299</sup>.

Igualmente, el artículo 1.274 de nuestro Código dispone que “*El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo*”. Esta disposición pone de manifiesto el problema de la previsibilidad del daño, cuestión que nuestra doctrina suele tratar desde el punto de vista de su causalidad. Con tal planteamiento se busca excluir la obligación de indemnizar cuando, aunque el daño se vincule causalmente al incumplimiento de la obligación, desde el punto de vista de la culpabilidad, el efecto dañino escape a toda posibilidad de previsión por parte del deudor. Se afirma que tal exclusión se justifica por la idea de que ni el deudor ni el acreedor han querido entender que el grado de diligencia ofrecido por el deudor al contraer un compromiso contractual abarcase más de lo que se previó o pudo preverse al tiempo de su asunción; de manera que será el propio contrato, el que determine el grado de culpa por el cual se responde<sup>300</sup>.

En este mismo orden de ideas, nuestro legislador civil dispone que “*Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación*”<sup>301</sup>. La categoría referida por el transcrito artículo 1.275 de nuestro Código, ha sido calificada por la doctrina como “*daños directos*”. Tal como su nombre lo indica, su ocurrencia es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación. En contraposición, el daño indirecto se conoce como aquel que es consecuencia mediata o lejana del incumplimiento.

Según admite la propia doctrina, el problema del daño indirecto es uno de los de más difícil solución en el campo de la responsabilidad civil, ya que no es fácil estructurar su concepto y sus alcances. A menudo un daño provoca a su vez otros daños, o crea las condiciones que hacen posible otros perjuicios. En el terreno de la realidad, los daños indirectos son muy susceptibles de producirse; resulta recurrente el ejemplo de un médico negligente que no termina para el día fijado un tratamiento a un paciente y, en razón de ese incumplimiento, el

<sup>299</sup> Maduro Luyando, Eloy, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, Caracas, Manuales de Derecho de la UCAB, Edit. Texto, 8ª ed., 1993, p. 149.

<sup>300</sup> Véase en este sentido: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 50-52.

<sup>301</sup> La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta limitación. En este sentido: DFMSC1, Sent. 29/07/1964, en: JRG, T. X, p.182; CSJ/SPA, Sent. 11/11/99, en: JPT/CSJ, noviembre 1999, pp. 537-538.

paciente se demora varios días en la ciudad donde el médico trabaja; al abandonar la ciudad en avión, el paciente muere a resultas de una catástrofe aérea. Si el tratamiento hubiese terminado a tiempo, el cliente habría viajado el día fijado y no hubiese sufrido el accidente mortal. ¿Podría responsabilizarse al médico por la muerte del cliente? Los problemas del daño directo están íntimamente conectados con los del vínculo de causalidad, pues su concepto depende de la aplicación de esta noción, lo que contribuye a complicar la cuestión.

La doctrina ha tratado de allanar el camino estableciendo diversos criterios para determinar cuándo estamos en presencia de daños indirectos<sup>302</sup>. En primer término, se afirma que el daño indirecto ocurre cuando falta la certidumbre de la existencia del vínculo de causalidad entre la culpa del causante del daño y el daño experimentado por la víctima; de tal manera que el autor de la culpa inicial no responde sino de los daños que sean una consecuencia cierta o necesaria de dicha culpa.

El segundo criterio propuesto indica que los daños indirectos son aquellos que no han sido inmediatamente causados por el incumplimiento culposo, sino que son consecuencia a su vez de otros daños. Tal tesis ratifica que no debe entenderse que los daños directos sólo son aquellos que provienen de un contacto físico con la actuación culposa y los indirectos los que no provengan de ese contacto físico o material, pues un daño puede ser directamente causado por una actuación culposa, sin necesidad de haber tenido contacto físico con ésta. Tal circunstancia ha determinado que en la doctrina se tienda actualmente a no utilizar la expresión daño indirecto ni su figura antagónica daño directo, sino que se prefiera hacer referencia al daño necesario.

En tercer lugar, para que se considere que un daño ha sido inmediatamente causado por un incumplimiento o actuación culposa, no es menester que exista una relación causal directa entre la actuación culposa y el daño, sino que basta que el daño sea una consecuencia necesaria de esa actuación culposa, independientemente de que sea una consecuencia inmediata o mediata de dicha actuación.

Quizá la cuestión más debatida en materia de daños resarcibles en el marco del sistema de responsabilidad civil contractual, tiene que ver con la reparación del daño moral. Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia han negado la posibilidad de indemnizar este tipo de daños en el marco de una relación de tipo contractual. Uno de los argumentos en que se basan para tal limitación, es que el artículo 1.196 –disposición que establece la posibilidad de reparar el

<sup>302</sup> Maduro Luyando, *Curso de obligaciones...*, ob. cit., pp. 149-151.

daño moral en el sistema venezolano— está ubicado entre las disposiciones del título de nuestro Código Civil, referido a los hechos ilícitos<sup>303</sup>.

Algunos argumentos más consistentes fueron recogidos en una sentencia en la que, tajantemente, se afirma que “*mientras en Venezuela rijan las normas contenidas en los artículos 1.274 y 1.275 del Código Civil a propósito de las obligaciones contractuales incumplidas no puede haber daño moral, el cual está limitado a los actos o hechos ilícitos*”<sup>304</sup>. Las principales razones que esgrime el sentenciador para llegar a tal conclusión, incluyen el hecho de que el deudor que ha incumplido, sólo debe daños y perjuicios por la pérdida sufrida o la utilidad de que ha sido privado el acreedor, y no se extiende sino a esas pérdidas o privaciones de utilidad que resultan consecuencia “*inmediata y directa de la falta de cumplimiento*”.

El daño moral —afirma el tribunal— por su subjetividad y variabilidad según la posición social, cultural, reacciones, modo de ser y carácter de las personas, es algo imponderable e imprevisible, pues se sale de lo normal, de lo corriente y de lo usual. De tal manera que, en sentido estricto, el daño moral no es una pérdida ni una utilidad dejada de ganar. El sentido del artículo 1.275 está limitado a lo material, a lo patrimonial, a lo económico; nada tiene que ver con lo moral o afectivo. La pérdida sufrida es siempre material, representada en bienes, en dinero, en cosas, en objetos de valor, pero no en una pérdida moral. La utilidad de que se ha privado a alguien, por su parte, es una ganancia de dinero, es un beneficio material, un logro económico o patrimonial, pero no es una utilidad moral. Quien sufrió en su intimidad, quien fue víctima del escarnio o de un dolor físico o espiritual, nada ha perdido en lo material y de ninguna utilidad se le ha privado, por el solo hecho de ese dolor. En fin, lo moral —afirma el tribunal— por ser de la esencia de lo más íntimo del ser humano, es algo imprevisible y no tiene medida.

No niega la sentencia que alguna molestia física pueda conducir a una pérdida, pero sólo en los casos en que sea necesario invertir dinero para recuperar la salud física o mental quebrada o afectada. La sentencia concluye estableciendo

<sup>303</sup> “...es menester señalar que el artículo 1.196 del Código Civil que prevé la indemnización del daño moral, se encuentra dentro de las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual, no existiendo tal previsión normativa en la parte atinente a la responsabilidad contractual, ni entre las normas sobre las obligaciones en general. Por estas razones la Sala de Casación Civil ha sostenido reiteradamente que existiendo un contrato, sólo procede la reparación del daño moral cuando se determine que, abstracción hecha de la relación contractual, se produjo un hecho ilícito dentro de los presupuestos de hecho previstos en los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil”. (SPA/CSJ, Sent. 10/02/1994, en: JPT/CSJ, febrero 1994, pp. 135-136). En el mismo sentido: AMSCMT2, Sent. 05/11/1993, en: JPT/TUI, noviembre 1993, p. 202; RCSA1, Sent. 21/12/1993, en: JPT/TUI, diciembre 1993, pp. 115-116.

<sup>304</sup> DFMSCM1, Sent. 27/01/1981, en: JRG, T. LXXII, p. 20.

que no puede decirse que el daño moral sea consecuencia directa e inmediata, pues dependiendo todo de la índole, carácter y modo de ser de la persona, lo que para algunas pudo haber sido una catástrofe, para otras pasó desapercibido y no les causó ni la mínima molestia, en virtud de lo cual no puede hablarse de esa relación de causalidad, directa, inmediata, que exige la Ley<sup>305</sup>.

Paralelamente a estos razonamientos, desde 1964, parte de la jurisprudencia acertadamente había admitido la posibilidad de ordenar la indemnización del daño moral en materia contractual<sup>306</sup>, a través de las decisiones de algunos tribunales de instancia<sup>307</sup>; pero fue en sentencia de fecha 05 de mayo de 1988, en la que la extinta Corte Suprema de Justicia admitió, de manera definitiva, la resarcibilidad del daño moral en materia contractual<sup>308</sup>. Posteriormente, otras sentencias han aceptado tal posibilidad, condicionando el resarcimiento del daño moral a que exista dolo del deudor, debido a la imprevisibilidad que se atribuye al perjuicio inmaterial<sup>309</sup>.

Incluso, algunos sistemas legales consagran expresamente la reparación del daño moral en esta materia. Es el caso del Código Civil de Québec, el cual, luego de reiterar el carácter obligatorio del contrato entre las partes dispone, en su artículo 1458, que en caso de inexecución de la obligación, la parte que incumpla será responsable por los daños corporales, *morales* o materiales causados por efecto del incumplimiento.

<sup>305</sup> Este fundamento de la falta de previsibilidad y causalidad directa con el hecho generador del daño en las relaciones contractuales, ha sido reiterado por la jurisprudencia en múltiples ocasiones, para negar la resarcibilidad del daño moral en materia contractual. Véase en este sentido: CSJ/SCMT, Sent. 25/06/81, en: JRG, T. LXXIII, p. 567; CSJ/SCMT, Sent. 29/09/1981, en: GF, N° 113, p. 1.165 y JRG, T. LXXIV, pp. 501-504; CSJ/SCMT, Sent. 24/03/1983, en: JRG, T. LXXXI, p. 433; CSJ/SCMT, Sent. 24/04/1985, en: GF, N° 128, Vol. II, pp. 779-780; CSJ/SCMT, Sent. 12/11/1986, en: JPT/CSJ, noviembre 1986, pp. 288-289; CSJ/SCMT, Sent. 12/05/1992, en: JRG, T. CXXI, p. 558 y JPT/CSJ, Mayo 1992, p. 181; AMCSCMT6, Sent. 10/01/1994, en: JPT/TUI, enero 1994, pp. 116-117.

<sup>306</sup> Ya en otras oportunidades nos hemos pronunciado a favor de tal posibilidad. Véase en este sentido: Madrid Martínez, Responsabilidad civil en la compraventa internacional..., ob. cit., pp. 314-316; Responsabilidad civil por infortunios en el medio ambiente de trabajo, en: *Libro Homenaje a Fernando Parra-Aranguren*, Caracas, FCJPUCV, 2001, T. II, pp. 55 ss., especialmente pp. 71-73; y *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 23-24.

<sup>307</sup> Véase en este sentido: ARIC1, Sent. 18/03/1964, en: JTR, Vol. XII, p. 224; DFMSCM1, Sent. 12/11/1984, en: JRG, T. LXXXVIII, p. 25; DFMSCM1, Sent. 03/02/1988, en: JRG, T. CIII, p. 32.

<sup>308</sup> CSJ/SCMT, Sent. 05/05/1988, en: JRG, T. CIV, pp. 460 ss.

<sup>309</sup> “Esta norma –Art. 1.274 CCV– establece seguidamente como condición para esa limitante, la cual impide el pago de daños y perjuicios morales, el que la falta de cumplimiento de la obligación no provenga del dolo del deudor. Por tanto, la regla será que en materia contractual no procederá el pago de daños morales no previstos al momento de la celebración del contrato, salvo que exista dolo del deudor”. (CSJ/SPA, Sent. 16/11/1995, en: JPT/CSJ, noviembre 1995, p. 306). Ilustrativa resulta en este sentido la sentencia N° 116 del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de mayo de 2000, en cual se ordena el pago de daños no patrimoniales en el marco de un contrato laboral. Ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm>

Más delicado luce en cambio el tema de los daños punitivos. Tomando una definición sencilla, puede decirse que los daños punitivos son aquellos cuya compensación puede recibir la víctima, además de la compensación por los daños efectivamente sufridos, con la finalidad de castigar al infractor, de enseñarle que no debe volver a hacerlo y además prevenir que otros puedan seguir su ejemplo. Tienen los daños punitivos dos objetivos: castigar, y con ello, disuadir conductas culposas, por lo que también se les denomina daños ejemplarizantes<sup>310</sup>.

Admitir la posibilidad de estos daños implica, sin duda, un giro en la manera de entender la función de la responsabilidad civil<sup>311</sup>. Tradicionalmente, se la ha concebido como una institución limitada a restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de padecer el efecto dañoso. Sin embargo, actualmente se tiende a entender que la responsabilidad civil también cumple una función preventiva<sup>312</sup>, de manera que, ampliándose su horizonte, se amplían también las posibilidades en relación con la indemnización. Así lo ha entendido el *European Group on Tort Law*, el cual ha incluido en sus Principios de Derecho Europeo sobre la Responsabilidad Civil, recientemente publicados, una disposición –Art. 10.101– según la cual “*La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que*

<sup>310</sup> “*Punitive damages, also called exemplary damages, are sums awarded in excess of any compensatory or nominal damages in order to punish a party for outrageous misconduct. These are damages date back to the Code of Hammurabi, which provided that if a person stole an animal from the temple, that person would have to repay the temple thirty fold*”. Ver: Yukio Gotanda, John, *Supplemental damages in private international Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 194 y 200-206. Ver también: Rodríguez Pineau, Elena, *Punitive damages y orden público ¿comunitario?*, en: *Pacis Artes, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1741 ss., especialmente p. 1743; Owen, D.G., *A punitive damages overview: functions, problems and reform*, en: *Villanora Law Review*, 1994, Vol. 39, pp. 363 ss.

<sup>311</sup> Ilustrativa resulta la pregunta que se hace Boskovic al respecto: “*L’idée de compensation, constitue-t-elle un principe d’ordre public s’opposant à ce que des solutions fondées sur autre principe soient appliquées par un juge français, confronté à la mise en œuvre d’obligations secondaires?*”. Ver: Boskovic, Olivera, *La réparation du préjudice en Droit international privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 407, 2003, pp. 340-341.

<sup>312</sup> Sobre la función preventiva del Derecho civil en general y del Derecho de daños en particular, véase: Carval, Suzanne, *La responsabilité civile en sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 250, 1995; Llamas Pombo, Eugenio, *La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños)*, en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson, Civitas, 2003, T. II, Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, pp. 2203 ss.; Reglero Campos, L. Fernando, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en: *Tratado de responsabilidad civil*, (Coord., L.F. Reglero Campos), Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 45 ss., especialmente pp. 55-74. “*De todas maneras no se trata sin duda si no del redescubrimiento bajo un nuevo nombre de la virtud moral y jurídica de la prudencia, pero entendida ampliamente, inclusive hacia las generaciones futuras*”. Ver: Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, (Trad. J. Tamayo Jaramillo), Colombia, Legis, 2004, pp. 32-33.

*el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”* (resaltado nuestro)<sup>313</sup>.

Sin embargo, es común que estos daños no sean expresamente aceptados por los sistemas del *Civil Law* debido, como hemos afirmado, a su carácter punitivo y a la naturaleza compensatoria de la institución de la responsabilidad civil en los mismos. La indemnización en estos sistemas –es lo que automáticamente se repite– se limita a restaurar a la víctima en la posición en que se encontraba antes de sufrir el evento dañoso. De manera que cualquier indemnización que vaya más allá de la mera compensación, se rechaza como correspondiente a un enriquecimiento indebido. Los argumentos van desde el aparente carácter penal de estos daños hasta su atentado contra la proporcionalidad que debe razonablemente existir entre el valor del daño real y el de la indemnización obtenida por la víctima.

En el sistema venezolano, en principio, la responsabilidad civil reviste carácter indemnizatorio y no sancionatorio, por lo cual, cuando en un caso concreto resultare aplicable el Derecho venezolano no serían indemnizables los daños que tengan tal carácter<sup>314</sup>. Mas debemos considerar que en materia laboral existen indemnizaciones que van más allá de la simple función resarcitoria. Nos referimos a las indemnizaciones ordenadas por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo<sup>315</sup>. A pesar de la reforma de que recientemente fuere objeto esta Ley, con relación a las indemnizaciones contenidas en su artículo 129, puede continuarse sosteniendo un acentuado carácter punitivo, pues la obligación de pagarlas nace, para el empleador, “*como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de salud y seguridad en el trabajo*”<sup>316</sup>.

<sup>313</sup> Ver texto en: <http://www.egtl.org/principlestext-ES.htm>

<sup>314</sup> En este sentido: Lagrange, *Report concerning the Law of Venezuela...*, ob. cit., p. 12.

<sup>315</sup> G.O. 38.236 de fecha 26/07/2005.

<sup>316</sup> Esta Ley consagra lo que la doctrina ha denominado “*sanciones indemnizatorias o indemnizaciones sancionatorias*”, considerando que su objeto es imponer sanciones a los patronos que incumplan los preceptos preventivos contenidos en la misma, incluso se afirma que tales indemnizaciones dependerán de la conducta culposa del patrono. De hecho, basándose en esta afirmación, la doctrina suele diferenciar entre las indemnizaciones previstas por la Ley Orgánica del Trabajo, las cuales se acogen a la doctrina de los riesgos y, las contenidas en esta Ley, las cuales se basan en la teoría clásica de la culpa, pues para que proceda la indemnización por muerte o incapacidad del trabajador, debe haber mediado la culpa del empleador al incumplir las obligaciones ordenadas por la Ley. Véase en este sentido: Madrid Martínez, *Responsabilidad civil por infortunios...*, ob. cit., pp. 60-63; Matero, Osvaldo, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, Caracas, UCAB, 1988, p. 121; Rodríguez Rojas, Leonardo Andrés, *Asegurabilidad de las indemnizaciones previstas en el artículo 33 de la Lopcymat*, en: *Dossier sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, CYMAT*, Caracas, Cuadernos Electrónicos, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1999, pp. 111 ss., especialmente pp. 111-113.

No falta quien señale como fundamento para la aceptación de los daños punitivos, la aceptación, por parte del legislador, de la cláusula penal, fundamentada sobre la idea de pena privada<sup>317</sup>. Es probable que tal idea esté fundamentada en el hecho de que la cláusula penal busca, de alguna manera, estimular al deudor a comportarse de forma diligente para evitar la sanción. Mas la cláusula penal, como un régimen convencional que busca asegurar el cumplimiento de la obligación (Art. 1.257 CCV), a la vez que facilita el cálculo de la reparación debida en caso de inejecución o retardo en la ejecución (Art. 1.258 CCV), no parece responder a un objetivo distinto de aquel perseguido por la responsabilidad civil: la reparación<sup>318</sup>.

Otro tanto puede decirse del daño moral, cuya cuantificación, a pesar de que la propia doctrina admite su indemnización sobre la base de la integridad de la compensación, sigue siendo una cuestión más de apreciación subjetiva –no arbitraria– del juez, que de verdadera valoración<sup>319</sup>. Por tal razón, la fijación de la cuantía de un daño extrapatrimonial puede acercarse en los hechos al concepto de pena, máxime si, como hemos afirmado, es el juez quien decide<sup>320</sup>. Tal variabilidad ha motivado a algunos autores a proponer criterios objetivables capaces de regir la evaluación del daño moral a través de un baremo<sup>321</sup>.

En este sentido, las palabras de Acedo Sucre, quien ve clara la posibilidad de considerar la culpa del agente para determinar la cuantía del daño moral

<sup>317</sup> Véase en este sentido: Mazeaud, Denis, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 223, 1992. También Boskovic lo entiende así. (Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., p. 341).

<sup>318</sup> Así lo entiende Mélich Orsini, a pesar de reconocer que hay autores más cuidadosos que distinguen la cláusula penal *strictu sensu* –cuyo efecto es agregar a la reparación una cierta penalidad civil– de la simple evaluación preventiva del daño –a la que es ajena toda idea de amenaza o sanción conminatoria. Ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 548.

<sup>319</sup> Así lo ha reconocido la jurisprudencia venezolana: “...el daño moral, por cuanto no puede ser realmente cuantificable, ni mucho menos tarifado por la Ley, queda a la libre estimación del Juez sentenciador” (TSJ/SCS, Sent. N° 116, 17/05/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm>); “Dado que el artículo 1.196 del Código Civil, faculta al juzgador para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales puede ocasionar, además repercusiones psíquicas, o de índole afectiva, lesivas de algún modo al ente moral de la víctima, la estimación que al respecto hagan los jueces de mérito así como la indemnización que acuerden en uso de la facultad discrecional que les concede el citado artículo, son de su criterio exclusivo... Por tanto, estima esta Sala que en el caso de autos el juez de la recurrida no cometió el vicio que se le imputa, toda vez que de acuerdo al contenido del artículo 1.196 del Código Civil, la forma de la indemnización, lo fija el juez sin que para ello exista otra limitación que la de su prudente arbitrio” (TSJ/SCC, Sent. N° 278, 10/08/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scc/Agosto/R.C.%20278%20100800%2099-896.htm>).

<sup>320</sup> Ver al respecto: De Aguiar Dias, José, El daño moral, en: *Del daño*, (compilador J. N. Duque Gómez), Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 2001, pp. 483 ss., especialmente pp. 485 y 488.

<sup>321</sup> Pintos Ager, Jesús, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Madrid, Monografías Civitas, 2000, pp. 196-202.

en la práctica, resultan ilustrativas al respecto. Para el autor venezolano “*los jueces a menudo acuerdan indemnizaciones mayores si se prueba la culpa del responsable, sobre todo si se trata de una falta grave o deliberada*”, añadiendo luego, al comentar las actuaciones de los tribunales, que “*el carácter subjetivo y un poco arbitrario de la estimación, en dinero, de un sufrimiento, tiene como consecuencia que la propia noción de daño moral sea una especie de invitación a los jueces, para que estos den a sus condenas una dimensión de pena privada. Ello explica que parezca natural que los tribunales fijen el monto del perjuicio no patrimonial según la gravedad de la culpa del responsable. Por eso, es muy atrayente la idea de daño punitivo (‘punitive damages’), en particular si se trata de un daño deliberado o ‘daño lucrativo’. En efecto, otorgar a la víctima una suma considerable, para castigar a una persona mal intencionada o para evitar que el responsable se enriquezca, parece muy justo, pues el responsable actuó con maldad o no evitó un daño previsible en espera de un beneficio económico (luego de haber calculado que el monto de las indemnizaciones eventuales sería inferior a su ganancia)*”; mas el propio autor, afortunadamente, no deja de reconocer que “*es alarmante el hecho de que los jueces se han tomado libertades demasiado grandes, contrarias a la letra y al espíritu del art. 1196 C.C., cuyo encabezado consagra el principio de reparación integral, según el cual dichos jueces no pueden acordar ni más ni menos de los que corresponda al daño emergente, al lucro cesante y al sufrimiento de la víctima*”<sup>322</sup>.

Aunque cuestionable, lo cierto es que el criterio de la gravedad de la culpa ha influenciado, en la práctica, la determinación del monto de la indemnización. Así, vacilante, nuestra jurisprudencia se inclina hacia esta dirección. Resalta en este sentido una sentencia de 07 de julio de 1993 en la cual se afirma que “*para la fijación del daño moral el sentenciador debe sujetarse... analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima, la llamada escala de sufrimientos morales, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente razonable...*” (Resaltado nuestro)<sup>323</sup>.

En decisión de fecha 18 de febrero de 1999, se estableció, luego de reconocer “*la costumbre judicial de hacer una estimación moderada*”, que “*tomando en cuenta la gravedad del daño, se conceptúa que, no hay dolor más intenso que la pérdida física de un hijo, y si a dicha pérdida se suma la aflicción que*

<sup>322</sup> Acedo Sucre, *La función de la culpa...*, ob. cit., pp. 375 y 387-388.

<sup>323</sup> CSJ/SCC, Sent. 07/07/1993, en: JPT/CSJ, julio 1993, p. 192. En el mismo sentido: CSJ/SCC, Sent. 10/06/1998, en: JPT/CSJ, junio 1998, pp. 143-144.

*causa saber que los descendientes directos de las demandantes en primer grado murieron electrocutados, calcinados por el muy elevado voltaje eléctrico, es evidente que el dolor o daño padecido es irreparable. Además no cabe la menor duda que los hijos de las demandantes se encontraban en la plenitud de sus años mozos, y en consecuencia, contaban con todo un futuro pleno de perspectiva y esperanzas. Otro elemento que esta Sala toma en cuenta es la **falta cometida por el agente del daño** puesto que estando obligada a darle mantenimiento a los cables eléctricos... omitió las previsiones conducentes para proteger los conductores eléctricos y evitar de esta manera cualquier siniestro que pudiera originar por el peligro que los mismos presentaban”<sup>324</sup>.*

Otra decisión de 1992 se limita a considerar “*el alcance del daño en sus aspectos psíquicos, afectivos, laborales, etc.*” y su carácter temporal o permanente<sup>325</sup>. En 1991 se afirmó: “*la prueba del valor de ese sufrimiento no es posible, por lo tanto, la Ley faculta al juez para fijar su monto, una vez comprobados los elementos que sirvan para demostrar el hecho generador del daño y la culpa de la persona contra quien se reclama*”<sup>326</sup>.

Al respecto, el profesor Mélich Orsini condena esta tendencia jurisprudencial, pues entiende que “*tiende con excesiva ligereza y facilidad a calcular el monto de la indemnización en función de la gravedad de la falta y de la situación económica de las partes*”<sup>327</sup>. El jurista venezolano es más bien partidario de la necesidad de hacer resaltar que la soberanía de apreciación que le corresponde al juez en esta materia no es esencialmente distinta de la que le corresponde en materia de daños patrimoniales, aunque es claro que por la propia naturaleza del daño y por la necesidad de fundarse casi exclusivamente en elementos de índole presuntiva la suficiencia de motivación deberá apreciarse con más flexibilidad que en materia de daño patrimonial<sup>328</sup>.

El juez debe más bien orientar su decisión en el sentido que el monto de la indemnización debida por el daño moral no se convierta en una fuente de enriquecimiento para la víctima<sup>329</sup>. En tal sentido, una sentencia dictada por la

<sup>324</sup> CSJ/SPA, Sent. 18/02/1999, en: JRG, T. 151, 1999, p. 542.

<sup>325</sup> CSJ/SCC, Sent. 25/03/1992, en: JPT/CSJ, marzo 1992, p. 98.

<sup>326</sup> CJS/SPA, Sent. 14/02/1991, en: JRG, T. 116, 1991, p. 523.

<sup>327</sup> De hecho, hay sentencias que ni siquiera mencionan tal posibilidad. Así, en caso de lesiones estéticas “*deberá tenerse en cuenta la magnitud del trastorno espiritual sufrido, que adquiere especial gravedad cuando la deformación o alteración estética tenga carácter permanente. Importancia singular para determinar la magnitud del agravio moral, producida por la lesión estética, lo constituye entre otros, la edad, la profesión y la condición social*”. Ver: CSJ/SCC, Sent. 14/02/1990, en: JRG, T. 111, 1990, p. 382.

<sup>328</sup> Mélich Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, ob. cit., pp. 43-44.

<sup>329</sup> Es la opinión sostenida por Lagrange, *Report concerning the Law of Venezuela...*, ob. cit., p. 12.

Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 10 de marzo de 1999, afirmó de manera clara que el juez debe establecer en su decisión un análisis de todos los aspectos objetivos relativos a la determinación de la cuantía del daño. Tales elementos son la entidad de los daños físicos o emocionales, el grado de culpa del agente del daño, la conducta de la víctima, el grado de cultura y educación de ésta, la capacidad económica del demandado, la naturaleza de la compensación necesaria para restablecer a la víctima en el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño y, desde luego, la apreciación hecha por el juez en orden a establecer el monto de la indemnización. Mas todo ello debe estar fundamentado en el establecimiento de una “*indemnización razonable*”, que permita la verificación de la legalidad del monto de la indemnización del daño moral fijado por el juez<sup>330</sup>.

## **B. Régimen de los contratos concluidos con consumidores y usuarios**

Durante mucho tiempo el Derecho común, absorto en la mayoría de los casos en justificar la consideración del contrato de servicios como un contrato de arrendamiento, se ubicó desde la perspectiva del prestador, olvidando al receptor y, sobre todo, a una categoría muy especial de receptores: los usuarios o consumidores del servicio<sup>331</sup>. Mas cuando el legislador comienza a poner toda su atención en la posición del receptor, desinteresándose por discriminar las diversas obligaciones del proveedor, surge el Derecho de consumo. Es así como el Derecho de consumo puede definirse como un conjunto normativo desplegado en protección de consumidores y usuarios y caracterizado por su heterogeneidad al agrupar tanto normas de Derecho privado como de Derecho público<sup>332</sup>.

En efecto, para dar una respuesta cabal a tan especial tipo de relaciones, el Derecho de consumo puede definirse como un Derecho invasor. Es un Derecho viajero que se pasea sin visa por el Derecho de las obligaciones, el Derecho mercantil, el Derecho constitucional, el Derecho administrativo y el Derecho internacional privado, entre otros. Se trata, en definitiva, de una disciplina transversal, con la cual el Estado emprende un proceso de ingeniería social, a través del cual él mismo deberá diseñar fórmulas que aseguren,

<sup>330</sup> OPT/CSJ, marzo 1999, pp. 300-302.

<sup>331</sup> Lorenzetti, Contratos de obra y servicios..., ob. cit., pp. 109-110.

<sup>332</sup> Lasarte Álvarez, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, 3ª ed. Revisada y actualizada, 2007, p. 23.

si no una igual posición entre las partes, sí al menos una aproximación de sus posiciones, asegurando un mínimo de protección<sup>333</sup>.

En opinión de Domínguez García, la *ratio iuris* del Derecho de consumo ha de apreciarse desde una óptica jurídico-axiológica y desde una óptica economicista<sup>334</sup>. Desde la primera perspectiva, las nociones de equidad y justicia material resultan claves. Se hace necesario tutelar los intereses, en este caso la seguridad material y personal en el uso y consumo de bienes y servicios, de una determinada categoría de individuos: los consumidores. Desde una óptica economicista, el Derecho de consumo responde al criterio de eficiencia. En tal sentido, ha de entenderse que los empresarios, no sólo en su condición de partícipes en la gestión de la fabricación o comercialización de bienes y servicios, sino también como titulares de su calificación técnica, están en mejor disposición para el control y la asunción de la gestión de los riesgos aunados a la defectuosidad o peligrosidad ínsita en productos y servicios (*the cheapest cost avoider*), en el marco de la distribución del coste de los accidentes (internalización del riesgo), que el gran público o consumidor abstracto (externalización del riesgo).

Ahora bien, el desarrollo del Derecho de daños en materia de consumo refleja, en mayor o menor medida, una recepción jurídica de las exigencias de la realidad socio-económica como una corrección a la inadecuación e insuficiencia de los ilícitos codificados. Domínguez García<sup>335</sup> llega a afirmar que no se trata de un supuesto de responsabilidad civil aunado a una conducta social reprobable desde una perspectiva individual, sino de una responsabilidad por el riesgo que genera la puesta en el mercado de bienes y servicios de consumo.

En efecto, De Ángel Yágüez afirma que las normas sobre protección de los consumidores no establecen propiamente reglas de responsabilidad civil, sino más bien se trata de mandatos cuya finalidad es ordenar las respectivas actividades económicas de productos y servicios, precisando un marco de deberes a cargo de quienes fabrican o distribuyen los productos o prestan los servicios. Así, el legislador introduce, por vía normativa, un conjunto de reglas de conducta que, de otro modo, el juzgador tendría que extraer por exégesis de las parcas normas que, de manera general regulan el contrato o de las concretas

<sup>333</sup> Sauveplane, J. G., Consumer protection in private international Law, en: *Netherland Law Review*, 1985, pp. 100 ss., especialmente p. 101.

<sup>334</sup> Domínguez García, Manuel Antonio, Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma, en: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, T. I, pp. 879 ss., especialmente p. 882.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 880.

figuras mediante las que se articula en la vida económica, el fenómeno de la adquisición de bienes o servicios<sup>336</sup>.

1. *La protección del usuario como débil jurídico. Intervencionismo del Estado y Derecho de consumo*<sup>337</sup>

La estandarización de productos y servicios ofrecidos a consumidores y usuarios ha provocado el recurso a contratos tipo o condiciones generales de contratación, lo cual ha favorecido cierta tendencia a mercatizar el contrato, convirtiéndolo en un instrumento de empresa. Esta masificación ha generado un fuerte intervencionismo del Estado, más aún cuando asoma, con perfiles bien definidos, “*un personaje del mercado que el Derecho había soslayado: el consumidor*”<sup>338</sup>, entre cuyos derechos figura la “*promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas*” (Art. 7,4 DLDPABS).

Así, cuando consumidores y usuarios consumen, utilizan o disfrutan, de manera gratuita u onerosa, productos o servicios de cualquier naturaleza como destinatarios finales, entra en juego el Derecho de consumo<sup>339</sup>. En tales casos no se discute la insatisfacción del acreedor, sino más bien la determinación del régimen aplicable a los daños sufridos por consumidores y usuarios<sup>340</sup>.

En relación con el intervencionismo del Estado, debemos considerar que, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución de la República, “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...*” y ello tiene severas consecuencias sobre la interpretación y aplicación de las normas,

<sup>336</sup> Ver: De Ángel Yágüez, Ricardo, La responsabilidad civil de los suministradores, en: *Estudios de Deusto*, julio/diciembre 2004, Vol. 52/2, pp. 11 ss., especialmente p. 44.

<sup>337</sup> Seguiremos en este punto nuestro trabajo: Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el Estado social de Derecho y la sentencia sobre los créditos indexados, en: *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 14, 2004, T. I, pp. 757 ss.

<sup>338</sup> Así: Vega Mere, Yuri, El Derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo, en: *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis, pp. 515 ss., especialmente p. 538.

<sup>339</sup> Lorenzetti entiende que los servicios a consumidores son, generalmente, un desprendimiento de la actividad familiar: preparación de comidas, limpieza y lavandería, mantenimiento de automóviles, belleza, cine, esparcimiento, educación y perfeccionamiento en diversas actividades, seguridad habitacional, transporte, turismo, hotelería, todos los servicios médicos, e incluye a los servicios públicos destinados al consumo final. Ver: Lorenzetti, *Contratos de obra y servicios...*, ob. cit. pp. 107-108.

<sup>340</sup> Así lo estima Parra Lucán, en relación con los productos defectuosos. Ver: Parra Lucán, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 1175-1176.

máxime si se trata de relaciones donde participan los llamados menesterosos jurídicos. Recordemos algunos datos importantes.

El nacimiento del Estado social de Derecho como nuevo sistema de dominación política, referido a la calidad de la estructura del poder público, en las sociedades capitalistas altamente industrializadas y de constitución democrática, está determinado por la crisis del liberalismo. El Estado benefactor develó su esencia de Estado policía y la burguesía, para mantener su hegemonía como clase, cambió su estrategia tendiendo a la transformación forzada de su poder económico y social en poder político<sup>341</sup>.

El Estado, a pesar de mantenerse fiel a los mandatos del Derecho, se reserva la facultad de intervenir en los procesos socioeconómicos, para garantizar el aumento de la producción que garantice el pleno empleo y el aumento de las rentas del trabajo. El restablecimiento de la democracia en diversos Estados, tras la segunda guerra mundial, contribuye a la propagación de esta nueva forma de Estado que conjuga el socialismo democrático –caso de la Constitución de Weimar– con el pensamiento liberal progresista.

De manera general, ha de entenderse que con el Estado social, se refuerza el principio democrático, como garantía de pluralismo y participación; se reconoce la inseparabilidad del Estado y la sociedad<sup>342</sup>; y se supera el carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan de ser considerados como una limitación del poder soberano del Estado, para entenderse como instrumentos jurídicos de control de su actividad. Por tal razón, a las libertades clásicas se unen los derechos económicos, sociales y culturales, como categorías accionables y no como simples postulados programáticos<sup>343</sup>.

El reconocimiento de esta nueva categoría, supuso una importante transformación en las Declaraciones de derechos. Comienzan a aparecer ciertas normas que determinan el contenido del Estado social y que van a garantizar el

<sup>341</sup> Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1999, p. 101.

<sup>342</sup> El primero en establecer una relación entre el Estado y la sociedad fue Lorenz von Stein. La legitimación de las estructuras estatales no reside en la fuerza integradora de la Constitución. El autor es conciente de las insuficiencias del primitivo liberalismo para satisfacer las aspiraciones burguesas, propugnando una cierta intervención por parte del Estado. Citado en *Ibid.*, p. 95.

<sup>343</sup> El advenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, ha supuesto la sustitución del principio de neutralidad de la organización estatal, por la exigencia de una intervención compensadora. Frente al principio de limitación que realizaban los derechos individuales, surgió el principio de participación que vinieron a implantar estos derechos. “*El verdadero motor de la vida de la comunidad política ya no es la libertad individual, sino más bien la actuación intervencionista del Estado, mediante la cual se pretende conseguir una igualdad social efectiva*”. Ver: De Castro Cid, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, España, Universidad de León, 1993, p. 73.

ámbito existencial de todos los ciudadanos y, especialmente, de determinados sectores sociales, otorgando particular atención a ciertos bienes como la salud, la vivienda y la cultura, los cuales han de considerarse como esenciales. Es quizá este planteamiento el que desata mayores polémicas en torno al Estado social; siempre se vacilará entre entender estos derechos como frenos a los calificados como individuales, o como el desarrollo y complemento de estos. La iniciativa o acción del Estado, bien sea en forma de prestación de servicios, o como creador de las condiciones necesarias para el ejercicio de tales derechos, le dan su pincelada característica.

Ahora bien, entendido como un intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, el Estado social no pretende negar los valores y fines del Estado liberal, al contrario, los asume y trata de hacerlos más efectivos, dotándolos de contenido material<sup>344</sup>. El Estado social es un Estado democráticamente articulado en el que la sociedad toma parte activa en la formación de la voluntad general y en la formulación de las políticas distributivas<sup>345</sup>.

Sin embargo, no es difícil hallar en la doctrina, algunas referencias a la falta de legitimidad por la que atraviesa este modelo en la actualidad. La frustración de las justas expectativas y su falta de credibilidad, aunadas a la grave crisis económica que atraviesa el actual capitalismo, han contribuido a ello. Se le atribuye además la creación de múltiples necesidades, no sólo socioeconómicas, sino también de naturaleza cultural que es incapaz de satisfacer<sup>346</sup>. De tal manera, los derechos económicos, sociales y culturales, más que derechos propiamente dichos, lucen como mandatos para el legislador, a fin de que éste ordene el cumplimiento de determinadas condiciones para la realización los postulados del Estado social, con lo cual puede despertar deseos irrealizables.

Ahora bien, conviene ratificar que tras la expresión “*Estado social de Derecho*” se esconden múltiples y diversas interpretaciones. Una de las tendencias más recurridas, es entender que el Estado ha de otorgar prioridad a los intereses de los estratos bajos y protección a los débiles y menesterosos. Hoy día, en opinión de Benda, no se trata de los trabajadores, sino de quienes no

<sup>344</sup> García-Pelayo, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, en: *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1968, T. II, pp. 1586 ss., especialmente p. 1597.

<sup>345</sup> Sólo así entendido, podrá diferenciarse el Estado social de Derecho de otras nociones afines tales como el Estado de bienestar, el Estado de asistencia y el Estado de providencia que aluden a una función y no a una configuración global del Estado. Véase en este sentido: Sánchez Ferri, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1995, pp. 107-108.

<sup>346</sup> Álvarez Conde, *Curso de Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 131.

son organizables en grupos de interés, por ejemplo, los ancianos, las madres con niños o los desempleados; estos y otros son considerados como grupos infradotados que necesitan especial atención y asistencia estatal<sup>347</sup>. A tal aceptación se une el rechazo al individualismo y la conciencia de responsabilidad con la comunidad.

El problema más importante sigue siendo la polisemia del término “social” y la tentación de llenar el concepto con un contenido discrecional<sup>348</sup>. El “bien común” aparece como el ideal del Estado social, su interés superior; en su nombre, el Estado se atribuye la obligación de hacer frente al uso ilimitado de la libertad que atente contra este valor fundamental. Pero de ello no puede desprenderse la obligación, ni siquiera el derecho, del Estado de intervenir, éste sólo está obligado a comprometerse. Su intervención no ha de ir más allá de la esfera de libertad, jurídicamente garantizada, de lo que permite la vinculación social de los derechos fundamentales y, sólo así, será legítima la intervención.

Bajo este postulado, puede el Estado abstenerse en un primer momento y sólo entrar en acción cuando no quepa ya esperar una solución adecuada del conflicto planteado. En tal acción, el Estado habrá de dotar a todos los ciudadanos y grupos sociales de una conveniente participación en los valores sociales, inspirado siempre por el principio de proporcionalidad; pues en los conflictos sociales, el Estado no es parte, no es defensor de los intereses partidarios, sino más bien custodio imparcial del bien común<sup>349</sup>.

Ahora bien, en el análisis de la intervención del Estado social de Derecho y de Justicia en el caso venezolano, hemos de considerar necesariamente, una decisión dictada en el ámbito de los servicios de vivienda. Nos referimos, desde luego, al caso de los créditos indexados<sup>350</sup>, resuelto en sentencia dictada por

---

<sup>347</sup> Benda, Ernesto, El Estado social de Derecho, en: Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2ª ed., 2001, pp. 487 ss., especialmente p. 524. En sentido similar se ha pronunciado Kummerow, para quien “*Con el ‘débil Jurídico’ se ha intentado erigir otra forma rectora de la actividad del juez. No se trata ya del simple incapaz por ser menor, mentalmente o físicamente defectuoso de proveer a su propia defensa. Se trata de un criterio donde se mezcla la observación de la realidad social con ciertos plausibles intentos de la Política del Derecho de cambiar el contenido normativo y de darle una extensión más amplia a las reglas de la interpretación de la Ley. El ‘débil jurídico’, por consiguiente, abarca tanto a la categoría arriba expresada como a todas aquellas personas que, por su posición económica no pueden sustraerse a la explotación económica de los poderosos*”. Kummerow, Gert, *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho privado*, Caracas, FDUCV, 1956, pp. 158-159.

<sup>348</sup> Benda, Ernesto, El Estado social de Derecho..., ob. cit., p. 526.

<sup>349</sup> *Ibid.*, pp. 558-559.

<sup>350</sup> Crédito indexado es aquel cuyas cuotas de pago mensual son indexadas al salario y se otorga por un monto que puede representar hasta el sesenta y cinco por ciento (65%) del valor de la vivienda, aparato o vehículo que se pretende adquirir, cuyo plazo máximo de pago es de veinte años. Estos créditos son

la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 24 de enero de 2002<sup>351</sup>. A través de esta decisión la Sala, con argumentos cuestionables desde la óptica del Derecho de las Obligaciones, ordenó la desaplicación de este particular sistema de crédito, por considerar que con su establecimiento se estaba perjudicando excesivamente a los débiles jurídicos, representados, en este caso, por la categoría de los deudores hipotecarios.

Es necesario considerar que la validez del crédito indexado se fundamentó en una circular de la Superintendencia de Bancos (Nº SBIF-GNR-1725 de fecha 01/03/1999), emitida en atención al artículo 26 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional<sup>352</sup>, al disponer que SUDEBAN debe *“procurar el desarrollo y masificación de los créditos ajustados al ingreso familiar”*. Tal circular dispuso *“instrucciones específicas respecto al otorgamiento del crédito indexado, sometiéndolos a una regulación ‘para lo cual tuvo muy especialmente en cuenta la circunstancia de que el comportamiento observado en las principales variables macroeconómicas, limitan la aplicación de esquemas de créditos hipotecarios tradicionales, y que esto ha restringido las posibilidades de adquisición de vivienda de la población venezolana’...”*.

A pesar de esta intervención del Estado al autorizar la implementación de los créditos indexados, la sentencia comentada planteó una intervención *a posteriori*, fundamentándose en que al existir en una relación contractual, un débil jurídico, la autonomía de la voluntad se ve limitada. En tal sentido, la Sala aclaró que la actuación del Estado social de Derecho no sólo puede darse cuando existe una desproporción entre el poderoso que explota a los menesterosos y estos, *“sino que puede ocurrir en otras relaciones donde por motivos tecnológicos o de otra índole, una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable. Ello puede ocurrir –por ejemplo– con consumidores de bienes, cuya publicidad masiva y subliminal los presiona inconscientemente a su adquisición; o con usuarios de servicios públicos necesarios o de bienes*

---

acordados a través de contratos de adhesión, en los cuales, como se corresponde con la naturaleza de este tipo de relaciones convencionales, las condiciones son estipuladas unilateralmente por los bancos y las entidades de ahorro y préstamo, y limitan el monto del pago mensual, al treinta por ciento (30%) del salario del prestatario. En los casos en que el monto de la cuota excede este porcentaje, el remanente es refinanciado y pasa a formar parte del capital debido, capitalizándose, de manera inmediata, los saldos de intereses no pagados en la cuota mensual respectiva.

<sup>351</sup> TSJ/SC, Sent. Nº 85, 24/01/2002, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>

<sup>352</sup> G.O. Nº 37.066, 30/10/2000.

*esenciales de amplia distribución, que no reciben dichos servicios o bienes en calidad y condiciones requeridas, ni dentro de una relación de armonía entre lo recibido y lo pagado por ello; o con aquellos a quienes colectivamente se les sorprende en la buena fe, al no prestarles la información comprensible y necesaria, abusando de la ignorancia y obteniendo sobre ellas leoninas ventajas*". Es así como, en los contratos que revisten cierto interés social, la autonomía de la voluntad puede verse limitada, al igual que ocurre con el derecho de propiedad en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública o social.

La Sala afirmó que no es cierto que, por el hecho de que una persona sea capaz, funciona a plenitud el principio de autonomía de la voluntad en los contratos y cita como ejemplo, el error y el dolo como vicios del consentimiento. Ratificó la importancia del funcionamiento del principio de conformidad en los contratos, sobre todo en materia de compraventa de bienes y servicios, donde es necesario que la descripción del bien o servicio ofrecido al consumidor o usuario sea cierta, de manera que éste obtenga lo que realmente desea o necesita y, añade la Sala que es menester que el consumidor o usuario *"haya podido comprobar previamente"* el bien o servicio, caso contrario no sólo se estaría sorprendiendo la buena fe que debe regir el contrato, sino que se induciría al consumidor o usuario a una adquisición perjudicial, valiéndose de su ignorancia, por lo que se estaría ante una actitud contraria a las buenas costumbres. Luego de tal afirmación que parece confundir algunas nociones de la Teoría General de las Obligaciones, el Supremo Tribunal añadió que *"la autonomía de la voluntad irrestricta, no funciona en materias donde la propia Ley exige dar informaciones previas a uno de los contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición"*.

Las directrices del Estado social de Derecho, continúa la Sala Constitucional, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad, los cuales no se convierten, como tampoco lo eran en la Constitución de 1961, en derechos irrestrictos. Luego, curiosamente apunta que *"No es que el Estado social de Derecho propenda a un Estado socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a sus habitantes de una explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 eiusdem); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o*

*que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional)*”.

No concibe la Sala Constitucional que quien goza de la explotación de bienes y servicios, propiedad del Estado venezolano y, en consecuencia, del pueblo, impida a los demás el goce de los mismos, de manera que no permita la participación de otros particulares, e incluso del Estado a esos servicios, entre los cuales se encuentra el crédito por interés social. “*Las personas no pueden estar encaminadas a obtener ventajas usurarias, o a realizar contratos –así las partes los acepten– donde una de ellas no corre riesgos y obtiene todas las ganancias, mientras la otra está destinada a empobrecerse. Hasta allí no llegan las consecuencias de la autonomía de la voluntad en un Estado Social de Derecho, en el cual la solidaridad social es uno de sus elementos, que existe no para explotar o disminuir a los demás, ni para premio de los más privilegiados*”.

Ya en otras oportunidades<sup>353</sup> hemos afirmado que, tratándose de un problema relacionado con el cobro excesivo de intereses, podría haberse analizado el problema desde la óptica, bien de la rescisión por lesión, bien de la teoría de la imprevisión. En efecto, como quiera que Ulpiano un día afirmara que en el precio es “*naturalmente*” lícito a los contratantes engañarse; y después de muchas discusiones sobre la fijación justa del precio en los contratos –recordemos que Thomasiaus afirmó que precio justo es aquel que responde al valor del objeto (moralmente) o al del mercado (jurídicamente)–, hoy día se entiende que precio justo es el fijado por las partes. Sin embargo, tal fijación no siempre resulta objetivamente justa, por ello el Derecho ha dado a las partes ciertas herramientas para restablecer el equilibrio en sus relaciones contractuales, cuando las circunstancias varían durante la vida del contrato. Es el caso de la teoría de la imprevisión y de la rescisión por lesión, instituciones cuyo uso dependerá de la calificación como “*imprevistos o imprevisibles*” que pueda recibir el aumento de los intereses pactados en los créditos indexados.

Una vez determinada la previsibilidad o imprevisibilidad del aumento en el monto de los intereses, el juez se encontrará con la *questio* de dar fundamento jurídico al camino elegido –recordemos que la teoría de la imprevisión no está expresamente regulada en el Derecho venezolano y la rescisión por lesión lo está de manera bastante restringida<sup>354</sup>; para ello el Derecho le brinda instrumentos suficientes.

<sup>353</sup> Madrid Martínez, Las limitaciones a la autonomía de la voluntad..., ob. cit., pp. 798-814.

<sup>354</sup> Ver los fundamentos de una y otra en *Idem* y la bibliografía allí citada.

A pesar de lo cuestionable que pueda resultar el razonamiento de la Sala<sup>355</sup>, lo vemos reaparecer en el ámbito de los servicios financieros, específicamente, en el tema de las tarjetas de crédito. Así, en sentencia de fecha 10 de julio de 2007<sup>356</sup>, la Sala Constitucional afirmó que la “*utilización masiva de las tarjetas, promocionadas publicitariamente, y coercitivamente impulsada en algunos casos, hacen que la tomen mayoritariamente los miembros de las clases sociales media y alta, quienes no sólo se ven compelidos al consumo, sino que pueden hacer nula o disminuir su capacidad de ahorro. Esta situación –a juicio de la Sala– da al uso de las tarjetas un contenido social, que merece la atención del Estado, máxime cuando el Estado es social de Derecho y de Justicia (artículo 2 constitucional), y los consumidores de las tarjetas pertenecen a clases sociales, cuyos miembros, al pertenecer a esos sectores sociales, también requieren protección en su calidad de vida*”.

Fundamentándose en ello, entre otras cosas, la Sala ordena a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras emitir normativa que, tomando en cuenta la situación del deudor, verse sobre el sistema de intereses que deben pagar los tarjetahabientes al emisor, así como las condiciones de los contratos de emisión de tarjeta, en cuanto a las cláusulas que perjudiquen a los tarjetahabientes ante cargos indebidos o falsificación de las mismas, así como una regulación de la propaganda sobre ellas y de cualquier mecanismo psicológico que cause adicción o compulsión para su uso, “*ya que con ello se preserva la calidad de vida de los usuarios, se impiden prácticas usurarias y abusos de derecho*”<sup>357</sup>.

<sup>355</sup> Comentando esta sentencia, se ha afirmado que es excesivo dejar al solo juicio de la Sala Constitucional los casos en que una Ley puede ser desaplicada para alcanzar o para ejercer la protección tutelar que la Constitución reserva a la Ley. Anticipándose a una crítica debido a la inseguridad jurídica que semejante interpretación puede generar, la Sala estima que las Leyes deben tener por norte los valores de solidaridad social, paz, bien común, convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación, de manera que las que no lo tengan, así como las conductas fundadas en alguna norma que atente contra esos fines, se convierten en inconstitucionales. Ver: Páez Pumar, Oswaldo, Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002, en relación con los créditos indexados, en: *Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002, en relación con los créditos indexados*, Caracas, Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cia, 2003, pp. 289 ss., especialmente p. 299.

<sup>356</sup> TSJ/SC, Sent. N° 1419, 10/07/2007, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1419-100707-04-0204.htm>

<sup>357</sup> En tal sentido la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico (G.O. 39.021, 22/09/2008) reconoce tener por objeto, en su artículo 1, además de la regulación de todos los aspectos vinculados con el sistema y operadores de estas tarjetas, “*su financiamiento y las relaciones entre el emisor, el tarjetahabiente y los negocios afiliados al sistema, con el fin de garantizar el respeto y protección de los derechos de los usuarios de dichos instrumentos de pago, obligando al emisor de tales instrumentos a otorgar información adecuada y no engañosa a los tarjetahabientes; asimismo a resolver las controversias que se puedan presentar por su uso, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley*”.

No dudamos de la importancia que el “*Estado social de Derecho y de Justicia*” reviste para la aplicación del Derecho; éste constituye ahora un bemol que el juez necesariamente ha de considerar a la hora de componer su decisión. Sin embargo, no ha de usarlo como una simple herramienta que lo lleve a una solución sin mayor esfuerzo; como un instrumento que le garantice una mera economía de razonamiento. Por ello abogamos por un discreto uso de la herramienta que ha dado el constituyente a los juzgadores y que, en la práctica, parece haber hecho que estos últimos olviden la cabal interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

## 2. *Fundamento de la responsabilidad civil del proveedor de servicios*

Dentro del sistema venezolano, la Constitución de la República<sup>358</sup> establece el derecho de consumidores y usuarios a contar con bienes y servicios de calidad (Art. 117) y el propio ordenamiento jurídico, a través de la Ley del Sistema Venezolano para la Calidad<sup>359</sup>, establece “*los mecanismos necesarios que permitan garantizar los derechos de las personas a disponer de bienes y servicios de calidad en el país, a través de los subsistemas de normalización, metrología, acreditación, certificación, reglamentación, técnicas y ensayos*” (Art. 1).

Además, el artículo 7,4 del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios garantiza la promoción y protección jurídica de los derechos e intereses económicos y sociales de las personas en las transacciones realizadas. Debemos destacar que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario derogada en la norma equivalente (Art. 6,4), otorgaba a consumidores y usuarios tal derecho “*en reconocimiento de su condición de débiles jurídicos en las transacciones del mercado*”<sup>360</sup>.

<sup>358</sup> Las constituciones argentina, colombiana y española, entre otras, también confieren rango constitucional a este derecho.

<sup>359</sup> G.O. N° 37.355, 23/10/2002.

<sup>360</sup> De allí que éste y todos los demás derechos enunciados en el artículo 6 fueran calificados como irrenunciables. En este sentido: Hernández, José Ignacio, *Introducción a la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Análisis de las principales restricciones impuestas a los proveedores*, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2004, p. 27. A pesar de este reconocimiento general de debilidad jurídica, el artículo 14 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establecía “*El Ejecutivo Nacional dará prioridad y protección especial a los grupos de consumidores y usuarios, que por circunstancias extraordinarias se encuentren en una situación de inferioridad, desprotección o indefensión de sus derechos o del ejercicio de los mismos*”. La propia norma añadía que la protección especial –la cual

Ahora bien, una de las formas de protección del Estado hacia consumidores y usuarios es, precisamente, el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil que garantice una indemnización integral a estos débiles jurídicos por los daños derivados del uso y consumo de bienes y servicios. Esta garantía tiene, en nuestro sistema, rango constitucional, pues el artículo 117 de la Constitución, además del derecho a disfrutar de bienes y servicios de calidad, ordena al legislador establecer “*los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos*” (resaltado nuestro). Y tal principio fue desarrollado por el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Podríamos decir, utilizando la terminología de Kelsen, que la norma primaria impone como sanción la necesaria reparación de los daños ocasionados a consumidores y usuarios por el uso o consumo de bienes y servicios; y la norma secundaria impondría el derecho de estos sujetos a disfrutar de bienes y servicios de calidad.

#### a. Naturaleza de la responsabilidad civil

##### a.1. ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual? O ¿un régimen autónomo?

Tal como hemos adelantado, la norma constitucional que garantiza el derecho de consumidores y usuarios a la reparación de los daños derivados de la relación de consumo se ve desarrollada por el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios pues ya desde su artículo 1 este instrumento reconoce tener por objeto, entre otras cosas, establecer “*el resarcimiento de los daños sufridos*” por las personas por causa de los proveedores de bienes y servicios. Además, el propio Decreto Ley entiende que “*...el resarcimiento del daño sufrido*” es un derecho de consumidores y usuarios (Art. 7,6). De manera que “*Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera*

---

comprende atención jurídica, administrativa y de actuaciones específicas— se prestaría especialmente a “*los niños y adolescentes, las mujeres gestantes, los ancianos, los enfermos, los discapacitados y personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, y los turistas*”. Con semejante disposición se sugería, en nuestra opinión, que dentro de los débiles jurídicos existe una categoría de personas con una debilidad aun mayor que requiere, por ello, de mayor protección. Lorenzetti se refiere en estos casos a los llamados “*subconsumidores*”, supuestos en los que se presenta una vulnerabilidad más grave que la verificada en el promedio de los casos. Ver: Lorenzetti, *Consumidores...*, ob. cit., p. 90.

*sea su naturaleza jurídica, serán solidaria y concurrentemente responsables, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aun cuando no tengan con los mismos una relación laboral” (Art. 77).*

Ahora bien, partiendo del hecho que el Decreto Ley parece limitar su ámbito de aplicación a las relaciones en que participan destinatarios finales de bienes y servicios, calificados como débiles jurídicos, entendemos que la misma hace abstracción del dato de que pueda tratarse de responsabilidad civil contractual o extracontractual<sup>361</sup>; pues lo que se busca, más bien, es facilitar el derecho al resarcimiento a través de criterios de objetivación de la responsabilidad y tal situación es reconocida como común en el Derecho comparado<sup>362</sup>.

Así, se considera, por un lado, la necesidad de dotar de protección a consumidores y usuarios y el objetivo de conseguir la máxima pulcritud en la fabricación de bienes de uso y consumo y en la prestación de servicios<sup>363</sup>; y, por otro lado, también se tiene en cuenta la necesidad de no sofocar el progreso industrial y la implantación de nuevas tecnologías o la introducción de nuevos bienes y servicios, del mismo modo que el imperativo de evitar que normas demasiado exigentes conduzcan a situaciones de verdadero abuso por parte de los consumidores; fenómeno que ha llegado a situaciones extremas en Estados Unidos<sup>364</sup>, donde se ha implementado, por tal razón, la llamada *patent danger rule*, según la cual el fabricante no está obligado a advertir al consumidor de aquellos riesgos que son manifiestos y obvios.

Sin embargo, en el caso de los productos, se ha discutido la naturaleza de la responsabilidad civil. Así, parte de la doctrina afirma que si se trata de un “*vicio oculto*” en el producto, se generará una acción contractual contra el vendedor, en razón de la obligación de saneamiento de este último; mientras

<sup>361</sup> Así nos hemos pronunciado en: *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 43-45. La doctrina también ejemplifica este régimen que podríamos denominar independiente, a través de las regulaciones internacionales en materia de transporte de pasajeros, tal es el caso del Convenio de Varsovia (1929) modificado por el Protocolo de Montreal (1999), y el Convenio de Bruselas (1961). Referencias tomadas de Alpa, *Responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 29.

<sup>362</sup> En este sentido: Díez-Picazo, *Derecho de daños...*, ob. cit., pp. 139-140.

<sup>363</sup> De hecho, no falta quien afirma que las normas sobre protección de los consumidores no establecen reglas de responsabilidad civil, sino más bien se trata de mandatos cuya finalidad es ordenar las respectivas actividades económicas de productos y servicios, precisando un marco de deberes a cargo de quienes fabrican o distribuyen los productos o prestan los servicios. Así, el legislador introduce, por vía normativa, un conjunto de reglas de conducta que, de otro modo, el juzgador tendría que extraer por exégesis de las parcas normas que, de manera general regulan el contrato o de las concretas figuras mediante las que se articula en la vida económica, el fenómeno de la adquisición de bienes o servicios. Ver: De Ángel Yágüez, *La responsabilidad civil de los suministradores...*, ob. cit., p. 44.

<sup>364</sup> De Ángel Yágüez, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 209.

que si el daño deriva de un “*defecto*”, la acción será de carácter extracontractual, y estará dirigida contra el fabricante<sup>365</sup>. Otros afirman que hay responsabilidad contractual por defectos propios del bien adquirido y extracontractual por daños en razón de su uso; incluso extendida esta distinción al campo de los servicios, se ha afirmado que el carácter contractual de la responsabilidad llevaría fundamentalmente al aspecto de las cláusulas limitativas de responsabilidad; mientras que su naturaleza extracontractual conduciría al problema de la responsabilidad civil por riesgo creado y, en todo caso, al problema de la responsabilidad objetiva por violación de los reglamentos reguladores de la producción y distribución de bienes y servicios<sup>366</sup>. También podemos citar a quienes que se inclinan por la aplicación de la responsabilidad contractual, sin perjuicio de hacer excepciones en ciertos casos que justifican la aplicación de las normas sobre responsabilidad aquiliana<sup>367</sup>.

Para evitar estas discusiones y garantizar una protección cabal al usuario, se han concebido sistemas que tienden al establecimiento de un régimen autónomo para la prestación de servicios. Es el caso de la Propuesta de Directiva de la Unión Europea que establece, en su artículo 1,1, un principio general según el cual “*El prestador de servicios será responsable del daño causado por su culpa, en el marco de la prestación del servicio, a la salud o a la integridad física, de los bienes muebles o inmuebles, incluidos los que sean objeto de la prestación*”. La norma, sin referirse a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, se fundamenta en un concepto de culpa que se traduce en la violación de las legítimas expectativas del usuario, con respecto a la seguridad del servicio<sup>368</sup>.

Buscando objetivar el concepto de culpa presente en esta disposición, se añadió, en el apartado 2, que “*La carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicios*”, favoreciendo de esta manera a la víctima, la cual verá reducida su actividad probatoria al daño y a la relación de causalidad entre éste y la prestación del servicio. No ha faltado quien afirme que este método devendrá, en la práctica, en un sistema de responsabilidad

<sup>365</sup> Rodner, La responsabilidad civil del fabricante..., ob. cit., pp. 421-425. En el mismo sentido: Mélich Orsini, José, La responsabilidad civil por daños causados por productos o servicios defectuosos, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* (Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado [Brisbane, Australia], 2002, enero/julio 2002, N° 139, Año LXVIV, pp. 143 ss.

<sup>366</sup> García Amigo citado por De Ángel Yáñez, *La responsabilidad civil...*, ob.cit., pp. 208-209.

<sup>367</sup> Bueres citado por Blanco Gómez, *La concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual...*, ob. cit., p. 132.

<sup>368</sup> Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob.cit., p. 123.

civil objetiva<sup>369</sup>. Tal inversión obedece —en opinión de algunos autores— a que el profesional dispone de los conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su falta de culpa, aunque se trate de la prueba de un hecho negativo<sup>370</sup>.

Sin embargo, el carácter subjetivo de esta norma viene resaltado por los apartados 3 y 4 del propio artículo 1, según los cuales “3. *Para apreciar la culpa, debe tenerse en cuenta el comportamiento del prestador de servicios, quien garantizará en condiciones normales y razonablemente previsibles, la seguridad que cabe esperar legítimamente.* 4. *La mera existencia o posibilidad de un servicio más perfeccionado, en el momento de la prestación o posteriormente, no constituirá de por sí culpa*”. Al referirse a “condiciones normales y razonablemente previsibles”, la disposición parece establecer cierto estándar con el cual comparar la conducta del prestador del servicio<sup>371</sup>. En efecto, la noción de “seguridad que cabe esperar legítimamente” se utiliza para precisar el concepto de culpa —en opinión de Trigo García— en un intento por objetivarlo y lograr un equilibrio entre los intereses de los usuarios y los de los agentes económicos, que rechazaron la introducción de un régimen de responsabilidad objetiva<sup>372</sup>.

Además, la referencia a la “seguridad que cabe legítimamente esperar” hace posible mantener la distinción doctrinal y jurisprudencial entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado; de manera que en el primer caso el

<sup>369</sup> Struyen citado en *Idem*.

<sup>370</sup> De Cuevillas Matozzi, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Valencia, Tirant lo Blanch, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Tirant Monografías, N° 156, 2000, pp. 400-401. Además de esta razón, Bourgoigne y Maniet añaden costos de investigación y del obligado recurso a los expertos. Reconocen también que el carácter intangible del servicio dificulta, sin duda, la administración de la prueba. Ver: Bourgoigne et Maniet, *La proposition de Directive CEE sur la responsabilité du prestataire de services...*, ob. cit., p. 19.

<sup>371</sup> En este sentido: Lara González, Rafael y Juan Miguel Echaide Izquierdo, *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados de Derecho de consumo*, Madrid, ESIC, 2006, pp. 366-367. Resulta interesante considerar que, inicialmente, se elaboró un texto que establecía la responsabilidad objetiva del prestador, por los daños causados por un defecto de su servicio; pero la presión ejercida por los sectores empresariales logró que, en la Propuesta final, se optara por un planteamiento de responsabilidad por culpa, aunque con inversión de la carga de la prueba. En definitiva, ante las críticas, la propuesta fue retirada. Además, la dificultad de establecer un régimen uniforme derivó en la adopción de reglas específicas para determinados sectores. Es el caso de la Directiva del Consejo 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Véase en este sentido: Parra Lucán, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 1.244.

<sup>372</sup> Trigo García, *Contrato de servicios...*, ob. cit., p. 209. En efecto, la Comisión atendió, por una parte, a la consideración de un régimen de responsabilidad por culpa y, por otro lado, a la necesidad de sugerir una definición lo más objetiva posible del concepto de culpa, refiriéndose de manera explícita a un criterio comúnmente utilizado para definir el defecto de seguridad. Ver: Bourgoigne et Maniet, *La proposition de Directive CEE sur la responsabilité du prestataire de services...*, ob. cit., p. 20.

prestador podrá liberarse de la presunción de culpa probando que ha tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño y que ha garantizado la legítima seguridad esperada por el usuario; en cambio, en el caso de las obligaciones de resultado no será suficiente que el prestador pruebe que ha tomado todas las medidas de seguridad y sólo podrá liberarse probando una causa extraña que no le sea imputable<sup>373</sup>.

A pesar de la omisión presente desde las legislaciones derogadas de 1995 y 2004, y comentando esta última Hernández estima que la misma consagra “*un sistema de responsabilidad extracontractual, en tanto su fundamento es la violación del derecho de la integralidad patrimonial de los consumidores y usuarios, reconocido en el artículo 6.6 de la Ley, –artículo 7,6 del Decreto Ley– y ya más específicamente la violación de las diversas prohibiciones que sanciona la LPCU*”. Además, el propio autor entiende que este régimen no excluye la posibilidad de reclamar los daños derivados de la responsabilidad civil contractual o aquellos provenientes de hechos ilícitos imputables al proveedor, por aplicación del artículo 1.185 del Código Civil venezolano, el cual “*siempre resulta supletoriamente aplicable en tanto norma común del sistema de responsabilidad civil extracontractual*”<sup>374</sup>.

Si bien compartimos la opinión del autor en cuanto a que el régimen de responsabilidad consagrado en la normativa especial es de aplicación preferente y que las normas del Código Civil tienen aplicación complementaria o supletoria<sup>375</sup>, no compartimos la calificación de tal régimen como extracontractual. Ya hemos sostenido en otras oportunidades que, ante las dificultades que genera la inclusión de la responsabilidad en materia de consumo dentro de las categorías contractual o extracontractual, los legisladores prefieren hacer abstracción de este debate, a favor de la protección de consumidores y usuarios<sup>376</sup>.

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>374</sup> Hernández, La responsabilidad civil..., ob. cit. p. 23. Similar opinión ha emitido Urdaneta Fontiveros, para quien el artículo 92 de la Ley comentada, consagra “*la responsabilidad civil extracontractual del proveedor por los daños causados al consumidor por la infracción de las prescripciones de la LPCU*”. Urdaneta Fontiveros, Enrique, Orientaciones modernas en el Derecho de daños, en: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, (Coord. I de Valera), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 605 ss., especialmente p. 622.

<sup>375</sup> Así lo entiende Acedo Sucre, al afirmar que todas las leyes especiales que contienen normas sobre responsabilidad civil, asumen, expresa o tácitamente, una remisión a las normas del Código Civil, en especial, al artículo 1.185, “*que es el derecho común en relación las leyes especiales*”. Acedo Sucre, *La función de la culpa...* ob. cit., p. 279.

<sup>376</sup> De hecho, en un trabajo anterior, el propio Hernández entiende que el régimen de responsabilidad en materia de consumo se aplica “*cuando se haya contrariado alguna disposición de la Ley... la LPCU no desplaza el régimen general de responsabilidad del proveedor regido por el Derecho privado. Por ende,*

Quizás la tendencia a la calificación de la responsabilidad como extracontractual obedezca al hecho de que siendo el proveedor el sujeto pasivo de la acción de indemnización consagrada por el Decreto Ley, y siendo éste generalmente un fabricante, importador o distribuidor, es común que no medie entre él y el destinatario final una relación contractual, pues entre ambos generalmente se interponen otros participantes de la cadena de producción. Además, la indemnización suele entenderse impuesta debido a los daños ocasionados por las violaciones a las garantías consagradas por el propio legislador<sup>377</sup>.

## a.2. ¿Responsabilidad civil subjetiva u objetiva?

No dejamos de reconocer, sin embargo, que si bien la abstracción sobre la naturaleza de la responsabilidad regulada por el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios esquivaba el problema de la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, con ello se pierde también una posible solución al problema de la determinación del fundamento objetivo o subjetivo de la responsabilidad. En efecto, la escueta redacción del artículo 77 del Decreto Ley, norma que –según hemos afirmado *supra*– contiene la regla general sobre la materia, no permite llegar a una conclusión al respecto.

Tampoco el ya citado artículo 7,6 *eiusdem* contribuye a dar una respuesta. Además, el panorama se complica un poco con la inclusión, como sujetos pasivos de la acción por responsabilidad civil, de los dependientes y auxiliares de los proveedores de bienes y servicios. Referimos esta inclusión como una complicación, pues en el régimen general del Código Civil, la responsabilidad por hecho propio está fundamentada en un sistema de culpa probada (Art. 1.185 CCV); mientras que se ha entendido que la responsabilidad de los

---

*únicamente cuando se contrarie alguna disposición de la nueva Ley, y ello ocasione un daño económico cierto a los consumidores y usuarios, será aplicable el régimen especial de responsabilidad civil ahí establecido*". Hernández, *Introducción a la nueva Ley...*, ob. cit., p. 69.

<sup>377</sup> Mélich Orsini afirma, sin embargo que "Dado que todavía no se ha legislado entre nosotros sobre la responsabilidad del fabricante, y salvo las escasas posibilidades prácticas que al respecto ofrece la legislación venezolana para exigir la responsabilidad contractual resultante de la garantía del vendedor o del arrendador contra los vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada y aun la responsabilidad extracontractual fundamentada en la responsabilidad por hecho propio (art. 1185 C.C.) o en la de la guarda de cosas (art. 1193 C.C.) por la vía de distinguir la guarda del funcionamiento y la guarda de la estructura, por cuanto a menudo el fabricante está muy distante en la cadena de comercialización de su producto, estas normas de la LPCU pueden abrir vías para acciones judiciales contra el fabricante basadas en una responsabilidad de origen puramente legal". Ver: Mélich Orsini, José, *Las particularidades del contrato con consumidores*, en: *RFCJPUCV*, 1999, N° 111, pp. 83 ss., especialmente p. 89.

dueños, principales y directores por el hecho de sus sirvientes y dependientes está basada en un sistema de culpa presunta (Art. 1.191 CCV<sup>378</sup>).

Otro problema que genera el mencionado artículo 77 es que el mismo regula tanto la responsabilidad del proveedor de bienes como la del proveedor de servicios, supuestos que, en nuestra opinión, no deben recibir un mismo tratamiento. Ello, a pesar que Lorenzetti afirma que una de las características del Derecho de consumo es, justamente, que no distingue entre medios y resultados, pues engloba bienes y servicios dentro de un mismo concepto prestacional<sup>379</sup>.

Sin embargo, en el ámbito europeo, el tratamiento diferenciado se hace patente. Así, la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos, de 1985, modificada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, establece una responsabilidad por el carácter defectuoso de los productos, independientemente de la culpa del productor (Art. 1); mientras que la Propuesta de Directiva en materia de responsabilidad civil por servicios, tal como hemos observado, se fundamenta en el sistema subjetivo de la culpa.

Por otra parte, la heterogeneidad propia del servicio viene a contribuir con esta problemática. Así, por ejemplo, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de España (1984), en sus artículos 25 a 28, consagra un sistema dual, estableciendo, en primer lugar, un régimen general de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba y, en segundo lugar, un régimen de responsabilidad objetiva para servicios que envuelvan garantías de eficacia y seguridad; es el caso de los servicios sanitarios, de gas, de electricidad y medios de transporte<sup>380</sup>.

<sup>378</sup> Mélich Orsini, José, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nos. 45-46, 2ª ed. actualizada de la jurisprudencia y legislación, 2001, pp. 287-288.

<sup>379</sup> Lorenzetti, *Contratos de obra y servicios...*, ob. cit., p. 114.

<sup>380</sup> Arnau Moya afirma, con relación a las normas de este instrumento normativo, que el régimen de responsabilidad contenido en los artículos 25 a 28 está pensado para la responsabilidad por productos, lo cual hace extremadamente complicada su aplicación a los servicios, cuyo régimen —en su opinión— resulta ser el siguiente: “a) El art. 26 establece un sistema de inversión de la carga de la prueba, de modo que el demandado ha de probar que observó la exigencia reglamentariamente establecida y la exigible por la naturaleza del servicio. Esta inversión de la carga de la prueba sin embargo no extiende a la causación del daño. b) La responsabilidad objetiva sólo se refiere a aquellos servicios que incluyan la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia y seguridad. Si bien en el elenco del art. 28 sólo se incluye los servicios sanitarios una interpretación extensiva hace que se comprendan todos aquellos servicios que comporten la entrega de alguno de los bienes mencionados en el art. 28.2º”. Ver: Arnau Moya, Federico, *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en el Derecho privado español*, en: *Estudios de Derecho, Estudios de Derecho Privado, Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, (Coord. A. Baumeister Toledo y C. Guardia de Bracho), Caracas, UCAB, 2004, T. I, pp. 107 ss., especialmente p. 132.

Una regulación diferenciada, pero que tiende a la objetivación de la responsabilidad, está presente en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil. En efecto, luego de diferenciar los supuestos de responsabilidad por el hecho de los productos o servicios y responsabilidad por el hecho de productos o servicios, este instrumento establece que, en el primer supuesto, que “*O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*” (Art. 12). Luego añade que, en materia de servicios “*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*” (Art. 14). Sin embargo, en materia de responsabilidad personal de profesionales liberales, el propio instrumento establece la necesidad de prueba de la culpa (Art. 14, § 4).

En Venezuela, el Decreto Ley, en su artículo 28, fundamenta la responsabilidad del prestador de servicios en una presunción de culpa, presunción entendida como relativa pues admite la prueba en contrario por parte del prestador. El Decreto Ley no establece una norma semejante, o contraria, en materia de productos. Mas a diferencia de la Ley de 2004, el Decreto Ley se refiere genéricamente a todos los servicios, mientras que aquella, en el artículo 28, refería expresamente su aplicación a los “*servicios públicos domiciliarios*”. Con lo cual, al tratarse de interrupciones o alteraciones en la prestación del servicio, esta norma tendrá una aplicación preferente con respecto al artículo 77 que constituye la norma general en el marco del Decreto Ley.

Consideremos, por otra parte, que no han faltado voces a favor de entender el régimen especial en materia de consumidores como fundamentado en el sistema de la culpa probada. En efecto, Urdaneta Fontiveros estima –refiriéndose en su texto a los productos– que “*el consumidor que experimente un daño por el producto defectuoso y que pretenda deducir la responsabilidad del proveedor tendrá que demostrar la actuación culposa de éste, con la dificultad que ello supone*”. El autor no admite siquiera, a partir del artículo 92 de la Ley derogada, equivalente al artículo 77 del Decreto Ley, una inversión de la carga de la prueba que imponga al proveedor la necesidad de acreditar su diligencia<sup>381</sup>.

<sup>381</sup> Urdaneta Fontiveros, Orientaciones modernas del Derecho de daños..., ob. cit., p. 624. Tal razonamiento podría haber encontrado apoyo en la expresión utilizada por el legislador en el artículo 1 de la Ley de

Tampoco establece nuestra normativa, de manera general, las posibilidades que tiene el proveedor para exonerarse de responsabilidad, lo cual, sin duda, constituiría un valioso índice para determinar su naturaleza. Sin embargo, a partir de algunas de sus normas podríamos intentar una respuesta. En efecto, hay algunas disposiciones que nos hacen pensar, sino en un régimen de responsabilidad por riesgo, sí en uno de culpa presunta. Comencemos con el propio artículo 77, norma que establece la responsabilidad civil por hecho propio del proveedor o por el hecho de sus dependientes o auxiliares, sin referir defectos o vicios en el bien o servicio imputables a éste. Por su parte, cuando el artículo 79 del Decreto Ley consagra el “*la reparación gratuita del o los defectos que presente el bien, dentro de los siete (7) días siguientes al reclamo, y cuando ello no sea posible procederá la reposición del bien o la devolución de la cantidad pagada al valor actual*”, sólo hace referencia a “*daños y perjuicios causados*” por el proveedor.

Pero más interesante aún resulta la disposición del artículo 78. De acuerdo con esta norma “*En materia de protección de las personas en el derecho al acceso a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, serán solidariamente responsables los fabricantes, ensambladores, productores e importadores, comerciantes distribuidores, expendedores y todas aquellas personas que hayan participado en la cadena de distribución, producción y consumo del bien o servicio afectado, a menos que se compruebe la responsabilidad concreta de uno o algunos de ellos*” (resaltado nuestro). Observemos como, por una parte, la norma refiere como única posibilidad para exonerarse de responsabilidad la prueba del hecho culposo de un tercero –dentro de la misma cadena de distribución y comercialización– es decir, una causa extraña no imputable; y, por otra parte, no se hace referencia a la posibilidad de probar la propia diligencia, es decir, la ausencia de culpa. Esto sugiere cierta objetivación de la responsabilidad.

Añadamos a los planteamientos antes expuestos, el hecho de que el artículo 73,3 del propio Decreto Ley sanciona con nulidad aquellas cláusulas que “*inviertan la carga de la prueba en perjuicio a las personas*”, lo cual nos hace pensar que, en principio, es el proveedor quien debe probar la causa de exoneración y no el consumidor la culpa del proveedor. Con lo cual podemos

---

Protección al Consumidor y al Usuario. En efecto, en la norma citada, el legislador reconocía como parte del objeto de este instrumento normativo, el establecimiento de los procedimientos necesarios para el resarcimiento de los “*daños sufridos por causa de los proveedores de bienes y servicios*” (resaltado nuestro). Expresión que además de referir el necesario vínculo causal, parecía conectar directamente el daño a la conducta culposa del proveedor de bienes o servicios. Tal mención ha desaparecido del artículo 1 del Decreto Ley.

ubicarnos en un sistema de culpa presunta. Mas, evidentemente, la frecuente presencia de relaciones contractuales en materia de consumo tiene sus consecuencias. Veamos.

b. Breve referencia al contrato de adhesión en el Derecho de consumo y la autonomía de la voluntad limitada

Hoy día, a pesar del reconocimiento de la voluntad como un dogma en materia contractual, su relatividad se ha manifestado a través de ciertos límites y limitaciones, derivados los primeros de la intrínseca significación de los actos que de ella emanan y, las limitaciones, provenientes de circunstancias externas de carácter político, económico o social<sup>382</sup>. Los límites encuentran su principal fuente en la Ley. El propio legislador, por consideraciones derivadas de la naturaleza de la propia relación, las cuales responden a exigencias éticas que reflejan principios de justicia o por simple conveniencia, interviene en las relaciones contractuales para establecer ciertas restricciones<sup>383</sup>.

El otro factor limitante de la autonomía de la voluntad es el orden público. Así el artículo 6 de nuestro Código Civil dispone que “*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia está interesado el orden público o las buenas costumbres*”, dando así un tinte negativo a la institución. Esta función negativa ha de entenderse, en el contexto de nuestro Código, como dirigida a impedir toda clase de actos y negocios jurídicos que pudieran implicar renunciaciones, derogaciones o relajamientos de ciertas Leyes o principios considerados como la base de nuestra organización política, social, económica o moral, calificados por algunos autores, como la “*postulación individualista de un Estado-policía*”<sup>384</sup>.

Sin embargo, en la actualidad el orden público parece haberse convertido, más que en un límite, en una limitación a la autonomía de la voluntad. Con tal expresión queremos referirnos a la nueva función que esta institución está llamada a desempeñar, en el marco de una política social que ha desechado el individualismo para avocarse a la protección de los llamados “*débiles jurídicos*”<sup>385</sup>;

<sup>382</sup> Distinción tomada en Lalaguna Domínguez, Enrique, *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., 1993, p. 48.

<sup>383</sup> Por ejemplo, la limitación al depositario de usar la cosa dada en depósito sin autorización del depositante, pues con ello cambiaría la naturaleza del contrato (Art. 1.759 CCV); la prohibición de asignar a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios o de eximirlo de todos los perjuicios (Art. 1.164 CCV); o la prohibición de la subenfitéusis (Art. 1.573 CCV).

<sup>384</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p.22.

<sup>385</sup> Así lo hemos referido en: Madrid Martínez, Claudia, Orden público: del artículo 6 a nuestros días, en: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código*

categoría especialmente dirigida a designar a los trabajadores, los inquilinos y los consumidores y usuarios, entre otros<sup>386</sup>. Esta protección se ha extendido de tal forma, que vuelve a cobrar vigencia aquella expresión del maestro Josserand según la cual asistimos a una “*inflación del orden público*”.

Hemos insistido en que esta nueva concepción no constituye un límite, sino más bien una limitación, pues la intervención estatal no parece obedecer a los elementos intrínsecos del contrato, sino a causas exógenas a él que dependen de la experiencia histórica. De esta manera, se afirma la tendencia a establecer una ecuación, no siempre exacta, entre la idea de limitación a la libertad contractual y la corrección del desequilibrio que, como una injusta desigualdad entre las partes contratantes, provoca el reconocimiento de una libertad contractual sin límites<sup>387</sup>.

Sin embargo, son tales las limitaciones que puede afirmarse que el contenido del contrato resulta fijado imperativamente por disposiciones que no apuntan al establecimiento de relaciones contractuales equilibradas, sino más bien a la satisfacción de fines económicos o sociales evidentes, tales como la organización del mercado de trabajo, la estabilización o el mejoramiento de las crisis de arrendamientos, etc. En estas circunstancias, el campo contractual parece reducirse dando lugar a un estatuto legal en donde la única libertad de las partes consiste en no contratar<sup>388</sup>.

El predominio del Estado sobre la vida privada es tan importante en nuestros días, que ello ha provocado un elemento expansivo hacia cualquier elemento referente a la organización jurídica que interese directamente a la sociedad estatal, cubriendo de esta manera todas las áreas que, aun no siendo de su competencia directa, representan algún interés vital para él.

Algunos autores atribuyen esta situación a la noción de “*socialización*”, fenómeno definido como causa y efecto de la creciente intervención de los poderes públicos en sectores privados y, a la vez, como fruto y expresión de una tendencia natural del hombre a asociarse, para la consecución de objetivos que superan la capacidad y los medios de que pueden disponer los individuos aisladamente<sup>389</sup>. Esta socialización se refleja, básicamente, en tres aspectos. El

---

*Civil français de 1804*, Caracas, ACPS, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005, pp. 371 ss., especialmente pp. 389-390.

<sup>386</sup> Así lo reconoce Albaladejo, Manuel, *Compendio de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 10ª ed., 1997, p. 196.

<sup>387</sup> Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho civil...*, ob. cit., p. 52.

<sup>388</sup> Toubiana, Annie, *Le domaine de la loi du contrat en Droit international privé (Contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 126-128.

<sup>389</sup> Legaz y Lacambra, L., *Socialización*, Madrid, Civitas, 1964, pp. 10-11.

primero referido a la creciente contratación colectiva en detrimento de la contratación individual; el segundo, consecuencia de éste, es la aceleración de los ciclos económicos de producción y, con ello, de bienes y servicios; y, finalmente, la aparición de cláusulas generales de contratación que vienen a determinar el contenido de la relación contractual<sup>390</sup>. Se hace entonces referencia a contratos dirigidos, obligatorios, normativos, de adhesión, etc.

Aunque existen ciertas diferencias entre estas modalidades, en general, todas comparten el hecho de no ser paritarios, pues ellos excluyen toda posibilidad de negociación, sea que las cláusulas estén previamente determinadas por uno de los contratantes, sea que lo estén por obra del Estado, lo cual en sí mismo no es malo<sup>391</sup>. Ya lo reconoció Jossierand, la Ley no exige que en el proceso de formación del contrato se desarrolle toda una discusión previa a su perfeccionamiento. Además, añade Messineo refiriéndose al contrato de adhesión, no se trata de un fenómeno de patología económica, se trata más bien de una consecuencia de la técnica organizativa, que tiende a hacer constantes ciertas cláusulas como resultado de experiencias anteriores o de exigencias del buen funcionamiento de una organización. Este tipo particular de contrato busca eliminar las dificultades que presentan las negociaciones con los clientes y contribuye, desde el punto de vista económico, a acelerar la conclusión de los contratos y a facilitar y garantizar el intercambio de bienes y servicios que necesita una sociedad desarrollada<sup>392</sup>.

Quizá, la “*mala fama*” de estos tipos de contrato derive del hecho de haberse convertido en instrumentos fundamentales para un esquema estatal intervencionista. Para proteger ciertos intereses, el Estado dirige el contenido contractual y, en ocasiones, lo hace obligatorio. Piénsese, por ejemplo, en las pólizas de seguros o los contratos bancarios, cuyo contenido es previamente fijado por los órganos competentes del Estado.

Podría afirmarse que, en la actualidad, el contrato ha perdido la función que tradicionalmente se le había otorgado, de ser el instrumento a través del cual los particulares expresan su fuerza contractual a la contraparte que se encuentra en

<sup>390</sup> Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho civil...*, ob. cit., pp. 54-55.

<sup>391</sup> La presencia de normas imperativas no desnaturaliza el contrato. Para ser contrato basta con el acuerdo haya sido concluido con intención de hacer nacer obligaciones esenciales, aunque su regulación escape a la libre iniciativa de las partes. El contrato es el resultado de una interacción entre la voluntad privada, presuntamente egoísta, y la Ley, que cuida de los intereses comunes. El poder de pactar es usado egoístamente por las partes, la Ley limita la satisfacción de intereses privados de modo que se respete y favorezca el bien común. En tal sentido: Lacruz Berdejo, José Luis, *Manual de Derecho civil*, Barcelona, Librería Bosch, 2ª ed., 1984, pp. 613 ss.

<sup>392</sup> Messineo, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 49.

relación de recíproca competencia. Ahora la regulación de la relación no nace dentro del contrato, sino que viene predispuesta desde el exterior. El contrato moderno –se afirma– carece de la libertad e igualdad que alguna vez lo caracterizó. El contrato se ha convertido en un momento del proceso productivo, en el cual se realiza la transformación del producto o servicio en términos monetarios, el resultado de reacciones psicológicas en el cual la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo, y éste, en muchos casos, es fruto de la propaganda<sup>393</sup>.

Este planteamiento se hace particularmente patente en materia de prestación de servicios. Para proteger al débil jurídico –sostiene Mélich Orsini– bastará acudir a la Ley; a la multiplicación de normas de carácter imperativo que, reglamentando los intentos de planificación del sector privado mediante una normativa jerárquicamente superior de origen público, remedie los efectos más indeseables de la imposición de formularios contractuales por parte del empresariado<sup>394</sup>. De tal manera, se ha desarrollado una tupida red de normas de orden público en materia de contratación laboral, de inquilinato, de venta de productos de primera necesidad (alimentos, bebidas, medicinas, etc.), seguros, utilización de los servicios de las instituciones financieras, transporte colectivo, etc.<sup>395</sup>. El propio Decreto Ley establece, en su artículo 2, que sus disposiciones “*son de orden público e irrenunciables por las partes*”.

Justamente, el Decreto Ley ha dotado al sistema de un mecanismo de protección de los intereses de consumidores y usuarios como débiles jurídicos, un mecanismo que busca garantizar el equilibrio contractual: el contrato de adhesión. En efecto, de conformidad con el artículo 69 se entenderá como “*como contrato de adhesión, a los efectos de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar*”.

<sup>393</sup> Scannicchio citado por Lacruz Berdejo, *Manual de Derecho civil...*, ob. cit., p. 610.

<sup>394</sup> Múltiples han sido los casos enumerados por la doctrina para ejemplificar las normas imperativas que se hacen presentes en materia de prestación de servicios. Suelen citarse los siguientes ejemplos: el deber de informar al consumidor acerca del tamaño, peso, contenido, ingredientes, etc. del producto o servicio ofrecido; estipulaciones sobre el idioma, uso del sistema métrico decimal y otros caracteres formales de tales informaciones; sobre el precio de los bienes o servicios; sobre las garantías accesorias; sobre si los bienes proveídos son nuevos o usados; sobre la moneda en que cabe exigir el pago; sobre los intereses a cobrar por los saldos de precio; sobre la obligación de otorgar recibos y la forma en que estos deben ser redactados; etc.

<sup>395</sup> Mélich Orsini, *Las particularidades del contrato con consumidores...*, ob. cit., p. 90.

Sin embargo, la propia norma advierte que en los casos en que el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezca las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente, podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte del proveedor.

El profesor Mélich Orsini, comentando la disposición equivalente de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (Art. 81), afirmó que la definición en él contenida permite extraer los elementos objetivos y subjetivos del contrato de adhesión<sup>396</sup>. Dentro de los elementos objetivos destaca, en primer lugar, el *carácter contractual de la relación*, lo cual supone un conjunto de cláusulas integradas en un formulario que individualiza el contrato –contrato tipo–; o que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran y se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia –condiciones generales de contratación. En estos casos, la integración de las cláusulas al contrato no se produce a través de normas imperativas o dispositivas de carácter legal, ni por el juego de usos normativos o interpretativos, sino por la incorporación voluntaria de las partes.

En segundo lugar, como elemento objetivo del contrato de adhesión, el autor refiere la *predeterminación de las cláusulas* que lo conforman, es decir, ellas anteceden al momento en que se produce la formación del consentimiento. Tal predeterminación adopta con frecuencia el aspecto de una declaración unilateral del contenido contractual, emanado de la parte que ostenta la ventaja económica o jurídica frente a su cocontratante; pero no se requiere, como han pretendido algunos, que ella ejerza un monopolio sobre el bien o servicio que es objeto del contrato. La expresión “*establecidas unilateralmente por el proveedor*”, no debe interpretarse en el sentido de que la predeterminación del contenido contractual tenga que ser obra personal suya, pues bien podría serlo de una tercera persona o de una institución o que, tal como lo refiere la propia disposición, haya sido objeto de “*aprobación*” por parte de una autoridad administrativa.

El tercer elemento que caracteriza al contrato de adhesión –en opinión del profesor Mélich Orsini– es la *negación de toda oportunidad de negociación por parte del cocontratante que acepta las cláusulas predispuestas*. Recuérdese que la norma analizada se refiere expresamente a la imposibilidad de que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar. Su situación deriva, con frecuencia, de su debilidad económica o jurídica frente a quien impone la cláusula, entre otras causas,

---

<sup>396</sup> Referencia tomada en Mélich-Orsini, *Las particularidades del contrato con consumidores...*, ob. cit., pp. 92-98.

porque el predisponente ha sido auxiliado en su previsión por su experiencia en la materia; mientras que, para el adherente se tratará normalmente de una operación aislada.

La inferioridad del adherente, independientemente del desequilibrio de las fuerzas económicas, puede resultar también de la iniciativa de la redacción del contrato por parte de quien se lo somete, como condicionante del suministro del bien o del servicio requerido por su cocontratante. Igualmente, debe tenerse en consideración que el aparte único del artículo 81 de la Ley derogada aclaraba que la inserción en un determinado contrato de otras cláusulas que efectivamente hubieren sido negociadas, no excluía la posibilidad de hallarnos ante un contrato de adhesión. Tal posibilidad ha desaparecido en el marco del vigente Decreto Ley.

Finalmente, en relación con los elementos subjetivos, el profesor venezolano sostiene que el contrato de adhesión es celebrado entre un proveedor y un consumidor o usuario. De lo cual se concluye que nuestras normas en materia de consumo no regulan los contratos de adhesión en protección general de los adherentes, sino que sólo establece normas aplicables a los contratos de adhesión que medien entre proveedores y consumidores o usuarios. Considérese igualmente que las mismas no sólo deberán recibir aplicación en el caso de contratos-tipos o de condiciones generales de contratación, en sentido estricto, sino en el supuesto de cualquier tipo de cláusula contractual de carácter particular, dispuesta para una pluralidad de casos o para un concreto contrato individual.

El establecimiento de esta protección a consumidores y usuarios llevó a nuestro legislador a imponer al predisponente la obligación de redactar los contratos de adhesión en idioma oficial, de manera clara, específica y en formato que permita su fácil lectura, sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del mismo (Art. 70). Sirvanos esta norma para advertir que nuestra normativa en materia de consumo presta especial atención a la fase precontractual, tratando de garantizar, desde antes del perfeccionamiento del contrato de consumo, el equilibrio entre las partes. A la fase precontractual volveremos *infra*.

### c. La jurisprudencia venezolana y el caso del servicio eléctrico

De lo que hasta ahora hemos afirmado, podemos destacar un dato bien importante que conviene tener presente: entre el prestador de servicios y su destinatario suele establecerse, con frecuencia, una relación contractual y, por ello, el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios

dedica parte de su normativa a la regulación de los contratos de adhesión. Sin embargo, la práctica de nuestros tribunales indica una fuerte inclinación hacia la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. De esta manera, basándose en el artículo 1.193 de nuestro Código Civil, referido a la responsabilidad derivada del hecho de las cosas, nuestro supremo tribunal ha considerado como extracontractual el deber de indemnizar derivado de los daños producidos por el servicio eléctrico<sup>397</sup>. Hagamos algunas precisiones.

En el ámbito europeo, la Directiva sobre productos defectuosos de 1985, incluyó a la electricidad dentro de su ámbito de aplicación considerándola como un producto. Así, en el último inciso del artículo 2 estableció que “*por ‘producto’ se entiende también la electricidad*”<sup>398</sup>. La razón de tal inclusión obedece, según estima Markovits, a la consideración de la electricidad, en algunos sistemas europeos, más que como un bien, como una energía<sup>399</sup>. Mas, apunta, no se trata de bienes que funcionen con energía eléctrica, sino de la propia electricidad<sup>400</sup>.

En el Derecho venezolano parece imperar la opinión de considerar a la electricidad como un bien, en tanto ella puede ser objeto del señorío o poder que caracteriza a los derechos reales<sup>401</sup>; sin embargo, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico<sup>402</sup>, al referir, en el artículo 40, los derechos de los usuarios del servicio eléctrico, establece en el literal 5 el derecho a “*obtener, por parte de la empresa encargada del suministro de electricidad, una compensación*

<sup>397</sup> CSJ/SPA, Sent. 07/03/1989, en: JPT/CSJ, marzo 1989, pp. 34 ss.; CSJ/SPA, Sent. 03/08/1995, en: JPT/CSJ, agosto/septiembre 1995, pp. 143 ss.; CSJ/SPA, Sent. 18/02/1999, en: JPT/CSJ, febrero 1999, pp. 237 ss.

<sup>398</sup> La Ley española de 1994, basada en la Directiva europea, establece, en el artículo 2,2, que “*se consideran productos el gas y la electricidad*”. Santos Briz entiende que no es admisible “*aludir a que la Ley considera productos cosas incorpóreas como el gas y la electricidad, ya que tal norma ha de considerarse excepcional, y ha de entenderse que el legislador al incluir como productos esas energías, ha querido excluir las demás cosas incorpóreas (por ej., los créditos)*”. Ver: Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, Edit. Montecorvo, 2001, p. 427.

<sup>399</sup> Por tal razón, Calvão da Silva entiende que dentro de la categoría “*cosa material*” se incluye cualquier forma de energía que sea aprehensible o perceptible por los sentidos y, además de la electricidad, el autor incluye el gas propano, butano, natural, el vapor, etc. Ver: Calvão da Silva, João, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 608-609.

<sup>400</sup> Markovits, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985...*, ob. cit., pp. 163-164.

<sup>401</sup> Aguilar Gorrondona considera, a partir de la opinión de Ferrara y de la jurisprudencia, que la electricidad, como las demás fuerzas de la naturaleza, puede ser incluso objeto de hurto y de venta. Ver: Aguilar Gorrondona, *Cosas, bienes y derechos reales...*, ob. cit., pp. 19-21. Kummerow, por su parte, se contenta con calificar a la electricidad como un bien corporal, junto al gas, la energía térmica y las energías fonética y óptica. Ver: Kummerow, Gert, *Compendio de bienes y derechos reales*, Caracas, Paredes Editores, 3ª ed., 1992, p. 36.

<sup>402</sup> G.O. Ext. 5.568, 31/12/2001. Sobre esta Ley ver: Badell Madrid, Rafael, David Quiroz Rendón y José Ignacio Hernández, *Régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela*, Caracas, 2002.

*adecuada cuando la **calidad del servicio** no cumpla con las normas de calidad del servicio eléctrico que dicte la Comisión Nacional de Energía Eléctrica”* (resaltado nuestro), con lo que sugiere la preponderancia del servicio.

En tal sentido, resulta interesante la argumentación del Tribunal Supremo según la cual, la responsabilidad generada en caso de daños producidos en el curso de la prestación del servicio eléctrico, es de carácter objetivo, derivada del riesgo que asume la administración –recuérdese que, en Venezuela, el servicio eléctrico es prestado, bien directamente por el Estado, bien a través concesiones otorgadas por el Estado a particulares– de manera que, la responsabilidad derivada de estas situaciones de riesgo es necesariamente asumida por el agente a cuyo cargo se encuentra la prestación del servicio<sup>403</sup>. No se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva, pues el agente debe responder con absoluta independencia de la conducta culposa que se pueda haber verificado. Así, únicamente operaría la exoneración de responsabilidad en caso de probarse la existencia de una causa extraña no imputable<sup>404</sup>.

Quizá sea esta interpretación –responsabilidad objetiva por riesgo creado– la mejor manera de conciliar la “*cosificación*” de la electricidad y la evidente preponderancia de la prestación de hacer. Sin embargo, De Ángel Yáguez<sup>405</sup> sostiene que “*aunque se produjese un daño ‘por efecto de la electricidad’, pero siendo su causa una deficiencia en las instalaciones del suministro, aunque esa deficiencia fuese imputable al propio productor o distribuidor de la energía, existe un ingrediente de prestación de hacer tan importante que prevalece sobre el ‘producto’; de suerte que no parece justificada la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva*”. El autor estima que no existe, en el caso de la electricidad, una “*puesta en circulación*”, es decir, el suministro de electricidad es “*el paso de la energía a través del contador, no cualquier otra vicisitud que ulteriormente pueda suceder como consecuencia del uso de la energía eléctrica*”.

Si partimos de la expresión del artículo 40,5 de la Ley del Servicio Eléctrico, podemos fácilmente concluir que lo que el usuario legítimamente espera y a lo que el suministrador se compromete –“*la calidad del servicio*”– no es la aportación de la electricidad como bien, sino la prestación de un servicio, en la que, desde luego, las obligaciones de hacer, superan a las obligaciones de dar.

<sup>403</sup> La mayor parte de los daños causados por la energía eléctrica, es expresión del peligro que lleva consigo la electricidad, pero como consecuencia de sus conducciones, enlaces y utilización para hacer funcionar determinados objetos. Ver, en este sentido: De Ángel Yáguez, La responsabilidad civil de los suministradores..., ob. cit., p. 34.

<sup>404</sup> CSJ/SPA, Sent. 26/11/1999, en: JRG, T. CLIX, pp. 624 ss.

<sup>405</sup> De Ángel Yáguez, La responsabilidad civil de los suministradores..., ob. cit., p. 34.

Ahora bien, no se olvide que la política que subyace bajo el decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios es la protección de la categoría de débiles jurídicos representada por los consumidores y usuarios; por tal razón su normativa se dedica, en gran medida, a establecer las bases para garantizar un contenido mínimo en los contratos.

Así, tras establecer que las cláusulas contractuales podrán ser “*aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar*” (Art. 69), priva de efecto a aquellas que exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio; inviertan la carga de la prueba en perjuicio a las personas; impongan la utilización obligatoria del arbitraje<sup>406</sup>; permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato; autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato; establezcan condiciones injustas de contratación o gravosas para las personas, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe; establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o al domicilio de las personas; fijen el precio en cualquier moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social<sup>407</sup>; así como cualquier otra cláusula que contravengan las disposiciones del presente Decreto Ley (Art. 73).

No debemos dejar de notar que el artículo 21 de la Ley de 1995 sancionaba con nulidad, las cláusulas que hicieran responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor, menciones estas que, de cierta manera, parecían hacer referencia al carácter subjetivo de la responsabilidad generada en el ámbito de los contratos de prestación de servicios<sup>408</sup>.

<sup>406</sup> A las limitaciones en materia de arbitraje volveremos en el Capítulo Segundo de este Trabajo.

<sup>407</sup> En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato y, desde luego, considerando el control de cambio actualmente vigente en Venezuela desde 2003.

<sup>408</sup> Llama la atención las interrogantes que hiciera el profesor Mélich Orsini a la norma citada, disposición que ha desaparecido de la Ley vigente. Con respecto a ella, el profesor venezolano se preguntaba “¿Qué se entiende excluir con esta redacción? ¿Se trata de impedir la transmisión de la responsabilidad del proveedor al consumidor?, p. ej. **imponiendo a éste la carga de la prueba**, supuesto este último que es el contemplado en la ley española y en el Código de Defensa del Consumidor; o ¿debe entenderse que

También se hacía referencia a las estipulaciones que privasen al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afectasen la utilidad o finalidad esencial del servicio, con lo cual se excluía la posibilidad de negociar cláusulas exoneratorias de responsabilidad, remarcando, en cierta forma, el carácter contractual de la responsabilidad.

La doctrina afirmó, con relación a la norma derogada, que su referencia a la “*utilidad o finalidad esencial del producto o servicio*”, hacía pensar en un “*mínimo contractual*” al que habrían de obligarse las partes. De manera que, cuando un cliente tiene fe en el producto o el servicio de un fabricante o de un profesional, queda excluido que estos puedan argumentar haber actuado de buena fe cuando suministran un producto o un servicio deficiente. Tal conclusión es una simple derivación del principio general que impone que los contratos sean ejecutados de buena fe (Art. 1.160 CCV)<sup>409</sup>. Estas menciones desaparecieron desde la Ley de 2004, mas ello no implica que no pueda hablarse de un mínimo contractual.

#### d. Un mínimo contractual: las prestaciones propias de cada servicio

El Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios impone al proveedor, entre otras, la obligación de ofrecer a consumidores y usuarios las “*garantías suficientes por escrito, contra los desperfectos y mal funcionamiento, vicios ocultos o cualquier otro riesgo de acuerdo a la naturaleza del ...servicio*” (Art. 81). Con tal disposición se reafirma, además, la existencia de algo propio o connatural a cada servicio que no se deriva de la actuación de las partes, ni del propio pacto, ni de la Ley, sino de su intrínseca naturaleza<sup>410</sup>.

Para determinar tal naturaleza, el intérprete ha de colocarse en el lugar del usuario y responder la interrogante sobre lo que puede esperar de ese servicio

---

*se ha querido prohibir toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad del proveedor? La ley mexicana incluye varios casos que podríamos considerar relacionados con nuestro supuesto, así: a) la atribución al predisponente de la facultad exclusiva de determinar el cumplimiento contractual; b) la prohibición o limitación del ejercicio de acciones por el incumplimiento total o parcial o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales del predisponente. c) la limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba; d) la limitación de las obligaciones del predisponente, etc.” (resaltado nuestro). En: Mélich Orsini, Las particularidades del contrato con consumidores..., ob.cit., pp. 100-101.*

<sup>409</sup> Mélich Orsini, Las particularidades del contrato con consumidores..., ob.cit., p. 101.

<sup>410</sup> Cavanillas Mujica, Santiago, Las prestaciones propias de cada producto o servicio (Art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), en: *Aranzadi Civil*, enero 1993, N° 2, pp. 6 ss., especialmente p. 8.

aun cuando ello no figure expresamente en el contrato, la publicidad o las instrucciones. Los parámetros para tal determinación son reconocidos por la doctrina en la *Lex artis*, entendiéndose que toda prestación debe cumplir con las pautas de una buena práctica profesional. También deben considerarse las regulaciones establecidas por la normativa especial que regule el servicio en cuestión. El consumidor tiene derecho a que los servicios contratados le ofrezcan una prestación normal; entendiéndose la normalidad, más que como calidad media, como una condición usual, regular, habitual<sup>411</sup>.

En efecto, las prestaciones propias de cada servicio —se ha afirmado— generan en los usuarios la expectativa legítima de que cada servicio proporcionará las prestaciones que le son propias, aun cuando en la publicidad no se hayan mencionado expresamente; y esta expectativa sólo dejará de producirse si el empresario anunciante hace constar en la publicidad determinados elementos que faltan o son inferiores a lo que se considera normal o propio de un producto o servicio<sup>412</sup>. En todo caso, es el principio de buena fe, en su función integradora, el que completa el cuadro de prestaciones expresamente pactadas en el contrato, imponiendo deberes accesorios, como la obligación de seguridad y la legítima expectativa del usuario de que el servicio reúna todas las características propias de su naturaleza<sup>413</sup>. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 1.161 de nuestro Código Civil, los contratos “*obligan no solamente lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley*”.

En materia de garantías, resulta curioso el sistema introducido por el *Uniform Commercial Code* en Estados Unidos. Este instrumento establece dos categorías de garantías implícitas (*implied warranties*), cuya función es procurar que los contratos se lleven a cabo de forma razonablemente cuidadosa (*reasonable care and skill*). Mencionaremos, en primer término la *implied warranty of merchantability*, de acuerdo con la cual ha de asegurarse un nivel mínimo de seguridad al servicio; y, en segundo lugar, la *implied warranty of fitness for a particular purpose* que asegura que el cumplimiento contractual se adecue al fin para el cual fue concebido.

<sup>411</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto, Las obligaciones emergentes del contrato y la tutela del consumidor: las prestaciones propias de cada producto o servicio, en: *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2001, pp. 479 ss., especialmente pp. 483-484.

<sup>412</sup> Gómez Calero, Juan, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 1994, pp. 26-27.

<sup>413</sup> Vázquez Ferreyra, Las obligaciones propias..., ob.cit., p. 487.

### 3. *Daños resarcibles*

En relación con los daños resarcibles, suelen establecerse ciertas limitaciones. Así, el artículo 4 de la Propuesta de Directiva europea, al delimitar los servicios incluidos en su ámbito de aplicación, se refiere a los servicios que produzcan daños corporales o materiales, en bienes de consumo, lo cual nos ofrece el primer límite de los daños resarcibles. De acuerdo con la Propuesta, el prestador responderá, no por la falta de calidad y utilidad de los servicios, sino por los daños producidos como consecuencia de su prestación, expresión que nos acerca a la noción de daños directos. Struyen incluye la posibilidad de resarcir el daño moral que se derive en estos casos, basándose en que la Propuesta no los excluye, como lo hace con los daños puramente económicos; sin embargo, por la frecuencia de las muertes y lesiones corporales derivadas de la prestación de servicios, el comentario oficial a la Propuesta los excluye expresamente<sup>414</sup>.

En el caso del sistema brasileño, el ordinal VI del artículo 6 consagra como un derecho básico del consumidor, la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos.

En el ámbito del Derecho venezolano, la determinación de los daños resarcibles, no escapa a la problemática derivada de la parca redacción de la normativa vigente. Cuando el artículo 7,6 del Decreto Ley se refiere al “*daño sufrido*” y las constantes referencias a “*responsables*” (Art. 77) a “*responsabilidad*” (Art. 78) o a “*daños y perjuicios causados*” (Art. 79), parece no limitar los daños que serían objeto de la indemnización, con lo cual se incluirían todos los daños materiales, sea en su forma de daño emergente o lucro cesante, que sean consecuencia directa e inmediata de la prestación del servicio. Se entendería consagrado, en definitiva, el principio de reparación integral del daño.

Sólo se plantearían tres dudas específicas derivadas las dos primeras de la autonomía del régimen de responsabilidad civil consagrado por el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios. Nos referimos a los daños previstos y previsibles, al daño moral y, finalmente, a los daños punitivos.

En relación con los daños imprevistos o imprevisibles, hemos de tener en cuenta que su reparación depende de que nos encontremos ante una relación contractual o extracontractual, siendo sólo resarcibles en este último caso o, en el primero sólo si hubiere dolo. Consideremos, igualmente, que esta afirmación

---

<sup>414</sup> Referencias tomadas de Palao Moreno, *El régimen jurídico de la responsabilidad...*, ob. cit., p. 128.

ha sido cuestionada por parte de la doctrina que, tal como veremos *infra*, se muestra favorable a la aplicación de la regla de la no resarcibilidad de los daños imprevistos o imprevisibles en materia contractual, en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual.

En el caso del daño moral, debido a que en nuestra opinión éste es indemnizable incluso en el terreno contractual, y considerando que en materia de consumo rige el principio de integridad de la indemnización, no vemos problema en admitir su reparación en el terreno de los servicios a consumidores. Consideramos que, ante el silencio de la norma especial al respecto, se aplicaría el Derecho común, representado en este caso por el artículo 1.196 del Código Civil.

Lo que no sería posible, en nuestra opinión, es la reparabilidad, en el marco de nuestro Derecho de consumo, de los llamados daños punitivos o *punitive damages*. Así, reafirmamos nuestra opinión según la cual la institución de la responsabilidad civil está dirigida fundamentalmente a conseguir que el daño sea reparado a la víctima y no el castigo para el causante del mismo<sup>415</sup>. En todo caso, a este tema volveremos al abordar estos daños desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

Finalmente, no debemos dejar de mencionar que, en materia de consumo, existe una respuesta especial que, aunque diseñada para los casos de productos, involucra a los servicios postventa. En efecto, en el caso de los productos además de la indemnización de los daños sufridos, en los términos expuestos *supra*, los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del bien en un plazo de siete días y, cuando ello no sea posible, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada, en los supuestos establecidos en el artículo 79 del Decreto Ley.

Así, esta solución procede cuando los productos sujetos a normas de calidad de cumplimiento obligatorio, no cumplan las especificaciones correspondientes; cuando los materiales, elementos, sustancias o ingredientes que constituyen o integran los productos, no correspondan a las especificaciones que ostentan; cuando el producto se hubiera adquirido con determinada garantía y dentro del lapso de ella, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la calidad garantizada, siempre que se hubiera destinado a un uso o consumo normal de acuerdo con las circunstancias y a su naturaleza; cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, según el caso, no sea apto para el uso al cual está destinado;

---

<sup>415</sup> Maduro Luyando, Eloy y Emilio Pittier Sucre, *Curso de obligaciones Derecho civil III*, Caracas, UCAB, Manuales de Derecho, 11ª ed., 1999, T. I, pp. 134-135.

cuando el proveedor y la persona hubieren convenido que los productos objeto del contrato debieran reunir determinadas especificaciones que no se cumplen; cuando, considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto sea inferior al que debiera ser o la cantidad sea menor a la indicada en el envase o empaque; cuando el instrumento empleado en la medición del contenido, cantidad, volumen u otra enunciación semejante, haya sido utilizado en perjuicio del consumidor o fuera de los límites de tolerancia permitidos en este tipo de mediciones; y cuando la reparación efectuada con anterioridad no fuere satisfactoria.

La propia norma establece que *“en caso de negativa por parte de los proveedores de bienes y servicios al reclamo, la autoridad competente, podrá ordenar su cumplimiento y aplicar la sanción administrativa correspondiente, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan ejercer las personas afectadas”*.

Ahora bien, si tal reparación no diere los frutos esperados, de manera que el *“objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado e imputables a la prestadora o prestador del mismo”*, el consumidor tendrá derecho a que se le repare el bien en un plazo que no deberá exceder de quince días y sin costo adicional, sin perjuicio de la indemnización por daños a que hubiere lugar. Al plazo de garantía original se le adicionarán los días que haya durado la reparación o las reparaciones, efectuadas dentro de la mencionada garantía (Art. 83).

Mas si con ocasión de tal desperfecto, el bien sufriere tal menoscabo o deterioro que viera disminuido su valor o lo tornare total o parcialmente inapropiado para el uso normal a que está destinado, el prestador del servicio deberá indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada, el monto equivalente al precio actual del bien u objeto del servicio (Art. 84).

El propio legislador establece como una obligación del prestador del servicio, que la reparación se lleve a cabo con repuestos nuevos y adecuados al bien de que se trate. Deber cuya violación obliga al prestador del servicio a sustituir sin cargo adicional alguno los componentes o repuestos utilizados. Esto, desde luego, sin perjuicio que las partes puedan convenir lo contrario (Art. 85).

Así, previa autorización del consumidor, el prestador puede reparar el bien utilizando piezas reconstruidas. Pero en este caso, tales piezas deberán ser garantizadas por un lapso no menor de noventa días, a partir de la recepción del bien por parte del consumidor o usuario. En caso de que éstos suministren los repuestos para la reparación, quien la efectúe garantizará solamente la mano de obra y el servicio prestado (Art. 86).

### III. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

De manera general, en Venezuela la doctrina ha determinado que estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual y no de responsabilidad contractual, en primer lugar, cuando la obligación violada no ha nacido del contrato aunque exista un vínculo de este tipo entre el agente del daño y la víctima. Por esta misma razón –afirma el profesor Mélich Orsini– parece que no debe hablarse de responsabilidad contractual en los casos en que no ha llegado a perfeccionarse el contrato, es el caso de los daños causados en el período precontractual y como consecuencia de la nulidad del contrato. A la llamada responsabilidad precontractual, por su especialidad, volveremos *infra*.

En segundo término, tampoco podría hablarse de responsabilidad civil contractual, cuando el daño reclamado no consista propiamente en la pérdida de la ventaja que el contrato estaba destinado a garantizar al acreedor; en ese caso, tal como hemos expresado *supra*, no puede afirmarse la existencia de una violación de la obligación contractual. Para saber entonces si estamos frente a un daño contractual o extracontractual, el autor aconseja analizar con cuidado el contenido del contrato, a fin de definir cuáles son las prestaciones que el mismo impone al demandado y poder determinar así si el daño alegado por el actor consiste o no en la privación de alguna de esas prestaciones<sup>416</sup>.

En el campo de los servicios, la doctrina sostiene que, aunque en la mayoría de los casos nos ubiquemos frente a una responsabilidad de tipo contractual, podrá recurrirse a las normas aquilianas en aquellos casos en que la víctima no sea satisfecha con la indemnización obtenida por vía contractual o cuando no exista relación convencional entre el prestador del servicio y el usuario<sup>417</sup>. Nosotros admitimos la procedencia de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil extracontractual en el último caso, es decir, en ausencia

<sup>416</sup> Mélich Orsini, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 188.

<sup>417</sup> Como excepción a la naturaleza contractual que, en calidad de regla general, admiten la mayoría de la legislaciones para el caso de los servicios, suele citarse a Inglaterra, lo cual se atribuye al mayor desarrollo que la institución aquiliana ha recibido en los Estados pertenecientes a los sistemas del *Common Law*, así como por la circunstancia de que todo daño con origen contractual es también reparable por la vía extracontractual. En este sistema, la elección de la acción no depende tanto del vínculo entre las partes como de la naturaleza del daño. Weir citado en Palao Moreno, Guillermo, La responsabilidad civil por servicios: estudio de Derecho comparado en Europa con especial referencia a España, en: *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 1996, enero-abril, Vol. XXX, N° 2, pp. 217 ss., especialmente p. 232, nota 75.

de relación contractual, mas en el caso del primero, su aceptación supondría, como analizaremos *infra*, la aceptación de la concurrencia de responsabilidad civil. Igualmente, incluiríamos los casos en los que, pese a existir una relación contractual entre las partes, el daño se produce al margen de las prestaciones contenidas en el mismo.

También la ampliación de la noción de consumidor ha influenciado el aumento de los supuestos de responsabilidad extracontractual en materia de servicios. En efecto, el concepto de “*consumidor contratante*” se ha reconocido como insuficiente y se ha tendido acción a terceros que, sin ser partes en el contrato, se encuentran expuestos al consumo. Es el caso de quienes se ven afectados por publicidad abusiva, engañosa o fraudulenta. También los supuestos del llamado *bystander*, definido como una persona que accidentalmente, y en función de una proximidad ocasional con el bien o servicio, resulta dañada como consecuencia de un defecto o por causa imputable a estos. En estos casos, el daño confirma su condición de consumidor eventual o transitorio.

En tal sentido, una resolución del Consejo de la Comunidad Europea, de fecha 14 de abril de 1975, dispuso que “*ya no se considerará al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como a una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente, en calidad de consumidor*”. De esta forma, la legitimación para reclamar la reparación de los daños sufridos viene dada por el hecho de consumir, sea que el mismo se fundamente en un contrato, un acto jurídico unilateral o un hecho jurídico<sup>418</sup>.

Sin embargo, la propia circunstancia de que entre dañador y perjudicado no exista vínculo contractual –así lo estima De Ángel Yáguez– priva de toda particularidad al hecho de que haya habido en aquel, el dañador, un comportamiento calificable como servicio, pues el juicio de responsabilidad girará en torno a los criterios y principios del régimen de Derecho común, contenido en el Código Civil, sin que la nota del servicio reste o añada nada al mismo<sup>419</sup>. Debemos, no obstante, esbozar sus rasgos característicos.

<sup>418</sup> Ver: Lorenzetti, *Consumidores...*, ob. cit., pp. 17 y 86-89.

<sup>419</sup> De Ángel Yáguez, *La responsabilidad civil de los suministradores...*, ob. cit., p. 43. Este autor menciona como excepcional el caso de los auditores, para lo cual cita la obra de Pantaleón, quien destaca la importancia de la responsabilidad civil extracontractual, en el caso de los auditores de cuentas y su responsabilidad frente a terceros, cuando estos confiaron en el informe negligentemente elaborado por el profesional. Ver: Pantaleón, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1996, pp. 111-120.

### **A. Fundamento: responsabilidad civil subjetiva vs. responsabilidad civil objetiva**

El gran principio que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, rige en nuestro sistema, es el contenido en el artículo 1.185 del Código Civil. De acuerdo con esta disposición, inspirada en el artículo 74 del Proyecto de Código Franco Italiano de las Obligaciones y de los Contratos, “*El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo*”. Se admite así un sistema de culpa probada que, sin embargo, permite algunas excepciones; es el caso de la responsabilidad del padre, la madre o el tutor (Art. 1.190 CCV); la de los dueños y principales o directores (Art. 1.191 CCV); la de los dueños de animales (Art. 1.192 CCV); y la de los guardianes de cosas susceptibles de causar daños (Art. 1.193), en los cuales el fundamento es matizado, sea por una presunción absoluta de culpa, sea a través de la objetivación de la responsabilidad civil.

Ahora bien, tal como hemos expresado, debemos necesariamente considerar que dada la nota de profesionalidad que caracteriza al prestador de servicios, el fundamento contractual de la responsabilidad, basándose en la llamada responsabilidad profesional surge para dar respuesta a este problema. Sin embargo, las dudas en torno a esta fundamentación, más que en su naturaleza, se centraron en el hecho de considerar que la responsabilidad contractual se basaba en el hecho negativo de no cumplir con la prestación contraída, así como en considerar que dicha responsabilidad no podía imputarse si no se acreditaba un error de conducta en la ejecución de la obligación. Este problema se aclaró al distinguir, de forma clara, una responsabilidad contractual por incumplimiento y una responsabilidad contractual por cumplimiento defectuoso.

Otra discusión que habría que considerar es la que se plantea en relación con el grado de culpa por el cual responde el profesional, dado que en principio se entendió que éste sólo respondía por culpa grave y no por culpa común. Esta diatriba se ha superado en el Derecho actual, pues nada justifica el afirmar que cuando un profesional se equivoca en relación con los conocimientos y procedimientos técnicos que debe aplicar, sólo responderá de culpa grave. Afirmar que el profesional debe gozar de una total libertad o iniciativa particular en la prestación de sus servicios, equivale a autorizar la libertad de perjudicar mediante la imprudencia o la torpeza. Los profesionales no tienen la libertad de ser idóneos o torpes, pues están constreñidos, en virtud de su título de idoneidad, a ser hábiles y prudentes; su torpeza o ignorancia es culpa.

De esta manera, la noción de profesionalidad subjetiviza el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual producida en el marco de la prestación de servicios, pues el hecho de tener que considerar la *Lex artis* para verificar si

el proveedor del servicio actuó de manera razonable en la prestación del mismo, nos sugiere volver a la figura abstracta, nacida en el Derecho romano, del buen padre de familia. Si consideramos entonces el carácter subjetivo de la responsabilidad del profesional, habríamos de recurrir al artículo 1.185 del Código Civil; sin embargo, las decisiones judiciales al respecto que, como hemos afirmado, están limitadas a la prestación del servicio eléctrico, buscan su fundamento en el artículo 1.193, referido a la responsabilidad del guardián de la cosa.

Tengamos finalmente en cuenta que admitir el carácter subjetivo de la responsabilidad en este supuesto, nos lleva a la afirmación, no menos delicada, según la cual el prestador del servicio ha de responder hasta por el mínimo error. Recordemos que este detalle es frecuentemente utilizado por la doctrina para diferenciar la responsabilidad civil contractual y la extracontractual<sup>420</sup>.

En todo caso, tal como hemos afirmado *supra*, ante la ausencia de una regulación especial, la responsabilidad precontractual se configura como el principal supuesto de responsabilidad civil extracontractual, razón por la cual volveremos a ella más adelante.

## B. Daños resarcibles

En relación con los daños resarcibles, en materia extracontractual el espectro es sin duda más amplio que en materia contractual. Dentro de los daños materiales, en coincidencia con la responsabilidad contractual, resultan indemnizables el daño emergente y el lucro cesante, siempre que sean consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito. Mas tal afirmación implica algunas precisiones. El artículo 1.273, disposición legal que sirve de fundamento a la clasificación, se halla en nuestro Código Civil mezclada con algunas otras normas que se aplican exclusivamente a la responsabilidad contractual. Esto obliga a plantearse la cuestión de si la división del daño material en *daño emergente* y *lucro cesante* es aplicable también en materia extracontractual. La doctrina no ve obstáculo en la aplicación del artículo 1.273 a la materia extracontractual<sup>421</sup>.

<sup>420</sup> “...la doctrina clásica ha sostenido que en materia de responsabilidad delictual se responde siempre por la culpa levisima (in lege Aquilia et levisima culpa venit); en tanto que en materia de responsabilidad contractual existiría una graduación de culpas, de modo tal que habría que considerar si el contrato fue celebrado en interés exclusivo del acreedor (por ejemplo: el depósito no remunerado), o si lo fue en interés de ambas partes (por ejemplo: el arrendamiento), para decidir que en el primer caso se responde por la culpa leve in concreto (art. 1.756 C.C.), en el segundo por la culpa levisima (art. 1.757 C.C.) y en el tercero por culpa leve in abstracto (art. 1.270 C.C.)”. Ver: Mélich Orsini, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 288.

<sup>421</sup> No ha faltado, sin embargo, quien haya sostenido que en materia delictual no procede la indemnización del lucro cesante, sino únicamente la del daño emergente. Se invoca en tal sentido la redacción de los

Tampoco se ha dado gran oposición en torno a la aplicación, en materia extracontractual, del artículo 1.275 del Código Civil, disposición referida a los daños directos. Esta disposición fundamenta legalmente la prohibición de reparar los daños indirectos y tiene aplicación en todos los casos de responsabilidad civil –afirma nuestra doctrina–; los llamados *daños indirectos* no son reparables ni en materia de responsabilidad contractual, ni en materia de responsabilidad extracontractual<sup>422</sup>. Nuestra jurisprudencia también ha admitido este planteamiento al afirmar que “*el legislador venezolano ha limitado la reparación de los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le hubiere privado, a aquellos que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, tal y como lo dispone el artículo 1.275 de dicho texto legislativo. Es imposible, por tanto, constreñir al deudor o al responsable civil, a la reparación de daños que, como lo expresa la norma, no sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento... dicho principio establecido por el legislador para la responsabilidad civil contractual, es también en opinión de la Sala aplicable a la responsabilidad delictual por hecho ilícito*”<sup>423</sup>.

Ahora bien, la nota distintiva entre una y otra responsabilidad, sí se hace patente con la resarcibilidad de los daños previstos y previsibles a que se refiere el artículo 1.274 de nuestro Código. En el caso extracontractual, en donde la obligación no viene determinada por el acuerdo de voluntades, sino por la Ley, la distinción entre daño previsible y daño imprevisible, que en materia contractual resulta del propio texto legal, parece insostenible. En tal sentido, autores como De Ángel Yágüez<sup>424</sup>, Díez-Picazo<sup>425</sup> y De Cossío<sup>426</sup>, se muestran partidarios de aplicar el artículo 1.107 del Código Civil español –correspondiente en parte al artículo 1.274 del Código Civil venezolano– a la responsabilidad civil extracontractual, argumentando para ello que tal norma está ubicada en la parte del Código referido a las obligaciones en general, y el hecho de que en materia extracontractual no haya normas relativas a la extensión de la indemnización, por lo cual se hace necesario acudir a las normas generales sobre los efectos

---

artículos del Código Civil que se refieren a materia contractual (Arts. 1.264 ss.), en todos los cuales se habla de “*daños y perjuicios*”; redacción que se contraponen a la de los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil, que se contraen a la materia extracontractual, en los cuales se habla únicamente de “*daños*”. Referencia tomada en *Ibid.*, p. 58.

<sup>422</sup> Maduro Luyando, *Curso de Derecho civil...*, ob. cit., p. 151.

<sup>423</sup> CSJ/SPA, Sent. 11/11/1999, en: JPT/CSJ, noviembre 1999, pp. 537-538.

<sup>424</sup> De Ángel Yágüez, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 262 ss.

<sup>425</sup> Díez-Picazo, *Derecho de daños...*, ob. cit., pp. 361-363. Aunque el autor en esta obra no hace referencia expresa al artículo 1.107 del Código Civil español, tampoco hace una distinción en relación al resarcimiento de los daños imprevistos cuando se ha actuado de manera dolosa.

<sup>426</sup> De Cossío y Corral, Alfonso, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, Edit. RDP, 1955, pp. 133-134.

de las obligaciones. Negar tal posibilidad equivaldría a admitir la existencia de una laguna en la Ley, la cual habría de ser llenada con los principios generales, y con este planteamiento se llegaría a la misma conclusión.

En Venezuela tal problema está lejos de presentarse, pues basta una simple interpretación literal al artículo 1.274 del Código Civil para notar la intención del legislador. De conformidad con la citada norma “*El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo*” (resaltado nuestro), de manera que no podría pensarse en una interpretación extensiva hacia la materia extracontractual<sup>427</sup>.

Ningún problema se presenta con la resarcibilidad del daño moral, pues el postulado esencial del artículo 1.196 del Código Civil, expresa que “*La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito*”.

Finalmente, en relación con los daños punitivos, ratificamos en este punto lo que hemos sostenido *supra*.

#### IV. OTROS CASOS PROBLEMÁTICOS<sup>428</sup>

##### A. La fase precontractual y la responsabilidad civil

El creciente desarrollo y sofisticación del tráfico comercial, unido a la evolución de los mercados y al despliegue de la actividad de información y publicidad, han conducido a la doctrina y a la jurisprudencia a una revisión inte-

<sup>427</sup> Tan obvio luce, que Kummerow en su trabajo sobre el daño contractual resarcible ni siquiera se detiene a mencionarlo y se refiere directamente a la materia contractual. Ver: Kummerow, Gert, Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano, en: AA.VV., *Indemnización de daños y perjuicios*, Caracas, Edit. Fabreton, 1999, pp. 261 ss., especialmente pp. 316-317. Un sentido similar puede verse en Mélich Orsini, quien en su *Doctrina general del contrato*, (ob. cit., pp. 475-476) afirma que “*La previsibilidad del daño alude aquí a la posibilidad por parte de quien asume una relación contractual de pronosticar en el momento en que la asume la importancia de la reparación que tendrá que satisfacer si llegare a incumplir tal obligación*”. De hecho el propio autor, en *La responsabilidad civil por hechos ilícitos* (ob. cit., p. 38), partiendo de la distinción entre causalidad y previsibilidad, afirma que “*En materia extracontractual, en cambio, en donde la obligación no viene determinada por el acuerdo de voluntades, sino por la ley, se respondería siempre por el mismo grado de culpa, a saber, por culpa levisima. No habría, pues, cuestión de previsibilidad, sino simplemente cuestión de causalidad... La jurisprudencia y doctrina aplicables a nuestra legislación sostiene en este sentido que en materia de hechos ilícitos no hay que distinguir a los efectos de la determinación de la entidad del daño resarcible entre daños previsibles y daños imprevisibles*”.

<sup>428</sup> Algunas de estas ideas han sido antes expresadas en: Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad...*, ob. cit., pp. 29-54.

gral de la problemática del proceso formativo del contrato (*iter ad contractum*), por cuanto el esquema tradicional se ha revelado como totalmente inadecuado para atender y resolver las nuevas necesidades<sup>429</sup>. En la actualidad, es indudable la relevancia jurídica del periodo precontractual, pues en él se gestan todos los elementos necesarios para la posterior conclusión de un contrato, cuya problemática se desata cuando tal acuerdo no llega a celebrarse<sup>430</sup>.

Importantes transacciones en materia comercial y financiera, formadas de manera progresiva, mal podrían ser encasilladas dentro del esquema con que opera la doctrina clásica en materia de formación del consentimiento. La buena fe, la tutela de la confianza que la conducta de un sujeto despierta en otro y la búsqueda de un criterio de repartición de los riesgos y costos involucrados en la relación precontractual, adquieren gran importancia. Por tal razón, la ruptura injustificada y lesiva de las negociaciones preliminares; la abrupta revocación unilateral de una oferta de contratar; la negativa abusiva de contratar; la comunicación de información falsa o inexacta sobre el producto o servicio que se procura vender; la ocultación de un vicio que afecta de nulidad el contrato próximo a celebrarse; la actuación del *falsus procurator*, son algunas de las conductas que pueden generar lo que a partir de la tesis de von Ihering se ha denominado *culpa in contrahendo*<sup>431</sup>. En efecto, el autor germano es reconocido como quien, por primera vez, se refirió en forma sistemática a algunos de los problemas fundamentales de la llamada responsabilidad civil precontractual<sup>432</sup>.

A pesar de esta realidad, pocos sistemas en Derecho positivo se ocupan de la regulación material de la llamada responsabilidad precontractual. Italia<sup>433</sup> y Portugal<sup>434</sup> figuran entre los pocos ordenamientos jurídicos que regulan el tema de manera general, exigiendo el llamado deber de corrección –manifestación de la buena fe– durante el periodo de formación del contrato.

No obstante, en materia de Derecho de consumo debido a que las partes se ven vinculadas antes, durante y después de la vida del contrato, con lo cual

<sup>429</sup> Lupini, Luciano, La responsabilidad precontractual en Venezuela, en: *RCADF*, julio-diciembre 1991, Nos. 19-22, pp. 10 ss., especialmente p. 11.

<sup>430</sup> Álvarez González, Santiago, La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español, en: *REDI*, 1990, Vol. XLII, N° 1, pp. 125 ss., especialmente p. 126.

<sup>431</sup> El ensayo de Rudolf von Ihering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, fue publicado por primera vez en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 1861, Vol. 4, pp. 1 ss.

<sup>432</sup> Lupini, La responsabilidad precontractual. ..., ob. cit., pp. 11-14.

<sup>433</sup> Código Civil italiano, Art. 1.337: “*Las partes en el desenvolvimiento de los tratos y en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe*”.

<sup>434</sup> Código Civil portugués, Art. 224.1: “*Quien negocia con otro para concluir un contrato, debe tanto en los preliminares como en la formación del contrato proceder según las reglas de buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente causa a la otra parte*”.

surgen relaciones precontractuales, contractuales y postcontractuales<sup>435</sup>, se ha desarrollado una fuerte tendencia a la regulación de todo el periodo anterior al perfeccionamiento del contrato.

Así, la mayoría de las legislaciones en materia de consumo<sup>436</sup>, se dedican al establecimiento de garantías mínimas que debe asegurar el prestador al consumidor. Destacando entre estas garantías el derecho a la información, obligación de primer nivel derivada de la lealtad y que se asume desde la etapa precontractual. Esta carga, estrechamente ligada con el tema de la publicidad, es regulada de manera especial por el legislador. En Venezuela tal deber tiene incluso rango constitucional<sup>437</sup> y es desarrollado, principalmente, por el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, instrumento que dedica el Capítulo VI a su regulación, siempre en protección del usuario. También lo encontramos en la Ley de tarjetas de crédito, en cuyo artículo 1 se establece la obligación del emisor de “*otorgar información adecuada y no engañosa a los tarjetahabientes*”<sup>438</sup>. Igualmente, la jurisprudencia ha destacado el valor del deber de la información, en la ya célebre sentencia relativa a los créditos indexados, a la que nos hemos referido antes<sup>439</sup>.

No se olvide, en este sentido, que hoy día se admite que el consentimiento del consumidor, tradicionalmente pensado como un comportamiento pasivo, debido al recurso a los contratos de adhesión, para ser legitimador, debe ser informado y consciente. Se trata de una voluntad racional<sup>440</sup>, lo cual ratifica el rol fundamental del cumplimiento del deber de información.

<sup>435</sup> Lima Marques, La propuesta de una teoría general de los servicios..., ob. cit., p. 138.

<sup>436</sup> Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y, desde luego, Venezuela.

<sup>437</sup> Constitución de la República (Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30/12/1999), Art. 117: “*Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una **información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen**, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos*” (resaltado nuestro).

<sup>438</sup> Este deber es desarrollado en el artículo 8 de la propia Ley, de acuerdo con el cual, “*El emisor de la tarjeta de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, debe poner a disposición del público en general un folleto explicativo del servicio que ofrece y de los beneficios de la marca de la tarjeta para que los interesados en solicitar este servicio puedan tener información adecuada y no engañosa, suficiente y oportuna para la toma de decisión al momento de contratarlo. Una vez suscrito el contrato, el emisor debe entregar el folleto separado del documento, dejándose constancia de ello en el recibo suscrito por el tarjetahabiente. La Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras dictará la normativa Prudencial que contenga la forma de presentación y el contenido del folleto*”.

<sup>439</sup> Ver referencia en nota 351.

<sup>440</sup> Charbin, Nicole, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. CXCIX, 1988, p. 7 y 216.

De la preeminencia de esta fase precontractual, también ha surgido cierta preocupación, de parte de la doctrina, por el llamado consumidor sobreendeudado<sup>441</sup>, no considerando una relación jurídica, sino la situación del deudor. Tengamos en cuenta que, de manera general, se compromete patrimonialmente de manera excesiva debe soportar las consecuencias del concurso de acreedores o la quiebra, según sea el caso.

Sin embargo, en la actualidad, considerando sobretodo al usuario del sistema financiero, se considera que éste padece una omisión informativa relevante, pues no se le da noticia acabada de cuál es en realidad su nivel de endeudamiento, máxime en el mediano plazo, induciéndole además a asumir deudas, mediante una sofisticada maquinaria publicitaria. Por tal razón, ha de considerarse este elemento como decisivo a la hora de tomar la decisión de endeudarse, a menos, desde luego, que se trate de un profesional con capacidad para asesorarse<sup>442</sup>. En este sentido, la jurisprudencia alemana ha incluido el tema del consumidor sobreendeudado en el catálogo de derechos fundamentales, por lo que, en los contratos de crédito, se prohíbe a hijos y esposas garantizar las deudas de padres y esposos<sup>443</sup>.

Finalmente, podríamos también incluir dentro de esta problemática, todo lo relativo a los contratos nulos; pues cuando se emplea el término “*responsabilidad derivada de la nulidad del contrato*”, estima Lupini, es por razones de brevedad y por ser usual en la doctrina este lenguaje. La responsabilidad que se le imputa al causante de la nulidad, no constituye un derivado directo de la nulidad o un efecto que pueda automáticamente atribuirse a ésta; se trata más bien de la sanción de una conducta lesiva precontractual, la cual pudo haber ocurrido mucho antes del examen de invalidez del contrato y de su reconocimiento por parte del juez<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Alpa, Guido, Il sovrindebitamento del consumatore, en: *Compendio del nuovo Diritto privato*, Torino, Utet, 2ª ed. 2000, pp. 81 ss.

<sup>442</sup> Lorenzetti, *Consumidores...*, ob. cit., p. 66.

<sup>443</sup> Como emblemática suele citarse una sentencia de la Corte Constitucional alemana de 1993, en la cual se consideró contrario a las buenas costumbres y a la buena fe, el caso de un estudiante de 21 años que servía de garante a su padre, un pequeño comerciante. En la sentencia se consideró que tal deuda afectaba el desenvolvimiento de la personalidad económica o social futura y, por tanto, los derechos fundamentales de la persona. Así, en vista que el garante no tenía patrimonio, ni trabajo y estaba, en consecuencia, grabando su futuro, la garantía se declaró ineficaz. Referencia tomada de: Lorenzetti, *Consumidores...*, ob. cit., p. 67.

<sup>444</sup> Lupini, La responsabilidad precontractual..., ob. cit., p. 104.

### 1. Naturaleza de la responsabilidad civil precontractual

El primer problema que se presenta al operador jurídico, en esta materia, es determinar la naturaleza de la responsabilidad civil, ante la tan criticada *summa divisio* que entiende que ésta sólo puede ser contractual o extracontractual. Quizá un primer acercamiento nos induzca a pensar que al no haber contrato, sencillamente se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual; respuesta que proviene de la clásica regla según la cual oferta y aceptación conforman la combinación necesaria para la formación del contrato y, al no haberse perfeccionado tal amalgama, pues no hay contrato; de manera que cualquier daño que pueda causarse en fase precontractual, incluso aquel que pueda derivarse de una ruptura intempestiva de las negociaciones, será indemnizado recurriendo a las normas sobre responsabilidad civil extracontractual.

En tal sentido, algunos civilistas han afirmado que pretender aplicar las normas contractuales a la responsabilidad precontractual parte de una base ficticia, esto es, la existencia implícita de un pacto; y tal rechazo implicaría, en definitiva, una aceptación de su naturaleza extracontractual<sup>445</sup>. Sin embargo, debe considerarse que, en ocasiones, el simple comienzo de las negociaciones con miras a concluir un contrato, hace nacer entre las partes una “*relación especial*” –*Sonderverbindung* en palabras de Lorenz– de manera que la responsabilidad que pueda derivarse de una ruptura deliberada de tales negociaciones podría estar sometida al régimen contractual, pues se trata de situaciones límite que se acercan mucho más al contrato. El propio Lorenz menciona el caso del contrato concluido por quien no tenía competencia para hacerlo o de contratos solemnes respecto de los cuales no se han cumplido todas las formalidades<sup>446</sup>.

Dentro del sistema estadounidense, Farnsworth<sup>447</sup> afirma que, llevando al límite la libertad contractual, podría incluso argumentarse que, siendo la oferta revocable en cualquier momento antes de la aceptación, la parte estaría absolutamente libre de responsabilidad, sea contractual o extracontractual; de manera que cualquiera de las partes podría romper las negociaciones preliminares, con un único costo en términos de tiempo y esfuerzo. Incluso entiende

<sup>445</sup> Brebbia, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1987, p. 61.

<sup>446</sup> Lorenz, Werner, Germany, en: *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pp. 159 ss.

<sup>447</sup> Farnsworth, Allan, Negotiation of contracts and precontractual liability: General report, en: *Conflicts et harmonisation / Kollision und Vereinheitlichung / Conflicts and harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg, Suisse, Éditions universitaires, 1990, pp. 657 ss., especialmente p. 659.

que se producen casos en los cuales ni siquiera ha habido una oferta formal al momento de romperse las negociaciones. El autor entiende que limitar la libertad contractual en el sentido de imponer responsabilidad de este tipo por los daños ocasionados en fase precontractual, puede tener un efecto adverso en los negocios jurídicos, pero a la vez admite la necesidad de que las partes sean responsables de los daños que ocasionan antes de concretar una relación contractual<sup>448</sup>.

Por su parte, en la Sección 3 de los Principios Europeos sobre Derecho de los Contratos, bajo el título “*Responsabilidad Precontractual*”, puede leerse, en su artículo 2.301, denominado “*Negociaciones contrarias a la buena fe*”, que “(1) *Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte*”. Un texto idéntico puede apreciarse en el artículo 2.1.15 de los Principios sobre Contratos Internacionales elaborados por Unidroit, bajo el título “*Negociaciones de mala fe*”<sup>449</sup>.

En ambos textos se aprecia un equilibrio entre la libertad contractual y el principio de la buena fe que debe cubrir la fase precontractual. Sin embargo, la doctrina reconoce que, aunque existe consenso en relación con la necesidad de regular este tipo especial de responsabilidad, no ha sido posible llegar a un acuerdo en relación con el fundamento de la misma ni con el alcance y delimitación de las figuras que han de incluirse dentro de esta categoría<sup>450</sup>.

## 2. Fundamento

En relación con el fundamento, las respuestas que ha dado el Derecho comparado pueden agruparse en tres tendencias; como ya hemos mencionado, puede encontrarse su fundamento en la responsabilidad civil contractual o en la

<sup>448</sup> En sentido similar: Saleilles, Raymond, De la responsabilité précontractuelle, en: *RTDC*, 1907, N° 3, pp. 697 ss.

<sup>449</sup> En los Comentarios a los Principios Unidroit, se hace referencia al principio general de libertad de negociación, para luego entrar a justificar la responsabilidad que se genera, en primer lugar, por negociar con mala fe y, en segundo lugar, por romper abruptamente y de mala fe las negociaciones iniciadas. Ver: Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., pp. 59-61.

<sup>450</sup> Díez-Picazo, Luis, E. Roca Trías y A. M. Morales, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 198.

responsabilidad civil extracontractual, o puede además admitirse que el propio principio de buena fe puede dar fundamento a la obligación de indemnizar los daños causados en la fase precontractual. Este último fundamento parece ser el adoptado tanto por los Principios europeos, como por los Principios Unidroit. Estos últimos, en su artículo 1,7, establecen que “*Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional*” y añaden en el segundo párrafo de la propia norma que “*Las partes no pueden excluir ni limitar este deber*”<sup>451</sup>. De manera similar, los Principios Europeos disponen, en su artículo 1:103(1), que “*Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe*<sup>452</sup> y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios”.

Incluso en un sistema como el italiano, en el cual el legislador ha dedicado algunas disposiciones del Código Civil a la regulación general de esta materia, el asunto del fundamento no ha quedado del todo claro. En tal sentido Guido Alpa ha afirmado que el sistema italiano parece entender que durante la fase de negociación –entendida en sentido amplio, como cualquier contacto entre las partes dirigido a la futura celebración de un contrato– debe regir el principio de buena fe, específicamente, el principio de corrección, el cual exige una conducta honesta y justa. Sin embargo, la doctrina italiana no deja de expresar sus dudas, pues, por un lado, las partes sólo tienen un contacto social y no están aún unidas por una relación contractual; pero, por otro, su conducta está directamente relacionada con la formación de un contrato y ellas han dejado de ser terceros<sup>453</sup>.

En todo caso, parece estarse imponiendo el reconocimiento de un *tertium genus*, que estaría representado por el principio de buena fe, el cual, a su vez,

<sup>451</sup> En los Comentarios a los Principios Unidroit, se reconoce que las nociones de *good faith and fair dealing* constituyen la idea fundamental que yace bajo los Principios. Igualmente, se establece que el típico ejemplo de violación de estos deberes es la figura del abuso de derecho. Finalmente, se reconoce el carácter imperativo de este principio, pero no se excluye la posibilidad de que las partes puedan establecer estándares de conducta más rigurosos. Ver: Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., pp. 18-21.

<sup>452</sup> “*En la versión inglesa, los principios se refieren siempre a ‘good faith and fair dealing’. El sentido del ‘fair dealing’, como transparencia en los negocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos, no creemos que tenga un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano. Por eso, al traducir, nos hemos permitido limitar la expresión a la idea de la buena fe contractual o a ‘las exigencias de la buena fe’, en paralelo al art. 1.7 CC español. La nota vale para todos aquellos artículos en que se menciona la buena fe*”. Nota de los traductores en: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20spank/PrincipiosI+II.doc](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spank/PrincipiosI+II.doc)

<sup>453</sup> Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, (Trad. J. L. de los Mozos), Madrid, Edit. RDP, 1969, T. I, pp. 88-90. Para el autor italiano, la violación del deber de corrección no puede calificarse como contractual, puesto que no hay contrato, pero tampoco como extracontractual, debido a que ya existe relación entre las partes.

impondría una serie de deberes que han sido matizados por la doctrina y la jurisprudencia italianas, y entre los cuales figuran el deber, durante la formación del contrato, de no discutir los términos sobre los cuales ya hay acuerdo; el deber de no violar las concesiones mutuas, especialmente, las conductas y programas contenidos en las cartas de intención; el deber de no iniciar negociaciones si no existe el serio deseo de contratar; el deber de mantener la línea de conducta prometida durante las negociaciones y de no iniciar conversaciones con terceros o, por lo menos, informar a la otra parte sobre esas negociaciones paralelas; el deber de no modificar continuamente la posición inicial, requiriendo fuertes beneficios o imponiendo nuevas obligaciones a la otra parte; y, finalmente, el deber de acceso a la información y de confidencialidad<sup>454</sup>.

En Francia, por su parte, ante el silencio legislativo, el fundamento que se ha dado a esta clase de responsabilidad es de tipo extracontractual, salvo que, por supuesto, en aras de la seguridad jurídica, las partes hubieren concluido acuerdos preliminares para asegurar el futuro contrato definitivo<sup>455</sup>.

En Estados Unidos, Farnsworth ha analizado los posibles fundamentos, basándose en la práctica jurisprudencial y, en tal sentido, se refiere al enriquecimiento sin causa, al defecto en la representación, a la promesa específica y a la obligación general. Utilizar el enriquecimiento sin causa para fundamentar la responsabilidad precontractual tendría su base en el hecho de que quizá, en esta fase, el aspecto fundamental estaría representado por el deber de restituir los beneficios esperados del contrato fallido. El defecto en la representación es menos popular que el enriquecimiento sin causa, pero es claro que una parte negociante no puede, con impunidad, falsificar su intención de contratar, de manera que si la actuación resultare fraudulenta, sería atacable judicialmente. Sin embargo, el propio autor admite que son pocas las causas que se han fallado sobre la base de este argumento. Otro fundamento común está constituido por la fuerza de las propias promesas específicas que ha hecho una parte a la otra, lo cual sería reconocerle a tales promesas cierto poder vinculante. Finalmente, basado en la disposición general de buena fe contenida en el *Uniform Commercial Code* y en el *Restatement second of Contracts*, Farnsworth entiende que ésta cubriría, como una obligación general, a la fase precontractual<sup>456</sup>.

<sup>454</sup> Alpa, Guido, Italy, en: *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pp. 195 ss.

<sup>455</sup> Schidt-Szalewski, Joanna, France, en: *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pp. 145 ss.

<sup>456</sup> Farnsworth, *Negotiation of contracts and precontractual liability...*, ob. cit., p. 659.

Este último razonamiento se acerca ciertamente a los sistemas continentales a través del planteamiento de Saleilles, según el cual, una vez que las partes han iniciado sus negociaciones, ninguna de ellas puede romperlas arbitrariamente y, de llegar a hacerlo, debería compensar a la otra por los daños que le pudiera ocasionar<sup>457</sup>.

En el caso del Derecho venezolano, aunque parece predominar la idea de la aplicación irrestricta del régimen de la responsabilidad civil extracontractual<sup>458</sup>, Lupini estima que un balance crítico de la responsabilidad precontractual en nuestro Derecho, no puede conducir, *sic et simpliciter*, a la convicción de que todas las hipótesis que podrían incluirse en el marco de la *culpa in contrahendo*, corresponden a supuestos en los cuales es dable aplicar, de manera uniforme, la regla que regula el hecho ilícito en Venezuela. Existen casos en los cuales se puede predicar, por ejemplo, la aplicación de la figura del abuso de derecho; en otras hipótesis, que atañen al incumplimiento de deberes precontractuales de información y custodia, inciden mecanismos de responsabilidad civil contractual, tal como se suele señalar en el supuesto de la responsabilidad por vicios ocultos –y en otros conexos con las obligaciones de garantía– y en el depósito. Más aún, en el caso de los contratos celebrados con la Administración Pública, afectados de nulidad por falta de las previas aprobaciones o autorizaciones requeridas al efecto, se ha venido señalando en Venezuela, que el daño que experimentaría el contratista privado no sería resarcible conforme a las normas del hecho ilícito sino a las del enriquecimiento sin causa<sup>459</sup>.

### 3. Supuestos

Comentando la disposición correspondiente de los Principios Europeos, Díez-Picazo, Roca Trías y Morales han afirmado que, efectivamente, no resulta sencillo concretar las situaciones que resultarían violatorias del principio de buena fe; por tal razón, estos autores han intentado una lista para la determinación de tales casos. Ya lo hemos visto en el caso de la doctrina italiana. Así, se hace referencia a los casos de nulidad del contrato cuando ésta sea imputable a una de las partes; la existencia de un acuerdo verbal que, por imperio de la Ley, o

<sup>457</sup> Saleilles, De la responsabilité précontractuelle..., ob. cit.

<sup>458</sup> El Tribunal Supremo de Justicia ha estimado que cuando no se ha formado el contrato “no se puede hablar de culpa contractual, para el caso de que surgiera la obligación de indemnizar, sino de una obligación fundada sobre culpa no contractual”. Ver: TSJ/SCC, Sent. N° 72, 05/02/2002, en: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scc/Febrero/RC-0072-050202-99973-99034.htm>

<sup>459</sup> Lupini, La responsabilidad precontractual..., ob. cit., p. 90.

de las propias partes, o del uso, deba quedar documentado como requisito de validez, cuando una de las partes desiste; las negociaciones iniciadas de mala fe y sin el propósito leal de concluir un contrato; la existencia de deberes de protección de la integridad física de los negociadores y de los bienes objeto de las negociaciones; la ruptura injustificada de las negociaciones, figura esta que nunca ha quedado bien definida y que según la jurisprudencia que la ha aplicado, requiere la creación de una razonable confianza en una inmediata formación del contrato y el carácter injustificado de la ruptura, aunque por regla general, el elenco de causas justificadas de ruptura de las negociaciones es tan amplio, que este supuesto parece residual<sup>460</sup>.

Igualmente, en los Comentarios a los Principios se ha dejado claro que hay responsabilidad cuando se han iniciado conversaciones de forma contraria a la buena fe, es decir, sin tener voluntad seria de concluir el contrato; cuando se han continuado las negociaciones a pesar que previamente se había ya decidido no concluir el contrato; o cuando se produce una ruptura en las negociaciones que sea contraria a la buena fe. Se incluyen, además, los casos en los cuales se mantienen conversaciones paralelas con un tercero con el cual se quiere concluir el contrato, mientras se permite que la otra parte invierta tiempo y esfuerzo en la preparación de una prestación. También los Comentarios a los Principios Unidroit han enunciado algunos casos de responsabilidad precontractual, entre ellos se menciona el propio supuesto del párrafo tercero del artículo 2.1.15, referido al hecho de continuar las negociaciones a sabiendas que después no se concluiría el contrato definitivo y se añaden los casos en los que una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando los hechos o absteniéndose de revelar algunos otros que, dada la naturaleza de las partes o del contrato, debieron haber sido revelados<sup>461</sup>.

#### 4. *Daños resarcibles*

Otro problema que genera la responsabilidad civil precontractual, tiene que ver con la determinación de los daños resarcibles. En tal sentido, admitir, la aplicación de las normas en materia de responsabilidad civil contractual o

<sup>460</sup> Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, *Los principios del Derecho europeo...*, ob. cit., p. 198. A su vez, esta lista es tomada de Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial...*, ob. cit., Vol. I, Introducción. Teoría del contrato, pp. 276-278.

<sup>461</sup> Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., p. 61.

extracontractual conduciría a afirmar la posibilidad de obtener la indemnización, por ejemplo, del lucro cesante, cuando una comprensión lógica de la responsabilidad precontractual ha conducido a gran parte de la doctrina, a afirmar que la indemnización en esta materia ha de limitarse al llamado “*interés negativo*”<sup>462</sup>, es decir, el contratante defraudado deberá ser colocado en la misma posición en que se encontraría si no hubiere decidido contratar. De tal manera se le resarcirían todos los gastos en que hubiere incurrido debido a las negociaciones y las pérdidas que hubiere podido experimentar, quedando excluida la posibilidad de pedir los beneficios que habría obtenido de haber concluido el contrato. Sin embargo, en los Comentarios a los Principios Unidroit, se admite la indemnización de la pérdida de la oportunidad como consecuencia de la violación del deber de buena fe; tal figura está ejemplificada a través de la pérdida de la posibilidad de celebrar un contrato con un tercero<sup>463</sup>.

Sólo habría una posible excepción a este principio, y está contenida en los artículos 2.1.16 de los Principios Unidroit y 2:302 de los Principios Europeos, los cuales se refieren a la violación del deber de confidencialidad. En ambas normas se establece que, si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte. Díez-Picazo, Roca Trías y Morales estiman que el daño producido por la violación del deber de confidencialidad, no se vería indemnizado en su totalidad con el simple resarcimiento del interés negativo, pues la revelación a terceros o la utilización en beneficio propio, de las informaciones obtenidas durante la negociación, puede dar lugar a daños adicionales, e incluso a un enriquecimiento sin causa que no quedaría cubierto con la compensación del simple interés negativo<sup>464</sup>. En los comentarios a los Principios Unidroit, se complementa esta idea cuando se afirma que el monto del resarcimiento puede variar dependiendo de si las partes pactaron expresamente no compartir la información con terceros y se reafirma la posibilidad de intentar una acción por enriquecimiento sin causa, al admitirse que, aunque la parte agraviada no haya sufrido daño alguno, puede, sin embargo, reclamar los beneficios que la otra parte obtuvo al haber revelado la información<sup>465</sup>.

<sup>462</sup> En tal sentido: Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, *Los principios del Derecho europeo...*, ob. cit., p. 199; Alpa, Italy..., ob. cit., p. 202; Schidt-Szalewski, France..., ob. cit., pp. 155-156.

<sup>463</sup> Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., p. 61.

<sup>464</sup> Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, *Los principios del Derecho europeo...*, ob. cit., p. 200.

<sup>465</sup> Unidroit, *Unidroit Principles...*, ob. cit., pp. 62-63.

A pesar de que el sistema venezolano no tiene regulación al respecto, no dudamos que la sana lógica nos llevará, necesariamente, a concluir que la indemnización en la responsabilidad precontractual estará limitada al interés negativo y a la posibilidad, en caso de producirse tal supuesto, de que la parte que ha mantenido un comportamiento contrario a la buena fe y con ello se haya enriquecido sin causa en perjuicio de otra persona, esté *“obligada a indemnizarla dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido”* (Art. 1.184 CCV).

Finalmente, debe siempre considerarse que la compensación monetaria es la forma común de materializar la indemnización, pues, de ninguna manera, puede obligarse a la parte que ha violado el deber de buena fe a celebrar el contrato cuyas negociaciones se iniciaron<sup>466</sup>. Por ello debe excluirse de los supuestos de la responsabilidad precontractual, aquellos casos en los cuales las partes hayan celebrado acuerdos previos que cumplan con todos los requisitos para ser considerados como verdaderos contratos.

En tales casos, el legislador venezolano ha dispuesto, en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, que *“Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos”*. Pero insistimos, en este supuesto ya no estamos frente a la responsabilidad precontractual, sino frente al cumplimiento forzoso de un verdadero contrato.

## **B. Concurrencia de responsabilidades**

Aunque en materia de Derecho de consumo el propio legislador suele evitarle al juez el trago amargo de tener que calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual, con el fin de determinar el régimen aplicable, y se conforma con establecer un régimen altamente proteccionista, el problema de la concurrencia puede presentarse cuando estamos ante relaciones jurídicas

---

<sup>466</sup> En tal sentido se han pronunciado: Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, *Los principios del Derecho...*, ob. cit., p. 199; Alpa, Italy..., ob. cit., p. 202; Schidt-Szalewski, France..., ob. cit., pp. 155-156.

entre iguales, que no involucren débiles jurídicos. Por tal razón es necesario que hagamos un breve análisis del tema.

### 1. *¿Cúmulo o concurrencia?*

Partiendo de la diferencia de regímenes aplicables a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual, puede ocurrir que un mismo hecho sea susceptible de ser subsumido dentro del supuesto de ambos tipos de responsabilidad, es decir, un hecho en sí mismo podría reunir los caracteres de un incumplimiento contractual –violación de una obligación establecida en un contrato– y simultáneamente de un ilícito extracontractual –violación de la obligación general de prudencia y diligencia<sup>467</sup>, con lo cual se haría necesario determinar cuál es, en definitiva, el régimen aplicable.

Es necesario entonces determinar si, cuando existe un contrato de servicios, las partes pierden la protección de las normas generales de responsabilidad civil extracontractual o si, por el contrario, la víctima puede elegir cuál de los dos regímenes desea ver aplicado para el resarcimiento del daño<sup>468</sup>. Es ésta la esencia del problema, por ello la expresión “*cúmulo*” no resulta ser la más apropiada para describirlo, pues sugiere la posibilidad de acumular ambos grupos de normas y las respectivas indemnizaciones; en realidad, la idea es más bien la de “*optar*” por una de las regulaciones que concurren ante el caso concreto, sea de manera alternativa e incluso sucesiva<sup>469</sup>.

<sup>467</sup> Mélich Orsini, José, El resarcimiento del daño moral en materia contractual y el problema del cúmulo de la responsabilidad contractual y extracontractual, en: AA.VV., *Indemnización de daños y perjuicios*, Caracas, Edit. Fabreton, 1999, pp. 83 ss., especialmente p. 94.

<sup>468</sup> A pesar de este planteamiento, Peirano Facio, citando a De Page, sostiene que ni el Derecho antiguo, ni durante todo el siglo XIX se planteó el problema de la responsabilidad civil extracontractual en el campo de los contratos, lo que demuestra que el reciente descubrimiento del problema no responde a una verdadera exigencia de los hechos, ya que si fuera así, sería necesario concluir que los grandes comentaristas del Derecho francés carecían de perspicacia jurídica. Ver: Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Temis, 3ª ed., 1981, p. 89. También Tamayo Jaramillo niega la posibilidad de la concurrencia, pues en su opinión, un mismo daño entre las mismas partes, no puede a la vez violar una obligación contractual y el deber general de no dañar. A veces, continúa al autor colombiano, hay daños que se producen con ocasión del contrato y parecería lógico pensar que ese daño es la vez contractual y extracontractual; sin embargo, no hay tal. Si el intérprete examina con cuidado la prestación contractual y su relación con el daño, necesariamente llegará a la conclusión de que el asunto es contractual o extracontractual, pero no los dos al mismo tiempo. El autor sólo admite dos casos en los que puede plantearse un problema de concurrencia, a saber, cuando el incumplimiento contractual configura un delito penal y en los casos de la acción del subadquirente contra el vendedor inicial. Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil...* ob. cit., T. I, p. 128.

<sup>469</sup> En tal sentido, Cavanillas Múgica y Tapia Fernández prefieren referirse a “*concurrencia no acumulativa de normas*”, de manera de evitar la confusión a la que puede conducir el término “*cúmulo*”. Ver: Cavanillas Múgica, Santiago e Isabel Tapia Fernández, *La concurrencia de responsabilidad contractual*

Autores como Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, al exponer las dos posibles interferencias que pueden producirse entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, diferencian claramente entre el supuesto de la opción, en el cual la víctima puede elegir libremente el tipo de responsabilidad civil sobre la cual fundará su acción; y el del cúmulo, entendido como la posibilidad de combinación<sup>470</sup>.

Una concepción errónea de la expresión “*cúmulo*” ha sido asumida en algunas decisiones por nuestros tribunales, los cuales, en ocasiones, han entendido que la concurrencia de responsabilidades brinda a la víctima “...*la posibilidad de acumular la responsabilidad civil contractual y la delictual contra el autor de un daño, entendida en el sentido de que éste responde ante la víctima tanto por vía contractual como por la delictual. El cúmulo es denominado también en la doctrina acumulación de responsabilidades, y para algunos autores como concurso acumulativo de responsabilidad...*” (Resaltado nuestro)<sup>471</sup>, lo cual conduciría a pensar en la posibilidad de una verdadera acumulación.

Esta manera de entender el problema de la concurrencia de responsabilidades, ha provocado que parte de la doctrina venezolana estime que la expresión “*cúmulo*” es equívoca, pues por cúmulo ha de entenderse el goce simultáneo de las ventajas de ambas acciones, esto es, la posibilidad de ejercer una sola acción invocando al mismo tiempo los principios de la responsabilidad contractual y los principios de la responsabilidad extracontractual. El agente, en ningún caso, es doblemente responsable. Para Benito Sansó, por ejemplo, resulta evidente que no puede admitirse una posibilidad semejante, ya que el actor no podrá valerse al mismo tiempo de las reglas de la responsabilidad contractual –la dispensa de la prueba– y las de la responsabilidad aquiliana –la solidaridad– por tal razón el autor prefiere referirse a “*concurso*”<sup>472</sup>. Nosotros, a los efectos de este estudio, hemos preferido, por las razones expuestas, las expresiones “*opción*” o “*conurrencia*”.

---

y extracontractual. *Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1995, p. 60.

<sup>470</sup> Malaurie, Phillipe, Laurent Aynès y Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, pp. 513-514.

<sup>471</sup> CSJ/SCC, Sent. 07/12/1988, en: JRG, T. CVI, pp. 487-488.

<sup>472</sup> Sansó, El problema del cúmulo..., ob. cit., pp. 22-23. Similar tesis sostiene Maduro Luyando: “*El ‘cúmulo de responsabilidades’ es una de las expresiones más infelices de la teoría general de las obligaciones. Literalmente da la idea de que se pueden acumular ambas responsabilidades, que el acreedor pueda intentar por un mismo hecho una acción por vía contractual y por vía extracontractual. En verdad no se trata de acumular ambas responsabilidades por un mismo hecho, sino de la posibilidad de elegir, ante el daño causado por culpa de una de las partes de un contrato, entre la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual*”. En: Maduro Luyando y Pittier Sucre, *Curso de obligaciones...*ob. cit., T. I, p. 207.

## 2. Concurrencia: admitirla o no admitirla

La respuesta al problema de la concurrencia de responsabilidades ha sido tradicionalmente vista desde dos perspectivas. En primer lugar, se encuentra la teoría de la no acumulación, denominación tomada de la clásica francesa “*non cumul*” y, en segundo término, encontramos a quienes admiten la posibilidad de que la víctima de un perjuicio susceptible de ser subsumido en la categoría de la responsabilidad civil contractual y en el de la extracontractual, pueda elegir el régimen que desea ver aplicado a su pretensión.

### a. La tesis del *non cumul* y los problemas de su aceptación

El rechazo a la concurrencia de responsabilidades encuentra a sus más feroces defensores dentro de la doctrina francesa<sup>473</sup>. Recuérdese la tajante afirmación de Josserand, quien, luego de plantearse si podrían “*yuxtaponerse o cumularse*” ambos tipos de responsabilidad, se responde que tal interrogante “*equivale a preguntarse si las partes contratantes son al mismo tiempo terceros... Las dos condiciones de partes contratantes y de terceros son inconciliables; desde el momento en que se entra en la primera categoría se sale de la segunda: el contratante no es un tercero y además un contratante, del mismo modo que un francés no es un extranjero y además un francés; no pueden sumarse cualidades contradictorias, que se excluyen recíprocamente; hay que elegir entre la una o la otra. La responsabilidad contractual excluye de pleno derecho la responsabilidad delictual*” (resaltado nuestro)<sup>474</sup>.

<sup>473</sup> Haciendo un breve recuento de la evolución a nivel de la jurisprudencia francesa, Díez-Picazo atribuye el gran peso de la tesis del *non cumul* a la obra de Aubry y Rau, profesores y consejeros de Casación, quienes asumieron y mejoraron la tesis de su maestro, Zachariae, quien contrario a lo que hasta ese momento había creído la doctrina francesa, estimaba que las normas sobre delitos y cuasidelitos eran totalmente extrañas a la culpa producida en la inejecución de un contrato. En tal sentido, Aubry y Rau expresaron que debía excluirse toda mezcla entre los dos tipos de responsabilidad civil, salvo en los casos en los cuales la inejecución del contrato fuese penalmente sancionada. Ver: Díez-Picazo, *Derecho de daños...*, ob. cit., p. 248. No deja de llamar la atención la conclusión a la que llega Martine en su célebre monografía sobre el problema de la concurrencia de responsabilidades. En opinión del profesor francés, “*Le développement de la responsabilité contractuelle et l’orientation de la jurisprudence contemporaine laissent espérer que les décisions conformes au non-cumul prévaudront de plus en plus*”. Ver: Martine, Edmond Noël, *L’option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. VI, 1957, p. 203.

<sup>474</sup> Josserand, Louis, *Derecho civil*, (Trad. S. Cunchillos y Manterola), Buenos Aires, EJE, 1950, T. II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones, p. 368. Tal criterio ha sido recogido, casi textualmente, por nuestros tribunales: “*En cuanto a que no se pueden ejercer conjuntamente la acción contractual y la extracontractual; ello no tiene discusión cuando se las intenta contra una misma persona pues las dos condiciones de parte contratante y de tercero son inconciliables; desde el momento en que se entra en la primera categoría se sale de la segunda: el contratante no es un tercero y además un contratante. No*

De tal manera, cuando entre las partes existe un contrato, sólo pueden aplicarse las normas que regulan la responsabilidad civil contractual, pues ellas, al celebrar su acuerdo, sólo quieren regular sus relaciones mediante las cláusulas del mismo, dentro de sus alcances y limitaciones y conforme a las normas legales que consagran la obligatoriedad para ellas de las cláusulas del contrato que hubiesen celebrado<sup>475</sup>, lo cual implicaría, tal como lo han entendido los Mazeaud, una tácita renuncia a la protección brindada por las normas sobre responsabilidad civil extracontractual<sup>476</sup>.

Justamente, dentro de la doctrina francesa, destaca la opinión de Laurent, para quien “*Appliquer la faute aquilienne aux obligations conventionnelles, c’est non-seulement violer le texte du code, c’est surtout méconnaître l’esprit de la loi. Grande est la différence, en ce qui concerne la responsabilité du débiteur, entre les conventions et les délits ou les quasi-délits*”<sup>477</sup>. No es posible que ambos tipos de responsabilidad se superpongan, de manera que no se admite que un mismo hecho pueda estar a la vez sometido a las normas sobre responsabilidad civil contractual y a las de responsabilidad civil extracontractual.

La prohibición parece provenir del propio legislador pues, en primer lugar, él no puede imponer simultáneamente, entre dos personas, dos diferentes deberes de respeto, dos niveles de protección de un mismo interés. La existencia de dos regulaciones quiere decir que, en realidad, existen dos supuestos de hecho diversos, no superpuestos, de manera que rechazar la concurrencia implicaría respetar la voluntad del legislador. En defensa de este fundamento, también se ha afirmado que admitir la posibilidad de aplicar en el seno de una relación contractual, las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, haría sobrar todas las normas establecidas por el legislador en materia de responsabilidad contractual. Finalmente, se argumenta que la seguridad jurídica exige el respeto a las categorías jurídicas, a los conceptos legalmente acuñados<sup>478</sup>.

De tal manera, responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual son instituciones distintas aunque complementarias, que no están directamente en concurrencia, ya que se aplican en ámbitos diferentes, pues la primera sanciona el incumplimiento de obligaciones contractuales y la

---

*pueden sumarse cualidades contradictorias que se excluyan recíprocamente. Hay que elegir entre la una o la otra; la responsabilidad contractual excluye de pleno derecho la delictual*” (resaltado nuestro). (DFMSC2, Sent. 13/10/1969, en: JRG, T. XXIII, p. 74).

<sup>475</sup> Maduro Luyando, *Curso de obligaciones...*, ob. cit., pp. 173-174.

<sup>476</sup> Mazeaud, Henri y Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho civil*, (Trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, EJE, 1960, Parte Segunda, Vol. II, p. 48.

<sup>477</sup> Laurent, *Principes de Droit civil français...*, ob. cit., T. 16, p. 293.

<sup>478</sup> Referencias tomadas de Cavanillas Múgica y Tapia Fernández, *La concurrencia de responsabilidad...*, ob. cit., pp. 61-62.

segunda la violación de normas jurídicas. Así, cada vez que se presente un caso de daño entre partes no unidas por un contrato, estaremos frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, con todo lo problemático que, en algunas ocasiones, pueda resultar la determinación de si se está o no, frente a una relación contractual. Piénsese, sobre todo, en la fase precontractual y en la determinación de la voluntad de las partes en relación con el valor de las tratativas, los *gentlemen's agreements*, los acuerdos de intención, etc.<sup>479</sup>.

Para esquivar estos casos difíciles y debido al afán de entender que un mismo hecho sólo puede naturalmente subsumirse en una sola de estas categorías, a nivel jurisprudencial, existen algunas obligaciones que han pasado a considerarse como contractuales a pesar de no estar expresamente incluidas en el contrato, piénsese, por ejemplo, en las obligaciones de seguridad o de información o advertencia<sup>480</sup>. Inclusión que no luce sobrenatural, si recordamos el contenido del artículo 1.160 de nuestro Código Civil, según el cual “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley*” (resaltado nuestro).

Esta tesis puede parecer algo rígida, mas sus defensores han argumentado, en su favor, que tal rigidez se ve recompensada por la notable versatilidad en el plano procesal, lo cual busca evitar, en palabras de Díez-Picazo, la conversión de la elección de la acción a ejercitar, en una especie de ordalía o juicio de Dios<sup>481</sup>. Semejante situación podría traer como consecuencia que la víctima elija, a su arbitrio, el régimen de la responsabilidad civil contractual o el de la responsabilidad civil extracontractual. Para quienes apoyan esta tesis, el régimen de la responsabilidad extracontractual, por ser de orden público, siempre tendrá aplicación preferente. Las normas en materia contractual serán aplicables para ampliar la protección a la víctima, mas no para reducirla<sup>482</sup>.

En general, es indudable que existe cierta tendencia doctrinaria hacia la improcedencia de la concurrencia de responsabilidades en los casos en que agente y víctima están vinculados mediante un contrato y el daño es causado con motivo del incumplimiento de una obligación derivada del mismo<sup>483</sup>.

<sup>479</sup> Pero incluso en los casos “*dudosos*”, en las “*zonas grises*”, Alpa recomienda no tomar partido por una solución drástica, e identificar los dos tipos diferentes de responsabilidad. Ver: Alpa, *Responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 29.

<sup>480</sup> Sin embargo, hay autores que consideran que las obligaciones de seguridad son obligaciones legales artificialmente conectadas al contrato por una “*forçage de la volonté*”. Ver: Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, *Les obligations...*, ob. cit., p. 513.

<sup>481</sup> Díez-Picazo, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1973, T. I, p. 251.

<sup>482</sup> Mélich Orsini, *El resarcimiento del daño moral...*, ob. cit., p. 94.

<sup>483</sup> CSJ/SCC, Sent, 07/12/1988, en: JRG, T. CVI p. 488.

Sin embargo, existen problemas que de inmediato revelarían la insuficiencia de esta tesis, es el caso de la intervención de terceros en la dinámica contractual. Tengamos en cuenta –tal como hemos afirmado *supra*– que hoy día, resulta un problema el mismo hecho de determinar, con relación a un contrato, quién es contratante y quién es tercero, esto debido a la complejidad de las modernas relaciones contractuales, las cuales, tal como lo ha expresado Viney, cada vez están menos encerradas en sí mismas, y cada vez son más enmarañadas<sup>484</sup>. Las dificultades aumentan cuando entre el tercero y la víctima no existe un contrato, pero tampoco puede decirse que sean totalmente extraños el uno al otro. Es lo que ocurre, según hemos admitido, cuando existe un grupo de contratos<sup>485</sup>.

#### b. Aceptar la concurrencia y sus consecuencias

Una segunda corriente admite la posibilidad de concurrencia. Esta tesis es asumida por parte de la doctrina y la jurisprudencia en los casos en que el daño experimentado por la víctima lo hubiese sido con ocasión o en correlación de un contrato, pero no cuando ha sido experimentado por una actuación del agente no contemplada o regulada en texto contractual<sup>486</sup>. Opinión a la cual nos adherimos, de manera que, si bien admitimos la procedencia de la concurrencia en algunos supuestos, hemos de estar atentos a que necesariamente el hecho ilícito se produzca afectando directamente el propio objeto de la obligación contenida en el contrato, provocando su incumplimiento. De lo contrario, no podría hablarse de concurrencia de responsabilidades.

El problema de la concurrencia sólo se presenta entonces entre partes que estén unidas por una relación contractual<sup>487</sup>. Pero debe además añadirse el hecho de que si uno de los contratantes causa un daño al otro y la causa generadora no constituye incumplimiento del contrato, tampoco se plantearía el problema<sup>488</sup>.

<sup>484</sup> Viney, *Traité de Droit civil...*, ob. cit., p. 437.

<sup>485</sup> El caso de los productos siempre ha sido emblemático de este tipo de fenómenos contractuales. La jurisprudencia francesa ha entendido que, ante un grupo de contratos, sólo habría responsabilidad contractual entre no contratantes en casos de transmisión de la propiedad de la cosa. Ver: Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, *Les obligations...*, ob. cit., pp. 517-518. Le Tourneau afirma que “*en caso de ventas sucesivas, el propietario actual que sufre por el defecto de un bien, puede actuar contractualmente no sólo contra cualquier vendedor, sino también contra no importa cual vendedor precedente hasta el importador o el fabricante*”. Ver: Le Tourneau, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 101.

<sup>486</sup> Maduro Luyando, *Curso de Derecho civil...*, ob. cit., pp. 174-175.

<sup>487</sup> “*Específicamente la cuestión del cúmulo se plantea entre contratantes. Cuando uno de ellos incumple una obligación derivada de un contrato, surge el problema de determinar si la víctima de tal incumplimiento puede demandar al causante del daño sólo por la vía contractual, o tanto por la responsabilidad contractual como por vía delictual*”. (CSJ/SCC, Sent. 07/12/1988, en: JRG, T. CVI, pp. 487-488).

<sup>488</sup> Sansó, *El problema del cúmulo...*, ob. cit., p. 23.

Así, ha de considerarse que el problema sólo se plantea en los casos en los cuales el hecho dañoso constituye la inejecución de la obligación que deriva del contrato<sup>489</sup>. En efecto, si uno de los contratantes ocasiona al otro un daño que, sin embargo, no esté en relación con el contrato y, por lo tanto, no constituye incumplimiento de la obligación contractual, no podremos hablar de concurrencia de responsabilidades, pues, en este caso, el hecho ilícito realizado por uno de los contratantes contra el otro dará lugar, de acuerdo con el artículo 1.185 del Código Civil, a una responsabilidad extracontractual independientemente de la existencia y de las vicisitudes del contrato.

Así lo dejó claro la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 17 de mayo de 2000, al afirmar que *“si el trabajador también demanda la indemnización de daños materiales por hecho ilícito del patrón causante del accidente o enfermedad profesional, el sentenciador para decidir la procedencia de dichas pretensiones, deberá aplicar la normativa del derecho común. Es decir, el trabajador que demande la indemnización de daños materiales superiores a los establecidos en las leyes especiales, deberá probar de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil, los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputa al patrón, criterio éste, mantenido por la Sala de Casación Civil, ratificado hoy por esta Sala de Casación Social”*<sup>490</sup>.

En tal sentido, la dificultad en la determinación de los casos en que estaríamos ante un supuesto de concurrencia, ha llevado a la doctrina a establecer ciertas condiciones de procedencia que, además de la existencia de regímenes jurídicos diferentes, pueden enumerarse como sigue: a) identidad del daño reclamado; b) identidad del autor del daño; y c) que las condiciones

<sup>489</sup> No siempre ha resultado tarea sencilla el determinar cuándo se está en presencia de la inejecución de un deber contractual. Se ha afirmado que debe determinarse la relación de causalidad entre el daño y el contrato, con las dificultades que ello comporta. Se agrega que si el daño es sobrevenido al contratante en condiciones idénticas a aquellas en las que un tercero habría sufrido el daño, se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, pero si el daño está vinculado a las obligaciones contractuales, pues la responsabilidad será contractual. Durry ha propuesto un criterio más sencillo, para él la responsabilidad debería ser contractual cuando la falta es cometida en la ejecución del contrato y cuando el daño tiene por objeto los bienes pertenecientes a los contratantes sobre los cuales se dé la ejecución del contrato. Ver: Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, *Les obligations...*, ob. cit., pp. 519-520.

<sup>490</sup> TSJ/SCS, Sent. N° 116, 17/05/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/a116-170500-99591.htm>. En sentido similar: *“Como corolario de todas las ideas anteriormente explanadas, considera la Sala que en el presente caso no debía hacer responsables a los bancos por un presunto hecho ilícito que nacería del artículo 1.185 del Código Civil, pues: 1) Existían varios contratos que vinculaban a las partes; y, 2) De la recurrida no aparece que la parte actora hubiese alegado –y probado– la existencia de un hecho ilícito paralelo al contrato que hubiese causado los presuntos daños reclamados. Por tal razón el juez de reenvío deberá sentenciar nuevamente la causa sin incurrir en el error anotado”*. (TSJ/SCC, Sent. N° 72, 05/02/2002, en: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scc/Febrero/RC-0072-050202-99973-99034.htm>).

de la responsabilidad contractual y la extracontractual se den simultáneamente respecto del mismo hecho<sup>491</sup>.

Igualmente –ha determinado la doctrina– para que funcione el sistema de la concurrencia de acciones extracontractuales con las contractuales, es necesario tener en cuenta ciertas precisiones conceptuales. En primer término, la opción procede si el incumplimiento del contrato se traduce en un hecho punible; en segundo lugar, si el hecho culpable no constituye delito, no puede revestir el acreedor o víctima el doble carácter; y, finalmente, aunque esté de por medio un contrato, si el hecho se ha cometido, no en forma de incumplimiento sino con ocasión de aquel contrato e independientemente de él, no cabe la responsabilidad aquiliana unida a la contractual<sup>492</sup>.

En definitiva, nuestra jurisprudencia ha llegado a admitir la concurrencia de responsabilidades afirmando que, la circunstancia de que medie una relación contractual entre las partes, no excluye que por el hecho ilícito de una de ellas, pueda causarse un daño a la otra<sup>493</sup>. Entre otras razones, nuestros tribunales han llegado a afirmar que los principios formativos del proceso –celeridad, economía y probidad– justifican la tesis de la admisibilidad de la concurrencia de responsabilidades, al punto que en un solo juicio se pueden deducir las responsabilidades contractual y aquiliana y con una sola actividad probatoria demostrar el hecho cuya ocurrencia acarrearía ambas responsabilidades y, por último, el debate también se desarrolla lealmente guiado por la verdad, tanto en lo que atañe al fondo de la controversia como al modo de llevarla, con iguales oportunidades para los contendientes de hacer valer sus derechos<sup>494</sup>.

<sup>491</sup> Mélich Orsini, El resarcimiento del daño moral..., ob. cit., pp. 100-101. El autor añade un cuarto requisito que exige que en los casos en que la víctima esté relacionada con la persona contra la cual se presenta la reclamación por un contrato, no debe resultar del mismo que las partes han pactado excluir la aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, el propio autor ha admitido antes el carácter de orden público de las disposiciones que regulan la responsabilidad civil extracontractual.

<sup>492</sup> Sansó, El problema del cúmulo..., ob. cit., p. 28. En este sentido: DFMIC1, Sent. 26/11/1965, en: JTR, Vol. XIII, p. 282.

<sup>493</sup> DFMSC8, Sent. 20/09/1983, en: JRG, T. LXXXIII, p. 103. En España, Lacruz Berdejo y otros autores han dejado claro que, en todo caso, ambos regímenes de responsabilidad están fundamentados en el principio de *neminem laedere*, principio capaz de ser matizado y aplicado diversamente por la Ley o por las partes. Así, incluso las lagunas que presenten las normas reguladoras de un tipo de responsabilidad, han de ser llenadas con las normas de la otra, “*pues el deber jurídico general cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito no queda eliminado porque la intervención contraria a derecho en la esfera jurídica de otro haya sido facilitada mediante un contrato*”. Ver: Lacruz Berdejo, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil, II Derecho de obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1999, 3ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Vol. I, Parte General, Doctrina General del Contrato, p. 168.

<sup>494</sup> CSJ/SCC, Sent. 13/08/1990, en: JPT/CSJ, agosto/septiembre 1990, pp. 167-168; CSJ/SPA, Sent. 11/03/1999, en: JPT/CSJ, marzo 1999, pp. 274-275. Resulta interesante una decisión de la extinta Corte

### 3. *La acción, la causa petendi y el principio iura novit curia*

Desde el punto de vista procesal, la admisión de la concurrencia genera importantes consecuencias que, en su mayoría, se relacionan con la manera de entender la naturaleza de la acción, por lo que es necesario hacer algunas precisiones. En tal sentido se ha admitido la existencia de dos tesis; para la primera, llamada de la pluralidad de causas, cada tipo de responsabilidad constituye una *causa petendi* diferente, pues este concepto procesal, no sólo contiene los hechos, sino también las normas sobre las cuales se fundamenta la acción; de manera que el demandante no podrá invocarlas ambas al mismo tiempo, sino una como subsidiaria de la otra, pues de lo contrario habría indebida acumulación de las pretensiones. En tal caso, el juez no podría, *motu proprio*, aplicar un régimen de responsabilidad civil diferente a aquel alegado por las partes, pues, en tales circunstancias, su sentencia estaría viciada de incongruencia. De tal planteamiento se deduce que si la víctima elige mal, calificando erróneamente el supuesto, verá sucumbir su pretensión ante los ojos del juez, que probablemente estará consciente de la mala elección y no podrá hacer nada al respecto<sup>495</sup>.

Esta tesis se corresponde con lo que la doctrina procesalista alemana ha denominado teoría de la individualización, según la cual lo decisivo para la formación del objeto procesal es, justamente, la individualización que ha de efectuar el demandante de los hechos en los correspondientes preceptos materiales, resultando fundamental la calificación jurídica de la relación material debatida; por tal razón, cualquier modificación de la calificación original entrañaría una mutación esencial de la demanda; igualmente, podría plantearse un simultáneo o posterior proceso sobre un mismo litigio si la calificación jurídica es diferente<sup>496</sup>.

La segunda tesis, por el contrario, propugna una unidad de acciones, en el sentido de que lo que constituiría la *causa petendi* no es tal o cual tipo de responsabilidad civil, sino más bien el hecho dañoso que da origen a la reclamación.

---

Suprema en la que afirma: “Debe quedar claro que esta Corte no está extendiendo la responsabilidad civil de los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil al incumplimiento o inexecución de un contrato sino que dejó establecido que el hecho ilícito, si bien no puede consistir en la ejecución de una cláusula contractual, si puede presentarse en caso de que una de las partes se aprovechare de una interpretación errónea de dicha cláusula para cometer un hecho ilícito extracontractual que produzca una consecuencia indemnizatoria”. CSJ/SCC, Sent. 09/08/1994, en: JPT/CSJ, agosto/septiembre 1994, pp. 92-93.

<sup>495</sup> En este sentido: Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil...*, ob. cit., T. I, pp. 121-123.

<sup>496</sup> Cortés Domínguez, Valentín, Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena, *Derecho procesal civil. Parte general*, Madrid, Colex, 5ª ed., 2003, pp. 124-125.

Los distintos tipos de responsabilidad civil sólo representan medios jurídicos que el legislador pone a disposición del demandante para que éste haga valer sus derechos. En este supuesto el juez sí podría, de oficio, aplicar el régimen de responsabilidad civil en el cual considere debe subsumirse el caso concreto, independientemente de que el demandante se haya equivocado en su referencia, haya omitido la norma aplicable o las haya invocado todas en común<sup>497</sup>. Esta postura se relaciona con la tesis alemana de la sustanciación, de acuerdo con la cual, la *causa petendi* no incluye la calificación jurídica; lo que conforma el objeto procesal son los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, con lo cual estaría vedada la posibilidad de intentar un litigio posterior argumentando una calificación jurídica diversa. El fundamento de la pretensión sería, entonces, el acontecimiento real, “*el estado de las cosas*” –*Sachverhalt*– con el cual el actor da fundamento a su petición, es decir, el conjunto de hechos al cual la norma material –*Tatbestand*– asocia el nacimiento de efectos jurídicos<sup>498</sup>.

En opinión de Guasp, sería erróneo creer que con la expresión “*causa petendi*” se designa a los motivos, las razones lógicas o jurídicas de la reclamación formulada. El fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya, no para justificarla, sino para acotarla, para limitar de modo exacto el trozo concreto de la realidad al que la pretensión se refiere<sup>499</sup>. El juez es entonces quien debe aportar la calificación jurídica, pero su libertad estaría limitada, por supuesto, a los casos en los cuales, de los hechos de la demanda, aparezca claramente que se cumplen los requisitos *de facto* indispensables para aplicar una determinada institución<sup>500</sup>.

Esta segunda teoría es seguida de cerca por la jurisprudencia alemana, específicamente suele citarse una decisión del *Reichsgericht* de fecha 13 de octubre de 1916, en la cual se adoptó la llamada concurrencia de normas –*Anspruchsnormenkonkurrenztheorie*–; así, las partes tienen la posibilidad de elegir su causa de pedir, pues la pretensión sigue siendo una: la reparación del daño<sup>501</sup>. De tal manera, se admite que sean las partes quienes aporten los hechos que

<sup>497</sup> Algunas referencias a estas tesis fueron tomadas de: Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil...*, ob. cit., T. I, pp. 121-123.

<sup>498</sup> Cortés Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 124-125.

<sup>499</sup> Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 4ª ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por P. Aragonese, 1998, T. I, Parte general y procesos declarativos y de jurisdicción ordinarios, p. 214.

<sup>500</sup> No podría en cambio el juez otorgar indemnización por un daño personal cuando lo que se está ejerciendo es la acción hereditaria, pues en tal caso habría un defecto en la legitimación en la causa. Ver: Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil...*, ob. cit., T. I, p. 123.

<sup>501</sup> Referencia tomada de Díez-Picazo, *Derecho de daños...*, ob. cit., p. 250.

fundamentan su pretensión y el juez, sobre la base de los principios *iura novit curia* y *da mini factum, dabo tibi ius*, deberá aportar el Derecho y con él, la calificación jurídica adecuada para la situación *de facto* expuesta por las partes, aplicando la norma correcta, para lo cual, en el caso de la responsabilidad civil, la especialidad jugaría un rol determinante<sup>502</sup>.

La tesis de la unidad de acciones parece ser la solución adoptada por la jurisprudencia venezolana, dentro de la cual, como ejemplo podríamos citar el caso 23-21 Oficina Técnica de Construcciones, C.A. contra Banco Unión, SACA y Banco Hipotecario Unido, resuelto por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo en fecha 5 de febrero de 2002. En esta decisión, la Sala estimó que, aunque las partes, e incluso el tribunal de instancia, hubieren invocado la violación del artículo 1.185 del Código Civil, afirmando la responsabilidad civil extracontractual de los demandados, lo correcto sería decidir sobre la base de las normas que regulan responsabilidad contractual, debido a la existencia comprobada de un vínculo convencional entre las partes<sup>503</sup>.

Preocupa sin embargo la salvaguarda de la congruencia de la sentencia que resultare de un proceso semejante. En tal sentido, en virtud del principio dispositivo y dada la naturaleza del proceso civil, el juez no puede aplicar otras normas que las correspondientes a los hechos alegados por las partes y que contemplen las consecuencias jurídicas por ellas pretendidas<sup>504</sup>. Impedir al juez semejante tarea sería dar al demandante una ventaja extraordinaria al permitirle calificar la acción según sus conveniencias y, a la vez, colocar al demandado en una posición de inferioridad al obligarlo a someterse a un litigio en los términos planteados unilateralmente por el demandante. Sin embargo, esta tesis fue adoptada por la entonces Corte Suprema de Justicia en el caso Hyundai, según analizaremos *infra*.

Para formular una conclusión al respecto, hemos de tomar las palabras de Santos Briz, quien luego de examinar los pro y los contra de la unidad o pluralidad del concepto de culpa, estima que puede sostenerse que el principio de la unidad debe seguirse partiendo de un concepto procesal de la acción, no confundible con su fundamentación en el Derecho sustantivo, de manera que el tribunal pueda variar la fundamentación dada por las partes a su acción,

<sup>502</sup> Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil...*, ob. cit., Vol. I, Parte General, Doctrina General del Contrato, p. 166. En sentido similar: Marín Castán, Francisco (Dir.), *El objeto del proceso civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, p. 512.

<sup>503</sup> En: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scc/Febrero/RC-0072-050202-99973-99034.htm>

<sup>504</sup> En este sentido: Montero Aroca, Juan, Manuel Ortells Ramos, Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Monton Redondo, *Derecho jurisdiccional, II, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 7ª ed., 1997, p. 279.

sin alterar la naturaleza ni la base fáctica de la acción procesal ejecutada. Sin embargo, el propio autor reconoce que la dificultad que originaría, en la práctica, una aplicación excesiva del principio de unidad de la culpa civil sería, precisamente, la delimitación con acierto y justicia del alcance de lo que puede denominarse “*cambio de los términos fundamentales de la acción*”, sin confundir el aspecto sustantivo de la misma con su aspecto procesal. Igualmente –entiende Santos Briz– la opción que la víctima tiene para elegir el fundamento de la acción también debe tener límites, es decir, sólo será posible cuando tal opción no prive a la contraparte del principio de contradicción consustancial al proceso civil, ni ello le prive de la tutela judicial efectiva, causándole una ilegal indefensión, por el hecho de haberse efectuado o intentado una mutación de los hechos constitutivos de la *causa petendi* que lleve consigo una alteración evidente del objeto litigioso<sup>505</sup>.

Finalmente, en relación con el ejercicio sucesivo de ambas acciones, desde la perspectiva del Derecho civil venezolano, Benito Sansó ha sostenido que tal ejercicio es posible, sea porque la primera acción haya sido rechazada, sea porque ésta no haya procurado a la víctima la reparación integral del daño sufrido. El ejercicio sucesivo de acciones –afirma Sansó– no contrasta con la autoridad de la cosa juzgada. La excepción de cosa juzgada no puede oponerse cuando se intenta la segunda acción, debido a la diversidad de causa de las dos acciones, la cual se deriva del diverso fundamento jurídico de éstas. Para que produzca efecto la cosa juzgada, es necesario que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa, que sea entre las mismas partes y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior (Art. 1.395,3 CCV). Para Sansó resulta evidente que el ejercicio sucesivo de las dos acciones de responsabilidad no podrá nunca permitir al actor obtener dos veces la reparación del mismo daño, pues al acreedor que haya obtenido completa satisfacción con la primera acción ejercida se le podrá oponer, si llegare a intentar la segunda, no ya la autoridad de la cosa juzgada, que no puede oponerse en tal caso dada la diversidad de las acciones por *causa petendi*, sino por la vía de la falta de interés en actuar. De esto se deduce que la víctima, que no ha obtenido con la acción contractual la reparación total del daño, puede intentar la acción aquiliana por el perjuicio no reparado. Mas si

<sup>505</sup> Santos Briz, Jaime, Unidad de concepto de la culpa civil, en: *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (Coord. L. Martínez-Calcerrada y Gómez), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, T. II, pp. 1643 ss., especialmente p. 1656. Ver también del mismo autor: Unidad del concepto de la culpa civil, en: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, (Coord., J.A. Moreno Martínez), Madrid, Dykinson, 2000, pp. 585 ss. En el mismo sentido: De Ángel Yáguez, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 36 ss.

admitimos que el juez puede calificar la acción por tratarse de una cuestión de Derecho, tal planteamiento de Sansó perdería sentido.

Lo que no sería posible, en opinión del profesor venezolano es intentar una sola acción que reúna las características y, naturalmente, las ventajas de las dos acciones derivadas del hecho lesivo, o que en curso del juicio, se formulen pretensiones basadas sobre una responsabilidad diversa de aquella en base a la cual ha sido intentada la acción<sup>506</sup>. La primera exclusión parece razonable, pues es esa la esencia del rechazo a la expresión “*cúmulo*” y la preferencia por el término “*conurrencia*”. Sin embargo, la segunda sería cuestionable, pues si admitimos que se trata de una cuestión de Derecho, lo que se verifica por la posibilidad que tiene el juez de cambiar la calificación del supuesto sobre la base del principio *iura novit curia*, no debería haber limitación desde el punto de vista procesal para que el Derecho sea traído a juicio en cualquier estado y grado del proceso.

---

<sup>506</sup> De acuerdo con el autor, a tal posibilidad no puede oponerse el principio romano *electa una via non datur recursus ad alteram*, adagio erradamente fundado en la presunción de que el actor, intentando una de las dos acciones de que dispone, renuncia a la otra: es evidente, en efecto, que las renunciaciones no se presumen, por lo que tal máxima, lejos de ser aplicada al caso en examen, no puede significar sino la prohibición de ejercer simultáneamente varias acciones que tengan la misma causa, mientras las dos acciones de responsabilidad, como ha sido demostrado precedentemente, tienen dos distintas *causae petendi*. Sansó, El problema del cúmulo..., ob. cit., p. 21.



## CAPÍTULO SEGUNDO

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### I. LA INTERNACIONALIDAD DEL SUPUESTO

#### A. Aspectos generales

A partir de la superación de la tesis normativista del Derecho internacional privado, y de la aceptación del cambio de perspectiva propuesto por Savigny<sup>507</sup>, se ha entendido que el objeto del Derecho internacional privado es la llamada relación jurídica internacional, cuya principal característica es la internacionalidad. La constatación de tal internacionalidad puede llevarse a cabo

---

<sup>507</sup> Recordemos que en el tomo VIII de su *Sistema de Derecho romano actual*, Savigny partió de la distinción entre los derechos propios de la persona humana y los derechos propios de las manifestaciones externas de su actividad. El autor afirmó que cada relación jurídica debe ser juzgada según el Derecho al cual pertenece por su “*propia naturaleza*”, en el cual tenga su “*asiento*” (*Sitz*). De tal manera, propuso buscar a cada relación su sede, su centro de gravedad, su localización (Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho romano actual* [Trad. J. Mesía y M. Poley], Madrid, F. Góngora y Cía., 2ª ed., 1879, T. 8º de la ed. alemana, 6º de la española, pp. 136-140). Este cambio motivó que gran parte de la doctrina, siguiendo el término acuñado por Neuhaus, se refiera a Savigny como el causante de un “*giro copernicano*” en la metodología del Derecho internacional privado. Así: Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 2ª reimp. de la 4ª ed., 1982, Vol. I, T. I, Introducción y Fuentes, p. 272; González Campos, Julio, El paradigma de la norma de conflicto multilateral, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, Vol. IV, pp. 5239 ss., especialmente p. 5250; Espinar Vicente, José María, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Monografías Civitas, 1997, p. 66; Juenger, Friedrich, How do you rate a century? en: *Willamette.L.Rev.*, 2001, Vol. 37:1, 89 ss., especialmente p. 91.

a través de dos puntos de vista diferentes; así, la consideración del elemento de extranjería configura la tesis jurídica; y, al lado de ésta, se ha propuesto el criterio económico<sup>508</sup>.

Bien, tradicionalmente, la internacionalidad de una relación ha sido apreciada sobre la base del concepto de elemento de extranjería, definido como aquel que pone en contacto a la relación con ordenamientos jurídicos distintos del vigente en el Estado del juez<sup>509</sup>. Sin embargo, en la caracterización de ese elemento de extranjería no ha habido unanimidad.

Ya puede calificarse como clásica la discusión que se ha dado en el marco del Derecho español, a partir de la opinión de Carrillo Salcedo, para quien no todo elemento extranjero es capaz de convertir a una relación en internacional. En su opinión, “...lo que realmente importa es el hecho de que los elementos vivos del supuesto estén repartidos en el espacio, dispersos entre varios ordenamientos jurídicos, conectados geográficamente con el extranjero; en suma, el que la finalidad social de los hechos reclame una reglamentación social que corresponda a esa internacionalización. Si el señor Dupont, por ejemplo, turista francés en España, adquiere una botella de vino de Jerez en Granada, no creo que nadie pueda seriamente pensar en la existencia de una relación de tráfico externo por el mero hecho de la nacionalidad francesa de una de las partes”<sup>510</sup>.

En sentido similar se pronuncia Pérez Vera, en cuya opinión, aunque el ejemplo del profesor Carrillo Salcedo no constituye una compraventa internacional, “...es obvio que si del consumo de esa botella en Francia se derivan graves daños al consumidor como consecuencia de una adulteración del producto, estaríamos ante un ejemplo de responsabilidad extracontractual cuya regulación correspondería al Derecho internacional privado...”<sup>511</sup>.

Sin embargo, los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo critican tal ejemplo afirmando que “La nacionalidad de una de las partes no sólo es un elemento de extranjería, sino que su relevancia es innegable. De hecho al art. 10.5.º C.c. contempla la conexión ‘nacionalidad’ para determinar la

<sup>508</sup> Ver este sentido: Romero, Fabiola, Derecho aplicable al contrato internacional, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, FCJPUCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, T. I, pp. 203 ss., especialmente pp. 212-213.

<sup>509</sup> Sobre este punto ver: Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, FCJPUCV, 2004, Serie Trabajos de Grado N° 2, pp. 12-23 y la bibliografía allí citada.

<sup>510</sup> Carrillo Salcedo, Juan A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1976, p. 42.

<sup>511</sup> Pérez Vera, Elisa y otros, *Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª ed., 2000, p. 23.

*ley aplicable a los contratos*<sup>512</sup>. *Lo que ocurre es que la compraventa del Sr. Dupont... (es), sencillamente, irrelevante desde el punto de vista jurídico, por su escasa entidad económica...*<sup>513</sup>.

Es evidente que la discusión se centra en la necesidad de relevancia o no del elemento de extranjería. Al respecto es conveniente tener en cuenta que la concepción tradicional, imperante desde la antigüedad hasta la etapa estatutaria de nuestra disciplina, hizo hincapié en el aspecto subjetivo, es decir, en la persona del extranjero; recuérdese en este sentido la función del *Praetor peregrinus*, autoridad llamada a resolver los conflictos en que intervenían los extranjeros pertenecientes a territorios no calificados como enemigos. A partir del siglo XIX comenzó a sostenerse que el elemento de extranjería podía encontrarse, no sólo en el sujeto de la relación jurídica, sino también en su objeto.

Hoy día, en efecto, no se discute su naturaleza objetiva o subjetiva<sup>514</sup>, pues aceptada la necesidad de dispersión de los elementos de la relación jurídica en dos o más ordenamientos<sup>515</sup>, se sigue pensando en la relevancia de tales elementos.

En un primer momento podríamos pensar que, en todo caso, sería relevante el elemento de extranjería que coincidiese con el factor de conexión de la norma de conflicto del foro, por ser el considerado idóneo o “*relevante*” por el legislador para identificar la relación de tráfico jurídico externo. Se capitaliza aquí la función del legislador pues es él quien crea el problema de Derecho internacional privado en sentido estricto, al decidir considerar los elementos de extranjería presentes en el supuesto, de tal manera que sean capaces de poner en funcionamiento su propio sistema de Derecho internacional privado.

Sin embargo, no creemos que la relevancia del elemento de extranjería sea algo que pueda evaluarse *a priori*, es decir, cualquier elemento de extranjería debe poner en funcionamiento el sistema de Derecho internacional privado y,

<sup>512</sup> Debe considerarse que este artículo del Código Civil español ha sido reformado en el siguiente sentido: “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la Ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto la Ley nacional común de las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común y, en último término, la Ley del lugar de celebración del contrato*” (Resaltado nuestro).

<sup>513</sup> Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1993, p. 49.

<sup>514</sup> El elemento de extranjería tendría naturaleza objetiva en el caso de la ubicación de los bienes, la celebración de los actos, la ejecución de un contrato, etc. Será subjetiva en el caso de la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual, etc.

<sup>515</sup> Tal parece ser la opinión del profesor Bonnemaïson, al afirmar que “*Toda cuestión de hecho jurídicamente regulable, contentiva de algún elemento extranjero –y su respectiva solución– se inscribe dentro del objeto del Derecho internacional privado*”. Ver: Bonnemaïson, José Luis, *Derecho internacional privado*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 3ª reimp., 1997, p. 26.

una vez activado el sistema, el resultado confirmará o desechará el elemento de extranjería presente en el caso concreto. En efecto, Romero, refiriéndose a los contratos, entiende que según el criterio jurídico, la presencia de un elemento extranjero en el contrato, constituye una presunción a favor de la calificación del mismo como internacional, “*pero ello no implica una caracterización definitiva*”<sup>516</sup>.

Desde luego, esta idea implica cierto carácter negativo, pues sería doméstica toda relación cuyos elementos no se conecten con ordenamientos jurídicos extranjeros; en caso contrario estaremos frente a una relación internacional. Podemos apreciar esta tesis en el Preámbulo de los Principios Unidroit, pues aunque estos no acogen expresamente ninguno de los criterios adoptados por las legislaciones estatales o internacionales, tales como el hecho de que el establecimiento o la residencia habitual de las partes se encuentre en Estados diferentes, o que el contrato tenga estrechas relaciones con más de un Estado, o que implique la elección entre los Derechos de Estados diversos o, incluso, que afecte los intereses del comercio internacional, ha de entenderse que el contrato puede ser calificado como nacional sólo cuando el mismo no involucre ningún elemento internacional, es decir, cuando todos los elementos del contrato en cuestión están vinculados con un único Estado<sup>517</sup>.

Esto, por supuesto, no descarta que para determinar el ámbito de aplicación de un tratado internacional, el mismo imponga un catálogo de elementos de extranjería que el propio tratado considere relevantes. Por ejemplo, algunas convenciones hacen depender la internacionalidad del elemento domicilio o, en su caso, de la residencia habitual de las partes interesadas, en Estados diferentes<sup>518</sup>.

Ahora bien, el elemento de extranjería es, en esencia, relativo y susceptible de modulación<sup>519</sup>. Su relatividad puede apreciarse desde el punto de vista de su

<sup>516</sup> Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit., p. 212.

<sup>517</sup> Unidroit, *Unidroit principles...*, ob. cit., p. 2.

<sup>518</sup> Es el caso de los artículos 1 de las Convenciones Interamericanas sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores (CIDIP-III, La Paz 1984) y sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP-IV, Montevideo 1989), ninguna de las cuales ha sido ratificada por Venezuela. Igualmente la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrita en 1993 y cuya Ley aprobatoria fue publicada en la G.O. 36.060 de fecha 08/10/1996, contiene una norma, en su artículo 2,1, que limita el ámbito de aplicación de la Convención a las adopciones en las que “... un niño con residencia habitual en un Estado contratante (‘el Estado de origen’) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (‘el Estado de recepción’) bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción...”.

<sup>519</sup> Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Thomson, Civitas, 3ª ed., 2004, p. 28.

función identificadora y desde la perspectiva de su función normativa. En relación con su función identificadora, e independientemente de la discusión sobre la necesidad o no de su relevancia, la importancia del elemento de extranjería para identificar los supuestos de tráfico jurídico externo, ha ido decreciendo y ello se aprecia en la tendencia a aplicar las soluciones propias del Derecho internacional privado a los casos domésticos, con el objetivo de modernizar el Derecho interno. Es el caso de la Ley austriaca de 28 de julio de 1991 que autoriza la aplicación del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 sobre contratos de transporte terrestre internacional de mercaderías, a los supuestos internos.

Igualmente, algunos autores admiten la posibilidad de internacionalizar un supuesto interno a través de la elección por las partes de un Derecho extranjero o de una jurisdicción diferente de aquella en la cual se localizan los elementos del supuesto. Suele citarse<sup>520</sup>, en este sentido, el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (1980)<sup>521</sup> el cual dispone, en su artículo 3,3, que *“La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un Tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’”*<sup>522</sup>.

También se ha sostenido que la función de esta disposición es evitar que las partes evadan las disposiciones imperativas del Derecho interno con el cual está conectada la relación contractual, a través de la elección de un Derecho extranjero, el cual se aplicará en tanto constituye una expresión de la autonomía de la voluntad y no como tal Derecho extranjero<sup>523</sup>. Sin embargo, luego de

<sup>520</sup> Stoffel afirma que, justamente la elección de un Derecho extranjero, comporta conflicto de leyes. Ver: Stoffel, Walter A., *Le rapport juridique international*, en: *Conflicts et harmonisation / Kollision und Vereinheitlichung / Conflicts and harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg, Suisse, Éditions universitaires, 1990, pp. 421 ss., especialmente p. 434.

<sup>521</sup> DOCE N° L 266 de 09/10/1980. En: [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_conv\\_orig\\_es.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_es.htm)

<sup>522</sup> *“Esta solución constituye el resultado de una transacción entre dos orientaciones fuertemente opuestas dentro del Grupo: por una parte el deseo de determinados expertos de limitar la libertad de elección de las partes establecida en este artículo mediante una restricción encaminada a precisar que la elección de una Ley extranjera no será suficiente en sí misma para permitir la aplicación de dicha Ley si la situación en el momento de la elección no implicaba otro elemento de extranjería, y por otra, la preocupación expresada por otros expertos, en particular los británicos, de que tal restricción pudiera entorpecer excesivamente la libertad de las partes incluso en situaciones en que su elección parece justificada, realizada de buena fe y destinada a satisfacer intereses dignos de protección... El Grupo reconoció la legitimidad de la preocupación que acaba de mencionarse, si bien mantuvo el principio de que la elección por las partes de una ley extranjera, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de la elección en un solo país, no deberá contravenir las disposiciones imperativas de la ley de dicho país”*. Ver: Giuliano, M. y P. Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en: *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992, pp. 1 ss., especialmente p. 11.

<sup>523</sup> Véase en este sentido: Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit., pp. 311-312.

afirmar que este Convenio se aplica exclusivamente a relaciones contractuales internacionales, es decir, aquellas en las que concurran uno o varios elementos de extranjería, sean cuales sean dichos elementos y con independencia de su naturaleza, intensidad o relevancia, Calvo Caravaca y Carrascosa González afirman que si los contratantes eligen un Derecho extranjero para regir un contrato “*puramente nacional*”, ya existe un elemento de extranjería: la elección de un Derecho extranjero<sup>524</sup>.

A pesar de las discusiones que ha generado esta norma entre la doctrina europea, el Reglamento N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, también conocido como Roma II<sup>525</sup>, establece una disposición con idéntico espíritu en su artículo 14,2, en los siguientes términos: “*Cuando en el momento en el que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya Ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la Ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo*”.

Además, la propia norma extiende el problema al ámbito comunitario al disponer, en su tercer apartado, que “*Cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una Ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*”.

También como favorable a la posibilidad de internacionalizar el supuesto a través del uso de la voluntad de las partes, suele citarse, en el ámbito procesal, el Convenio europeo relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 1968), sustituido por el Reglamento 44/2001<sup>526</sup>, el cual, al no contener limitación alguna en relación con los casos domésticos, permite que estos puedan ser sometidos a una jurisdicción extranjera. Semejante conclusión es extraída del contenido del artículo 17, según el cual “*Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o*

<sup>524</sup> Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Curso de contratación internacional...*, ob. cit., pp. 61-62.

<sup>525</sup> DOUE, N° L 199, 31/07/2007, en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2007/1\\_199/1\\_19920070731es00400049.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2007/1_199/1_19920070731es00400049.pdf)

<sup>526</sup> Aprobado el 22/12/2000, publicado en el DOCE N° L 012 de 16/01/2001, pp. 0001-0023. Véase en: [http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1989/es\\_489A0535.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1989/es_489A0535.html)

*los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes...”.*

Frente a esta tesis, se han levantado voces alegando que la autonomía de las partes no basta para internacionalizar una relación interna, ni siquiera en materia de contratos, área en la que el juego de la autonomía conflictual queda condicionado a la internacionalidad del supuesto<sup>527</sup>.

Al lado de toda esta discusión teórica, la práctica en nuestros tribunales ha demostrado que situaciones conectadas con más de un ordenamiento jurídico son resueltas al margen del sistema de Derecho internacional privado<sup>528</sup>.

En relación con la función normativa, es decir, con la manera en que el legislador concibe su propio sistema de Derecho internacional privado, el elemento de extranjería incide en la forma en que ese sistema reacciona jurídicamente ante el caso concreto. La regulación de los distintos supuestos de tráfico jurídico externo será diferente a tenor de la naturaleza del elemento extranjero contenido en la relación, de la intensidad de la extranjería de dicho elemento y de la importancia del elemento en el contexto de la relación jurídica de que se trate<sup>529</sup>.

Recordemos en este sentido la clasificación de las relaciones jurídicas propuesta por Jitta, quien hace referencia a relaciones nacionales, absolutamente internacionales y relativamente internacionales<sup>530</sup>. Igualmente, dentro de la doctrina española suele encontrarse referencias al grado de homogeneidad o heterogeneidad de las relaciones dependiendo, en todo caso, de la intensidad del elemento de extranjería<sup>531</sup>, lo cual influiría, indudablemente, en la configuración de las soluciones positivas. No es justo, se ha afirmado, tratar supuestos con diferentes grados de heterogeneidad de igual manera, pero la especialización excesiva de las normas de conflicto podría vulnerar, indudablemente, la previsibilidad de los resultados<sup>532</sup>.

<sup>527</sup> Pérez Vera y otros, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 23.

<sup>528</sup> Esta falta de consideración de las normas de Derecho internacional privado en la práctica, no es exclusiva de nuestro país y así lo reseña también la doctrina extranjera. Véase en este sentido: Álvarez González, Santiago, Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa, en: *RDP*, 1995, N° 718, pp. 768 ss., especialmente p. 775; Deby-Gérard, France, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, p. 7.

<sup>529</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 3ª ed., 2002, Vol. I, p. 19.

<sup>530</sup> Jitta, Daniel Josephus, *Método de Derecho internacional privado*, (Trad. J.F. Prida), Madrid, Edit. La España Moderna, s/f, p. 35.

<sup>531</sup> Álvarez González, Objeto del Derecho internacional privado..., ob. cit., pp. 776-777.

<sup>532</sup> *Ibid.*, p. 781.

A pesar de las diferentes opiniones en torno a la caracterización y necesidad de relevancia del elemento de extranjería, los diversos sistemas de Derecho internacional privado suelen referirse, sin más, a contactos de la relación con ordenamientos extranjeros. Pocos son los sistemas estatales que se ocupan de especificaciones al respecto<sup>533</sup>. Llama no obstante la atención el artículo 826 del Código Civil de la República Socialista de Vietnam al disponer que “*Se entiende por relaciones civiles con elementos de extranjería en este Código a aquella relación en la cual una de las partes de la misma es una persona natural o jurídica extranjera; o como aquella relación cuyos fundamentos de existencia, modificación o extinción ocurren en un país extranjero; o como aquella relación cuyo contenido involucra un bien situado en un país extranjero*”.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, es necesario determinar si el elemento de extranjería debe ser acreditado por las partes o si puede ser aportado de oficio por el juez. En principio, es perfectamente posible que sean las propias partes quienes traigan elementos de convicción al proceso, en relación con los contactos de la relación con ordenamientos jurídicos extranjeros, pero tampoco habría inconveniente en que el juez los aportase de oficio. El hecho de que se trate de un elemento jurídico y no meramente fáctico, que constituye el presupuesto de actuación del sistema de Derecho internacional privado; el carácter imperativo de las normas que componen el sistema de Derecho internacional privado<sup>534</sup>; y, el hecho de que la aplicación de dicho sistema no dependa de la actitud procesal de las partes, suelen citarse como argumentos a favor de la determinación de oficio de los elementos de extranjería<sup>535</sup>.

<sup>533</sup> El artículo 2.047 del Código Civil peruano se refiere a “...relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros...”; el artículo 1 de la Ley polaca a “...relaciones internacionales de personas y bienes...”; el artículo 1 de la Ley austriaca a “...situaciones con elementos extranjeros...”; el § 1 del Decreto-Ley húngaro, más específico, dispone que tal instrumento será aplicable cuando “...una persona, bienes o un derecho extranjero (en adelante denominados elementos extranjeros) desempeñan un rol en las relaciones de derecho civil, de derecho de familia o de derecho del trabajo y cuando la ley de varios Estados puede ser aplicada...”; la Ley yugoslava, en su artículo 1, se refiere expresamente al mal llamado “...conflicto de leyes...”; el artículo 3 de la Ley de introducción al Código Civil alemán designa el Derecho aplicable cuando un caso presente algún “...elemento que lo ponga en contacto con un ordenamiento jurídico extranjero”; el artículo 1 de la Ley suiza hace referencia simplemente a la “...materia internacional...”; el Código Civil de Louisiana hace referencia en su artículo 14 a los “...casos que tengan contactos con otros Estados”; la Ley italiana por su parte se limita a indicar, en su artículo 1, su ámbito de aplicación señalando: “La presente ley determina el ámbito de la jurisdicción, señala criterios para la determinación del derecho aplicable y regula la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros”; y la Ley que contiene el Código de Derecho internacional privado Belga se refiere en su artículo 1 a “...situación internacional...”.

<sup>534</sup> Ver al respecto: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 55-67.

<sup>535</sup> En este sentido: Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., Vol. I, pp. 18-19.

Consideremos, en este sentido, la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley federal austriaca sobre Derecho Internacional Privado. Tal norma obliga al juez a constatar las “...*condiciones fácticas y jurídicas que establecen conexión con un orden jurídico determinado...*”, salvo en los supuestos en que se admite la autonomía de la voluntad. De esta manera se condiciona la intervención de las partes en el proceso de determinación de los posibles elementos de extranjería presentes en las relaciones de tráfico jurídico externo.

Tengamos finalmente en cuenta que la existencia de un elemento de extranjería no es la única forma de calificar a una relación como internacional. La perspectiva económica también puede entrar en juego. En efecto, es posible calificar una relación como internacional recurriendo a un criterio económico, cuyo origen se ubica en las decisiones de la *Cour de Cassation*<sup>536</sup>. Así, al afirmar que el contrato será internacional, de acuerdo con el criterio económico, cuando éste entraña un doble movimiento de flujo y reflujo de un país a otro o cuando el contrato excede el marco de la economía interna, poniendo el juego los intereses del comercio internacional, Fabiola Romero cita un sentencia de 1927 en la que se recurrió a tal criterio para definir un pago como internacional<sup>537</sup>.

En el ámbito del arbitraje, Chillón Medina y Merino Merchán afirman que el criterio económico incide en la naturaleza específica de la relación que vincula a las partes, más que en los elementos de conexión a actos determinados. Se trata de un criterio globalizador y objetivo, aunque impreciso y de difícil interpretación y calificación. Así, será internacional la relación conectada con el comercio internacional. Tal visión –en opinión de los propios autores– engloba tanto el aspecto positivo (operaciones de comercio internacional en sentido amplio) como el negativo, que es su consecuencia directa (aquel en que todas

<sup>536</sup> El Código de Procedimiento Civil francés recoge esta tesis al disponer, en su artículo 1.492, que “*Es internacional el arbitraje que afecta a los intereses del comercio internacional*”. Igualmente, durante las discusiones de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, se pretendió incluir este criterio, mas se prefirió el criterio jurídico del lugar en que se dicte el laudo, dejando en libertad a los Estados para aplicar la Convención a aquellos laudos que “*no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución*”.

<sup>537</sup> Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit., p. 213. Se trató del célebre caso Pélissier du Besset. Un inglés dio en arrendamiento, a un francés, un inmueble ubicado en Argel –territorio ocupado por Francia hasta 1962. En el contrato se estipuló que el alquiler sería pagado en libras esterlinas en Londres o en Argel, a elección del arrendador. Así, el procurador Matter sostuvo que en este caso no se produjo entrada de mercancías o moneda a territorio inglés; por lo que, en su opinión, se trataba de una operación local que debía ser sometida a las normas imperativas francesas. Las diferentes nacionalidades no hacen que el contrato sea calificado como internacional, es necesario que se produzca un “*movimiento de flujo y reflujo a través de las fronteras*” y consecuencias recíprocas en dichos países. Reseña tomada en: Dos Santos P., Olga María, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Valencia, FCJPUCV, Vadell Hermanos Editores, 2000, p. 2.

las conexiones no se vinculan a un solo ordenamiento). Ahora bien, las operaciones de comercio internacional se han caracterizado, tradicionalmente, por ser movimientos de bienes, servicios o monedas a través de las fronteras. Mas el problema de la determinación de lo que se entiende por comercio internacional persiste<sup>538</sup>.

Calvo Caravaca y Carrascosa González entienden que, en todo caso, es la actitud de las partes la que internacionaliza económicamente el contrato. Tal actitud puede, de dos maneras, crear una *international stream of commerce* y, con ello, internacionalizar el contrato. La primera forma es mediante la publicidad previa que incita a contratar y que está dirigida a un concreto mercado; y, la segunda, tiene que ver con la oferta de contrato dirigida concretamente a empresas de un Estado determinado<sup>539</sup>.

## B. El carácter naturalmente internacional del servicio

La evolución del Derecho internacional privado también ha hecho evolucionar la relación internacional que determina su objeto. En efecto, las relaciones jurídicas internacionales han dejado de ser esporádicas para convertirse en cotidianas, de ellas participan tanto personas físicas como jurídicas, estas últimas revistiendo las más variadas formas, desde la sociedad tradicional hasta la novedosa *joint venture*. Incluso los Estados y las organizaciones internacionales han pasado a integrar el entramado del intercambio comercial internacional. Los constantes movimientos migratorios, el turismo masivo, pero sobre todo la “*globalización*”, incluyendo la integración económica y las nuevas fuentes de intercambio de bienes y servicios, exigen una respuesta más adecuada del Derecho internacional privado que no se limite, como en un principio, a la reglamentación de las relaciones internacionales como fenómenos aislados, extraños y poco frecuentes<sup>540</sup>.

<sup>538</sup> Chillón Medina, José María y José Fernando Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1991, pp. 437-438.

<sup>539</sup> Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Curso de contratación internacional...*, ob. cit., p. 78.

<sup>540</sup> Calvo Caravaca y Carrascosa González atribuyen la expansión de las situaciones privadas internacionales al incremento de los movimientos internacionales de trabajadores; a los desplazamientos derivados de la sociedad del ocio; y, finalmente, a la globalización de estas situaciones. Tal globalización se observa desde el punto de vista económico, debido a la mundialización de la economía y a la caída de las barreras económicas, y desde el punto de vista social, pues la proliferación de la información a escala planetaria y el progreso tecnológico imparable hacen que se produzca una importación de modelos de vida lejanos, incrementando las adopciones internacionales basadas en modelos no nacionales, como la adopción revocable, simple, *kalafa*, poligamia, divorcios por contrato, matrimonios consensuales, etc. Ver: Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., Vol. I, pp. 21-22.

La internacionalización de las relaciones humanas no deja ilesos a los servicios. Ilustrativas parecen, en este sentido, las palabras de Plantey: “*La ciencia es un fenómeno universal: en los sectores más diversos, la alta tecnología es transnacional. La comunicación, la cultura, la información así como la televisión se internacionalizan. Los grandes proyectos financieros y técnicos poseen casi todos una dimensión multinacional. No hay contrato de desarrollo que no considere proveedores, bancos, seguros, ingenieros, pero también compradores y clientes de varios países. Ningún país en progreso puede evitar la globalización progresiva de los asuntos financieros, comerciales, económicos y técnicos a través del mundo. Las leyes que van a dominar el próximo siglo serán las de la solidaridad económica entre las naciones; pero también de emulación extremada en sus aparatos de producción y servicios*”<sup>541</sup>.

Podría incluso afirmarse que el servicio ha determinado, de alguna manera, el desarrollo del comercio internacional. En efecto, “*a major development in cross-border commercial transactions is the expansion in the size and types of services being sold*”<sup>542</sup>. Las operaciones más comunes tienen que ver con la construcción y la ingeniería, también pueden mencionarse los servicios financieros, el procesamiento de datos y los servicios de asesoría o consulta. Sin embargo, a pesar del reconocimiento del carácter naturalmente internacional del servicio, hay un detalle que debe llamar nuestra atención. Con frecuencia –y así lo reconocen Schwamm y Merciai– los servicios deben ser consumidos en el lugar de su producción, pues tal como hemos afirmado en el Primer Capítulo de este trabajo, la intangibilidad del servicio hace que éste no pueda transportarse ni almacenarse. Pero las empresas recurren, como parte de su estrategia comercial, a diversos métodos para asegurar la prestación de servicios a distancia y más allá de las fronteras nacionales<sup>543</sup>.

Este carácter internacional puede derivar, justamente, en mayor protección para el consumidor. Por ejemplo, Sheppard estima, considerando la escueta regulación chilena en materia de consumo, que aun frente a un panorama de silencio legislativo, el empresario ha de estar alerta, pues en este mundo cada

<sup>541</sup> Plantey, Alain, El arbitraje internacional en un mundo en cambio, en: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, abril 1995, Suplemento Especial, El arbitraje comercial internacional, pp. 7 ss., especialmente p. 7.

<sup>542</sup> DiMatteo, Larry, *The Law of international contracting*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 253. En sentido similar se pronuncia Fox, para quien “*the sale of services across national borders is becoming increasingly common*”. Ver también: Fox, William F., *International commercial agreements a primer on drafting, negotiating and resolving disputes*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 3ª ed., 1998, pp. 72-73.

<sup>543</sup> Schwamm y Merciai, *Les entreprises multinationales et les services...*, ob. cit., p. 35.

vez más globalizado, las empresas tanto chilenas como foráneas suelen dirigir sus productos y servicios a múltiples mercados del exterior, por lo cual los sistemas legales a que éste estará expuesto también se multiplican<sup>544</sup>.

La oficina de representantes de Estados Unidos para cuestiones comerciales distingue cinco métodos para la prestación internacional de servicios. En primer lugar, se mencionan las transacciones de país a país, lo cual comprende, aunque no de manera exclusiva, la transmisión de voz, imagen (video), datos y otras informaciones, además del transporte de personas y bienes de Estado a Estado; en segundo lugar están los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual de tecnología u otros servicios (patentes, marcas, concesiones, libros, derechos de radiodifusión y grabación); en tercer lugar, se mencionan los viajes de consumidores individuales que volverán al Estado de origen (servicios prestados a turistas no residentes, a estudiantes o, en medicina, a pacientes); en cuarto lugar se ubican los viajes de productores individuales que volverán al Estado de origen (servicios prestados a clientes extranjeros por consultores, ingenieros, abogados, etc.); y, finalmente, se mencionan las ventas de servicios, lo cual incluye, contabilidad, publicidad, seguros, prestados por intermedio de filiales o sucursales.

Schwamm y Merciai –de quienes hemos tomado esta referencia<sup>545</sup>– estiman que en la primera categoría, la prestación se hace internacional por el desplazamiento de medios de transporte o por transmisiones electrónicas. En el movimiento de bienes o personas cada unidad de transporte constituye, en sí, el servicio. En la segunda categoría se puede igualmente considerar que los servicios prestados son las transacciones de país a país, en el sentido de que hay transmisión internacional en forma inmateral, a través de relaciones jurídicas. En los servicios de la tercera y la cuarta categorías se observa que las personas han de volver de un Estado a otro antes de poder producir o consumir el servicio. La quinta categoría difiere de las anteriores en que la producción final de la filial extranjera puede comportar elementos producidos no sólo por esa filial, sino también por la sociedad madre. En tal caso, el elemento proveniente de la sociedad madre representa la parte internacional de la prestación.

López Escudero coincide, en parte con esta clasificación. En su opinión, la residencia del suministrador y del prestador de servicios en Estados diversos,

<sup>544</sup> Sheppard, Hale, La internacionalidad de los mercados, la responsabilidad objetiva y la comercialización de productos defectuosos provenientes de Chile, en: *Revista de Derecho Privado* (Universidad de Concepción), julio-diciembre, 1999, N° 206, año LXVII, pp. 43 ss.

<sup>545</sup> Referencia tomada en: Schwamm y Merciai, *Les entreprises multinationales et les services...*, ob. cit., pp. 35-36.

podría generar el desplazamiento de la persona o el servicio, lo cual determinaría el carácter internacional de la relación. Sobre la base de tal apreciación, el autor entiende que hay servicios que no requieren interacción productor/consumidor, caso en el cual lo que se desplaza es el objeto del servicio (comunicaciones, informática, algunos servicios financieros). En ciertos casos, este tipo de prestación de servicios puede asemejarse al comercio de mercaderías. Mas también hay servicios que sí requieren el desplazamiento físico del suministrador, del receptor, o de ambos, como ocurre con la construcción –se desplaza el suministrador–, el turismo –se desplaza el receptor– o la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la publicidad –la movilidad puede ser recíproca<sup>546</sup>.

En todo caso, dos son los fenómenos económicos que se citan como causas de la internacionalización del servicio: el intercambio de servicios y la inversión en los servicios. En el primer supuesto se consideran los movimientos transfronterizos de servicios, de manera que el valor de los mismos es producido de un lado de la frontera y luego transferido al otro. La inversión, por su parte, se da cuando entes extranjeros prestan servicios que son, en gran parte, producidos en el Estado receptor. Por último, pero no por ello menos importante, tengamos en cuenta que la prestación internacional de servicios es fuertemente estimulada por el desarrollo de la tecnología de la información; la circulación transfronteriza de datos fomenta la intercambiabilidad de los servicios y contribuye a facilitar y a hacer más beneficiosas las operaciones internacionales de servicios que dependen de la prestación de los mismos<sup>547</sup>.

## C. El sistema venezolano y la internacionalidad de las relaciones

### 1. Relaciones paritarias

Para calificar la prestación de servicios como internacional, desde la perspectiva del sistema venezolano de Derecho internacional privado, hemos de considerar la naturaleza generalmente contractual del servicio, lo cual nos obliga a evaluar la internacionalidad del contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Mas no debemos dejar de analizar el tema desde la óptica extracontractual, pues tal como sostuvimos en el Primer Capítulo de este Trabajo, aunque poco frecuentes, en el marco de los servicios pueden darse también relaciones al margen del contrato.

<sup>546</sup> López Escudero, *El comercio internacional...*, ob. cit., pp. 25-26.

<sup>547</sup> Schwamm y Merciai, *Les entreprises multinationales et les services...*, ob. cit., p. 37.

Dentro del sistema venezolano, el Derecho positivo se ha inclinado por la admisión del criterio jurídico para la determinación de la internacionalidad del supuesto<sup>548</sup>; mientras que jurisprudencialmente se ha aceptado el criterio económico.

Siguiendo el orden de prelación de las fuentes consagrado en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>549</sup>, en relación con las fuentes convencionales, la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>550</sup>, en su artículo 1, se refiere a “...situaciones vinculadas con Derecho extranjero...”, sin limitar el tipo de vínculos que deben unir a la relación con un ordenamiento jurídico extranjero, por lo que debemos entender que puede tratarse tanto de lazos objetivos como subjetivos, sin que se exija en ellos relevancia alguna. Evidentemente, por tratarse de un instrumento de aplicación general, el mismo puede determinar la internacionalidad de relaciones tanto contractuales como extracontractuales, en orden a la determinación de su ámbito de aplicación.

Ahora bien, específicamente en materia contractual, el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>551</sup> dispone que tal instrumento “*determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales*”, y de acuerdo con el propio artículo, “*Se entenderá*

<sup>548</sup> Dentro de la jurisprudencia venezolana también se ha aceptado este criterio jurídico y, en tal sentido, encontramos decisiones que repiten que el sistema de Derecho internacional privado deberá activarse debido a la presencia de elementos de extranjería relevantes, sin detenerse a definir lo que ha de entenderse por tales (TSJ/SPA, Sent. N° 00627, 23/03/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00627%20230300%2014895.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 01363, 13/06/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01363-130600-15348%20.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 02872, 29/11/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02872-291101-01-0325.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 00586, 22/04/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00586-220403-2003-0151.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 04541, 22/06/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04541-220605-2001-0245.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 05980, 19/10/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05980-191005-2005-1023-1.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 02699, 29/11/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02699-291106-2003-0152.htm>). Además, están aquellas decisiones que enumeran algunos elementos de extranjería (TSJ/SPA, Sent. N° 00158, 01/02/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00158-010206-2005-5660-1.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 00567, 02/03/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00567-020306-2005-5521.htm>).

<sup>549</sup> G.O. N° 36.511, 06/08/1998. Vigencia, 06/02/1999. LDIPV, Art. 1: “*Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados*”.

<sup>550</sup> Suscrita en el marco de la CIDIP II, Montevideo 1979 y cuya Ley aprobatoria fue publicada en la G.O. N° 33.252 de fecha 26/06/1985.

<sup>551</sup> Suscrita durante la CIDIP-V, México 1994, ratificada por Venezuela y publicada en la G.O. Ext. N° 4.974 del 22/09/1995.

que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”<sup>552</sup>. De tal manera, en el ámbito de aplicación de esta Convención, para calificar al contrato como internacional, los elementos de extranjería deben ser relevantes y como tales se consideran, dentro de los elementos subjetivos, la residencia habitual –en el caso de las personas físicas– o el establecimiento –en el caso de las personas jurídicas–; por su parte, los elementos objetivos no están limitados por el texto normativo, de manera que podría tratarse del lugar de celebración o de ejecución, por ejemplo. Así, no podría decirse que, en el ámbito de esta Convención, un contrato entre personas de nacionalidades diversas –y con todos los demás elementos objetivos y subjetivos localizados en un solo Estado– pueda ser calificado como internacional<sup>553</sup>.

Por lo que respecta al sistema interno, la Ley de Derecho Internacional Privado –aplicable, por supuesto, tanto a relaciones contractuales como extra-contractuales– establece, en su artículo 1, además del sistema de fuentes, el ámbito de su aplicación, el cual estará limitado a los “...supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros...”. La Ley tampoco califica el tipo de contactos que la relación pueda tener con sistemas foráneos, por lo que hemos entendido que cualquier elemento de extranjería presente en la misma, hace que ésta sea considerada como internacional<sup>554</sup>. De esta manera, el carácter internacional del servicio, prestado dentro o al margen de un contrato, dependerá de cualquier contacto que el mismo presente con ordenamientos jurídicos extranjeros, sin que se exija la relevancia de tal vinculación.

<sup>552</sup> Haciéndose eco de la opinión de Pommier, Maekelt estima que resulta especialmente importante semejante determinación de los criterios de interpretación, pues así se evita el riesgo de la calificación errónea de la internacionalidad de un contrato por las partes y se ofrecen elementos coadyuvantes para la labor del juez. Ver: Maekelt, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: *Dimensão Internacional do Directo. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, (Coord. P. Borba Casella), Sao Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss., especialmente p. 281. Ver también: Pommier, Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et Loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, pp. 141-147.

<sup>553</sup> Este criterio ha sido aceptado por nuestro Alto Tribunal, afirmando que los contratos se ubican en el campo del Derecho internacional privado cuando las partes que se obligan tienen sus domicilios en Estados diferentes; se celebran en un Estado y los efectos deben cumplirse en otro o, cuando las partes son de un mismo Estado y celebran el contrato en otro país, lo que conlleva a realizar un estudio para determinar el Derecho aplicable en caso que surgiera un conflicto. Sin embargo, en este caso se evidencia que ambas partes están domiciliadas en Venezuela y, que tanto el lugar de celebración del contrato como el lugar de ejecución de las obligaciones se ubican en territorio de la República, razón por la cual no existe un factor foráneo que imponga considerar el asunto a la luz del Derecho internacional privado. Ver: TSJ/SPA, Sent. N° 01892, 10/10/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01892-101000-11258.htm>

<sup>554</sup> Es la opinión que hemos sostenido en: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 22.

Sin embargo, como las demás disposiciones de la Ley sólo hacen referencia a ciertas categorías jurídicas sin mencionar la necesidad de que éstas tengan carácter internacional, se han generado ciertos inconvenientes. Por ejemplo, el artículo 29 de la Ley dispone que “*Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes*”, formulación que plantea la posibilidad de aplicar un Derecho extranjero a los contratos puramente domésticos. Mas pensamos que tal norma no debe ser interpretada aisladamente, sino en concordancia con el artículo 1 *eiusdem*, a fin de afirmar su aplicabilidad cuando se trate de relaciones contractuales que tengan contacto con otros ordenamientos jurídicos diferentes del venezolano<sup>555</sup>.

En efecto, no podría afirmarse, en el marco del sistema venezolano, que la elección de un Derecho extranjero pueda internacionalizar al contrato. Sólo si tal elección se considerase como un elemento objetivo podría admitirse semejante posibilidad. Mas si entendemos que para ejercer la autonomía conflictual es necesario que se trate de un contrato internacional, hemos de desechar tal idea<sup>556</sup>.

Igual consideración podemos hacer, *mutatis mutandis*, en relación con el artículo 32 de la Ley referido a los hechos ilícitos, de acuerdo con el cual “*Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito*”.

Por su parte, el criterio económico fue aceptado por la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 9 de

<sup>555</sup> Giral Pimentel, sobre la base de la Exposición de Motivos de la Ley, entiende que debido a que las normas en materia de contratos contenidas en la misma están inspiradas en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ha de entenderse que las obligaciones convencionales a que se refiere el artículo 29 de la Ley son los contratos internacionales a que hace referencia la Convención, lo cual refiere la necesidad de relevancia en los elementos de extranjería presentes en el contrato. Ver: Giral Pimentel, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, EJV, 1999, Colección Estudios Jurídicos N° 71, pp. 77-78.

<sup>556</sup> En sentido similar Hernández-Breton ha sostenido que “*Por contacto objetivo debe entenderse cualquier vinculación del contrato con un Estado-Parte no derivado de la condición misma de los contratantes, por ejemplo, lugar de celebración, lugar de cumplimiento del contrato, lugar de ubicación del bien objeto del contrato, y sin que la sola declaración subjetiva o elección del Derecho aplicable por las partes contratantes sea suficiente para atribuir ‘objetivamente’ la internacionalidad al contrato respectivo*”. Ver: Hernández-Breton, Eugenio, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional, en: *AHLADI*, 2005, N° 17, pp. 11 ss., especialmente pp. 17-18. En efecto, cuando el propio autor, comentando el artículo 1 de la Convención de México, refiere los elementos de extranjería que provocarían la calificación del contrato como internacional, afirma que la sola declaración subjetiva o elección del Derecho aplicable por las partes contratantes no es suficiente “*para atribuir ‘objetivamente’ la internacionalidad al contrato respectivo*”. Ver: Hernández-Breton, Eugenio, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*, (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, ACPS, 2007, p. 82.

octubre de 1997<sup>557</sup>. En tal decisión, la Sala discutió la naturaleza internacional de un contrato, como requisito de admisibilidad de una cláusula de sumisión a arbitraje en el extranjero y, luego de desechar la aplicación de los criterios recogidos por el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales –comentados *supra*– ni de manera directa, por no estar vigente entre los Estados involucrados, ni como principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado, afirmó:

*“...se ha señalado que la introducción de criterios económicos facilitaría la determinación de la noción de contrato internacional. Esta materia no sólo presenta problemas de tipo jurídico, sino que afecta al comercio mundial. Las experiencias recientes en Francia y en los Estados Unidos de América señalan que los tribunales en esos países, al construir el concepto de contratos internacionales, han sido influidos por consideraciones jurídicas y económicas que escapan de las fronteras del Derecho Internacional Privado. En cuanto a las consideraciones jurídicas, los precedentes franceses indican que, si bien la nacionalidad de las partes es relevante, la misma no es, sin embargo, el factor determinante en la caracterización del contrato como ‘internacional’. Lo determinante es el objeto o materia del contrato. Por ello, (...) un contrato celebrado en Francia entre franceses será internacional siempre que interese al comercio internacional...”*

*En el caso objeto de regulación de jurisdicción encontramos que se trata de contratos suscritos por una parte, entre compañías venezolanas, y por la otra, una compañía anónima constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América y domiciliada en Venezuela, que adoptó la figura de sociedad anónima conforme a las leyes venezolanas, para ser cumplidos en Venezuela y suscritos en el extranjero, en Purchase, Estado de Nueva York, Estados Unidos de América y que en vista de su objeto y del renombre mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela tiene forzosa incidencia en el comercio internacional”.*

Destaca de esta sentencia la admisión de criterios amplios para calificar una relación como internacional. Así, el sentenciador afirma que *“...la opinión mayoritaria indica que el carácter internacional del acuerdo debe ser establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio,*

---

<sup>557</sup> El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: Hernández-Breton, Eugenio, Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola, en: *RFCJPUCV*, 1998, N° 109, pp. 141 ss.

*lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios). Recomienda la doctrina que todos esos criterios no sean utilizados de manera excluyente, sino que se usen según sean útiles. Se recomienda una interpretación amplia de la noción en cuestión...”.*

## 2. Relaciones de consumo

En materia de Derecho de consumo, no debemos dejar de mencionar los trabajos preparatorios de la VII Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, cuya agenda incluye la adopción de normas de Derecho internacional privado sobre protección al consumidor<sup>558</sup>.

En tal sentido hay algunos papeles de trabajo que resultan de nuestro interés<sup>559</sup>. Así, en primer lugar hemos de mencionar el artículo 6 de la Propuesta uruguaya para una Convención Interamericana sobre Protección Internacional del Consumidor –Ley Aplicable y Jurisdicción Competente–<sup>560</sup>, de acuerdo con el cual “*Habrá relación internacional de consumo toda vez que el consumidor y el proveedor tengan su domicilio en Estados diferentes o en casos en que no obstante estar domiciliados ambos en un mismo Estado, el servicio es prestado o el producto es proveído en Estado distinto del domicilio común*”.

A contactos similares hace referencia la propuesta brasileña de Convención Interamericana de Derecho internacional privado aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo<sup>561</sup>. Tal instrumento, aunque no contiene una norma general que defina las relaciones internacionales de consumo, en la disposición que determina el Derecho aplicable (Art. 2), entiende que puede haber relaciones –específicamente contractuales– con un consumidor estando éste fuera de su domicilio o estando en su domicilio. En el segundo caso se incluyen contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono.

<sup>558</sup> “*O novo Direito internacional privado está cada vez mais voltado para a proteção dos mais fracos, inclusive dos consumidores. A proteção internacional do consumidor é hoje um dos temas mais atuais do Direito internacional privado, seja pela crescente influência da nova legislação, seja pela banalização do consumo internacional*”. Ver: Lima Marques, Cláudia, O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior, en: *DeCita*, 04.2005, pp. 261 ss., especialmente pp. 261-262.

<sup>559</sup> Todos pueden verse en: [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_home.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm)

<sup>560</sup> [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_proteccionalconsumidor\\_jurisdiccion\\_uruguay\\_18abril2006.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_jurisdiccion_uruguay_18abril2006.htm)

<sup>561</sup> OEA/Ser.G CP/CAJP-2094/03 add. 3-a, 17/12/2004. En: [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_propuestabrasil.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_propuestabrasil.htm)

Finalmente, debemos referir el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, aprobado en el marco del Mercosur<sup>562</sup>. Al definir su ámbito de aplicación, este instrumento normativo establece, en su artículo 2, que el mismo “*se aplicará a las relaciones de consumo que vinculen a los proveedores y consumidores: a) con domicilios en diferentes Estados partes del Tratado de Asunción; b) con domicilio en un mismo Estado parte y la prestación característica de la relación de consumo se realizare en otro Estado parte*”.

Llama la atención, de esta norma, su referencia a la tan criticada noción de “*prestación característica*”. Esta figura, utilizada por el Convenio de Roma para determinar el Derecho aplicable al contrato con relación al cual las partes no han elegido el Derecho aplicable, ha sido definida por Giuliano y Lagarde como aquella “*por la que se debe el pago*”<sup>563</sup>, de manera que el pago de una cantidad de dinero en un contrato con obligaciones bilaterales no es una prestación característica. Desde luego, en los contratos con obligaciones unilaterales, la prestación característica es la realizada por el único obligado. En el caso que nos ocupa será entonces el servicio el considerado como la prestación característica<sup>564</sup>, de manera que, en aplicación de la norma comentada, la relación será internacional, aunque proveedor y usuario estén domiciliados en el mismo Estado, si el servicio es prestado en un Estado diferente.

Sin embargo, si la contraprestación del servicio no es la entrega de una cantidad de dinero, sino un hacer o, incluso, un no hacer, el problema de la determinación de la prestación característica persiste. Calvo Caravaca y Carrascosa González reseñan dos posibles respuestas. La primera tiene que ver con la llamada “*lucha por la prestación característica*”, de manera que trata de determinarse cuál de las prestaciones es la más importante –la más característica. Esta tesis, propuesta en principio por Jessurun D’Oliveira, implica la consideración de criterios tales como la mayor onerosidad de la prestación o la causa y finalidad del contrato. La segunda tesis tiene que ver con la concepción que, Giuliano y Lagarde tienen del artículo 4,2 del Convenio de Roma<sup>565</sup>, en el sentido de que el mismo sólo sería aplicable a los casos de contratos de intercambio

<sup>562</sup> MERCOSUR/CMC/DEC N° 10/96, XI CMC – Fortaleza, 17/12/1996. En: [http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Decisiones/ES/Dec\\_010\\_096\\_PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_010_096_PDF)

<sup>563</sup> Giuliano y Lagarde, Informe..., ob. cit., p. 12. Jessurun D’Oliveira estima, sin embargo, que el resultado alcanzado mediante esta presunción se aparta de la actual realidad económica, básicamente monetaria, en la que la prestación dineraria, frente al desarrollo de la actividad, tiene gran importancia. Citado en: Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 179.

<sup>564</sup> En efecto –ya lo hemos reconocido *supra*–, el hacer es la “*prestación característica*” en el contrato de servicios. Ver: Vaquero Pinto, *El arrendamiento de servicios...*, ob. cit., p. 37, nota 87.

<sup>565</sup> Giuliano y Lagarde, Informe..., ob. cit., p. 12.

simple de cosa o actividad por dinero. En los demás casos habrá de recurrirse al principio de proximidad consagrado en el artículo 4,5 *eiusdem*<sup>566</sup>.

#### **D. El servicio de carácter internacional y los problemas propios del Derecho internacional privado**

Una vez determinado el carácter internacional de la relación de servicios, sea porque la misma tiene elementos que la conectan con ordenamientos jurídicos extranjeros, los cuales –salvo los casos de aplicación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales– no tienen que ser relevantes, o bien porque, de alguna manera, la relación tiene influencia en la corriente del comercio internacional, entra en juego el sistema de Derecho internacional privado.

En tal sentido, el operador jurídico deberá determinar la jurisdicción competente y el Derecho aplicable. Tal afirmación luce sencilla, mas hay que considerar algunos aspectos importantes antes de entrar en materia. En efecto, antes de llegar a la norma que indicará si nuestros tribunales tienen jurisdicción, el juez debe emprender un proceso de calificación, operación que posiblemente repetirá cuando se adentre en el terreno de la determinación del Derecho aplicable. En el caso específico de los servicios, ante el juez se plantean dos posibilidades, de manera que puede tratarse de una relación contractual o extracontractual. Recordemos –y a ello volveremos con detalle– que en materia de jurisdicción, a pesar de que algunos criterios en el sistema venezolano son perfectamente aplicables tanto a relaciones contractuales como extrancontractuales, otros en cambio requieren, fatalmente, una operación previa de calificación. En materia de Derecho aplicable, por su parte, la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual es, tradicionalmente, regida por el Derecho aplicable al contrato, mientras que la responsabilidad civil extracontractual está sujeta a la *Lex loci delicti commissi*.

Consideremos igualmente que las normas de Derecho internacional privado del sistema venezolano en materia de responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios están, por lo general, diseñadas para ser aplicadas a los servicios prestados de manera paritaria, es decir, entre partes cuyas posiciones económica y jurídica están en equilibrio; sin embargo, cuando el servicio es prestado a un consumidor final, el Derecho de consumo se hace presente para

<sup>566</sup> Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Curso de contratación internacional...*, ob. cit., p. 73.

brindar protección al débil jurídico. Así, los foros de protección y las normas de aplicación necesaria o inmediata deben entrar en juego.

## II. UN PUNTO PREVIO: EL PROBLEMA DE LAS CALIFICACIONES

### A. Las calificaciones en el Derecho internacional privado venezolano

Para nadie es secreto que el problema de la calificación es uno de los más intrincados de todo el Derecho internacional privado. Así lo reconoce la propia Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en su Exposición de Motivos, al referirse a las calificaciones como “*la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho internacional privado*”<sup>567</sup>. En materia de responsabilidad civil la cuestión de las calificaciones se complica aún más, por la dificultad que supone, además de la elección entre los clásicos métodos para resolver el asunto, la necesidad de delimitar dos áreas del ordenamiento jurídico que ni siquiera el Derecho interno ha logrado deslindar claramente: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

En tal sentido, en materia de servicio podemos diferenciar varios supuestos. Así, hay casos en los cuales resulta claro que nos encontramos ante un contrato válido incumplido o cumplido de manera defectuosa; y también hay supuestos de daños producidos entre personas que no han estado previamente unidas por una relación contractual. Sin embargo, resultan de mayor interés aquellos supuestos que se ubican en una especie de zona gris en la cual las esferas de regulación de uno y otro tipo de responsabilidad parecen superponerse, obligando al operador jurídico a determinar si puede ubicar el supuesto en una sola categoría jurídica o tendrá que pronunciarse sobre la procedencia o rechazo de la concurrencia de responsabilidades, hipótesis esta última a la que volveremos más adelante.

Hemos de considerar, antes de adentrarnos en el problema, que tradicionalmente el proceso de calificación se ha entendido como unido al funcionamiento de la norma de conflicto, mas no debe descartarse su necesaria intervención a la hora de seleccionar, interpretar y aplicar la norma sobre jurisdicción. Por tal

---

<sup>567</sup> Ver texto en: Maekelt, Tatiana y otros, *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, ACPS, 5ª ed. actualizada, 2009, p. 59.

razón, aunque la mayoría de las referencias doctrinales se inclina en un primer sentido, nosotros consideraremos en este estudio ambos supuestos.

Ahora bien, el sistema venezolano dispone de una regla general en materia de calificaciones, contenida en el artículo 6 del Tratado de Derecho internacional privado, mejor conocido como Código Bustamante<sup>568</sup>. De acuerdo con la citada norma ha de recurrirse, salvo disposición en contrario, a los criterios materiales del Derecho del juez<sup>569</sup>. Solución que se ve reforzada por una norma especial en materia de obligaciones, de acuerdo con la cual “*El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la Ley territorial*” (Art. 163 CB)<sup>570</sup>. El propio Bustamante justifica esta salida afirmando que desde un punto de vista general, el concepto y la determinación y definición de las diversas especies de obligaciones son cuestiones de “*orden público internacional*”, lo cual se compadece con la definición de los diversos tipos de normas incluida por Bustamante en el artículo 3 del Código<sup>571</sup>.

Por su parte, ni la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>572</sup>, ni la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana<sup>573</sup> dan directrices generales al juez para resolver el problema de las calificaciones. La idea fue no atarlo de manos con las soluciones tradicionales en esta materia; es decir, no se buscó obligarlo a calificar exclusivamente con los

<sup>568</sup> Suscrito en La Habana, Cuba en 1928 y ratificado por Venezuela, su Ley Aprobatoria fue promulgada el 23/12/1931. Depósito del instrumento de ratificación el 12/03/1932. Publicado en G.O. de fecha 09/04/1932.

<sup>569</sup> CB, Art. 6 “*En todos los casos no previstos por este Código cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3º*”.

<sup>570</sup> Comentando esta norma, Haroldo Valladão afirmó: “*A solução para o direito das coisas é geralmente aceita, enquanto para o das obrigações deverá entrar na regra geral, da lex fori interpretada genérica e comparativamente, como primeira solução, e a seguir da lex causae, definitiva*”. Ver: Valladão, Haroldo, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, S.A., 1977, Vol. II, pp. 188-189.

<sup>571</sup> “*Recientemente se ha sostenido que eso depende de su calificación y no de las reglas de enlace entre las relaciones jurídicas y la Ley; pero esta distinción nos parece más de forma que de esencia. En realidad se trata siempre de determinar la Ley aplicable en razón de la competencia del legislador, y la calificación toca más bien a la circunstancia interior y no internacional de colocar cada relación jurídica dentro de un grupo determinado*”. Luego de esta afirmación, Bustamante se limita a parafrasear el contenido del artículo 163 del Código. Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3ª ed., 1947, T. II, pp. 170-171.

<sup>572</sup> Según confiesa Tatiana Maekelt, el silencio de la Convención responde al deseo de dar mayor libertad al juez y debe ser interpretado como una tendencia favorable a la calificación autónoma. Ver: Maekelt, Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, ACPS, 2005, p. 292.

<sup>573</sup> Esta vez el silencio obedece al deseo de dejar el desarrollo de la institución de las calificaciones en manos de la doctrina y la jurisprudencia. Ver: Maekelt, Tatiana, Antecedentes y Metodología del Proyecto. Parte General del Derecho Internacional Privado, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, BACPS, 1998, Serie Eventos N° 11, pp. 15 ss., especialmente p. 25.

criterios materiales de la Ley del foro, ni de acuerdo a los criterios imperantes en el ordenamiento jurídico presumiblemente aplicable a la relación jurídica, con las dificultades que apareja una y otra solución<sup>574</sup>. Mas no podemos obviar que la codificación interamericana en general, y la propia Ley venezolana, muestran cierta tendencia a la consagración de calificaciones autónomas<sup>575</sup>.

Recordemos, en todo caso, que la expresión calificación comporta tres procesos plenamente diferenciados<sup>576</sup>. En primer término, la expresión calificación suele utilizarse para referir la delimitación de la competencia normativa llevada a cabo por el juez, es decir, se entiende como aquel proceso mediante el cual el operador jurídico determina la naturaleza del caso concreto que ha de analizar para subsumirlo dentro del supuesto de hecho de una determinada norma jurídica. En segundo lugar, suele usarse el término calificación también para referir lo que de manera más adecuada ha de denominarse “*interpretación*” de los elementos de la norma, especialmente de los factores de conexión y de los criterios atributivos de jurisdicción<sup>577</sup>. En tercer lugar, este término puede designar el proceso mediante el cual, una vez determinado el Derecho aplicable, el juez habrá de atender a los propios criterios de éste en orden a la

<sup>574</sup> Es la opinión que hemos sostenido en: Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana, en: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 107 ss., especialmente pp. 133-134.

<sup>575</sup> Ver, entre otros tratados, las Convenciones Interamericanas sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (Art. 2), sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado (Arts. 4 y 5), sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Art. 1), sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (Art. 2), sobre Restitución Internacional de Menores (Arts. 2, 3 y 4), sobre Obligaciones Alimentarias (Art. 2), sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (Art. 1), sobre Tráfico Internacional de Menores (Art. 2) y, sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Art. 1). LDIPV, Arts. 11 (domicilio de las personas físicas) y 20, en su aparte único (lugar de constitución de las personas jurídicas).

<sup>576</sup> Un excelente análisis de estos procesos, sus soluciones y efectos, puede verse en: Sansó, Benito, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la Ley extranjera aplicable, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, FDUCV, 1967, pp. 677 ss.

<sup>577</sup> Para Emilio Betti, la interpretación jurídica es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a las normas jurídicas; mientras que la calificación implica verificar si, y en qué medida, el supuesto de hecho concreto corresponde al tipo legal en el que se subsume y de encontrar en él los rasgos relevantes para su tratamiento jurídico. Ver: Betti, *Interpretación de la Ley...*, ob. cit., pp. 95 y 102. Ver también: Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., Vol. I, pp. 224-225. Dentro de la doctrina venezolana, Haydée Barrios estima que “*no debe tampoco identificarse la interpretación con la calificación, si bien resulta comprensible la confusión debido a lo estrechamente vinculados que se encuentran ambos conceptos. La calificación es la operación lógica mediante la cual determinamos si un particular supuesto de la vida real corresponde y puede, en consecuencia, ser subsumido al tipo legal o supuesto de hecho de una determinada norma, a fin de regular la situación mediante la previsión contenida en dicha norma*”. Ver: Barrios, La interpretación del contrato..., ob. cit., p. 26.

interpretación de sus disposiciones<sup>578</sup>. Este tercer proceso sí parece exclusivamente conectado con las normas de conflicto y una de sus consecuencias, la aplicación del Derecho extranjero.

De estos tres procesos, es el tercero del que parece haberse ocupado en mayor medida el legislador venezolano. Así, en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado se ha establecido que “*El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo*”<sup>579</sup>. También el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado ordena “*aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable*”<sup>580</sup>.

Una lógica interpretación de nuestro sistema de Derecho internacional privado nos conduce a entender que la primera aproximación a la naturaleza de la relación concreta, con lo cual se determina la norma competente, ha de llevarse a cabo necesariamente de conformidad con los criterios materiales consagrados por el Derecho del juez<sup>581</sup>. No hay otra manera de llegar al Derecho aplicable, o

<sup>578</sup> Recuérdese que entre las consecuencias sistemáticas de la aplicación del Derecho extranjero como tal Derecho extranjero, Alfonsín refiere, justamente, que la calificación y la interpretación dependerán del propio Derecho extranjero. Sin embargo, el autor entiende que la calificación de la relación conforme al Derecho extranjero aplicable, no debe confundirse “*con la que tiene por fin escoger la norma de derecho privado internacional aplicable a la relación*”. Ver: Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho privado internacional. Introducción. Elaboración del Derecho privado internacional. Funcionamiento del Derecho privado internacional*, Montevideo, Ediciones Idea, 1982, pp. 496 (nota 5) y 498.

<sup>579</sup> “...it is incontestable that the hill of Rules does contain a regulation on the problem of characterization in Article 2 regardless of how simple it may be. This is the conclusion to be drawn from the reference to the problem of characterization contained in the Statement of Purposes of the Bill”. Ver: Hernández-Breton, Eugenio, An attempt to regulate the problem of “characterization” in private international law, en: *Sonderdruck aus der Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 331 ss., especialmente p. 336. Guerra Hernández, por su parte, ha afirmado que “...del contenido del artículo 2 puede deducirse la posibilidad de calificar según el ordenamiento jurídico extranjero”. Ver: Guerra Hernández, Víctor Hugo, La aplicación del Derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, BACPS, 1998, Serie Eventos N° 11, pp. 109 ss., especialmente pp. 120-121. Entendemos que el último de los autores citados se refiere a la calificación del propio Derecho extranjero.

<sup>580</sup> Esto, a pesar de que la expresión utilizada por el legislador supranacional sugiere, quizá por la influencia que la figura de Goldschmidt ha ejercido en la codificación americana, la adopción de la tesis del uso jurídico, de acuerdo con la cual “*si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país*”. Ver: Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Buenos Aires, De Palma, 8ª ed., 1997, p. 137.

<sup>581</sup> Magalhães Collado propone, en su célebre monografía sobre las calificaciones, tomar una tercera vía: “...na fixação do sentido e alcance próprio das categorias utilizadas pela norma de conflitos terão de estar sempre presentes as finalidades específicas da norma em questão...”. Ver: de Magalhães Collaço,

presumiblemente aplicable, que brinde elementos de calificación a la relación jurídica de que se trate. Más aun, no hay otra manera posible de proceder, cuando el juez busca la norma que determinará si tiene o no jurisdicción.

En el célebre caso *Quintana c. Sión*<sup>582</sup>, referido a un cheque emitido sin fecha, el juez entendió, en primer lugar, que la fecha en el instrumento cambiario era, conforme al Derecho venezolano, un elemento de forma, por lo que recurrió a la norma de conflicto contenida en el artículo 484 del Código de Comercio<sup>583</sup>, y luego calificó el factor de conexión de la misma –lugar de emisión– también conforme al Derecho venezolano. Posteriormente, una vez ubicado en el Derecho extranjero, en este caso el Derecho del Estado de Nueva York, procedió a interpretar sus términos tal como lo hubiera hecho el juez de dicho Estado.

En efecto, para llevar a cabo la labor de subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma, la solución *ex lege causae* resulta ilógica, pues no podemos calificar una determinada relación sobre la base del ordenamiento jurídico competente para regular la propia relación, por la sencilla razón de que antes de la calificación no sabemos aún cual es el Derecho aplicable, no sabemos siquiera cuál es la norma que nos conducirá a ese Derecho; pues es justamente la calificación el proceso a seguir para individualizar la norma de conflicto a utilizar. Así, *“teniendo presente que las normas de Derecho internacional privado forman parte del ordenamiento jurídico de la lex fori, debemos concluir que ellas deben ser interpretadas según los criterios hermenéuticos de dicho ordenamiento, en consecuencia, es evidente que debemos recurrir a la lex fori sea para determinar el exacto significado de las expresiones generales usadas por el legislador, sea para averiguar si en el caso concreto se han presentado los*

---

Isabel, *Da qualificação em Direito internacional privado*, Lisboa, Edit. Império, Ltd., 1964, pp. 211-212. Citada también en: Hernández-Breton, An attempt to regulate the problem of “characterization”..., ob. cit., p. 336. Comentando a de Magalhães Collaço, Betti ha afirmado que *“En líneas generales se puede seguir que esta regla, que nosotros llamaríamos de prudencia hermenéutica, está orientada a ubicar en primer plano la interpretación teleológica de las normas individuales de colisión”*. Betti aprecia que existe, sin embargo, una antinomia entre el carácter internacional del problema práctico a regular y *“el carácter interno de dichas normas que, por estar vinculadas a un ordenamiento determinado, no pueden evitar estar coligadas y coordinadas con las categorías dogmáticas de éste, que constituye el ordenamiento de la lex fori”*. Justamente, para superar esta antinomia, Rabel propone su tesis de la calificación autónoma. Ver: Betti, Emilio, La interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, (Trad. B. Sansó), en: *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, FDUCV, 1967, pp. 677 ss., especialmente p. 679.

<sup>582</sup> DFMIM2 Sent. 29/09/1966, en: JTR, Vol. XIV, pp. 128 ss.

<sup>583</sup> CCom., Art. 484: *“La forma de las obligaciones contraídas en materia de letra de cambio se regula por la Ley del Estado, sobre cuyo territorio dichas obligaciones han sido suscritas”*. Tal norma es aplicable al cheque en virtud de la remisión contenida en el artículo 491 del propio Código.

*extremos necesarios para incluirlos en una determinada expresión y aplicarle así una determinada norma de Derecho internacional privado*<sup>584</sup>.

También la subsunción de una relación de servicios dentro de una norma contentiva de criterios atributivos de jurisdicción ha de llevarse a cabo, necesariamente, de conformidad con los criterios materiales de la *Lex fori*. En efecto –ya lo hemos afirmado– parece la salida más lógica, máxime si consideramos que en su aplicación, el juez no anda en la búsqueda de un Derecho extranjero que pueda hacer variar la calificación. Tal razón justifica también el frecuente recurso a la calificación *ex lege fori* para definir los términos empleados por las normas sobre jurisdicción, aunque no descartamos, y a ellos volveremos *infra*, la consideración de normas extranjeras.

Pero si bien admitimos la consideración de los criterios materiales de la *Lex fori*, es necesario también tener en cuenta que la relación ante la cual se encuentra el juez, es una relación con elementos de extranjería, lo cual, definitivamente, ha de influir en su calificación<sup>585</sup>. Esta situación puede conducir al juez, incluso, a considerar ciertas características de que pueda gozar la relación en cuestión en el Derecho extranjero presumiblemente aplicable, sin olvidar, por supuesto, la “*necesaria dose de arbitrio*” de la cual está dotada la labor interpretativa<sup>586</sup>. Pensemos, especialmente, en las normas contenidas en los tratados internacionales, las cuales han de “*interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (Art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). La interpretación ha de responder, en otras palabras, al origen internacional de la norma y ha de ajustarse a la necesaria uniformización que orienta a la codificación convencional.

## **B. La calificación de una relación como contractual o extracontractual**

A pesar de ser la regla general, el recurso a los criterios materiales de la *Lex fori* no es la solución más deseable, ya lo hemos adelantado, pero en

<sup>584</sup> Sansó, La función de la interpretación..., ob. cit., p. 709.

<sup>585</sup> En este sentido: De Castro, Federico, La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado, en: *RDP*, 1933, pp. 217 ss., especialmente p. 242.

<sup>586</sup> Es la opinión de: de Magalhães Collaço, *Da qualificação*..., ob. cit., p. 174. Opinión seguida también por Betti, La interpretación de los conceptos calificadores..., ob. cit., pp. 680-681; y por Sansó, La función de la interpretación..., ob. cit., p. 710. Para este último autor el elemento de extranjería obliga al juez a comparar entre las distintas instituciones de los diversos ordenamientos jurídicos, a tener en cuenta, no sólo las palabras usadas y la estructura de las mismas, sino más bien su función, para determinar las analogías y diferencias existentes entre las soluciones dadas a un mismo problema.

definitiva, por lo menos en esta materia, terminará coincidiendo con lo que, siguiendo las enseñanzas de Rabel, constituiría una noción general, común a los diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, la llamada calificación autónoma, cuya propuesta es la interpretación del Derecho internacional privado en clave de Derecho internacional privado, sin recurrir a los conceptos del Derecho material<sup>587</sup>. Esta afirmación, en principio contradictoria, se explica por el hecho de que en el sistema civil venezolano, tal como en la gran mayoría de los sistemas, el punto de partida es el principio generalmente aceptado según el cual la responsabilidad civil será contractual cuando entre las partes medie un contrato y, por el contrario, será extracontractual cuando estemos fuera de su ámbito<sup>588</sup>.

Es claro que esta solución refleja un clásico problema que confrontan los distintos Derechos internos: el carácter negativo de la responsabilidad civil extracontractual, pues, como hemos afirmado, se entiende que estamos ante una obligación extracontractual, cuando no media entre las partes una relación de tipo contractual<sup>589</sup>. Entonces, el *quid* del asunto se encuentra en lo que debe entenderse por contrato, de manera que si estamos frente a un supuesto que merezca tal calificación, la responsabilidad civil por los daños causados será de carácter contractual, en caso contrario habrá de ser entendida como extracontractual. Persiste sin embargo el problema de la determinación de lo que ha de entenderse por contrato.

Para tratar de encontrar una solución, consideremos algunas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual, determinando los respectivos ámbitos de aplicación de los criterios atributivos de jurisdicción contenidos en los artículos 5,1 y 5,3 del Reglamento 44/2001, referidos a la “*materia contractual*” y a la “*materia delictual o cuasidelictual*” respectivamente, ha tenido que enfrentarse a este problema, sin obtener una respuesta uniforme al respecto<sup>590</sup>. Así, luego de haber afirmado la independencia de la noción de

<sup>587</sup> Ver: Rabel, Ernst, Das Problem der Qualifikation, en: *RabelsZ*, 1931, N° 5, pp. 241 ss.

<sup>588</sup> Justamente, en opinión de Raape, el Derecho internacional privado es el reflejo del Derecho privado; pero del Derecho privado de toda la tierra. Los conceptos deben crearse *sub specie orbis*. Raape citado en: De Castro, La cuestión de las calificaciones..., ob. cit., p. 250.

<sup>589</sup> En palabras de Palacios Herrera “*La responsabilidad extracontractual tiene lugar cuando una persona que llamaremos de aquí en adelante ‘agente’ causa un daño a otra que llamaremos la ‘víctima’, sin que esta acción lesiva tenga conexión alguna con ningún vínculo jurídico anterior entre agente y víctima, o sea, independientemente de todo contrato*” (resaltado nuestro). Ver: Palacios Herrera, Oscar, *Apuntes de obligaciones* (Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, año 1950-51), Maracaibo, Ediciones Centro de Estudiantes Universidad del Zulia, 1982, p. 28.

<sup>590</sup> En la doctrina sí puede apreciarse una considerable tendencia a favorecer la calificación autónoma en el espacio europeo. Dos razones son destacadas por Parra Rodríguez. En primer lugar, la autora menciona

contrato en Derecho internacional privado, con relación a las concepciones de tal figura en los diversos ordenamientos estatales<sup>591</sup>, el Tribunal, en el célebre caso Jakob Handte, calificando la acción del subadquirente contra el fabricante, estimó que el contrato habría de entenderse como un vínculo libremente consentido, por lo que en este caso no se estaba frente a “*materia contractual*” en el sentido del Reglamento 44/2001<sup>592</sup>. Recogiendo diversas opiniones de la doctrina, que no se mostraba muy convencida con el razonamiento del Tribunal, Boskovic afirma que la exigencia de un acuerdo libremente consentido refleja una concepción exageradamente voluntarista del contrato<sup>593</sup>. Sin embargo, de ella parten la mayoría de los sistemas, sobre todo aquellos que, como el venezolano, son tributarios del concepto de contrato impuesto por el Código Civil italiano de 1865<sup>594</sup>.

Pensando en las dificultades de los métodos clásicos, la doctrina ha tratado de buscar criterios uniformes que permitan llegar a una definición que facilite la determinación del ámbito de aplicación de los regímenes contractual y extracontractual. Algunos partiendo incluso de las propias soluciones clásicas. Por ejemplo, Cheshire y North ven cuatro posibles soluciones. En primer lugar, los autores proponen entender el asunto como exclusivamente contractual; en segundo lugar como exclusivamente extracontractual; en tercer lugar, entenderlo como una cuestión *sui generis*; y, finalmente, estiman que ha de recurrirse tanto a la *Lex contractus* como a la Ley que rige la responsabilidad civil extracontractual para determinar la naturaleza del supuesto en cuestión<sup>595</sup>.

Bourel, de manera absolutamente lógica, ha afirmado que cuando el juez se encuentra ante un hecho que podría subsumirse, a la vez, en el supuesto de la responsabilidad civil contractual y en el de la extracontractual, éste ha de acudir a los criterios materiales de su propio ordenamiento jurídico, a fin de determinar la norma a emplear; de hecho –debemos añadir– al afirmar que el

---

una razón delimitadora, fundamentada en la amplitud de conceptos utilizados por los Convenios, que se aviene con el objetivo perseguido en torno a la creación de un espacio jurídico comunitario, por encima de la desigualdad imperante en los sistemas internos de los diferentes Estados. En segundo lugar figuraría una razón instrumental, relacionada con el papel fundamental del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación uniforme de los conceptos jurídicos. Ver: Parra Rodríguez, Carmen, *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Barcelona, José Miguel Bosch, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 110-111.

<sup>591</sup> TJCE Sent. 22/03/1983, caso Martin Peters, *RC de DIP*, 1983, p. 667.

<sup>592</sup> TJCE Sent. 17/06/1992, caso Jacob Handte, *RC de DIP*, 1992, p. 726.

<sup>593</sup> Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., p. 297.

<sup>594</sup> CCV, Art. 1.133: “*El contrato es una **convención** entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico*” (resaltado nuestro).

<sup>595</sup> Cheshire and North, *Private international Law*, London, Edimburg, Dublin, Butterworths, 13<sup>a</sup> ed., 1999, p. 666.

caso concreto podría llegar a subsumirse en ambos supuestos, el juez ya ha realizado una calificación conforme a su Derecho. Pero la competencia de la *Lex fori* se limita a la calificación previa, posteriormente, será la *Lex causae* –*Lex contractus* o *Lex loci delicti commissi*– la competente para determinar las condiciones de la responsabilidad. En torno al Derecho aplicable, el propio autor reconoce que cuando el hecho ilícito se produce con ocasión de la inejecución del contrato, el juez debe, a partir de las circunstancias de hecho, separar los elementos contractuales y los elementos delictuales para someterlos, cada uno, a su propia Ley; para ello, deberá examinar el Derecho que rige el contrato a fin de determinar si el hecho ilícito es independiente del contrato o si, por el contrario, el mismo hecho constituye también la inejecución de una obligación contractual<sup>596</sup>.

Ferrari Bravo, por su parte, propone un enfoque diferente. Partiendo de la calificación de la responsabilidad civil extracontractual como una obligación legal<sup>597</sup>, el profesor de Nápoles entiende que la norma de conflicto en materia de responsabilidad aquiliana aparece necesariamente como una regla residual, destinada a operar en las situaciones que no tienen una base socio económica que las conecte con otras normas del sistema, por ejemplo, con las normas en materia de obligaciones contractuales; de manera que si existe una relación contractual entre las partes, se dará preferencia a la norma de conflicto en materia contractual. Sin embargo, el autor no ignora el hecho de que la mayoría de la doctrina y el Derecho positivo realizan más bien un constante esfuerzo de distinción entre los dos ámbitos de la responsabilidad<sup>598</sup>. En sentido contrario, pero partiendo también de la idea de atracción de un dominio por otro, M. Conforti admite, más bien, que la norma sobre obligaciones extracontractuales invade el dominio de la norma de conflicto competente en materia de contratos<sup>599</sup>.

Así las cosas, entendemos que, para determinar la norma que indicará bien el Derecho aplicable a la relación de que se trate, bien la jurisdicción que cono-

<sup>596</sup> Bourel, Pierre, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 22, 1961, p. 147.

<sup>597</sup> Con esta tesis, Ferrari Bravo nos recuerda la célebre clasificación bipartita de las fuentes de las obligaciones sostenida por Messineo. Recordemos que para el maestro italiano, las obligaciones nacen “*por la voluntad del deudor, o sea, por su consciente intención de asumir el deber de cumplir; o por la voluntad de la ley; por lo que se pueden clasificar las obligaciones en voluntarias y legales*”. Ver: Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, (Trad. S. Sentís Melendo), Buenos Aires, EJE, 1955, T. IV, Derecho de las Obligaciones. Parte General, p. 21.

<sup>598</sup> Ferrari Bravo, Luigi, *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en Droit international privé*, en: *R. des C.*, 1975 III, T. 146, pp. 341 ss., especialmente pp. 365 y 374-375.

<sup>599</sup> Conforti, M., *L'esecuzione delle obbligazioni in Diritto internazionale privato*, Naples, 1962, citado en Ferrari Bravo, *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles...*, ob. cit., p. 375.

cerá de la controversia, el juez deberá recurrir a los criterios materiales de su propio sistema, de manera de determinar si en efecto se encuentra frente a una relación que merezca la calificación de contractual. Sin embargo, no se olvide que, el artículo 12 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ordena el sometimiento de la “*existencia y la validez del contrato*” a la *Lex contractus*<sup>600</sup>. Situación que impone al juez la necesidad de volver a calificar la relación de conformidad con el Derecho competente para regir el contrato. Si, de conformidad con ese Derecho, el juez llegare a la conclusión de que no existe la relación contractual o que la misma no es válida, entendemos que debería atender a la calificación dada por ese sistema jurídico, en orden a aplicar el Derecho extranjero de conformidad con sus propios principios. Esta solución, por supuesto, ha de ser modulada por la necesidad de realizar los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, los cuales, en materia de responsabilidad civil extracontractual, se traducen en el principio de integridad de la indemnización debida a la víctima (Arts. 2 y 32 LDIPV).

Si, por el contrario, el Derecho aplicable al contrato determinase que, en efecto, el juez se encuentra frente a una relación contractual, el operador jurídico se encuentra ante un nuevo problema: determinar cuáles de los daños generados entre partes unidas por un contrato han de ser subsumidos en la *Lex contractus* y cuáles, en cambio, han de estar regulados por el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, en la consideración de la *Lex contractus* merece una especial atención la determinación de cuáles de los daños sufridos pueden ser calificados como contractuales. Tal planteamiento obedece a que éste es el Derecho que indica hasta dónde pueden llegar las partes en el establecimiento de sus respectivas prestaciones y cuáles son los efectos de las mismas. De tal manera que si el juez llegare a determinar que, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable al contrato, el daño en cuestión no tiene naturaleza contractual, pues aplicará, dentro del propio Derecho competente, las normas que regulen la materia. No habrá de retornar a su Derecho para ubicar la norma de conflicto en materia de hecho ilícito, pues, una correcta aplicación del Derecho extranjero de conformidad con sus propios principios y tal como lo haría el juez de cuyo Derecho se trate, se lo impide. Para evitar estos problemas, se ha propuesto, tal como hemos afirmado en el Primer Capítulo de este Trabajo, un

---

<sup>600</sup> El Convenio de Roma tiene una disposición semejante en su artículo 8,1, según el cual “*La existencia y validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos*”.

criterio autónomo, referido la noción de “*avantage spécialement conféré par le contrat*” o “*reliance*” en la doctrina anglosajona.

### 1. *El problema de la acción directa*

Lo que sin duda debe llamar la atención del juez es la determinación del Derecho aplicable a la procedencia, en el marco de los contratos conexos o vinculados, de la acción directa. En un primer momento el juez puede sentirse tentado a calificar el problema como una cuestión de naturaleza procesal, por lo cual, de conformidad con el principio reconocido por el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sería aplicable el Derecho de la autoridad ante la cual se lleve a cabo el procedimiento. La otra opción indica la aplicación del Derecho que rige la relación de que se trate<sup>601</sup>.

Sin embargo, no debemos dejar de observar que, en el fondo estamos frente a un problema de legitimación en la causa, es decir, un problema de cualidad que ha de resolverse con la demostración de la identidad entre la persona que se presenta ejercitando concretamente un derecho o poder jurídico o la persona contra quien se ejercita, y el sujeto que es su verdadero titular u obligado concreto. Se trata en suma –afirma Luis Loreto– de una cuestión de identidad lógica entre la persona a quien la Ley concede el derecho o poder jurídico o la persona contra quien lo concede, y la persona que lo hace valer y se presenta ejercitándolo como titular efectivo o contra quien se ejercita en tal manera<sup>602</sup>.

Tal problema no es –estima acertadamente el propio Loreto– una noción específica o peculiar al Derecho procesal, “*sino que se encuentra a cada paso en el vastísimo campo del Derecho, tanto público como privado. Allí donde se discute acerca de la pertenencia o titularidad de un derecho subjetivo o de*

<sup>601</sup> Al respecto Lagarde aconseja, para los casos de subcontratos y en el ámbito del Convenio de Roma, aplicar el Derecho que rige el contrato principal, incluso en los supuestos en que el subcontrato tenga con ese ordenamiento un vínculo más estrecho que con el sistema vigente en el lugar donde el subcontratista tenga su establecimiento (Lagarde, Paul, *The European convention on the Law applicable to contractual obligations: an apologia*, en: *Virginia Journal of International Law*, 1981, pp. 91 ss., especialmente pp. 97-98). Por supuesto que, sobre la base de la cláusula de escape prevista por el propio Convenio de Roma, podría aplicarse un Derecho distinto: aquel con el cual el subcontrato se encuentre más estrechamente vinculado. Así lo entiende Pocar, Fausto, *Quelques remarques sur la Loi applicable au contrat de sous-traitance*, en: *Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 155 ss., especialmente p. 158.

<sup>602</sup> Loreto, Luis, Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad, en: *Ensayos Jurídicos*, Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, EJV, 2ª ed. ampliada y refundida, 1987, pp. 177 ss., especialmente p. 183. Ver también: Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJEA, Colección Ciencia del Proceso, 1982, p. 362.

*un poder jurídico, allí se encuentra planteado un problema de cualidad o de legitimación. Allí donde se discute acerca de la vinculación de un sujeto a un deber jurídico, allí se encuentra planteado igualmente un problema de cualidad o legitimación*". En efecto, la cualidad de la persona para actuar en juicio ha de constatarse conforme a un criterio según el cual *"toda persona que se afirme titular de un interés jurídico propio, tiene cualidad para hacerlo valer en juicio (cualidad activa), y toda persona contra quien se afirme la existencia de ese interés, en nombre propio, tiene a su vez la cualidad para sostener el juicio (cualidad pasiva)"*. De allí que la falta de correspondencia lógica entre el titular de la relación o estado jurídico sustancial y el titular de la acción, desde el punto de vista concreto sea lo que constituye la falta de cualidad en sentido amplio. No es difícil ver que tal ausencia de cualidad sólo puede discutirse al contestarse el fondo de la demanda y sólo puede determinarse en la sentencia<sup>603</sup>.

Así las cosas, entendemos que la procedencia de una acción directa en materia de contratos conexos obliga al juez a ver más allá de su propio Derecho procesal y a examinar la cuestión desde el punto de vista del Derecho que gobierna la relación sustantiva que da lugar a la cualidad discutida. No es éste un problema de capacidad procesal o *legitimatío ad processum*, como también se le llama, la cual es entendida como la facultad de producir actos procesales eficaces, por lo que constituye el reflejo, en el campo procesal, de la capacidad de obrar, la cual sí se encuentra sometida a la *Lex fori*<sup>604</sup>.

En este sentido se ha entendido en Derecho comparado, lo cual podemos observar a través de la solución contenida en el Reglamento Roma II, instrumento que en su artículo 18 dispone que *"La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento, si así lo dispone la Ley aplicable a la obligación extracontractual o la Ley aplicable al contrato de seguros"*. De forma similar, la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado dispone, en su artículo 106, que *"El Derecho aplicable a la obligación en virtud de los artículos 98 a 105 determina si la persona lesionada tiene el derecho de accionar directamente contra el asegurador del responsable. Si el Derecho aplicable en virtud de la línea 1 no conoce ese derecho, éste puede sin embargo ejercerse si es reconocido"*

<sup>603</sup> Loreto, Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad..., ob. cit., pp. 183 y 188-189.

<sup>604</sup> Ver en este sentido: Virgós Soriano, Miguel y Francisco Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 292-294. Ver también: Madrid Martínez, Claudia, Breves consideraciones sobre el Derecho aplicable a la capacidad procesal de las personas jurídicas, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, 2002, Colección Libros Homenaje N° 1, *Addendum*, pp. 241 ss.

por el Derecho aplicable al contrato de seguros”. También la Ley suiza acepta esta solución al disponer que “*El lesionado puede dirigir la acción directamente contra el asegurador del responsable si el Derecho aplicable al acto ilícito o el Derecho aplicable al contrato de seguro lo prevén*” (Art. 141).

## 2. *El transporte benévolo ¿un servicio contractual o extracontractual?*

Existen relaciones, sin embargo, cuya caracterización resulta problemática, pues son entendidas de forma diversa por los sistemas involucrados. El transporte benévolo es el ejemplo clásico de estas situaciones. En efecto, Boskovic reconoce que éste es uno de los supuestos más recurridos para exponer la delimitación de las categorías contrato y delito en el Derecho internacional privado<sup>605</sup>. Tengamos en cuenta que la calificación de esta relación como contractual o extracontractual depende, en todo caso, de la relación concreta que se presente al juez. Así, será contractual, por ejemplo, en el caso de una agencia turística que en su calidad de transportador ofrece desplazamiento gratuito a un determinado grupo de personas, con el fin de acreditar un servicio. Será por el contrario extracontractual, cuando el “*transportador en ningún momento entendió obligarse*”, es el caso del conductor que recoge a un pasajero a la vera del camino. Lo mismo puede decirse de aquellas personas que acompañan al dueño de un vehículo durante un paseo<sup>606</sup>.

Imaginemos un problema. El Derecho venezolano califica al transporte de favor como una relación extracontractual<sup>607</sup>; pensemos ahora que el Derecho que resulte competente de acuerdo con la norma de conflicto venezolana estima que, en el caso concreto, están presentes un acuerdo de voluntades, un objeto contractual y una causa consistente en la pura liberalidad del transportista, con lo cual se consideraría tal relación como contractual.

La respuesta a este problema vendría dada por nuestra concepción de la aplicación del Derecho extranjero. Recordemos que nuestro sistema de Derecho internacional privado estima que el Derecho extranjero se aplica “*...de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo...*” (LDIPV,

<sup>605</sup> Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., p. 312.

<sup>606</sup> Ver: Tamayo Jaramillo, Javier, *El contrato de transporte (Terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional)*, Bogotá, Colombo Editores, 1996, pp. 520-521.

<sup>607</sup> Al referirse al “*transporte de cortesía*”, Mélich Orsini estima que en tal caso “*no podría hablarse de la responsabilidad contractual de quien lo ha cumplido*”, y cita los casos de auto-stop o concesión de colas. Ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit. p. 264, nota 20.

Art. 2) y “...tal como lo harían los jueces cuyo derecho resultare aplicable...” (CINGDIP, Art. 2), de manera que, tomando las palabras de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, “*El papel de la calificación ex lege fori termina al elegir la norma de conflicto que concluye con la localización o determinación del Derecho extranjero aplicable. La solución del caso concreto, incluido el proceso de selección de las normas materiales del Derecho extranjero que han de ser aplicadas de acuerdo con las categorías de dicho ordenamiento, es una cuestión que no atañe al Derecho del foro*”<sup>608</sup>.

En efecto, si en un caso de transporte de favor resultare aplicable un ordenamiento que considere tal supuesto como contractual, al cual ha llegado el juez venezolano por aplicación del artículo 32 de la Ley de Derecho Internacional Privado, éste deberá atender a las normas en materia contractual dispuestas por el Derecho en cuestión. Tiene en este caso el juez un problema menos, pues al estar excluido el reenvío tanto en materia contractual como extracontractual, no tendrá que lidiar con el problema de la calificación de la norma de conflicto, y con los posibles reenvíos que por su causa se produzcan, sino que atenderá directamente a las normas materiales y sólo se enfrentará a un problema de interpretación, para cuya solución el sistema venezolano sí le proporciona directrices, al consagrar la tesis de aplicación del Derecho extranjero como tal Derecho extranjero.

En definitiva, estimamos que ante un caso de dudosa categorización, el juez ha de recurrir, necesariamente, a los criterios materiales que le proporciona su propio ordenamiento jurídico, para determinar si la relación controvertida ha de considerarse como contractual o extracontractual, considerando siempre, tal como hemos afirmado antes, el carácter internacional de la relación en cuestión. Sin embargo, no puede pretender el juez, una vez determinado el Derecho aplicable a la relación de que se trate, ignorar la calificación que el mismo realiza del supuesto. Tal como lo entiende nuestro sistema de Derecho internacional privado, una cabal aplicación del Derecho extranjero exige la consideración de los principios vigentes en el Estado extranjero respectivo (Art. 2 LDIPV). Consecuencialmente, es en efecto posible que la situación jurídica reciba una calificación diversa en el Derecho extranjero competente.

Ahora bien, puede ocurrir que a través del proceso de la calificación, el juez no logre determinar si se trata de una relación contractual o extracontractual, sino que concluya que el caso concreto puede subsumirse tanto dentro del supuesto de hecho de la norma que regula los contratos, como dentro del supuesto de la

<sup>608</sup> Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 141.

disposición relativa a la responsabilidad civil extracontractual. Así las cosas, el juez se encuentra ante un verdadero problema de concurrencia de los regímenes aplicables a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual, asunto para cuya solución éste debe determinar el Derecho aplicable. A esta hipótesis volveremos *infra*.

### III. LA CUESTIÓN PROCESAL: DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN<sup>609</sup>

Tal como hemos mencionado, la determinación de las normas sobre jurisdicción, también exige del juez un proceso de calificación. En efecto, la selección de la norma aplicable puede plantear el primer problema, ello a pesar de que la mayoría de los criterios atributivos de jurisdicción puede funcionar para ambos tipos de responsabilidad. Luego, tiene el juez la tarea de calificar o, expresado de mejor manera, de interpretar el criterio atributivo de jurisdicción utilizado por sus normas. En ambos procesos, la importancia de sus propios criterios materiales es indudable.

Para constatar estos planteamientos, hemos de analizar el sistema venezolano y su regulación sobre la materia. En tal recorrido podremos observar que nuestros criterios están, en su mayoría, diseñados sin considerar la intervención de los débiles jurídicos. Más allá de los foros inderogables, los cuales analizaremos *infra* con detalle, el sistema venezolano no establece foros de protección, los cuales, definidos como aquellos que se establecen a favor de personas que se encuentran en situación de inferioridad frente a la otra parte, velarían porque el fuerte en la relación no lleve a litigar a la parte débil en un foro que no garantice la efectiva protección de sus derechos. Estos foros de protección, tal como su nombre lo indica, buscan proteger categorías de personas –débiles jurídicos–, de manera que lo hacen en clase y no individualmente. Aunque reconocen que puede variar, Virgós Soriano y Garcimartín Alférez afirman que la técnica normativa utilizada para realizar esa política de protección es resultado de combinar tres mecanismos: un foro próximo a la persona tutelada, la limitación del juego de la autonomía de la voluntad y el establecimiento de un control competencial en sede de reconocimiento de la sentencia<sup>610</sup>.

<sup>609</sup> Algunas de las ideas expuestas en esta parte del trabajo, han sido ya desarrolladas en nuestra investigación sobre *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 56-99.

<sup>610</sup> Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, ob. cit., pp. 111-112.

Antes de analizar los criterios atributivos de jurisdicción consagrados en nuestro sistema, consideramos que más que profundizar en cada criterio de manera general, buscamos constatar, en primer lugar, si presentan o no problemas de calificación en el sentido de su aplicación exclusiva a la materia contractual o extracontractual y, en segundo lugar, su aplicación práctica en materia de servicios.

## A. El sistema venezolano y los criterios generales en materia de jurisdicción

### 1. Codificación convencional: el Código Bustamante

Antes de referir las normas contenidas en el Código Bustamante, debemos considerar que además del mencionado tratado internacional, hay otros tratados vigentes en Venezuela, que establecen criterios atributivos de jurisdicción en materias específicas. Es el caso de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas<sup>611</sup>, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles<sup>612</sup> y la Convención de Bruselas sobre Contaminación por Hidrocarburos de 1969<sup>613</sup>. Mas, como evidentemente ninguna de las convenciones citadas regula la materia de los servicios, nos conformaremos con mencionarlas. Veamos ahora las disposiciones contenidas en el Código Bustamante.

<sup>611</sup> Aprobada en el marco de la CIDIP I, en Panamá 1975 y ratificada por Venezuela, publicada en G.O. N° 33.150 de 23/01/1985. Art. 8: “*Los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio*”.

<sup>612</sup> Aprobada en el marco de la CIDIP II, en Montevideo 1979 y ratificada por Venezuela, publicada en G.O. N° 33.170 de 22/02/1985. Art. 6: “*Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren*”.

<sup>613</sup> Ratificado por Venezuela, publicado en la G.O. Ext. 4.340 de fecha 28/11/1991. Art. IX: “*1. Cuando un siniestro haya causado daños por contaminación en el territorio, inclusive el mar territorial, de uno o más Estados contratantes o se hayan tomado medidas preventivas para prevenir o minimizar los daños por contaminación en ese territorio, inclusive el mar territorial, sólo podrán interponerse acciones en demanda de indemnización ante los Tribunales de ese o esos Estados contratantes. La interposición de dicha acción será notificada al demandado dentro de un plazo razonable. 2. Cada Estado contratante hará lo oportuno para garantizar que sus tribunales gocen de la necesaria jurisdicción para entender de tales acciones en demanda de indemnización. 3. Constituido que haya sido el fondo de conformidad con el artículo V, los Tribunales del Estado en que esté consignado el fondo serán los únicos competentes para pronunciar sobre toda cuestión relativa al prorrateo o distribución del fondo*”.

a. Regla general: sumisión con vinculación

En el marco del Código Bustamante, el artículo 318 consagra la regla general para la determinación de la jurisdicción, aplicable a todo tipo de acciones civiles y mercantiles, incluyendo, desde luego, aquellas que contractual o extracontractualmente tengan que ver con la prestación de servicios. De conformidad con el citado artículo “*Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario*”.

Esta norma no hace distinciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, con lo cual, en principio, en esta etapa de la determinación de la jurisdicción, no tendrá el juez un problema de calificaciones. De tal manera, al no haber distinción en relación con el tipo de acción personal a ser ejercida, es perfectamente posible que las partes, antes o después de celebrado el contrato de servicios o luego de ocurrido el hecho ilícito derivado de la utilización de los mismos, puedan decidir a cuál juez dirigirse para resolver su conflicto de intereses, siempre que, tal como lo deja claro la norma, una de ellas por lo menos, sea nacional o esté domiciliada en el Estado del juez elegido “*y salvo el derecho local contrario*”<sup>614</sup>.

Atendiendo al contenido de la citada disposición, la regla general en materia de jurisdicción, contenida en el Código Bustamante, consagra el criterio de la sumisión. Sumisión que puede ser expresa o tácita<sup>615</sup>, pero que, lógicamente, al ser manifestación de la autonomía de la voluntad requiere del consentimiento de ambas partes. Semejante afirmación se ve claramente cuando estamos frente a la sumisión expresa, la cual, con sus peculiares características, dados

<sup>614</sup> Llama la atención que el Convenio de La Haya sobre acuerdos exclusivos de elección de foro, de 2005, excluya su aplicación cuando se trate de “*demandes qui ne naissent pas d’une relation contractuelle et qui sont fondées sur la responsabilité délictuelle pour des dommages aux biens tangibles*” (Art. 2,2,k). También se excluye la posibilidad de aplicar la Convención cuando se trate de “*demandes pour dommages corporels et moraux y afférents introduites par des personnes physiques ou en leur nom*” (Art. 2,2,j).

<sup>615</sup> De acuerdo con el Código Bustamante, habrá sumisión expresa, cuando ésta sea “*hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan*” (Art. 321). En cambio “*Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera en rebeldía*” (Art. 322).

sus efectos procesales, puede definirse como un “*acuerdo*”<sup>616</sup> y tal acuerdo ha sido entendido por los civilistas clásicos como la expresión de una regulación que, a través de la autonomía privada, es orgánicamente única e idéntica en la conciencia de ambas partes<sup>617</sup>. Refiriéndose especialmente a la sumisión expresa, Tatiana Maekelt ha afirmado que “*ambas partes deben haber expresado en forma escrita e inequívoca su voluntad de someterse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos*”<sup>618</sup>.

Añadamos que, en el caso de la sumisión tácita, también es lógicamente imprescindible el consenso de ambas partes, demostrado a través de ciertos actos procesales tales como la interposición de la demanda por parte del demandante y la realización de cualquier acto procesal de parte del demandado, siempre que no se trate de la declinatoria de jurisdicción o la oposición a una medida cautelar<sup>619</sup>.

La sumisión es entonces el principal criterio atributivo de jurisdicción en el marco del Código Bustamante. Sin embargo, y aquí hemos de apuntar la principal diferencia con relación al sistema previsto por la Ley de Derecho Internacional Privado, se exige, además de la manifestación expresa o tácita de la voluntad de las partes, que al menos una de ellas sea nacional o esté domiciliada en el Estado del juez “*y salvo el derecho local contrario*”. Para entender tales exigencias hemos de recurrir al propio autor<sup>620</sup>. Refiriéndose a la sumisión en

<sup>616</sup> Hernández-Breton califica este acuerdo como un “*contrato*”. Ver: Hernández-Breton, Eugenio, *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Caracas, Edit. Sherwood, Colección Cuadernos, N° 8, 2004, pp. 77.

<sup>617</sup> Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, (Trad. A. Martín Pérez), Madrid, Edit. RDP, s/f, 2ª ed., p. 224.

<sup>618</sup> Maekelt, Tatiana, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la ACPS), Caracas, ACPS, 2002, p. 112.

<sup>619</sup> Comentando el artículo 45 de la Ley de Derecho Internacional Privado que, según veremos *infra*, también define la sumisión tácita, nuestro máximo Tribunal ha entendido que a pesar de haberse sometido expresamente a la jurisdicción de tribunales extranjeros, la parte demandada efectuó actuaciones procesales en el juicio, distintos a alegar la falta de jurisdicción u oponerse a medidas preventivas. Ello configura sumisión tácita a los tribunales venezolanos conforme al artículo 45 *eiusdem* y, por tal motivo, se declara que tienen jurisdicción (TSJ/SPA, Sent. N° 01173, 20/06/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01173-200601-14730%20.htm>). Además, se ha establecido que la actuación de un abogado *ad-litem* que no decline la jurisdicción de los tribunales venezolanos, ha de entenderse como configuradora de la sumisión tácita definida por el artículo 45 de la LDIPV y establecida como criterio atributivo de jurisdicción por el artículo 40,3 *eiusdem* (TSJ/SPA, Sent. N° 00245, 20/02/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00245-200203-2002-1108.h5m>). Finalmente, se ha afirmado que, en caso de no existir un acuerdo expreso, si las partes acuden ante un tribunal, y realizan ciertos actos procesales tales como interponer una demanda y contestarla (excepto en el caso que en la oportunidad de contestar se alegue la falta de jurisdicción del tribunal o se oponga a una medida cautelar), se entiende de manera tácita que ambas partes están de acuerdo en que dicho órgano jurisdiccional conozca y decida el asunto (TSJ/SPA, Sent. N° 04541, 22/06/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04541-220605-201-0245.htm>).

<sup>620</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. III, p. 86.

general, Sánchez de Bustamante afirma que, a primera vista, resulta sencillo admitir que las partes puedan elegir el juez ante el cual prefieren ventilar sus controversias. Mas en su opinión, tal regla se prestaría a numerosas combinaciones ilícitas, *“llevando los litigios al lugar en que convinieren las reglas vigentes a los intereses de una de las partes o de ambas”*. Por tal razón, el autor estima que existen dos maneras de fijar limitaciones a la sumisión como criterio atributivo de jurisdicción: en primer lugar, señalando restricciones de carácter internacional y, en segundo lugar, determinando condiciones a las que ha de sujetarse tal facultad de los interesados para que sea posible su ejercicio.

Dentro del primer grupo de limitaciones, Sánchez de Bustamante agrupa aquellas que resultan de la *“indole de la acción ejercida”*, y ejemplifica tal supuesto con el caso de acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, pues en tales casos *“las medidas de publicidad en interés y beneficio de terceros que el litigio impone y que suelen traducirse en anotaciones en los Registros de la Propiedad, y la conveniencia de que sean fáciles las medidas precautorias y las de ejecución directa del fallo que se dicte, explican sobradamente esa restricción y requieren que el Derecho internacional privado las respete, no pretendiendo en país alguno para los extranjeros lo que la legislación local prohíbe en la misma situación a sus nacionales”*.

La segunda excepción, es decir, la exigencia referida a la necesidad de que una de las partes por lo menos sea nacional o esté domiciliada en el Estado del juez al cual las partes hayan decidido someterse, obedece, en opinión del propio Sánchez de Bustamante, a la necesidad de evitar el fraude o mala fe, o incluso la inexecución de la sentencia en otro Estado, pues la sumisión a un juez en los términos exigidos por el artículo 318 del Código, es decir, garantizando un vínculo entre el problema judicial planteado y la autoridad llamada a decidirlo, tiene en sí misma la explicación de su propia existencia. Sin embargo, el propio autor reconoce que si el Derecho local prescinde de tal exigencia, el Derecho internacional no ha de imponerla<sup>621</sup>.

Ahora bien, cuando el artículo 318 del Código utiliza la expresión *“salvo el derecho local contrario”*, nos ubica una vez más frente a las encrucijadas terminológicas de Bustamante. Refiriéndose, en su *Derecho internacional privado*, a la norma citada, el autor reafirma su opinión en los siguientes términos: *“Esa limitación –la necesidad de que una de las partes por lo menos, sea nacional o esté domiciliada en el Estado del juez–, obligatoria hoy entre nosotros para todo juicio en que los interesados correspondan únicamente a*

---

<sup>621</sup> *Ibid.*, T. III, p. 98.

*países en que el Código está en vigor, evita los abusos y los peligros a que se presta, como hemos indicado antes, una regla demasiado general. Por los motivos especiales de algunas naciones contratantes agrega el precepto: ‘y salvo el derecho local contrario’*<sup>622</sup>.

Dentro de la doctrina venezolana, Javier Ochoa Muñoz estima que la frase “*salvo el Derecho local contrario*” sugiere la subsidiariedad de los criterios atributivos de jurisdicción contenidos en el Código Bustamante, con relación a los establecidos por la legislación estatal. De manera que “*salvo el derecho local contrario*” ha de leerse como “*salvo que el Derecho estatal disponga otra cosa*”, es decir, que si el Derecho internacional privado venezolano dispusiere criterios atributivos de jurisdicción diferentes –tal es el caso de la Ley de Derecho Internacional Privado, según analizaremos *infra*– estos deberán tener preferencia en relación con los consagrados por el Convenio, con lo cual difícilmente el Código Bustamante encontraría aplicación en la práctica<sup>623</sup>. Tal opinión parece coincidir con la expresada por el propio Sánchez de Bustamante, pero sólo en relación con la exigencia de vinculación para el funcionamiento de la sumisión, según hemos señalado *supra*.

En nuestro criterio, la interpretación de la expresión en estudio no debe excluir al criterio atributivo de jurisdicción, es decir, no debe dejar de lado el funcionamiento de la sumisión u otro criterio, sino más bien a las limitaciones que el Derecho internacional pueda imponerle, en este caso, la necesidad de vinculación a través de la nacionalidad o el domicilio.

La jurisprudencia venezolana se ha pronunciado en sentido diverso. Así en una decisión de fecha 21 de enero de 1999, la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia<sup>624</sup>, en un caso en materia laboral, estimó que la mención “*salvo el Derecho local contrario*”, también contenida en el artículo 323 del Código Bustamante, norma interpretada en la sentencia, se refiere a aquellos casos en los cuales la legislación interna determina, de manera imperativa, la jurisdicción de los tribunales venezolanos, encontrando que en materia laboral no existe norma alguna que impida el funcionamiento de los criterios atributivos de jurisdicción del Código Bustamante, pues la única norma que existe en tal disciplina, referida a la aplicación imperativa

<sup>622</sup> *Idem*.

<sup>623</sup> Opinión expresada por Javier Ochoa Muñoz en el curso “*Derecho procesal civil internacional: Temas selectos*”, dictado conjuntamente con quien suscribe, en el semestre 2004 I de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, FCJPUCV. Posteriormente recogida en: La expresión “salvo el derecho local contrario” en las normas sobre competencia procesal internacional del Código Bustamante, en: *DeCita*, 04.2005, pp. 67 ss.

<sup>624</sup> Consultada en original.

de la legislación laboral, es el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>625</sup>, disposición referida al Derecho aplicable y no a la jurisdicción<sup>626</sup>.

Recogiendo las ideas de Bustamante, la argumentación del Alto Tribunal puede resultar razonable en el sentido de las excepciones que el autor formula atendiendo al carácter de la acción; de manera que tal mención estaría referida, en primer lugar, a los casos de jurisdicción exclusiva, establecidos unilateralmente por el legislador estatal, supuestos que sin duda obstaculizan el funcionamiento del criterio bilateral contenido en el Tratado. Incluso, el Código da una pista en el propio artículo 318 al establecer que “*La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la Ley de su situación*”<sup>627</sup>. Pero también debe considerarse la otra excepción formulada por el autor, en el sentido de entender que si la legislación local no exige un vínculo que acompañe a la sumisión –nacionalidad o domicilio–, el Derecho internacional privado no debe exigirlo. Así, tal requisito establecido por el Código Bustamante quedaría sin efecto, ante la falta de exigencia en la Ley de Derecho Internacional Privado, de una vinculación efectiva con el territorio venezolano, a cuyos tribunales las partes han decidido someterse en materia patrimonial<sup>628</sup>.

<sup>625</sup> G.O. Ext. N° 5.152 de fecha 19/06/1997. Ley Orgánica del Trabajo, Art. 10: “*Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad*”.

<sup>626</sup> Más tarde, en sentencia de 3 de julio de 2001, la propia Sala, reafirmando su tesis, estima que “*en la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo vigente (Derogada por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en G.O. N° 37.504 de fecha 13/08/2002), no existe disposición alguna que de manera imperativa imponga criterios de competencia exclusiva a favor de la República que, en razón de lo divergente de su consecuencia jurídica, impongan el rechazo de aquellos contenidos en el referido Tratado. Por otra parte, la actual Ley Orgánica del Trabajo, cuerpo de normas esencialmente sustantivas, sin negar la presencia de un conjunto de disposiciones procedimentales, tampoco contempla dentro de este último grupo, criterios atributivos de jurisdicción que pudiesen prevalecer por mandato expreso del artículo 10 de la citada Ley Laboral que clasifica como de orden público y de aplicación territorial todas sus normas. Lo anterior permite afirmar, que al plantear el artículo en referencia, que las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país, está por tanto exponiendo los factores de conexión que permiten indicar como aplicable al fondo dicha Ley, sin que pueda derivarse de éstos criterios atributivos de jurisdicción*” (TSJ/SPA Sent. N° 01321, 03/07/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01321-030701-0493.htm>).

<sup>627</sup> “*Teniendo en cuenta la relación de orden público que continuamente hemos establecido, por móviles económicos y políticos, entre la propiedad y la legislación local, se comprende perfectamente que el Estado prohíba esa sumisión cuando se trate de acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles*”. Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. III, p. 87.

<sup>628</sup> Distinto sería el caso de acciones relativas al estado de las personas y las relaciones familiares, pues de conformidad con el artículo 42 “*Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los*

Ahora bien, sin ánimo de agotar el tema de la jurisdicción exclusiva, cuestión imposible en este trabajo, bástenos con considerar que tal supuesto se presentaría en los casos en los cuales se discutan derechos reales sobre inmuebles ubicados en Venezuela, tal como lo establece el artículo 53,3 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en concordancia con el artículo 47 *eiusdem*<sup>629</sup>. Incluso podría calificarse como tal el caso de los contratos de interés público, cuando la naturaleza de los mismos así lo exigiere (Art. 151 CRBV)<sup>630</sup>.

Además, en relación con la sumisión establecida por el artículo 318 del Código Bustamante, podrían señalarse como supuestos de “*derecho local contrario*”, los casos de jurisdicción inderogable, entre los cuales destacan los relativos a materias con respecto a las cuales no cabe transacción y a aquellos cuyo sometimiento voluntario a un juez extranjero, podría resultar manifiestamente contrario a los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano (Art. 47 LDIPV). También pueden citarse los casos de contratos de seguros celebrados con compañías extranjeras (Art. 358 CCom.<sup>631</sup>); y de los contratos de transporte

---

*juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares:*  
2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, **siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República**” (Resaltado nuestro).

<sup>629</sup> LDIPV, Art. 53: “Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos: 3. *Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio*”. Art. 47: “La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”. Ver: Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 116 y Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., pp. 115-121. Para la interpretación del artículo 47 LDIPV ver: Rodríguez Carrera, Luis, Artículo 47. Inderogabilidad convencional de la jurisdicción, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 1043 ss.

<sup>630</sup> CRBV, Art. 151: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”. Ver opiniones en: Procuraduría General de la República, *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República, 1962-1981*, Caracas, Procuraduría General de la República, 1984, T. IV, Vol. II; Petit da Costa, Jesús, Dictamen 4211 de 19 de diciembre de 1996, en: *RFCJPUCV*, 1997, N° 102, pp. 295 ss. Ver también: Madrid Martínez, Claudia, Artículo 151 de la Constitución de la República ¿inmunidad? ¿exclusividad? O ¿las dos cosas?, en: *BOACPS*, enero/diciembre 2005, N° 143, pp. 423 ss.

<sup>631</sup> CCom., Art. 358: “La jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Venezuela, según sus leyes, por contratos de seguros celebrados con compañías extranjeras, **es irrenunciable en todo caso**” (resaltado nuestro).

de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano (Art. 10, Ley de Comercio Marítimo<sup>632</sup>). A algunos de ellos volveremos más adelante.

Siendo la sumisión –aunque con vinculación– el principal criterio atributivo de jurisdicción consagrado por el Código Bustamante, debemos hacer algunas precisiones en materia de servicios. En primer lugar –ya lo hemos afirmado– no se descarta la posibilidad de llegar a un acuerdo de elección de foro en materia extracontractual. De manera que si en el curso de la prestación del servicio se generan daños a un tercero –pensemos en un autobús cargado de turistas que, al colisionar con un vehículo particular, ocasiona severas lesiones al ocupante de este último– entre éste y la compañía de transporte puede establecerse, expresa o tácitamente, un acuerdo de elección de los tribunales venezolanos.

Por otra parte, consideremos que la autonomía de la voluntad que, proyectada al terreno procesal, facilitaría la conclusión de un contrato entre una empresa de ingeniería y un laboratorio de productos farmacéuticos que desea redimensionar sus negocios, al permitirles la posibilidad de acceder a un foro neutral o especializado, perjudicaría severamente al particular que, desde Venezuela, contrata los servicios de una empresa brasileña que a través de Internet le impartirá clases de portugués, pues esta última, probablemente, haga valer su superioridad frente al débil jurídico, para imponerle litigar ante sus propios tribunales.

Quizá en este último caso podamos observar la ventaja de la exigencia de vinculación a través de la nacionalidad o el domicilio, impuesta por el Código Bustamante para el funcionamiento de la sumisión<sup>633</sup>. Mas esta protección tampoco es óptima, pues aunque el usuario escape a tener que litigar ante tribunales totalmente ajenos a las partes, seguramente tendrá que hacerlo en el Estado del prestador del servicio. En todo caso, al analizar la inderogabilidad convencional de la jurisdicción venezolana, constataremos que podemos utilizar la expresión “*salvo el Derecho local contrario*” para evitar la elección de un foro que no brinde la protección adecuada al débil jurídico, debido a que en este caso puede entenderse que a la escogencia de los interesados se antepone una “*condición superior y legítima*”, en palabras de Sánchez de Bustamante<sup>634</sup>.

<sup>632</sup> G.O. Ext. N° 5.551 de fecha 09/11/2001. Modificación publicada en G.O. 38.351, 05/01/2006. LCM, Art. 10: “*Corresponde a la jurisdicción venezolana conocer en forma inderogable de las acciones en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano*” (resaltado nuestro).

<sup>633</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. III, p. 86.

<sup>634</sup> Dos Santos –citando a Blanchin– reporta una decisión de la Casación francesa de fecha 17 de diciembre de 1985, en el caso Sorelec, en la cual se rechaza la necesidad de un nexo relevante entre el Estado a que

## b. Lugar de cumplimiento de la obligación

Si estuviésemos en el ámbito del Código Bustamante y no hubiere sumisión o si ésta resultare ineficaz, en materia de obligaciones será necesario recurrir al artículo 323 del propio Tratado, según el cual “*Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia*”. Esta norma tampoco hace distinción entre las diversas acciones personales, de manera que funciona tanto para reclamar la reparación de un daño derivado de un servicio prestado en el marco de un contrato como de uno ocasionado al margen del mismo, utilizando como criterios atributivos de jurisdicción el lugar de cumplimiento o pago de la obligación<sup>635</sup>, el domicilio y la residencia.

Al aplicar el criterio del lugar de cumplimiento debe considerarse como irrelevante el hecho de que la obligación ya se haya ejecutado o vaya a ejecutarse. Este foro encuentra su justificación en la proximidad entre la relación material que da origen a la controversia y el tribunal, lo cual a su vez facilita el desenvolvimiento del proceso, por la cercanía de las pruebas y la efectividad de la decisión. Además, el lugar de cumplimiento se ha entendido como un foro neutral que garantiza el equilibrio de posiciones entre las partes. Sin embargo, este criterio amerita calificación, lo cual podría complicar, sin duda, el panorama. Para tal operación es necesario elegir entre los criterios clásicos en materia de calificación, es decir, calificación *ex lege causae*, *ex lege fori* o autónoma.

Antes de enfrentar el problema de la calificación, el juez debe atender a la posible fijación que, del lugar del cumplimiento de la obligación, hayan hecho efectivamente las partes, pues no ha de considerarse que una parte decida, de hecho y arbitrariamente, ejecutar su obligación en el foro. Admitir esta posibilidad contribuiría a incrementar la superioridad del prestador del servicio frente al usuario, en las relaciones de consumo. Tampoco debe aceptarse un acuerdo

---

pertenecen los tribunales elegidos y el caso concreto, admitiendo la existencia de un interés legítimo de los contratantes a elegir los tribunales de un tercer Estado, bien porque los consideren mejor calificados para resolver el litigio, bien porque busquen garantizar la neutralidad del juez. Dos Santos, *Los contratos internacionales...*, ob. cit., p. 160.

<sup>635</sup> En este sentido, nuestra doctrina, respondiendo a un principio generalmente aceptado, ha entendido que pago y cumplimiento son sinónimos. Ver: Mélich Orsini, José, *El pago*, Caracas, UCAB, 2000, p. 21.

cuya estipulación difiera del lugar efectivo de ejecución de la obligación, pues en tal caso, advierte Virgós Soriano, podría tratarse de una cláusula de sumisión “*travestida*”, con el objeto de escapar a los requisitos formales o de fondo a que tales cláusulas suelen estar sujetas<sup>636</sup>. Cuando las partes guarden silencio –afirma el autor– “*es cuando el problema se presenta con toda su crudeza*”<sup>637</sup>.

Recurrir a la *Lex fori*, aunque proporcionaría una concreción sencilla de este criterio, transformaría el “*lugar de cumplimiento en una conexión meramente conceptual*”, pues en realidad, la obligación se ejecutará en el foro, si así lo prescribe el Derecho aplicable a la obligación<sup>638</sup>.

La calificación *ex lege causae* puede ser otra salida. Y ha sido ésta la solución recomendada, en el marco del Reglamento 44/2001 de la Unión Europea relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, a partir de la interpretación que de su artículo 5,1<sup>639</sup> ha hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Mas constituyendo el contrato un haz de obligaciones que incluye, no sólo las obligaciones contractuales propiamente dichas, sino también las legales que nacen con ocasión del contrato, la solución del Tribunal de preferir la calificación *ex lege causae*, entendiéndola como la utilización de los criterios materiales del Derecho del lugar de cumplimiento de cada obligación, puede traer consigo la multiplicación de foros en relación con un mismo contrato; por lo cual, dependiendo el lugar de cumplimiento de las normas de conflicto de

<sup>636</sup> No debe descartarse, sin embargo, que las partes, de común acuerdo, revoquen la estipulación contenida en el contrato. Así, “*aun fijado un lugar de pago en el contrato, un inequívoco comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato podría ser apreciado como un cambio convencional del lugar de pago*”. Ver: Mélich Orsini, *El pago...*, ob. cit., p. 132.

<sup>637</sup> Virgós Soriano, Miguel, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, Colección Ciencias Jurídicas, 1989, p. 68.

<sup>638</sup> Tomando de Schnitzer el concepto de “*remisión conceptual externa*” (Schnitzer, A.F., *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, Basel, Band I, 1957, p. 99), Virgós Soriano plantea la posibilidad de recurrir a la *Lex contractus*, únicamente a los efectos de la calificación del lugar de cumplimiento de la obligación, operando así, en caso de resultar competente un Derecho extranjero, una “*heterocomposición*” de la norma propia, en virtud de su interpretación en base a un ordenamiento jurídico foráneo. Aunque complicado, el autor reconoce que con tal solución se evita la artificialidad a que conduciría recurrir a una calificación *ex lege fori*. En su opinión, si el lugar de ejecución no fuere interpretado de conformidad con la *Lex obligationis*, se podría dejar sin jurisdicción al foro de ejecución real, lo cual resultaría ilógico. Para saber si es competente, el juez debe determinar el Derecho aplicable a la obligación y, una vez designado, fijará, conforme a sus disposiciones, cuál será el lugar –o lugares– de ejecución. La norma de conflicto es objeto de una aplicación previa para ayudar a precisar un concepto de la norma sobre jurisdicción. Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., pp. 69-73.

<sup>639</sup> Reglamento 44/2001, Art. 5: “*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*” (Resaltado nuestro).

cada tribunal estatal, se pierde previsibilidad. Esto sin contar con la dispersión de los litigios relacionados con un mismo contrato, lo cual puede conllevar a decisiones contradictorias.

Tal problema se agudizaría si nos ubicamos frente a una cadena contractual, e incluso en los contratos complejos. Pensemos en el ingeniero que diseña un proyecto mientras se encuentra en Guatemala estudiando la posibilidad de concluir otro contrato. Luego viaja a Venezuela para encargarse de la construcción de la obra, cuyo funcionamiento posterior supervisará desde su oficina en Brasil.

También podría pensarse en recurrir a la propia *Lex obligationis*. La única manera de satisfacer el objetivo de proximidad entre el tribunal y el objeto del litigio, que orienta las normas que establecen criterios atributivos de jurisdicción, es determinando el lugar del cumplimiento de la obligación, sobre la base del Derecho que prescribe y regula los comportamientos obligacionales de las partes.

Para evitar estos inconvenientes, resulta evidente la conveniencia de una calificación autónoma, que considere las particularidades de cada tipo contractual. Por ejemplo, el propio Reglamento 44/2001 califica, en su artículo 5,1,b, el lugar de cumplimiento en los casos de contrato de compraventa de mercaderías como “*el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías*” y, caso que genera más interés a los efectos de este Trabajo, el lugar de cumplimiento de los contratos de servicios será el del “*Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios*”<sup>640</sup>. De manera similar, sobre la base de las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en materia laboral se ha entendido que el contrato de trabajo se cumple en el lugar en el cual el operario presta sus servicios. Incluso se ha sugerido retomar el concepto de prestación característica. En todo caso, calificar de conformidad con el Derecho material del foro, podría afectar, en el ámbito del Reglamento, la interpretación armónica exigida en los supuestos de criterios contenidos en un instrumento convencional.

Igualmente se ha considerado una posibilidad propuesta por la jurisprudencia francesa, según la cual la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que da origen a la reclamación ha de depender de las circunstancias fácticas del caso concreto, de manera de establecer el tribunal más próximo con

---

<sup>640</sup> El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo, en su artículo 5,b, se refiere, directamente, al Estado “*de cumplimiento de la prestación del servicio*”.

el litigio<sup>641</sup>. Sin embargo, esta opción ha sido criticada por propiciar el *forum non conveniens*<sup>642</sup>.

Ahora bien, en el ámbito del Código Bustamante parece claro que, en orden a la ya referida regla general de calificación *ex lege fori* contenida en los artículos 6 y 163 de este Convenio, hemos de recurrir al Derecho material venezolano para definir lo que debe entenderse por lugar de cumplimiento o pago de las obligaciones. Sin embargo, nos queda una duda; a diferencia del Reglamento europeo, el Código Bustamante no hace expresa referencia al tipo de obligación cuyo lugar de cumplimiento determinaría la jurisdicción, esto es, si se refiere a la obligación cuyo incumplimiento origina el litigio, la obligación principal –acompañada del problema de calificar a alguna de las contenidas en un contrato como “*principal*”– o, simplemente, a cualquiera de las contenidas en el contrato<sup>643</sup>. A falta de una mejor solución, ante el silencio del Tratado y atendiendo a la proximidad razonable que, por principio general, ha de inspirar los criterios atributivos de jurisdicción<sup>644</sup>, pensamos que debería considerarse aquella cuyo incumplimiento se reclama.

Evidentemente, si se trata de un daño derivado de la prestación defectuosa del servicio o de su falta de prestación, será foro competente aquel en el cual se llevó defectuosamente o debió llevarse a cabo la prestación del servicio. Si en el ejemplo anterior se alegase un defecto en el diseño de la obra, la jurisdicción correspondería a los tribunales de Guatemala. Si, por el contrario, la obra presentase problemas por la omisión de alguna regla técnica en la construcción de la obra, serían competentes los tribunales venezolanos.

También habría que determinar cómo se entiende “*perfeccionado*” el cumplimiento. Considérese que las transacciones modernas se desarrollan,

<sup>641</sup> En este sentido, Kropholler propone recurrir a un criterio de proximidad propio, que opere por tipos contractuales y no necesariamente basado en comportamientos negociales por venir. Citado en: Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., p. 76.

<sup>642</sup> Sobre la evolución y las críticas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en torno a la interpretación del “*lugar de cumplimiento de la obligación*”, ver: Requejo Isidro, Marta, Tessili y Concorde, De Bloss y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: Un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fiel a sí mismo, veintitrés años después, en: *Diario La Ley*, año XXI, N° 4967, 11/01/2000, pp. 1 ss.; Carballo Piñeiro, Laura, Obligaciones de no hacer y competencia judicial internacional (La STJCE de 19 de febrero de 2002, Besix vs. Wabag Plafog y sus consecuencias), en: *Diario La Ley*, año XXIII, N° 5534, 30/04/2002, pp. 1 ss.

<sup>643</sup> Comentando el sistema italiano, Giuliano ha afirmado que no exigir que se trate de la obligación que fundamenta la demanda, se justifica por el interés del Estado en poder resolver, a través de sus órganos de administración de justicia, toda relación jurídica que pueda desplegar efectos que interesen al ordenamiento jurídico italiano. Véase: Giuliano, M., *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1970, p. 76.

<sup>644</sup> Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, ob. cit., pp. 55-57.

la mayoría de las veces, de manera bastante complicada, en relación con su ejecución. Por ejemplo, el pago del precio de un servicio, entendido como el cumplimiento de una obligación pecuniaria, antaño entendido como la ejecución pura y simple de una prestación de dar, completada con la entrega material del dinero, hoy día ha pasado a configurarse más bien como una obligación de hacer, debido a la intervención de la tecnología en los servicios financieros. Dónde, entonces, se entendería cumplida una obligación en estos términos. Podríamos pensar en el lugar donde el deudor realiza todos los actos necesarios para el cumplimiento de su prestación, disponibilidad de fondos, autorizaciones, transferencias, etc., o en el lugar donde el acreedor efectivamente recibe el pago<sup>645</sup>. Una forzada interpretación de estos supuestos, podría conducir al establecimiento de la jurisdicción en casos en los cuales el contacto con el foro sea mínimo, por ello el operador jurídico no debe perder de vista la proximidad que debe existir entre la relación de que se trate y el foro a la hora de establecer la jurisdicción<sup>646</sup>.

Ahora bien, si, como parece lógico en el marco del Código Bustamante, nos inclináramos por una calificación *ex lege fori*, el Derecho material venezolano entiende que “*El pago debe hacerse en el lugar fijado por el contrato. Si no se ha fijado el lugar, y se trata de cosa cierta y determinada, el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que forma su objeto, en la época del contrato. Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo lo que se establece en el artículo 1.528*” (Art. 1.295 CCV). Hemos de aclarar en primer lugar, que no existe problema en aplicar esta norma a las obligaciones de origen extracontractual, pues su ubicación en el Capítulo IV “*De la extinción de las obligaciones*”, Sección I “*Del pago*”, sugiere su aplicabilidad a cualquier tipo de obligación, sea cual fuere su fuente. Analicemos ahora sus implicaciones desde el punto de vista de la determinación de la jurisdicción.

Si se tratare de un servicio prestado en el marco de un contrato con relación a cuyo incumplimiento se reclama la reparación de un daño, habrá que

<sup>645</sup> Rodner ha afirmado que, en estos casos, es necesario distinguir entre momento de pago y momento de cumplimiento, entendiendo por el primero aquel en el cual el deudor ha cumplido todos los pasos necesarios para cumplir su obligación, y como momento de cumplimiento aquel en el que el crédito del acreedor queda satisfecho, momento este último en el cual se extingue la obligación. Ver: Rodner, James Otis, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Caracas, Edit. Arte, 1995, pp. 193-202. ver también, del mismo autor: Rodner, James Otis, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Caracas, ACPS, 2ª ed. concordada con la jurisprudencia venezolana y los Principios de Unidroit, 2005, pp. 208-214.

<sup>646</sup> Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., pp. 85-87.

determinar si en el propio contrato se ha fijado de antemano el lugar de cumplimiento<sup>647</sup>. Fijación que puede ser expresa o tácita, al resultar, en este último caso, de un conjunto de hechos concluyentes. En efecto, la determinación del lugar de cumplimiento puede resultar de los usos imperantes en el lugar o de otras circunstancias tales como la prestación a cumplir<sup>648</sup>. Los principios Unidroit, en sentido similar, establecen, en su artículo 6.1.6 que el lugar de cumplimiento de la obligación puede ser expresamente fijado por las partes en el contrato, o determinable a partir del propio contrato. Resulta obvio –de acuerdo al comentario de la norma citada– que la obligación de edificar debe ser cumplida en el lugar de la construcción y que la obligación de transportar bienes ha de ser ejecutada en el lugar indicado en la ruta acordada<sup>649</sup>.

Bien, habiéndose fijado el lugar de cumplimiento, es discutible la naturaleza del daño. Se presenta de esta manera al juez un nuevo problema de calificación, pues en caso de no estar el daño vinculado con el contrato de servicios, la estipulación en relación con el lugar de cumplimiento no afectaría al perjuicio discutido, *ergo*, podrían no tener jurisdicción los tribunales del lugar elegido para el cumplimiento de la obligación contractual. Recordemos en este punto lo que hemos ya afirmado en relación con la necesaria especificidad del daño contractual.

Por otra parte, en materia de Derecho consumo debemos considerar que, en algunos casos, el lugar de prestación del servicio va a coincidir con el lugar

<sup>647</sup> Así lo ha entendido nuestra Sala Política Administrativa, al afirmar, en el caso de un contrato de trabajo, que aunque “*se hayan realizado labores en Venezuela por más tiempo de lo previsto en los contratos laborales, por razones circunstanciales, derivadas de complicaciones técnicas en el motor y en la grúa porta contenedores de la motonave, que forzaron fondear la nave en puerto venezolano a fin de proceder a las reparaciones y mantenimiento de la embarcación... debe afirmarse categóricamente, que... las obligaciones laborales pactadas debieron ser cumplidas en la embarcación de bandera panameña, independientemente del puerto a donde arribara el buque o de las aguas donde navegara el mismo*”. De tal manera, “*no siendo Venezuela el país donde debieron ser cumplidas las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo de los accionantes*” los tribunales venezolanos no tienen jurisdicción. (TSJ/SPA Sent. N° 01321, 03/07/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01321-030701-0493.htm>). A pesar de la preferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la calificación *ex lege causae*, éste ha admitido que en aquellos casos en que las partes hubieren elegido expresamente el lugar de cumplimiento del contrato, tal elección determinaría la jurisdicción. Ver: TJCE Sent. 17/01/1980, as. 56/79, Zelger c. Salinitri, Rec. p. 89.

<sup>648</sup> Así lo afirma Mélich Orsini, a partir del Código Civil italiano. Ver: Mélich Orsini, *El pago...*, ob. cit., p. 131. Cristóbal Montes, por su parte, refiere el caso específico de los contratos con obligaciones bilaterales, supuesto en el cual el autor entiende que “*bastará que se especifique el lugar de cumplimiento correspondiente a una de las partes para que a él deba referirse también la ejecución de la que incumbe a la otra, por exigencia del sinalagma que afecta y caracteriza ambos vínculos obligatorios*”. Ver: Cristóbal Montes, Ángel, *El pago o cumplimiento de la obligación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 101.

<sup>649</sup> Unidroit, *Unidroit principles...*, ob. cit., p. 158.

del domicilio del usuario, lo cual le garantiza, cuando menos, litigar en un foro conocido por él. Mas cuando no existe tal coincidencia –situación frecuente– la posible protección se pierde. El turismo, los viajes combinados, los viajes por salud, son servicios para cuya prestación el usuario se desplaza fuera de su domicilio y con tal desplazamiento pierde el beneficio de, conforme a este criterio, litigar ante sus propios tribunales.

Importancia marginal tiene en materia de servicios, el criterio según el cual, no habiendo fijado las partes el lugar del cumplimiento y teniendo la prestación por objeto una cosa cierta y determinada, el pago deberá hacerse en el lugar en que la misma se encontrare “*en la época del contrato*”. Recordemos que, justamente, lo que define al servicio es la preponderancia del hacer sobre la presencia de cosas en la prestación, por lo que lo verdaderamente relevante en este caso es la conducta y, por ende, el lugar en que ha de desarrollarse. No pensamos, a pesar de admitir que en el curso de la prestación del servicio puedan verse productos involucrados, que la ubicación de estos pueda tener injerencia a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la prestación. Sin embargo, en el caso de los servicios de reparación ejecutados sobre un bien ajeno, tal criterio podría encontrar aplicación.

Ahora bien, atendiendo al principio *favor debitoris*, fuera de los casos anteriores, “*el pago debe hacerse en el domicilio del deudor*”, a cuyos tribunales, de conformidad con la operación de calificación que venimos realizando, podría recurrir el demandante. En este supuesto, el operador jurídico enfrentaría el problema referido a la interpretación de lo que ha de entenderse por domicilio. En relación con las personas físicas, el domicilio debe ser entendido como residencia habitual, tal como lo establece la calificación autónoma contenida en el artículo 11 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>650 651</sup>.

<sup>650</sup> Con esta solución se deja de lado la calificación que, en Derecho interno, proporciona el artículo 27 del Código Civil y que entiende que el domicilio se encuentra en el lugar del asiento principal de los negocios e intereses de la persona. Esta norma –que continúa vigente– debe ser utilizada para interpretar el artículo 1.295 del propio Código Civil, cuando se trate de un contrato doméstico. Terreno en el cual además se admite que, en el caso del artículo 31 del Código Civil, se identifique el domicilio con la simple residencia. Ver: Mélich Orsini, *El pago...*, ob. cit., p. 134.

<sup>651</sup> En nuestra doctrina se ha planteado el problema de la aplicación de esta norma fuera del ámbito de la Ley de Derecho internacional privado. Así, para Haydée Barrios y Tatiana Maekelt, la calificación realizada por la Ley de Derecho Internacional Privado ha de prevalecer en todos los casos con elementos de extranjería, independientemente del instrumento normativo que utilice tal expresión (Maekelt, Tatiana y Haydée Barrios, Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 297 ss.). En cambio, para Eugenio Hernández-Breton, la definición de la Ley se limita a los casos en que sus propias disposiciones se refieren a la determinación de la jurisdicción o del Derecho aplicable, incluso, si se

En el caso de las personas jurídicas, doctrina y jurisprudencia han sido contestes en afirmar que, ante el silencio de la Ley en relación con el domicilio de los entes morales, ha de recurrirse a una calificación *ex lege fori*. De manera que si se trata de una persona jurídica de carácter civil, se entenderá que ésta tiene su domicilio “*en el lugar donde esté situada su dirección o administración*” (Art. 28 CCV); y en el caso de personas jurídicas de carácter mercantil, éstas se considerarán domiciliadas “*en el lugar que determina el contrato constitutivo de la sociedad, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal*” (Art. 203 CCom.)<sup>652</sup>.

En relación con la referencia de la norma en estudio al artículo 1.528 del Código Civil, ha de considerarse que este último está relacionado con los contratos de compraventa<sup>653</sup>, razón por la cual su estudio ha sido dejado de lado a los efectos de este Trabajo.

### c. Domicilio o residencia del demandado

Finalmente, el artículo 323 del Código Bustamante establece que, en defecto de los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación, tendrán jurisdicción los del lugar del domicilio o la residencia del demandado. En opinión de Sánchez de Bustamante el domicilio del demandado es el criterio más natural, y sólo cuando se carece de éste o se ignora donde está ubicado debe sustituirse por el criterio de la residencia. La finalidad de los criterios atributivos

---

quiere conservar la coherencia interna de este instrumento, a los casos de determinación de la competencia territorial interna (Hernández-Breton, Eugenio, El domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado venezolano actual, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 147 ss. Ver también, del mismo autor, Domicilio a los fines de la *cautio iudicatum solvi*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 189 ss.). Creemos, con Barrios y Maekelt, que ha de prevalecer la definición del artículo 11 de la Ley de Derecho Internacional Privado, pues el artículo 15 de la propia Ley establece que “*Las disposiciones de este Capítulo se aplican siempre que esta Ley se refiera al domicilio de una persona física y, en general, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los Tribunales*” (resaltado nuestro). De manera que, en última instancia, ha de recurrirse a los tribunales del lugar donde el deudor tenga su residencia habitual.

<sup>652</sup> Romero, Fabiola, Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de Derecho internacional privado, en: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 163 ss., especialmente p. 168. Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 95. CSJ/SPA Sent. 11/08/1999, Pedro Glucksmann c. Metales Internacionales Paraguaná; TSJ/SPA Sent. 21/11/2000, Hazalett, Strip-Casting Corporation e Industria Venezolana de Aluminio (CVG-Venalum) c. Productos Industriales Venezolanos S.A. (Pivensa); TSJ/SPA Sent. 10/10/2000, Miguel Delgado c. Rust Environment and Infrastructure Inc. y otros. Consultadas en original.

<sup>653</sup> CCV, Art. 1.528: “*Cuando nada se ha establecido respecto de esto, el comprador debe pagar en el lugar y en la época en que debe hacerse la tradición. Si el precio no ha de ser pagado en el momento de la tradición, el pago se hará en el domicilio del comprador según el artículo 1.295*”.

de jurisdicción subsidiarios es facilitar el debate judicial y la ejecución de la sentencia, afirma el propio autor<sup>654</sup>.

Este criterio, como acabamos de exponer, no presenta inconvenientes en relación con la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual; en cambio nos pone de nuevo frente a la disyuntiva de la determinación del domicilio al añadir a la residencia como criterio atributivo de jurisdicción. Esta polémica se presenta pues, tal como hemos afirmado, en el sistema venezolano de Derecho internacional privado el domicilio de las personas físicas ha de ser entendido como ubicado en el lugar de su residencia habitual.

En primer lugar, si somos coherentes en nuestra exposición, en el ámbito del sistema de Derecho internacional privado venezolano, el domicilio de las personas físicas ha de localizarse en el lugar de su residencia habitual, puesto que estamos determinando la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Sin embargo, esto no resuelve la interrogante en relación con la calificación de la residencia como criterio atributivo de jurisdicción. Consideremos que al entrar en vigencia la Ley de Derecho Internacional Privado, la doctrina expresó su satisfacción al estimar que la residencia, a través de la cual el legislador calificó el domicilio, constituye un concepto más fáctico que jurídico y que su interpretación debe tener en cuenta lo que común y corrientemente se entiende por tal<sup>655</sup>.

Esta posición ciertamente acerca el concepto de domicilio al de residencia, mas en nuestro Derecho interno existe una diferencia entre ambos. El domicilio, tal como hemos expresado *supra*, se entiende ubicado en el lugar donde la persona física tiene el asiento principal de sus negocios e intereses (Art. 27 CCV), y la residencia luce como un concepto menos estable que “*hace las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen conocido en otra parte*” (Art. 31 CCV). La residencia –ha afirmado la doctrina civilista venezolana– “*es el lugar donde vive habitualmente una persona*” (resaltado nuestro) y no necesariamente coincide con el domicilio, aunque en la práctica sea frecuente, debido a que, comúnmente, las personas viven habitualmente en el lugar donde tienen el asiento principal de sus negocios e intereses<sup>656</sup>. De lo expuesto parece

<sup>654</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., T. III, p. 88. Olga Dos Santos entiende que los criterios subsidiarios atienden a la necesidad de garantizar el derecho a la defensa del demandado. Ver: Dos Santos, Olga, Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, FCJPUCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, T. II, pp. 3 ss., especialmente p. 10.

<sup>655</sup> Barrios, Haydée, Del domicilio, en: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 41 ss., especialmente p. 42. En sentido similar: Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 64.

<sup>656</sup> Aguilar Gorrondona, José Luis, *Derecho civil. Personas*, Caracas, Edit. Ex Libris, UCAB, Manuales de Derecho, 9ª ed., 1987, p. 176. En el mismo sentido se pronuncia Domínguez Guillén, para quien la residencia tiene cierta estabilidad, “*ya que se refiere al lugar donde habitualmente vive la persona y no*

desprenderse que no existe diferencia entre la simple residencia y la residencia habitual o, lo que es lo mismo, a los efectos del Derecho internacional privado venezolano, no existe diferencia entre el domicilio y la residencia.

Sin embargo, ya en otras oportunidades hemos expresado que el concepto de residencia habitual nos hace preguntarnos si para considerar que una persona la tiene en un Estado determinado debe evaluarse su ánimo de permanecer en el mismo y el tiempo que ésta haya estado “*viviendo*” en él, siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto<sup>657</sup>. Ello, a pesar que en todo caso esta discusión queda abierta y será la jurisprudencia la encargada de dar una respuesta definitiva; mas viendo en la residencia habitual un concepto menos fáctico, la simple residencia luce como cuestión distinta. Tengamos también en cuenta que, en el caso de las personas jurídicas, toda discusión parece estéril, ya que en relación con ellas, la doctrina no suele referirse al concepto de residencia pues la condición fáctica que ésta implica no podría producirse en relación con aquellas.

Además de estas precisiones consideremos que, en el marco de una relación de consumo, acudir al domicilio del demandado cuando es el usuario contratante o un tercero quien ha sufrido el daño como consecuencia de la prestación del servicio, la aceptación de este criterio supone litigar en el foro del prestador. No es éste problema en un contrato de servicio entre iguales. De hecho, siendo el prestador quien, en el marco de estas relaciones, asume la mayoría de los riesgos, justo es reconocerle este beneficio. Semejante planteamiento reafirma la necesidad de diferenciar, a la hora de organizar el sistema de Derecho internacional privado, las relaciones paritarias y las relaciones de consumo; mas excusemos a Bustamante, en 1928 la realidad era distinta a la actual.

Finalmente, debe considerarse que la disposición en estudio también utiliza la expresión “*salvo el Derecho local contrario*”. En nuestra opinión, la misma debe entenderse, en el marco de esta norma, como ordenando el respeto a aquellos supuestos en los que el legislador se reserva de manera inderogable o exclusiva el ejercicio de la jurisdicción, tal como lo ha entendido el Tribunal Supremo de Justicia, según ya hemos indicado. No cabe aquí la limitación referida a la vinculación con el territorio del juez, pues la misma sólo tiene sentido cuando se admite el funcionamiento de la sumisión<sup>658</sup>.

---

*cambia con cualquier alejamiento temporal de la misma*” (Resultado nuestro). Ver: Domínguez Guillén, María Candelaria, La sede jurídica, en: *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 14, 2004, pp. 449 ss., especialmente p. 491.

<sup>657</sup> Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 84.

<sup>658</sup> Con relación a tal norma, Sánchez de Bustamante se limita a parafrasear su contenido. Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. III, p. 99.

## 2. Codificación estatal

Estando fuera del ámbito de aplicación de la fuente convencional<sup>659</sup>, debemos recurrir a “*las normas de Derecho Internacional Privado venezolano*”. En tal sentido, la especialidad y la posterioridad de las normas han de darnos la clave para elegir la norma a aplicar. Recordemos que a pesar que la Ley de Derecho Internacional Privado sea nuestra principal fuente a nivel interno, no es la única normativa sobre la materia. Debemos por ello hacer referencia a la Ley de Aeronáutica Civil<sup>660</sup> y al Decreto Ley sobre Comercio Marítimo<sup>661</sup>, instrumentos cuya especialidad llama a una aplicación preferente en relación con la Ley de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, por razones didácticas, haremos en primer lugar referencia a los criterios atributivos de jurisdicción contenidos en la Ley general.

### a. La Ley de Derecho Internacional Privado

#### a.1. El principio general: domicilio del demandado

En el marco de la Ley venezolana, el primer criterio atributivo de jurisdicción es el domicilio del demandado, ello se desprende del contenido del artículo 39 de la Ley<sup>662</sup>. Tal domicilio –como hemos indicado *supra*– se

<sup>659</sup> Recordemos que “*estar fuera de la fuente convencional*” implica, en primer lugar, que no existe un tratado vigente para Venezuela sobre la materia, o, en segundo término, que aun existiendo un tratado vigente para Venezuela, el mismo no lo esté para los demás ordenamientos jurídicos vinculados con el caso en cuestión. En ningún caso implica, evidentemente, que una vez aplicado el tratado vigente, la jurisdicción recaiga sobre otro de los Estados parte del mismo y no sobre Venezuela, pues la función de los criterios atributivos contenidos en los tratados es más de distribución que de simple atribución. En semejante caso, Venezuela debe conformarse con declarar su falta de jurisdicción.

<sup>660</sup> G.O. N° 38.226 de fecha 12/07/2005.

<sup>661</sup> Ver referencia en nota 632.

<sup>662</sup> LDIPV, Art. 39: “*Además de la jurisdicción que asigna la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de esta Ley*”. Hernández-Breton es de una opinión contraria. Para el jurista venezolano, la norma citada “*no establece el domicilio del demandado como criterio atributivo de jurisdicción. Tan sólo lo reconoce en la medida en que el mismo haya sido establecido por la ‘Ley’*”. Esta conclusión se desprende del uso del vocablo ‘*además*’ en la redacción de la disposición en comentario, lo cual parece indicar la existencia de otras normas que así lo hacen. De tal manera el domicilio del demandado atribuirá jurisdicción a los tribunales venezolanos en la medida en que la ‘*Ley*’ haya establecido tal jurisdicción... No obstante, lo cierto del caso es que la ‘*Ley*’ no consagra de manera expresa y general el domicilio del demandado como criterio atributivo de jurisdicción. Ello resulta tan solo como una conclusión forzada basada en la tradición venezolana”. Ver: Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., pp. 63-64.

entenderá ubicado, en el caso de las personas físicas, en el lugar donde éstas tengan su residencia habitual (Art. 11 LDIPV); y en el caso de las personas jurídicas, ante el silencio de la Ley y sobre la base de una calificación *ex lege fori*, se entenderá ubicado, para los entes morales civiles en el lugar donde esté situada su dirección o administración (Art. 28 CCV); y para las personas jurídicas de carácter mercantil en el lugar que determina su contrato constitutivo, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal (Art. 203 CCom.). Este criterio es aplicable tanto a la responsabilidad civil derivada de los servicios contractuales, como de aquella de fuente extracontractual. Recordemos, igualmente, los inconvenientes que, según hemos reconocido al comentar el Código Bustamante, presenta este criterio en los casos de relaciones con débiles jurídicos, debido a la ventaja que brinda al prestador del servicio de poder litigar ante sus propios tribunales.

Ahora bien, si en el caso concreto el demandado no estuviere domiciliado en territorio venezolano, el juez tendrá que evaluar si se trata de una acción de contenido patrimonial (Art. 40), una acción relativa a universalidades de bienes (Art. 41) o una acción referida al estado de las personas o a las relaciones familiares (Art. 42). En el caso que nos ocupa, luce evidente que estamos frente a acciones de contenido patrimonial, lo cual impone el estudio del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En virtud de esta norma:

*“Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial:*

- 1. Cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República;*
- 2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio;*
- 3. Cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República.*
- 4. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción”.*

Tradicionalmente la doctrina venezolana ha estimado que el ordinal segundo del artículo citado establece los criterios atributivos de jurisdicción para las causas que se relacionan con las obligaciones contractuales y extracontractuales. Sin embargo, debemos hacer una breve referencia a los demás criterios, debido a que la disposición de la norma sugiere la posibilidad de recurrir, en estos casos, también a los demás criterios.

## a.2. Lugar de ubicación de los bienes

En primer lugar, el artículo 40 hace referencia a la atribución de jurisdicción a los tribunales venezolanos para discutir acciones relacionadas con la disposición o tenencia de bienes muebles o inmuebles ubicados en la República. La referencia a la “*tenencia*” sugiere la posibilidad de que no sólo se trate de derechos reales –supuesto que podría entenderse englobado por la expresión “*disposición*”–, sino también de cualquier tipo de relación vinculada con bienes, lo cual afianza nuestra opinión, en relación con su aplicabilidad a relaciones obligacionales.

No se olvide tampoco que este criterio atributivo de jurisdicción puede resultar muy útil en los casos en los cuales la reparación que se pida en juicio, implique la restitución de un bien; mas no dejemos de lado el hecho de que en materia de servicios –tal como hemos aclarado al comentar las disposiciones del Código Bustamante– la conducta, el hacer, es lo realmente preponderante, y los bienes pasan, en este terreno, a un segundo plano, sin descartar, desde luego, los servicios prestados sobre bienes del acreedor.

## a.3. Lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución de la obligación

El ordinal segundo del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se refiere de manera particular a las relaciones obligatorias. De acuerdo con la citada norma, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción, en materia patrimonial, “*Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio*”. Con relación a esta disposición, la doctrina venezolana ha expresado que los criterios relativos al lugar de celebración y al lugar de ejecución, hacen referencia a las obligaciones contractuales<sup>663</sup> y, por ende a la responsabilidad civil contractual, mientras que el criterio “*hechos verificados*” hace referencia a las obligaciones de origen extracontractual<sup>664</sup>. Hemos de analizar cada uno antes de llegar a una conclusión.

Así, el primer criterio consagrado en materia de obligaciones es el “*lugar de celebración del contrato*”. Este criterio es poco utilizado, pues aunque

<sup>663</sup> Así se entiende también en: Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., pp. 31-32.

<sup>664</sup> Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 72; Maekelt, por su parte, intuye en este ordinal un problema de calificación que “*la jurisprudencia tendrá que resolver*”, ver: Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 111.

normalmente la celebración de un contrato en un Estado determinado comporta un círculo más amplio de vinculaciones, este elemento, por sí solo, no parece particularmente significativo en términos de proximidad, por lo cual, más que para justificar la jurisdicción, serviría para reforzarla. Consideremos que, frecuentemente, el lugar de celebración del contrato obedece más a un criterio de comodidad que a una verdadera necesidad derivada del propio contrato<sup>665</sup>. En realidad, este foro no ofrece auténticas respuestas a los problemas de reglamentación de los contratos, ni resulta un exponente de vinculación entre el contrato y el sistema, que aconseje su retención, “*ni siquiera cuando lo que se discuta sea la propia validez del contrato*”<sup>666</sup>.

Por otra parte, la calificación de lo que ha de entenderse por lugar de celebración es normalmente dejada a los criterios materiales del ordenamiento jurídico del juez, pues al carecer de algún contenido material, el lugar de celebración parece destinado más bien a cumplir una función localizadora del contrato, con lo cual, a diferencia de lo que ocurre con el lugar de cumplimiento, no parece haber problema en recurrir a una calificación *ex lege fori*<sup>667</sup>. Así, habría que recurrir al Derecho interno venezolano para determinar dónde se entiende celebrado el contrato, supuesto especialmente complicado cuando entre oferta y aceptación media alguna frontera geográfica. Así, si oferta y aceptación se producen en Venezuela, serán sus tribunales competentes de acuerdo con el criterio en estudio, pues “*El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte*” (Art. 1.137 CCV).

Si, en cambio, sólo estuviere en Venezuela una de las partes, habría que interpretar dónde se entiende celebrado el contrato. Para hallar una solución podemos recurrir, en primer lugar, a la norma contenida en el aparte único del artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>668</sup>, de acuerdo con la cual “*Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los*

<sup>665</sup> En este sentido: Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., pp. 137-138.

<sup>666</sup> Ver: Espinar Vicente, José María, *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional. Competencia judicial internacional. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, 1993, p. 107.

<sup>667</sup> Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., pp. 135-136.

<sup>668</sup> Suscrita en México en 1994 en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Ratificada por Venezuela y publicada en la G.O. Ext. N° 4.974 de fecha 22/09/1995.

*del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución*” (resaltado nuestro). Con tal expresión, la citada disposición parece referir que el contrato se entiende celebrado, alternativamente, en el lugar en que se encuentra el oferente y en el lugar en que se encuentra el aceptante<sup>669</sup>. Tal interpretación conduciría a que Venezuela se atribuyese jurisdicción por estar en su territorio alguno de los contratantes, al momento de realizar la manifestación unilateral de voluntad tendiente a la configuración del consentimiento, lo cual afecta aun más la proximidad que debe orientar a todo criterio atributivo de jurisdicción.

La segunda solución, que refuerza la tendencia hacia la calificación *ex lege fori*, se deriva de una interpretación conjunta de los artículos 115 del Código de Comercio y 1.137 del Código Civil. En tal sentido, se entendería celebrado el contrato en el lugar de la residencia de quien hubiere hecho la promesa primitiva o la propuesta modificada y en el momento en que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del mismo<sup>670</sup>. Pensamos que ésta es la solución más adecuada al problema de calificaciones planteado en este caso, pues aunque la proximidad es dudosa con este criterio atributivo de jurisdicción, entender el lugar de celebración de manera más restringida contribuye a garantizar un mínimo de conexión entre el objeto del litigio y los tribunales competentes.

Ahora bien, en relación con el tema que nos ocupa, debemos considerar, en primer lugar, que el criterio “*lugar de celebración*” es exclusivamente aplicable a las obligaciones contractuales. Por tal razón, el operador jurídico debe calificar el supuesto que tenga ante sí, puesto que de llegar a la conclusión de que se trata de una relación extracontractual no podría recurrir a este criterio. En segundo lugar, más allá de la dudosa conexión entre el lugar de celebración del contrato y la relación en sí misma, este criterio no presenta problemas en los casos de relaciones contractuales paritarias. De hecho, las partes con un equivalente poder de negociación, bien pueden elegir el lugar donde celebrarán el contrato de reaseguros, por ejemplo, pensando en ese lugar como un posible foro para dirimir sus futuras controversias.

No podemos, sin embargo, decir lo mismo en el supuesto de los contratos de consumo. En tal caso, habría que distinguir aquellos contratos celebrados

<sup>669</sup> “Cuando el contrato es celebrado entre personas que se encuentran en diferentes países, los citados instrumentos convencionales –Convenio de Roma y CIDACI– establecen que el mismo será válido, en cuanto a la forma, si reúne las condiciones de forma exigidas por el derecho que lo rija en cuanto al fondo o por el **derecho de uno de los Estados donde se encuentran las partes para el momento de la celebración** o, en el caso de la Convención Interamericana, por el derecho del lugar de ejecución” (Resaltado nuestro). Ver: Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit., p. 282.

<sup>670</sup> Así se ha reconocido en: CSJ/SPA, Sent. 07/10/1992, en: CSJ/JPT, octubre, 1992, pp. 213 ss.

por el usuario sin desplazarse de su domicilio de aquellos que supongan un desplazamiento. En la primera de las hipótesis planteadas, al coincidir el lugar de celebración del contrato con el domicilio del usuario, éste tendría la posibilidad de, a través de este criterio, litigar ante sus propios tribunales. Pensemos en el turista domiciliado en Venezuela que contrata con una agencia de viajes, también constituida y domiciliada en Venezuela, un paquete que incluye pasajes aéreos de ida y vuelta a España y el alojamiento en un hotel. Pero si, en cambio, este turista acepta la oferta que hace vía Internet una compañía aérea establecida en España y una vez en ese país contrata el alojamiento en un hotel, el mismo se vería excluido de la posibilidad de litigar ante los tribunales venezolanos, lugar de su domicilio, utilizando el criterio del lugar de celebración del contrato.

En relación con el “*lugar de ejecución*” de la obligación, reproducimos en este punto los comentarios que hicieramos *supra* en relación al lugar de cumplimiento de la obligación como criterio atributivo de jurisdicción en el Código Bustamante. Nos gustaría sin embargo, añadir la posibilidad de un convenio entre las partes en orden al resarcimiento de los daños ocasionados por un hecho ilícito, que no llegue a configurar un contrato, y en el cual hayan establecido, como lugar del cumplimiento de la obligación, el territorio venezolano.

#### a.4. Verificación de hechos en el territorio de la República

Ha sido una constante en la doctrina venezolana, y la jurisprudencia lo ha entendido así<sup>671</sup>, entender que las obligaciones originadas al margen de un contrato, quedarán sometidas a la jurisdicción de nuestros tribunales, cuando se trate de “*hechos verificados*” en el territorio de la República<sup>672</sup>. Sin embargo, las discusiones se han presentado al momento de calificar lo que

<sup>671</sup> En la sentencia del célebre caso Hyundai, la Sala Política Administrativa, luego de calificar la relación como extracontractual, afirmó: “*Por las razones anteriores, considera esta Sala, que no es aplicable la cláusula 24 del contrato al caso de autos, por lo cual se pasa a determinar la jurisdicción competente, y a tales efectos se observa que el artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que ‘los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: 2º) Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio’*” (resaltado en el original). Ver: CSJ/SPA Sent. 07/10/1999, en: JRG, 1999, T. CLVIII, pp. 762 ss.

<sup>672</sup> Véase en este sentido: Guerra Hernández, Víctor Hugo, La jurisdicción venezolana en materia extracontractual y la doctrina del *forum non conveniens*, en: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 6, 2002, pp. 429 ss., especialmente p. 434; Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 72; Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 111.

ha de entenderse como “*hechos verificados*”, expresión que, vinculada a las obligaciones extracontractuales, ha de entenderse como una consagración del llamado *forum delicti commissi*.

– El *forum delicti commissi*

La aceptación del *forum delicti commissi*, regla que supone la jurisdicción de los tribunales del lugar donde ocurre el hecho ilícito, se ha justificado por la proximidad que existe entre el litigio y los tribunales del lugar de comisión del mismo. Sin embargo, debe considerarse que no siempre estuvo claro dónde debía entenderse ocurrido el hecho ilícito. En una interpretación prejudicial del artículo 5,3 del Convenio de Bruselas de 1968 –hoy Reglamento 44/2001– en el célebre caso *Handelskwekerij G.J. Bier et Fondation Reinwater c. Mines de Potasse d’Alsace* resuelto en 1972<sup>673</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, afirmó que “*lugar donde el hecho dañoso se produjo*”, se refiere tanto al lugar donde se produce la causa generadora como al lugar donde se verifican los efectos dañosos.

Con tal decisión se adoptó el llamado principio de la ubicuidad, de acuerdo con el cual, en caso de disociación entre el lugar del efecto dañoso, por un lado, y el lugar de la causa generadora, por otro, el demandante puede intentar la acción, a su elección, en cualquiera de los dos lugares. En opinión de Bucher y Bonomi, más que por el deseo de proteger a la víctima, esta decisión obedeció a consideraciones de buena administración de justicia y de eficacia de la propia convención, pues el Tribunal expresamente señaló, que tanto un lugar como el otro se muestran particularmente útiles tanto desde el punto de vista de la actividad probatoria, como desde la perspectiva de la organización del proceso<sup>674</sup>.

<sup>673</sup> En este caso, la plantación Bier, situada en Holanda, y la Fundación Reinwater, cuya finalidad es la promoción del mejoramiento de la calidad de las aguas de la cuenca del Rin, demandaron a la compañía francesa Mines de Potasse d’Alsace, con sede en Francia, ante los tribunales holandeses, la reparación de los daños causados a la plantación como consecuencia de la contaminación del Rin provocada por el vertimiento, por parte de la compañía francesa, de desechos industriales. Esta conducta no contravenía el Derecho francés, pero sí el holandés. El tribunal de Róterdam se declaró incompetente. Los cultivadores holandeses apelaron y el tribunal de alzada se dirigió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que interpretase la expresión “*lugar donde ha ocurrido el hecho del que se deriva el daño*”, contenida en el artículo 5,3 del entonces aplicable Convenio de Bruselas. TJCE, asunto 21/76, Sent. 30/11/1972, en: *Recueil Officiel de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1976, pp. 1735 ss.

<sup>674</sup> Bucher, Andreas y Andrea Bonomi, *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 279. En sentido similar se pronunció el TJCE, en el caso Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel, decidido en fecha 13/04/2000, al afirmar que “*En efecto, el órgano*

En efecto, tal como ha señalado Bourel, independientemente de los criterios atributivos de jurisdicción que adopte un sistema determinado, es aconsejable no desechar la consideración de la proximidad que pueda presentar el foro con los elementos del litigio. Debe igualmente advertirse que los vínculos buscados en materia de jurisdicción, no son los mismos que comandan la determinación del Derecho aplicable, en este caso las consideraciones muestran un matiz particularmente práctico, tomándose en cuenta los elementos útiles en la instrucción del proceso, tales como la búsqueda y consideración de las pruebas, entre otros<sup>675</sup>.

Tampoco es clara la solución para los casos en los cuales el hecho dañoso estuviere disperso en el territorio de más de un Estado. Para estos supuestos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dio una respuesta a través de la decisión tomada en el caso *Fiona Shevill, Ixora Trading, Inc., Chaquepoint SARL, Chaquepoint International Ltd. c. Presse Alliance SA*, en fecha 7 de marzo de 1995, al afirmar que, en el supuesto de daños producidos por la difusión de información difamatoria en varios Estados, la víctima demandante puede optar por presentar su controversia ante los tribunales de cada Estado donde se haya publicado o difundido la noticia; sin embargo, tales tribunales sólo pueden pronunciarse sobre los daños causados en su propio territorio y añade la posibilidad de pedir una indemnización íntegra ante los tribunales del domicilio del editor<sup>676</sup>.

La propia doctrina europea ha cuestionado esta última solución, al estimar que da lugar a muchas interrogantes. Resulta, en primer lugar, discutible que el lugar del acontecimiento causal se identifique con el lugar en el cual el editor tenga su establecimiento, ya que lo mismo podría decirse del establecimiento del distribuidor. Por otra parte, la difusión puede considerarse, en sí misma, como un hecho causal propio. Además, esta solución limita la efectividad del foro de ataque, al coincidir con el del domicilio del demandado. En segundo

---

*jurisdiccional del lugar donde se ha producido el hecho dañoso es normalmente el más adecuado para conocer del asunto, sobre todo por motivos de proximidad del litigio y de facilidad para la práctica de la prueba. Pues bien, estas consideraciones son igualmente válidas tanto si el litigio tiene por objeto la reparación de un perjuicio que ya se ha producido como si el objeto de la acción se dirige a impedir que se produzca el daño".* En: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=62000J0167](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=62000J0167)

<sup>675</sup> Bourel, Pierre, Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé, en: *R. des C.*, 1989 II, T. 214, pp. 251 ss., especialmente p. 366.

<sup>676</sup> TJCE Sent. 07/03/1995, asunto C-68/93, Rec., 1995, p. I-415. El supuesto de la dispersión geográfica de los daños es ejemplificado también a través de Internet. Ver en este sentido: Suquet Capdevila, Josep, Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿o la superación de la regla *forum loci delicti commissi*? A propósito de la sentencia de la Cour de Cassation de 9 de diciembre de 2003, en: *Diario La Ley*, año XXV, N° 6073, 30/07/2004, pp. 1 ss.

lugar, es cuestionable el hecho de que la posibilidad de una demanda en cada lugar de manifestación del hecho dañoso es perjudicial en términos de economía procesal y, en la práctica, se ha traducido en una preferencia por el foro del domicilio de la víctima para los casos de daños plurilocalizados<sup>677</sup>.

No debemos dejar de reconocer la tendencia, en el ámbito interamericano, hacia la consagración alternativa de foros, lo cual puede apreciarse a través de las Bases para una Convención Interamericana sobre Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional Competente en casos de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza<sup>678</sup>, instrumento cuyo objeto de regulación escapa a los límites de este Trabajo, pero cuya interesante solución merece una breve referencia. Este Proyecto establece, en su artículo 4, la posibilidad de demandar, de manera alternativa, ante los tribunales del lugar donde se produjo el hecho generador de la contaminación, donde se produjeron los daños, o donde el demandado o el demandante tengan su domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial; adoptándose en esta disposición la regla de la ubicuidad, en el sentido de fijar criterios atributivos de jurisdicción concurrentes. De tal manera se otorga la facultad de elegir a la víctima demandante, lo cual puede facilitar de manera considerable su acceso a la justicia y, consecuentemente, la determinación de la responsabilidad y la obtención de la indemnización. Sin embargo, no dejan de considerarse las razones prácticas, tal como hemos afirmado *supra*. Llama la atención la posibilidad de intentar la demanda en el lugar de la residencia habitual del demandante, mas considerando las especiales características de esta materia no encontramos motivo alguno para cuestionar este criterio atributivo de jurisdicción.

Finalmente, debemos mencionar el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (Arts. 4 y 5) y la Aproximación a una Convención Interamericana sobre protección internacional del consumidor (Art. 10), propuesta por Uruguay para la CIDIP VII, instrumentos que aceptan el criterio de la ubicuidad, inspirados ambos en la propia materia regulada, es decir, en la protección al consumidor, razón por la cual volveremos a ellos más adelante.

---

<sup>677</sup> En este sentido: Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 501.

<sup>678</sup> Proyecto presentado a la VI Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, reunida en Washington en febrero de 2002, por la delegación uruguaya. En: OEA/Ser.K/XXI, REG/CIDIP-VI/INF.4/00, 14 febrero 2000. Sobre el tema, véase igualmente, Madrid Martínez, Claudia, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en el Derecho internacional privado venezolano, en: *Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 5, 2002, pp. 671 ss.

– El sistema venezolano y los hechos verificados en el territorio de la república

Muchas han sido las propuestas en relación con la calificación del criterio contenido en el ordinal segundo del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>679</sup>. Ya en otras oportunidades nosotros hemos expresado que debe entenderse que cuando la Ley se refiere a “*hechos verificados*”, abarca tanto el lugar de la causa generadora del perjuicio, como el lugar donde se producen los efectos dañosos<sup>680</sup>.

Entendido en este sentido, la consagración del criterio atributivo de jurisdicción “*hechos verificados en el territorio de la República*”, otorga a la víctima demandante la posibilidad de elegir entre el foro en el cual se verifica la causa generadora y aquel en el cual se han producido los efectos dañosos. Siguiendo la opinión expuesta por Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo al comentar el artículo 5,3 del Reglamento 44/2001, debemos entender que la consagración del *favor laesi* al momento de la determinación de la jurisdicción debe, necesariamente, estar limitada desde dos puntos de vista. En primer lugar, el foro

<sup>679</sup> Por ejemplo, Hernández-Breton ha expresado que se trata del hecho que da origen a la obligación. Refiriéndose al *locus obligatione causae*, entiende que no es necesario que la totalidad de los hechos que dan origen a la relación extracontractual hayan ocurrido en Venezuela, bastando que se haya producido bien la causa generadora, bien el efecto dañoso (Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., pp. 72-73.). Guerra Hernández, por su parte, aunque interpreta que la “*balanza se inclina*” hacia el lugar donde ocurre la causa generadora, reconoce que, en efecto, “*no existe en el ordenamiento jurídico venezolano una calificación expresa al respecto, salvo la referencia que hace la norma de la LDIP sobre Derecho aplicable a los hechos ilícitos, es decir, al ‘lugar donde se han producido los efectos’ y al ‘lugar donde se produjo la causa generadora del daño’ (LDIP, art. 32). En consecuencia, pareciera que los dos extremos clásicos de la regla lex loci delicti deben considerarse en los casos en que el operador jurídico venezolano conozca del asunto o controversia, sin que pueda excluirse a priori ninguno de ellos*” (Guerra Hernández, *La jurisdicción venezolana...*, ob. cit., pp. 434-435.).

<sup>680</sup> Madrid Martínez, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 684; y *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 84. No deja de llamarnos la atención que la propia redacción de la norma, según la cual, ha de tratarse de obligaciones “*que se deriven –de contratos celebrados o– de hechos verificados en el mencionado territorio*”, parece sugerir que, en efecto, la balanza se inclina a favor del Derecho del lugar donde se ha producido la causa generadora del perjuicio. Sin embargo, no debemos detenernos en una interpretación literal de la norma. Ratificamos nuestra opinión en el sentido que, efectivamente, la expresión “*hechos verificados*”, utilizada por nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, hace referencia, a semejanza de lo que el artículo 32 hace con la *Lex loci delicti commissi*, tanto al lugar donde ocurre la causa generadora, como al lugar en que se produce el efecto dañoso. Tal consagración elimina los problemas que pueden producirse en los casos en que ambos elementos se desarrollen en Estados distintos. Tal parece haber sido el criterio considerado en la sentencia N° 00394, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dictada el 16 de febrero de 2006, en la cual se afirmó que la actividad mercantil de la cual se derivan los daños cuya indemnización se reclama, se verificó en Venezuela, razón por la cual, en virtud del artículo 42,2 de la LDIPV, los tribunales venezolanos tienen jurisdicción. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00394-160206-2005-5201.htm>

del lugar de materialización del perjuicio ha de estar circunscrito al ejercicio de la acción por parte de la víctima directa, pues permitir tal posibilidad a las víctimas indirectas podría producir “*una indudable aleatoriedad, imprevisibilidad y multiplicación inaceptable de foros*”.

Por otra parte, la norma ha de interpretarse restrictivamente, impidiendo englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar, pues ello traería consigo el riesgo de adoptar veladamente el foro del domicilio del demandante<sup>681</sup>.

Otra cuestión importante es el hecho de que la Ley de Derecho Internacional Privado parece haber dejado de lado la posibilidad de una tutela preventiva, al referirse expresamente a “*hechos verificados*”. En tal sentido, el Reglamento 44/2001, a diferencia de su antecesor, el Convenio de Bruselas, ha añadido la posibilidad de acudir a los tribunales del lugar donde “*pudiere producirse el hecho dañoso*”<sup>682</sup>. Sin embargo, en aras de una protección integral a la víctima, en este caso de daño potencial, pensamos que no hay problema en asumir la jurisdicción en aquellos supuestos en los cuales se esté desarrollando en Venezuela una conducta potencialmente dañina o cuando exista un fundado temor de que vaya a producirse un daño en el territorio de la República<sup>683</sup>.

Bien, aunque éste parece ser el criterio adecuado para determinar la jurisdicción en casos de daños extracontractuales derivados de la prestación de servicios, no debe entenderse que el mismo tiene carácter exclusivo es esta materia, pues como todos los criterios consagrados por el artículo 40 de la Ley, éste tiene carácter concurrente. De manera que, los demás criterios que, para los casos de acciones de contenido patrimonial, han sido consagrados en la Ley también pueden encontrar aplicación en esta materia<sup>684</sup>.

Tampoco debemos descartar que se verifique, en el territorio de la República, un hecho vinculado con una relación contractual, que no configure un

<sup>681</sup> Los autores citan, para apoyar su razonamiento los casos TJCE Sent. 11/01/1990, Dumez, as. C-220/1988 y TJCE Sent. 19/09/1995, Marinari, asunto C-364/1992. Ver: Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 498.

<sup>682</sup> “*Con esta nueva redacción se despejan las dudas acerca de la aplicación de dicho precepto en los supuestos de acciones preventivas cuyo objeto es la adopción de medidas cautelares, de cesación o paliativas para evitar o minorar el daño en supuestos de riesgo*”. Ver: *Idem*.

<sup>683</sup> Tal interpretación estaría acorde con las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil extracontractual, cuya función –como hemos indicado en la primera parte de este estudio– no estaría limitada a la reparación del daño producido, sino también a su prevención.

<sup>684</sup> En este sentido: Guerra Hernández, *La jurisdicción venezolana...*, ob. cit., pp. 433; Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 72; Madrid Martínez, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 684.

incumplimiento. Pensemos en un diseño industrial realizado en Venezuela, en orden a la ejecución de un contrato de ingeniería en el extranjero. En tal caso, podrían tener jurisdicción los tribunales venezolanos por haberse verificado tal hecho en nuestro país<sup>685</sup>. Pero, en todo caso, la respuesta no debe traducirse en un foro exorbitante, por lo que no parece razonable aceptar, *a priori*, su funcionamiento en materia contractual.

En todo caso, no hay dudas de las ventajas que para el usuario representa la posibilidad de poder elegir, aunque sea de manera limitada, el foro ante el cual planteará el litigio. En efecto, entender que la expresión “*hechos verificados*” engloba tanto al lugar de la causa generadora como al del efecto dañoso, supone que es en definitiva la víctima del daño, en virtud del principio *favor laesi*, a quien corresponde elegir. De tal manera, el propietario de un fundo en Puerto Ayacucho, Venezuela, sobre el cual pesa una servidumbre a favor de una compañía eléctrica domiciliada en Manaus, podrá elegir, para reclamar la indemnización debida por el incendio ocasionado en el fundo por un error cometido en la sede de la compañía en relación con el voltaje enviado a través de los conductores, entre los tribunales brasileños –lugar de la causa generadora– y los tribunales venezolanos –lugar del efecto dañoso.

#### a.5. *Locus citationis*

El ordinal tercero del artículo 40 dispone que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de las causas de contenido patrimonial en las que el demandado haya sido personalmente citado en territorio de la República, criterio este que funciona para ambos tipos de responsabilidad, de manera

---

<sup>685</sup> Así lo ha aceptado la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 335, de fecha 06/03/2003, en la cual afirmó: “*Resulta claro para la Sala que los hechos descritos mediante los cuales se evidencia el vínculo comercial existente entre las partes, y del cual se derivan obligaciones recíprocas entre las mismas, se verificaron en el país, configurándose como otros factores de conexión que hacen los tribunales de la República tengan jurisdicción para conocer la causa*” (resaltado nuestro). En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00335-060303-2001-0804.htm>. También lo aceptaba Marcano Rodríguez, al comentar la disposición correspondiente en el Código de Procedimiento Civil de 1916, en los siguientes términos: “*cuando la Ley habla de obligaciones provenientes de ‘hechos verificados’ en la República, se refiere indistintamente a los lícitos como a los ilícitos, pues el acaecimiento de un hecho en tal o cual lugar no depende de su condición jurídica; todos ocurren o se verifican fatalmente en virtud de leyes físicas o morales; pero cuando la Ley habla de ‘hechos que deban ejecutarse en la República’, no tiene en mente sino el hecho lícito, porque los ilícitos, no siendo legítimamente concebible su ejecución como actos jurídicos, es racional que estén excluidos del pensamiento de la ley, y porque, si puede conminarse judicialmente la ejecución de un hecho lícito, es moralmente absurdo pensar que ningún magistrado tenga jurisdicción para permitir la ejecución de uno ilícito*”. Ver: Marcano Rodríguez, Rafael, *Apuntaciones Analíticas*, Caracas, Edit. Bolívar, 1941, T. II, p. 120.

que no le impone al juez un problema de calificación. Para que funcione, es necesario que la citación sea personal y que se haya practicado en el territorio de la República<sup>686</sup>. Igualmente ha de considerarse que la citación, de conformidad con el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>687</sup>, deberá realizarse de acuerdo con las exigencias establecidas por el sistema procesal venezolano.

Este criterio, calificado generalmente como exorbitante debido a la escasa conexión que expresa entre la causa y el tribunal que lleva a cabo la citación, genera severos problemas para el funcionamiento del sistema venezolano, pues da pie a que el juez afirme en todos los casos su propia jurisdicción luego de haber citado personalmente al demandado. Es por ello que en los sistemas pertenecientes al círculo del *Common Law* se ha aceptado la procedencia del *forum non conveniens*. Sin embargo en Venezuela, a pesar de aceptar la citación como criterio atributivo de jurisdicción, nuestro Alto Tribunal ha llegado a afirmar que “*el principio ‘forum non conveniens’, según el cual un tribunal aún teniendo jurisdicción para conocer del caso, puede discrecionalmente declinar su jurisdicción, debe esta Sala señalar que tal solicitud es totalmente infundada, toda vez que dicho principio, no es válido en Venezuela, y su aplicación resulta contraria a los principios constitucionales y legales relativos a la jurisdicción, no pudiendo el juez en ningún momento negar su jurisdicción a favor del juez extranjero, pues las normas que la regulan son de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento*”<sup>688</sup>.

Posteriormente, en noviembre de 2001, entró en vigencia el Decreto Ley sobre Comercio Marítimo, cuyo artículo 333, según ha estimado la doctrina venezolana<sup>689</sup>, acepta tal excepción en relación, justamente, con este criterio y con otros dos en los cuales tampoco parece establecerse una conexión suficientemente fuerte con el territorio de la República, es el caso del embargo y del arribo eventual a puerto venezolano de la nave al ocurrir el abordaje (Art. 332). En tal norma, el *forum non conveniens* se consagraría como una excepción que exige del demandado la prueba de que la misma acción, por los

<sup>686</sup> En apoyo a la redacción de la propia norma –“*Cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República*”– se han pronunciado Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 111; Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 73.

<sup>687</sup> LDIPV, Art. 56: “*La competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve*”. Esta norma recoge el reconocido principio *Lex fori regit processum*.

<sup>688</sup> TSJ/SPA Sent. N° 01543, 18/07/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01543-180701-0719.htm>

<sup>689</sup> Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 75; Guerra Hernández, *La jurisdicción venezolana...*, ob. cit., p. 447.

mismos hechos y causas, ha sido interpuesta ante un tribunal extranjero que garantice el derecho a la defensa del demandante; además de la presencia de vínculos de las partes, buques, aseguradores o tripulantes con el territorio de ese Estado<sup>690</sup>. Es cuestionable, desde nuestro punto de vista, entender que esta norma consagra el *forum non conveniens*, desde el momento en que exige que el demandado haya “*intentado una acción por los mismos hechos y causas... por ante ese otro Estado*”, con lo cual parece estar exigiendo una litispendencia, pero matizada con cierto carácter discrecional de parte del juez y sin acudir al criterio de la prevención<sup>691</sup>.

Ya en otras ocasiones<sup>692</sup> nos hemos mostrado favorables a la aceptación del *forum non conveniens*; sin embargo, y a pesar de la opinión de algunos autores venezolanos<sup>693</sup>, sólo entendemos procedente esta excepción al ejercicio de la jurisdicción en aquellos casos en los que el legislador la consagre expresamente. No creemos que sea viable aplicar, por vía de una interpretación extensiva, una excepción procesal que afecta el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Sería deseable, sí, pero mientras el legislador no disponga expresamente su procedencia, el juez estará de manos atadas<sup>694</sup>.

<sup>690</sup> Ley de Comercio Marítimo, Art. 333: “*Solamente en los casos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo anterior y en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado. Los tribunales venezolanos tomarán en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera con el fin de tomar su decisión. La solicitud se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción*”.

<sup>691</sup> Es el criterio sostenido en conversaciones con Fabiola Romero.

<sup>692</sup> Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 117-118.

<sup>693</sup> Así, alegando la fuerte corriente flexibilizadora del Derecho internacional privado contemporáneo, la consideración de la justicia sobre las formalidades inútiles propugnada por el artículo 26 de la Constitución de República y la progresiva aceptación de esta excepción, por ejemplo, en la citada Ley de Comercio Marítimo, Guerra Hernández propugna su aplicación a todo el sistema de Derecho internacional privado venezolano (Guerra Hernández, *La jurisdicción venezolana...*, ob. cit., pp. 446-451.). Tatiana Maekelt también parece favorecer la aceptación de esta excepción, al considerar que “*derogado el principio de preferencia de nuestra jurisdicción e introducida la citación del demandado, no domiciliado, como criterio atributivo de jurisdicción, que dio origen al nacimiento de la doctrina del ‘forum non conveniens’ en los países del common law, nada se opone a que el juez renuncie a su propia jurisdicción, especialmente en dos situaciones: en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual cuando ésta presenta poca vinculación con la causa o cuando el sometimiento a los tribunales venezolanos, conduce a un resultado evidentemente injusto. En este último supuesto deberá aplicarse con todo su rigor*” (Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., pp. 117-118.).

<sup>694</sup> En sentido similar se ha expresado Hernández-Breton, para quien “*un sistema de restricciones procesales como el venezolano, en ausencia de una norma que expresamente establezca la figura en comentario*

Ahora bien, en materia de consumo este criterio podría favorecer al usuario domiciliado en Venezuela, si éste logra que se cite personalmente al prestador del servicio en territorio de la República, lo cual no resultará sencillo en los casos en que este último haya ofrecido y prestado sus servicios desde el extranjero y, por otra parte, podría perjudicar al consumidor domiciliado en el extranjero, en los casos en que, siendo demandado por el prestador del servicio, este último lograse la citación personal del mismo en Venezuela.

En todo caso, la recomendación al operador jurídico al emplear este criterio atributivo de jurisdicción es siempre la prudencia. No debe olvidarse que el mismo puede perjudicar a los litigantes, al someterlos a una jurisdicción totalmente desvinculada de las mismas y de la propia relación controvertida.

#### a.6. Sumisión expresa o tácita

Finalmente, el ordinal cuarto de la norma comentada hace referencia a la sumisión expresa y tácita<sup>695</sup>. A diferencia del Código Bustamante, en acciones de contenido patrimonial la Ley no exige vinculación alguna con el territorio venezolano para que se configure la sumisión<sup>696 697</sup>, por lo cual, tal como hemos asomado *supra*, incluso en el marco del Código Bustamante, la sumisión no debería entenderse limitada a la existencia de una vinculación, a través de la nacionalidad o el domicilio, con el Estado del juez, pues tal libertad configuraría uno de los supuestos en los cuales hay disposiciones de “*Derecho local contrario*”. Por otra parte, al igual que ocurre con el Código Bustamante, la Ley establece la limitación derivada del Derecho internacional,

---

*resultaría un insuperable obstáculo lo establecido en el artículo 137 constitucional según el cual la Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*. Ver: Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., pp. 75-76.

<sup>695</sup> LDIPV, Art. 44: “*La sumisión expresa deberá constar por escrito*”; Art. 45: “*La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva*”.

<sup>696</sup> La aceptación de la sumisión sin exigir ninguna vinculación, podemos también apreciarla en la Decisión 289 de la Comunidad Andina, en materia de Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, cuyo artículo 40 establece que “*Las acciones legales emanadas del contrato de transporte serán conocidas por el Juez o Tribunal convenido por las partes en el mismo...*”.

<sup>697</sup> La vinculación, en el marco de la Ley de Derecho Internacional Privado, es exigida para las acciones relativas a las personas y a las relaciones familiares, en el artículo 42,2, al disponer la jurisdicción de los tribunales venezolanos “*Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República*”.

en los casos relacionados con derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en el extranjero<sup>698</sup>.

Tradicionalmente, la doctrina venezolana ha vinculado el criterio de la sumisión con la materia contractual<sup>699</sup>. En efecto, para Joaquín Sánchez-Covisa, ante la existencia de una pluralidad de Estados potencialmente competentes, ninguno podría resultar más idóneo que el considerado por las propias partes contratantes para conocer de sus pretensiones contrapuestas<sup>700</sup>. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que, en la materia extracontractual, haya un acuerdo, expreso o tácito, de las partes para someterse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos<sup>701</sup>. De hecho, en materia de arbitraje es perfectamente posible someter una controversia a la resolución de árbitros cuando se trata de materia extracontractual. Así lo reconocen los artículos II,1 del Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros<sup>702</sup> y 5 de

<sup>698</sup> LDIPV, Art. 46: “No es válida la sumisión en materia de acciones que afecten a la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, a no ser que lo permita el Derecho de la situación de los inmuebles”.

<sup>699</sup> De hecho la elección del foro, acompañada de la elección del Derecho aplicable al contrato, brinda a las partes la nada despreciable ventaja de conocer la extensión de sus derechos y obligaciones y prever el resultado de una posible disputa. En tal sentido –afirma Hernández-Breton– “En la medida en que los contratantes tengan la certeza de que su intención sea respetada y, en consecuencia, capaz de determinar el Derecho que rige sus derechos y obligaciones y la jurisdicción que conocerá del asunto, entonces se verá desarrollado y fomentado el comercio internacional”. Ver: Hernández-Breton, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 49.

<sup>700</sup> Sánchez Covisa, Joaquín, Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta, en: *Obra jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, ECGR, 1976, pp. 377 ss., especialmente p. 394. También lo estima así Olga Dos Santos quien incluso juega con las posibilidades que tienen las partes en un contrato, a la hora de elegir el foro competente. En su sentir –haciéndose eco de la opinión de Catherine Blanchin– las partes son libres para precisar el ámbito de su cláusula de elección de foro; pudiendo estipular una cláusula de jurisdicción exclusiva; o prefiriendo fórmulas opcionales, mediante la indicación alternativa o múltiple de foros. Podrían, en el marco de la Ley venezolana, incluso elegir un foro que no presente conexión alguna con la relación de que se trate o que, aun presentándola, no sea ésta lo suficientemente fuerte (Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 155-156).

<sup>701</sup> Nuestra jurisprudencia, a veces desatendiendo las concretas cláusulas de sumisión, ha reconocido la elección de foro como criterio atributivo de jurisdicción, sin embargo, siempre en materia contractual. Ver, entre otras, aceptando la cláusula y declarando la falta de jurisdicción: CSJ/SPA Sent. 20/07/1993, Analytical Supplies, C.A. c. Hewlett Packard Company y Hewlett Packard de Venezuela, C.A.; CSJ/SPA Sent. 02/12/1993, Rafael Monsón Marquina y Luis Colmenares Finol c. Alberto Sarmiento Martín. Rechazando la cláusula: CSJ/SPA Sent. 26/01/1988, Seguros Ávila, C.A. c. Nippon Yusen Kaisha (NYK Line) y H.L. Boulton & Cia, C.A.; CSJ/SPA Sent. 20/04/1989, Anselmo Jaramillo Salazar y María Fany de Jaramillo c. Sapiens Institute de Venezuela, C.A.; CSJ/SPA Sent. 21/03/1990, Banque Worms, S.A. c. Balandra International Inc. y otras. Consultadas en original.

<sup>702</sup> G.O. Ext. N° 4.832 de fecha 29/12/1994. Art. II,1: “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. (Resaltado nuestro).

la Ley de Arbitraje Comercial venezolana<sup>703</sup>, aunque esta última establece un límite en relación con la responsabilidad civil *ex delicto*, en cuyo caso el árbitro sólo podrá fijar la cuantía de la indemnización (Art. 3,a LAC). .

No obstante, si el operador jurídico se encuentra ante una cláusula de elección de foro —o incluso de arbitraje— contenida en un contrato, debe antes preguntarse por la naturaleza contractual o extracontractual de la relación. Decimos que se impone la necesidad de calificar la relación, pues si resultare ser extracontractual, la controversia no quedaría cubierta con la cláusula contenida en el contrato, cosa que desde luego sí ocurriría si la controversia fuese calificada como contractual. Tal planteamiento resulta totalmente lógico si recordamos que —para usar la expresión del legislador— el contrato es Ley entre las partes (Art. 1.159 CCV), pero desde el momento en que nos ubicamos fuera de él, desde el momento en que las partes dejan de ser contratantes, el contrato pierde su fuerza y sus cláusulas, entre ellas la de sumisión, carecen de valor.

No dejemos de lado, sin embargo, el problema de los contratos conexos. No descartamos la posibilidad de que, tratándose de varios contratos entre las mismas partes, la sumisión en uno de ellos a determinados tribunales pueda tener efecto sobre los demás. Mas hemos de considerar que, dados los efectos derogatorios que puede producir la sumisión, las partes deben remitir el arreglo de sus controversias relacionadas con un contrato específico a aquel que establece el foro competente. Tomemos como base de este razonamiento, la solución establecida en el parte final del encabezamiento del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, de conformidad con el cual “*La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*”.

Fuera de estos casos es sin duda necesario determinar la naturaleza del daño a fin de concluir si el mismo se encuentra o no cubierto por la cláusula de elección de foro. Fue justamente éste el problema con el que se encontró la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, al decidir el caso Hyundai de Venezuela C.A. c. Hyundai Motor Company de Corea, en fecha 7 de octubre de 1999<sup>704</sup>. En este caso, la empresa venezolana interpuso una acción por indemnización de daños derivados de la no renovación de un

<sup>703</sup> G.O. N° 36,430 de fecha 07/04/1998. Art. 5: “*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*”. (Resaltado nuestro).

<sup>704</sup> Ver referencia en nota 671.

contrato. En efecto, entre ambas compañías mediaba un contrato de exclusividad para la distribución de los productos de la marca en Venezuela y, una vez que el contrato hubo terminado, Hyundai Motor Company decidió, unilateralmente, no renovar la relación comercial que unía a ambas empresas, luego de que Hyundai de Venezuela hubiera realizado todas las gestiones necesarias para la comercialización de los productos. La empresa demandante alegó que la conducta desplegada por Hyundai Motor Company constituía un hecho ilícito mercantil, concretamente, el abuso del derecho a no contratar.

La empresa coreana se apersonó en el proceso e interpuso la cuestión previa de falta de jurisdicción, alegando la existencia de una cláusula contractual según la cual, *“cualquier disputa o reclamo que surja de o en relación con el presente convenio o cualquier violación del presente será saldado mediante arbitraje”* en la ciudad de Seúl. La demandante, por su parte, alegó que *“la demandada ignora la naturaleza y origen de la acción planteada, al pretender aplicar una norma del contrato estipulada para regular las obligaciones de las partes mediante su vigencia, a una acción de responsabilidad extracontractual consagrada en el artículo 1.185 del Código Civil, y surgida con posterioridad a la extinción del contrato”*; sin embargo, curiosamente, la misma demandada había alegado la ejecución del contrato en Venezuela, para afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

El tribunal de la causa declaró con lugar la falta de jurisdicción, argumentando que no era necesario calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual, lo cual *“no es materia del presente fallo dadas sus limitaciones”*, pues en ambos casos la responsabilidad derivaría del contrato y por lo tanto resulta plenamente aplicable la cláusula arbitral. Dada la negativa de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la decisión correspondió, por vía de una consulta obligatoria, a la Sala Político Administrativa, órgano que estimó indispensable la determinación de la naturaleza de la responsabilidad para poder establecer si la controversia estaba o no comprendida por la cláusula arbitral.

Para afirmar la esencia extracontractual de la relación, la Sala consideró que quien califica la pretensión es el demandante; a éste le corresponde establecer los límites de lo reclamado y proporcionar la información fundamental que permite determinar cuáles son los tribunales llamados a conocer del litigio y el demandado sólo podrá cambiar la calificación en lo referente a sus circunstancias particulares. Igualmente –estimó– el tribunal debe atenerse al motivo que ha originado la demanda, el cual en este caso es extracontractual.

Ante la pérdida de vigencia de la relación contractual, la Sala expresó que, en este caso, el arbitraje sólo cubre aquellas reclamaciones consecuencia de actuaciones suscitadas dentro del marco temporal del contrato. Además, el

abuso de derecho alegado por la demandante no se relaciona con un incumplimiento contractual, por ello la Sala consideró que no era aplicable la cláusula arbitral y seguidamente pasó a determinar si los tribunales venezolanos tenían jurisdicción y se la atribuyó sobre la base del artículo 40,2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al considerar que se verificaron “*hechos*” en el territorio venezolano, sin aportar mayores explicaciones al respecto.

En esta sentencia se produjo un voto disidente en el cual se afirmó que aunque la controversia haya sido calificada como extracontractual, evidentemente ésta tenía relación con el contrato, y por ello se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral. El voto afirmó la conveniencia de un razonamiento como el presente en la sentencia del caso de las embotelladoras contra Pepsi Cola Panamericana<sup>705</sup> –sentencia a cargo de la misma Magistrado-ponente–; así, además de considerar el orden de prelación de las fuentes y afirmar la obligatoriedad de la cláusula conforme a la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, el voto concluyó negando la jurisdicción de los tribunales venezolanos, pues ante la manifestación de voluntad de las partes, plasmada en el acuerdo de arbitraje, el conocimiento de la causa ha de corresponder al tribunal arbitral designado por las partes en el contrato.

Más allá de la obvia amplitud de la cláusula arbitral al disponer la competencia del árbitro para dirimir cualquier controversia “*que surja de o en relación con el presente convenio*”, esta decisión pone en manos del demandante la aplicación del Derecho y ésta no es la tesis tradicionalmente sostenida por la doctrina<sup>706</sup> y la jurisprudencia venezolanas. En relación con esta última, resulta de utilidad citar el fallo de la Sala Político Administrativa de fecha primero de octubre de 2001, dictado en el caso Complejo Industrial del Vidrio C.A. (CIVCA) c. C.A. Electricidad del Centro (ELECENRO), en el cual, ante la confusión de la parte actora al demandar “*daños y perjuicios por hecho ilícito, cuando la misma demandante señaló como hecho generador del daño un pretendido incumplimiento contractual*”, la Sala reiteró “*que la acción es el medio de satisfacción de pretensiones jurídicas, la cual no queda sometida*

<sup>705</sup> El texto de esta sentencia y sus comentarios pueden verse en: Hernández-Breton, Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola..., ob. cit.

<sup>706</sup> En este sentido, Rengel Romberg ha expresado que “*La vinculación del juez al derecho no significa que ha de atenerse exclusivamente a las disposiciones legales y argumentos de derecho que le sometan las partes. La ley no prohíbe a los jueces suplir argumentos de derecho que no hubieren sido alegados y, por el contrario, en su misión jurisdiccional, están en el deber de aplicar los preceptos de la legislación positiva (iura novit curia) aunque no hubiesen sido alegados por las partes*”. Ver: Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*, Caracas, Edit. Arte, 1994, Vol. II, Teoría general del proceso, p. 300.

*en su existencia por la calificación que hizo la actora de los fundamentos de su pretensión y en todo caso, tal pronunciamiento dependerá de la estimación definitiva que haga esta Sala de la acción propuesta*<sup>707</sup>. Con esta decisión, en definitiva –y apoyándonos en los argumentos expuestos al tratar el tema de la concurrencia en Derecho material– se reitera la vigencia del principio *iura novit curia*, vulnerado en nuestra opinión por la sentencia en el caso Hyundai.

Finalmente, consideramos que no exigiéndose vinculación alguna entre la relación y el tribunal elegido, la posibilidad de perjudicar los intereses del consumidor es mayor. Ya lo hemos admitido al comentar este criterio en el marco del Código Bustamante, la admisión de la autonomía de la voluntad en el ámbito procesal, indudablemente ventajosa en las relaciones paritarias, potencia la superioridad económica y jurídica del prestador del servicio frente al consumidor, quien se verá obligado a litigar en el terreno impuesto por el proveedor.

#### b. Otros criterios atributivos de jurisdicción en la legislación estatal

Tal como lo hemos adelantado al inicio de esta parte del trabajo, no debemos obviar la existencia de criterios atributivos de jurisdicción en otras normativas de origen estatal, cuya especialidad llama a una aplicación prioritaria en las materias reguladas. En primer lugar, el Decreto Ley sobre Comercio Marítimo establece algunos criterios para los casos de contratos de transporte marítimo. Este instrumento legal admite, como regla general, la aplicación de los criterios atributivos de jurisdicción consagrados en los artículos 39 y 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado –por lo que reproducimos aquí los comentarios ya hechos– y añade que “*deberán someterse al conocimiento de la Jurisdicción Especial Acuática, las acciones que se intenten con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentren y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático nacional*” (Art. 12).

<sup>707</sup> <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consultamultiple.asp?SentId=23896>

Se trata, como puede a simple vista observarse, de criterios extremadamente amplios que pueden reducirse a dos. En primer lugar, en materia de comercio marítimo, tendrán jurisdicción los tribunales venezolanos cuando se trate de cualquier actividad desarrollada en espacio acuático nacional, incluso por naves extranjeras; y, en segundo término, en el caso de acciones referidas a cualquier actividad que se desarrolle en naves inscritas en el Registro Naval Venezolano, aunque se encuentren fuera del espacio acuático nacional.

Por otra parte, el propio Decreto Ley establece criterios atributivos de jurisdicción para los casos de abordaje. Así, su artículo 332 establece que además de la jurisdicción que les asigna la Ley, los tribunales venezolanos conocerán de los casos de abordajes ocurridos en aguas jurisdiccionales venezolanas, y en las no jurisdiccionales cuando uno de los buques sea de matrícula nacional; cuando uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva; o cuando, después del abordaje, uno de los buques haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano. Nótese que el primer criterio no hace más que repetir los ya aceptados en el artículo 12 del Decreto Ley, y los dos siguientes dan origen a la aceptación de esa rara especie de *forum non conveniens* contenida en el artículo 333 *eiusdem* y que hemos comentado brevemente al analizar el criterio *locus citationis* contenido en el artículo 40,3 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana.

En segundo lugar, debemos mencionar la Ley de Aeronáutica Civil. A diferencia de lo que establecía la Ley de Aviación Civil derogada<sup>708</sup> en sus artículos 5 y 139<sup>709</sup>, este instrumento establece un sistema bastante confuso para la determinación de la jurisdicción. Así, luego de declarar en su artículo 1 que *“La presente Ley regula el conjunto de actividades relativas al transporte aéreo, la navegación aérea y otras vinculadas con el empleo de aeronaves civiles donde ejerza su jurisdicción la República Bolivariana de Venezuela”*

<sup>708</sup> G.O. N° 37.293 de fecha 09/09/2001.

<sup>709</sup> Ley de Aviación Civil, Art. 5: *“Toda aeronave civil que se encuentre en el territorio venezolano o vuele en su espacio aéreo, la tripulación, pasajeros y efectos transportados, quedan sujetos a la ley y a la jurisdicción venezolana. Quedan igualmente sometidos a la ley y jurisdicción venezolana, los hechos y actos jurídicos que ocurran abordo de aeronaves civiles venezolanas, cuando vuelen fuera del espacio aéreo de la República, exceptuando los que por su naturaleza atenten contra la seguridad o el orden público del estado extranjero subyacente; así como también quedan sometidos a la ley y jurisdicción nacional, los actos delictivos cometidos abordo de aeronaves, cualquiera sea su nacionalidad, cuando volando en el espacio aéreo extranjero, produzcan efectos en el territorio venezolano o se pretenda que lo tengan en éste; y los actos jurídicos ocurridos en aeronaves extranjeras que vuelen en espacio aéreo venezolano”;* Art. 139: *“Los accidentes o Incidentes ocurridos a las aeronaves civiles extranjeras en territorio venezolano quedarán sometidos a la ley y a la jurisdicción venezolana”.*

(resaltado nuestro), el artículo 157 consagra los criterios de competencia de los tribunales de primera instancia aeronáuticos, y en su ordinal tercero establece que los mismos serán competentes para conocer de “*Los casos que involucren a más de una aeronave, y que alguna fuere de matrícula nacional, o cuando resulte aplicable la legislación nacional en virtud del contrato o de la Ley, o cuando se trate de aeronaves extranjeras que se encuentren en el territorio de la República*” (resaltado nuestro). Con esta norma, además de afirmar la jurisdicción venezolana sobre aeronaves de matrícula nacional o extranjera si, en el caso de estas últimas, se encontraren en territorio venezolano, se consagra el principio del paralelismo al someter a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, aquellos casos en los cuales resulte aplicable la legislación venezolana, debido a que el sistema conflictual haya determinado su competencia<sup>710</sup>.

Así, es necesario determinar el Derecho competente para luego determinar la jurisdicción. La propia Ley establece, en su artículo 2, una norma de conflicto unilateral que señala los casos en los que resulta aplicable en Derecho venezolano y, por ende, aquellos en los que tendrán jurisdicción los tribunales venezolanos. De acuerdo con esta norma “*Quedan sometidos al ordenamiento jurídico venezolano vigente: 1. Toda aeronave civil que se encuentre en el territorio venezolano o vuele en su espacio aéreo, su tripulación, pasajeros y efectos transportados en ella. 2. Los hechos que ocurran a bordo de aeronaves civiles venezolanas, cuando vuelen fuera del espacio aéreo de la República. 3. Los hechos cometidos a bordo de aeronaves civiles, cualesquiera sea su nacionalidad, cuando ocurran en el espacio aéreo extranjero y produzcan efectos en el territorio venezolano o se pretenda que lo tengan en éste. 4. Los hechos ocurridos en aeronaves civiles extranjeras que vuelen el espacio aéreo venezolano*”.

Luce curiosa, sin embargo, la aceptación del paralelismo en los casos en que se aplica el Derecho venezolano, no por disposición de la Ley, sino por ordenarlo así el contrato. Curioso si consideramos que la Ley de Aeronáutica Civil no concede expresamente a las partes la facultad de elegir el Derecho aplicable al contrato, silencio que, sin embargo, podría llenarse con la regla general contenida en el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Lo que llama más la atención es que en el marco de la última Ley citada, el

---

<sup>710</sup> “*La admisión del criterio del paralelismo implica que la atribución de jurisdicción se hace en atención a que el Derecho del foro, el Derecho nacional, determinado según las normas de conflicto del foro, resulta aplicable al asunto controvertido. El criterio del paralelismo exige, por tanto, que por un instante jurídico se invierta el orden lógico para la solución de los problemas de Derecho Internacional Privado y se solucione con anterioridad la cuestión del Derecho aplicable para luego dar respuesta al problema de la jurisdicción*”. Así: Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 83.

paralelismo es aceptado en materias naturalmente sustraídas a la posibilidad de elección del Derecho aplicable. En efecto, las posibles conexiones giran en todos los casos en torno al criterio del domicilio<sup>711</sup>. En este caso, la elección del Derecho aplicable al contrato de transporte o navegación aérea constituiría, en virtud del artículo 157,3 de la Ley de Aeronáutica Civil, una velada elección del tribunal competente.

Bien, ni en el caso de la Ley de Comercio Marítimo ni en la Ley de Aeronáutica Civil, se le presenta al juez la necesidad de calificar la relación como contractual o extracontractual, lo que sí resulta necesario es calificar el caso concreto como incluido dentro del ámbito regulado por las normas citadas. Es decir, si se trata de “*relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua*” (Art. 1 LCM), el juez habrá de recurrir a los criterios establecidos en la Ley de Comercio Marítimo; si, en cambio, se trata de “*actividades relativas al transporte aéreo, la navegación aérea y otras vinculadas con el empleo de aeronaves civiles*”, entonces deberá aplicar los criterios consagrados por la Ley de Aeronáutica Civil (Art. 1 LACi).

## B. El Derecho de consumo y los foros de protección

### 1. Algunas nociones generales

Ya hemos constatado que los criterios atributivos de jurisdicción de nuestro sistema, en su mayoría, están diseñados para ser aplicados en relaciones paritarias; mientras que es comúnmente aceptado que la jurisdicción, en materia de Derecho de consumo, ha de determinarse teniendo en consideración la posición que como débil jurídico ocupa el consumidor. Por ello, es frecuente la referencia a los llamados foros de protección, los cuales tienen por objeto garantizar el

<sup>711</sup> Así, en materia de universalidades de bienes (Art. 41,1 LDIPV), se acepta la aplicación del Derecho del domicilio del *de cuius* a las sucesiones *mortis causa* (Art. 34 LDIPV); del Derecho del domicilio común de los cónyuges al régimen patrimonial del matrimonio (Art. 22 LDIPV); del domicilio del fallido en materia de concurso de acreedores y quiebra (Sánquiz, Shirley, El Derecho aplicable al concurso internacional en el sistema de Derecho internacional privado venezolano, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, 2002, Colección Libros Homenaje N° 1, *Addendum*, pp. 459 ss.). Por lo que respecta a las acciones relativas al estado de las personas y las relaciones familiares (Art. 42,1 LDIPV), el Derecho del domicilio es aplicable a la existencia, estado y capacidad de las personas físicas (Art. 16 LDIPV); a la capacidad y demás requisitos de fondo para contraer matrimonio (Art. 21 LDIPV); a los efectos personales del matrimonio (Art. 22 LDIPV); al divorcio y la separación de cuerpos (Art. 23 LDIPV); a la filiación y, en general, a las relaciones entre padres e hijos (Art. 24 LDIPV); a la adopción (Art. 25 LDIPV); y a la tutela y demás instituciones de protección (Art. 26 LDIPV).

acceso del débil jurídico a los tribunales del Estado de su domicilio, obstaculizando la eficacia de los acuerdos de elección a un foro diferente, pues estos son generalmente impuestos por el proveedor de servicios<sup>712</sup>.

En efecto –sostienen algunos autores– cuando se admite la posibilidad de elegir un foro determinado, en el marco de los contratos internacionales, se presume que se trata de aquellos que han sido libremente negociados, es decir, de contratos paritarios. Cuando en ellos participa un consumidor, los sistemas tienden a establecer un marco protector sumamente limitativo que no permite funcionar ningún tipo de cláusula abusiva. “Especialmente están prohibidas las cláusulas de elección de jurisdicción, con las que se pretende someter el caso a jurisdicciones inaccesibles para el consumidor, desprovistas de una protección mínima para éste, o simplemente coincidentes con el país del empresario, así como buscan la aplicación de una legislación de fondo menos favorable para el consumidor”<sup>713</sup>.

Bien, la Ley suiza de Derecho internacional privado es reconocida como uno de los primeros instrumentos en garantizar al consumidor la posibilidad de acudir ante los tribunales de su propio domicilio, dejando incluso sin efecto cualquier cláusula de elección de un foro distinto<sup>714</sup>. En efecto, el artículo 114,1,a establece tal posibilidad en aquellos casos referidos a “*contratos sobre una prestación de consumo corriente destinada al uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con su actividad profesional o comercial*”<sup>715</sup>.

<sup>712</sup> En este sentido: Carrascosa González, Javier y Pilar Blanco Morales-Limones, Capítulo XXV. Contratos internacionales (II), Algunos contratos, en: Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y otros, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, Vol. II, pp. 437 ss., especialmente p. 438.

<sup>713</sup> Fernández Arroyo, Diego, Cecilia Fresnedo de Aguirre, María Blanca Noodt Taquela y Jorge R. Albornoz, Modalidades contractuales específicas, en: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados de Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 1027 ss., especialmente pp. 1031-1032. Un dato resaltante en el ámbito latinoamericano es reportado por Hernández-Breton quien recuerda la situación de los importadores y exportadores suramericanos en momentos en que el transporte marítimo estaba en manos de compañías extranjeras. Las cláusulas de elección de foro a favor de los tribunales del domicilio del transportista, generalmente incluidas en los contratos, obligaron a los comerciantes suramericanos a buscar justicia en tierras extrañas. En semejante condición, los altos costos del proceso en el extranjero suponían una pesada carga económica para nuestros comerciantes, por lo que la derogatoria de los tribunales suramericanos supuso, además, una pérdida de los derechos y una liberación de responsabilidad para el transportista, con lo cual los costos fueron asumidos por consumidores y usuarios locales. “*La dependencia económica obliga todavía hoy en día a los comerciantes latinoamericanos a aceptar las condiciones unilateralmente impuestas por sus contrapartes extranjeras*”. Ver: Hernández-Breton, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 52-53.

<sup>714</sup> Pocar, Fausto, La protection de la partie faible en Droit international privé, en: *R. des C.*, 1984 V, T. 188, pp. 339 ss., especialmente pp. 397-398.

<sup>715</sup> LDIP suiza, Art. 114: “*I. En los contratos que responden a las condiciones enunciadas por el artículo 120, primer párrafo, la acción del consumidor puede ser intentada, a elección de este último, ante el tribunal suizo: a. De su domicilio o de su residencia habitual...*”.

El usuario, la parte débil en el contrato de consumo, tiene además la facultad de elegir un foro diferente para llevar a cabo el litigio. Podrá éste elegir, además de los tribunales de su domicilio, aquellos del lugar de celebración del contrato, los del lugar de la prestación del servicio e, incluso, aquellos del Estado en el cual el proveedor del servicio tenga su domicilio, en caso de tratarse de personas físicas, o su establecimiento, si se tratare de personas jurídicas. Con semejante facultad, no extraña que Pocar refiera la existencia de un *forum shopping* a favor del consumidor<sup>716</sup>.

Consideremos también el ejemplo que nos ofrece la sección 80 del *Restatement of the Law on Conflict of Laws 2d* (1971). De conformidad con la mencionada sección el acuerdo de las partes con relación al lugar de la acción será válido, siempre que no sea injusto o no razonable. A partir de la misma se ha llegado a afirmar que si se trata de contratos con consumidores, la cláusula no tendrá validez. Igualmente, será descartada cuando no sea el resultado de una negociación libre entre partes económicamente iguales, cuando esté afectada por fraude y cuando se demuestre que aceptar la validez de la misma privaría a una parte de la oportunidad de ser oída y de entablar su demanda<sup>717</sup>. Se reportan, sin embargo, sentencias contrarias a este criterio que, como se sabe, no tiene naturaleza vinculante. Es el caso de la decisión *Carnival Cruise Lines Inc. c. Shute*<sup>718</sup>, en la cual la Corte Suprema de Estados Unidos admitió la validez de una cláusula de elección de foro en un contrato de servicio con consumidores, a pesar de que la misma obligaba a las víctimas a litigar en el otro extremo del país.

En el ámbito europeo por su parte, hemos de considerar que el incesante intercambio de bienes y servicios, fomentado por las libertades garantizadas en el marco del proceso de integración, ha incrementado las relaciones de consumo. Principios como el del país de origen que permite que cualquier bien o servicio oriundo de un Estado de la Unión, conforme a las normas de ese Estado, pueda circular o ser comercializado en cualquier mercado de la misma y para los consumidores de cualquiera de ellos ha contribuido, indudablemente, a tal fenómeno<sup>719</sup>. Por ello se ha puesto de relieve la necesidad de proteger a consumidores

<sup>716</sup> Pocar, La protection de la partie faible en Droit international privé..., ob. cit., p. 398.

<sup>717</sup> Scoles, Eugene y Peter Hay, *Conflict of laws*, Minnesota, West Publishing Co., Hornbook series, 2ª ed., 1992, p. 226.

<sup>718</sup> 499 US 585, 1991. Referencia tomada en: Fernández Arroyo, Fresno de Aguirre, Noodt Taquela y Albornos, Modalidades contractuales específicas..., ob. cit., pp. 1032-1033.

<sup>719</sup> Gebauer, M., *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, p. 86. Tal principio es considerado por algunos autores como una norma de conflicto, en el sentido que permite la aplicación de la Ley del lugar de origen del producto o servicio. Ver: Lima Marques, O novo Direito internacional privado..., ob. cit., p. 282.

y usuarios en el ámbito internacional y a esta tarea, desde el punto de la vista de la jurisdicción, se avoca el ya citado Reglamento 44/2001.

En tal sentido, la Sección 4 –“*Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores*”– además de asumir aplicación en los casos de “*contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*”, siempre que se tratare de una venta a plazos de mercaderías; un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; o, en todo caso, “*cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*” (Art. 15)<sup>720</sup>, establece criterios atributivos de jurisdicción especiales para la materia, según que el consumidor actúe como demandante o como demandado.

En efecto, de conformidad con el artículo 16, la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor; mientras que si la acción es entablada contra el consumidor por la otra parte contratante, ésta sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor. El afán de proteger al consumidor llevó a la Comisión a considerar que incluso la publicidad a través de Internet bastaría para caracterizar la actividad negocial a que se refiere la norma en el artículo 15,1,c, la cual también protegería al turista que normalmente prefiere las marcas comercializadas en su Estado, debido a la garantía, a los servicios postventa, al conocimiento de la marca, etc.<sup>721</sup>

La posibilidad de pactar cláusulas de elección de foro no está del todo prohibida por el instrumento en estudio, pero funciona de manera limitada. Efectivamente, el artículo 17 del Reglamento establece que “*Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia: 1. posteriores al nacimiento del litigio; o 2. que permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección; o 3. que habiéndose celebrado entre un consumidor y*

<sup>720</sup> La propia norma establece, en su párrafo 2, que “*Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado*”.

<sup>721</sup> Referencia tomada de Lima Marques, O novo Direito internacional privado..., ob. cit., p. 285.

*su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la Ley de éste prohibiere tales acuerdos”.*

La excesiva limitación a la autonomía de la voluntad se debe —en opinión de Lima Marques— a que se trata de normas especiales cuyo objetivo es la protección de los consumidores. Mas la autora no deja de considerar que éstas constituyen también ventajas comparativas, pues el consumidor europeo preferirá el bien comercializado o el servicio prestado en su propio Estado o en la Unión Europea, de manera de poder litigar de forma accesible y hacer efectivos sus derechos materiales de consumidor europeo<sup>722</sup>.

La admisión del acuerdo una vez surgida la controversia, y no antes, se debe a que al momento de la celebración del contrato, el consumidor no tiene ningún poder; mientras que al momento en que surge la controversia, el consumidor cuenta al menos con el derecho a presentar su demanda ante los tribunales de su propio Estado y, precisamente por ello, la prohibición de la sumisión, que en principio busca protegerlo, puede resultar perjudicial para un consumidor que considere más conveniente para sus intereses, llegar a un acuerdo con el proveedor, para plantear la controversia ante un juez que, en principio, carece de jurisdicción<sup>723</sup>.

Ahora bien, por lo que respecta al ámbito interamericano, específicamente en el ordenamiento proveniente de Mercosur, encontramos el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción en materia de relaciones de consumo, instrumento aplicable a las relaciones de consumo que vinculan a prestadores y consumidores con domicilios en diversos de Estados partes del Tratado de Asunción<sup>724</sup> o que, teniendo domicilio en un mismo Estado parte, la prestación característica de la relación de consumo —en nuestro caso, la prestación del servicio— hubiere ocurrido en otro Estado parte (Art. 2). Los contratos de compraventa, de préstamo o crédito o, en fin, cualquier contrato de consumo, cuyo objeto sea la prestación de un servicio o el suministro de un bien mueble corporal, siempre

<sup>722</sup> *Ibid.*, pp. 285-286.

<sup>723</sup> Fernández Arroyo, Fresnedo de Aguirre, Noodt Taquela y Albornos, Modalidades contractuales específicas..., ob. cit., p. 1032.

<sup>724</sup> Aprobado en Asunción, en fecha 26/03/1991, por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Recordemos que Venezuela se adhirió a través del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, firmado en Buenos Aires en fecha 23/05/2006. Al momento de presentar este Trabajo, el mismo no ha sido publicado en la Gaceta Oficial de Venezuela y sólo ha sido aprobado por Argentina, Brasil y Paraguay, tal como puede verse en la página oficial de este sistema de integración (<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>). Considérese que, tal como lo exige el artículo 12 del propio Protocolo de Adhesión, el mismo debe ser aprobado por todos los miembros de Mercosur.

que la celebración del contrato haya sido precedida por una oferta específica o una publicidad lo suficientemente precisa y que el consumidor haya realizado los actos necesarios para el perfeccionamiento del contrato, quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Protocolo; sin embargo se excluyen los contratos de transporte (Art. 1).

En relación con la jurisdicción, los artículos 4 y 5 del Protocolo, de manera similar a como lo hace el Reglamento 44/2001, discriminan los casos en los cuales el consumidor actúa como demandante de aquellos en los cuales actúa como demandado. Cuando el consumidor es quien intenta la demanda, tendrán jurisdicción, a su elección, además de los tribunales de su domicilio (Art. 4,1), aquellos del lugar de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación del servicio o de entrega de los bienes y del domicilio del demandado. Los tres últimos foros sólo serán operativos si el consumidor expresamente así lo decide al momento de introducir la demanda (Art. 5). En caso contrario, algunos autores –fieles al espíritu proteccionista del Protocolo– estiman que el juez, antes de declararse incompetente de oficio, deberá requerir al consumidor una declaración en torno a la jurisdicción<sup>725</sup>. En el caso que el consumidor sea demandado, el proveedor sólo podrá acudir ante los tribunales del domicilio de éste (Art. 4,2).

A pesar de reconocer las bondades del Protocolo, en relación, con la protección brindada a los consumidores, Lima Marques apunta algunas lagunas en el mismo<sup>726</sup>. Así, en primer lugar, la autora refiere la ausencia de regulación en relación con el consumidor turista, pues el artículo 1 se refiere a la aplicación del Protocolo sólo en aquellos casos en que haya habido publicidad en el lugar del domicilio del consumidor y éste no es el caso del turista normal. En estos supuestos sería recomendable crear un foro preferencial para el turista de Mercosur, admitiendo que el mismo pueda acudir ante los tribunales del lugar de la agencia de viajes o del transportista, sin tener que acudir necesariamente a los tribunales del domicilio del turista activo que viaja para consumir.

En segundo lugar, Lima Marques cuestiona la exclusión de los servicios de transporte del ámbito de aplicación del Protocolo (Art. 1,2) debido, justamente, a la importancia del turismo en el ámbito de la integración. Mas no deja de reconocer que, por la existencia de numerosos tratados internacionales que regulan

<sup>725</sup> Así lo estiman: Dreyzin de Klor, Adriana, Amalia Uriondo de Martinoli y María Blanca Noodt Taquela, Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños, en: AA. VV., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 137 ss., especialmente p. 199.

<sup>726</sup> Lima Marques, *O novo Direito internacional privado...*, ob. cit. p. 289.

la materia, la protección del consumidor estaría asegurada. Finalmente, la autora estima que las demás faltas del Protocolo tienen que ver con la importancia dada a la materia contractual, dejando de lado la protección extracontractual derivada de las relaciones pre y post contractuales.

Finalmente, debemos mencionar la solución contenida en la propuesta uruguaya para la CIDIP VII<sup>727</sup>, la cual de manera similar establece, en su artículo 10, una regla general de acuerdo con la cual tendrán “*jurisdicción internacional*” para conocer de las acciones en materia de relaciones de consumo, los tribunales del Estado Parte del domicilio del consumidor. Luego, en la parte 2 de la propia norma establece lo que la propia propuesta denomina “*Soluciones alternativas*” y que permiten al consumidor elegir entre los tribunales del lugar de celebración del contrato de consumo; los del lugar de la prestación del servicio o la entrega del producto; y los del domicilio del demandado. De ello podríamos concluir que el proveedor del servicio sólo puede acudir a los tribunales del domicilio del consumidor.

## 2. *El sistema venezolano y la inderogabilidad de la jurisdicción*

Hasta el momento, el sistema venezolano no establece expresamente foros de protección para los casos de relaciones que involucren al consumidor o, en general, a cualquier débil jurídico. Sin embargo, la consagración de foros inderogables puede llevarnos a consecuencias similares. Así, de manera general, el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece tres supuestos en los cuales la expresión procesal de la voluntad de las partes se ve limitada en relación con su posible efecto derogatorio de la jurisdicción venezolana.

No nos referiremos en este caso a los foros de jurisdicción exclusiva, pues la finalidad de los mismos no puede traducirse en garantizar el acceso del débil jurídico a los tribunales venezolanos, independientemente de una manifestación previa de voluntad, sino que más bien es excluir el juego de cualquier otro tribunal y de las sentencias que el mismo pueda proferir<sup>728</sup>. En estos casos, debido a la fuerte presencia de criterios públicos materiales; la importancia que la resolución del litigio pueda tener para la seguridad del tráfico y la estrecha

<sup>727</sup> La propuesta brasileña no contiene normas sobre jurisdicción.

<sup>728</sup> En tal sentido, el legislador venezolano es claro al establecer, en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que “*Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos: ... 3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio*”.

relación que hay entre los aspectos declarativos y los aspectos ejecutivos en este tipo de litigios que resuelven casos con elementos de extranjería, cada legislador monopoliza, para cierta categoría de controversias, la jurisdicción de sus propios tribunales<sup>729</sup>.

Así, Rodríguez Carrera entiende que la inderogabilidad constituye un límite al poder de autorregulación de las partes en el problema jurisdiccional. En opinión del autor, se trata de la imposibilidad de excluir la jurisdicción de los tribunales venezolanos, siempre que una de las partes continúe interesada en litigar ante estos órganos. La finalidad capital de la inderogabilidad de la jurisdicción es mantener, en todo momento, la jurisdicción atribuida a los tribunales venezolanos, a disposición de una de las partes, aunque entre ellas haya habido un acuerdo previo para derogar tal foro<sup>730</sup>. En tales casos, el posible efecto derogatorio de la sumisión no se produce debido al expreso mandato del legislador.

En efecto, de conformidad con el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado “*La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten principios esenciales del orden público venezolano*”. De tal manera, el posible efecto derogatorio de la elección de las partes de un foro extranjero se ve limitado *ratione materiae*. Si una de las partes decide litigar en Venezuela, desde que sus tribunales tengan jurisdicción, cualquier acuerdo que la misma parte haya firmado, incluso sin vicio alguno en su consentimiento, no producirá efectos sobre ella<sup>731</sup>.

<sup>729</sup> Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, ob. cit., pp. 179-180. “*Pese a los argumentos invocados, no es excesivo afirmar que el interés de los Estados en reservarse el conocimiento y el poder decisorio respecto de algunas materias de cierta trascendencia económica cuando los supuestos presentan una vinculación significativa con ellos, aparece por lo general más avalado por la tradición que por el razonamiento jurídico. En el mejor de los casos procede hablar de la concurrencia de factores prácticos que tienden, aunque la relación causa-efecto no sea ni mucho menos lineal, a posibilitar soluciones de mayor calidad, como la correlación forum-ius y la proximidad del órgano judicial para realizar directamente las diligencias que sean menester*”. Ver: Fernández Arroyo, Diego, Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, en: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 137 ss., especialmente pp. 162-163.

<sup>730</sup> Rodríguez Carrera, Artículo 47..., ob. cit., p. 1104. Así lo entiende también Hernández-Breton al afirmar que la inderogabilidad protege el ejercicio de la jurisdicción venezolana, sin excluir el posible juego de una jurisdicción extranjera. Ver: Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 119.

<sup>731</sup> Rodríguez Carrera, Artículo 47..., ob. cit., p. 1104. “*La inderogabilidad lo que viene a fijar son supuestos en los que una vez dada la jurisdicción venezolana sobre la base de alguno de los criterios atributivos*

Examinemos los tres supuestos establecidos en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Mas consideremos que debemos descartar el primero, pues en materia de servicios –tal como hemos venido sosteniendo– no se discuten derechos reales sobre bienes inmuebles. En relación con esta afirmación resulta interesante la decisión que tomó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Consorcio Barr, S.A. c. Four Seasons Caracas, C.A., en fecha 25 de marzo de 2003<sup>732</sup>. En ella se debatió el efecto derogatorio de una cláusula arbitral contenida en un contrato de gerencia de hotel, cuya resolución se solicitó conjuntamente con la terminación de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, ambos contratos ejecutados en un inmueble ubicado en la ciudad de Caracas.

La Sala –acertadamente, en nuestra opinión– delimitó, para determinar los efectos de la cláusula, el ámbito de ambos contratos y entendió que los mismos sólo podían discutirse en el marco del contrato de servicios y no así en el caso de la garantía hipotecaria. Así, afirmó la Sala: *“Delimitada la pretensión de la actora, se advierte, en primer lugar, que la controversia sobre la jurisdicción para conocer la causa sólo se encuentra discutida en cuanto a la demanda por resolución del contrato de gerencia de hotel, pues es en dicho contrato donde se encuentra incluida la cláusula compromisoria o arbitral opuesta por la parte demandada al momento de interponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, no existiendo dudas sobre la jurisdicción de los tribunales de la República para conocer de la pretensión de resolución del contrato de préstamo a interés con garantía hipotecaria sobre un inmueble ubicado en el territorio de la República, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios donde se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República; jurisdicción que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 eiusdem no podrá ser derogada a favor de tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero, por estar garantizado el préstamo con una hipoteca sobre un inmueble situado en el país”*.

---

*de jurisdicción, la misma no puede sustraerse por voluntad de los litigantes ya sea mediante la sumisión a tribunales extranjeros o a árbitros que resuelvan en el extranjero. Es decir, lo que se persigue es eliminar el impacto del efecto negativo de una cláusula de jurisdicción o de una cláusula arbitral por lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción venezolana”*. Ver: Hernández-Breton, *Problemas contemporáneos...*, ob. cit., p. 118.

<sup>732</sup> TSJ/SPA Sent. N° 00476, 25/03/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00476-250303-2003-0044.htm>.

En lo relativo a las materias con relación a las cuales no cabe transacción, hemos de hacer algunas precisiones. En primer lugar, las normas que, en el Código Civil (Arts. 1.713 ss.) y en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 255 ss.), regulan la transacción no establecen enumeración alguna sobre las materias en las que no puede transarse, por tal razón, Rodríguez Carrera ha afirmado que la revisión de este límite ha de llevarse a cabo necesariamente *a posteriori*, pues ante la ausencia de una declaración legislativa es al juez a quien corresponde su determinación, lo cual, en su opinión no parece recomendable. Además entiende que la ausencia de precalificación legal de una materia como no transable puede deberse a que la misma interesa al orden público, lo cual genera una “*impertinente duplicación normativa*”, en relación con el tercer supuesto de inderogabilidad convencional de la jurisdicción consagrado por el propio artículo 47 de la Ley<sup>733</sup>.

En efecto, ya en otras oportunidades hemos afirmado que muchas de las materias en que no cabe transacción, interesan al orden público, es el caso de los supuestos a que se refiere el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual todas las materias pueden ser sometidas a arbitraje “*con tal que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción*”<sup>734</sup>. También puede entenderse esta afirmación en el marco de la Ley de Arbitraje Comercial, cuyo artículo 3 establece que “*Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir*”, para luego excluir, entre otras, las controversias que “*Sean contrarias al orden público*” (Art. 3,a LAC)<sup>735</sup>.

El tercer supuesto del artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado se refiere a “*aquellos casos... que afecten los principios esenciales del orden público venezolano*”. Debe notarse que la norma transcrita se refiere a contrariedad, a violación, y no simplemente a interés, tal como ocurre con el artículo 2060 del Código Civil francés que, en materia de arbitraje, se refiere, de manera más genérica a “*matières qui intéressent l'ordre public*”; expresión que amplía mucho más la posibilidad de rechazar el arbitraje cuando se trate

<sup>733</sup> Rodríguez Carrera, Artículo 47..., ob. cit., p. 1086.

<sup>734</sup> Madrid Martínez, Claudia, El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional, en: *RFCJPUCY*, 2006, N° 126, pp. 79 ss., especialmente p. 84.

<sup>735</sup> La identificación de la materia transable con la materia arbitrable, constituye la razón por la cual Rodríguez Carrera estima que, tal como se planteó durante las discusiones de la Ley, esta limitación debería estar dirigida a los casos del arbitraje y no a los supuestos de cláusulas de elección de foro, sobre todo por la confusión jurisprudencial de la jurisdicción inderogable con la jurisdicción exclusiva. Ver: Rodríguez Carrera, Artículo 47..., ob. cit., pp. 1087-1089.

de controversias, no que sean manifiestamente contrarias al orden público, sino que simplemente le interesen. Comentando la expresión del artículo 3,a de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, que también exige contrariedad, Frank Gabaldón estima que la misma excluye las controversias que violen el orden público, sin llegar a revestir carácter penal, es decir, “*controversias que surjan de hechos o actos que sean manifiestamente contrarios al orden público, por violar una norma imperativa en la que aparezca de modo expreso o evidente interesado el orden público*”<sup>736</sup>.

Pensamos, por nuestra parte, que fue más adecuada la solución acogida por nuestro legislador, pues las “*materias que interesan al orden público*” representan una categoría excesivamente amplia, cuya consagración podría obstaculizar de manera considerable la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos, incluso en materias para las cuales el propio legislador permite el recurso a la vía arbitral. No dejamos, sin embargo, de lado, aquellos supuestos en los que el legislador califica la materia como de orden público. Mas debemos considerar que la propia Ley de Derecho Internacional Privado se refiere a “*principios esenciales del orden público venezolano*”, con lo cual parece hacer referencia, más que al orden público interno, al orden público en Derecho internacional privado<sup>737</sup>, lo cual restringe aún más la limitación.

Llama la atención que la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario estableciera, en su artículo 160, que “*El arbitraje y la conciliación no*

<sup>736</sup> Gabaldón, Frank, *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Livrosca, 1999, p. 39. Sin embargo, Hung Vaillant expresa su opinión contraria, al afirmar que “*hubiera sido más adecuado hacer referencia a las controversias en las cuales ‘estuviere involucrado o interesado el orden público’, con lo cual se habría evitado la necesidad de referencia específica a los delitos y faltas*”. Ver: Hung Vaillant, Francisco, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas, EJV, 2001, Colección Estudios Jurídicos N° 74, p. 148.

<sup>737</sup> Así se admitió en relación con el derogado artículo 2 del Código de Procedimiento Civil. Véase: Hernández-Breton, Eugenio, Uso inapropiado de la doctrina extranjera y desconocimiento del Derecho internacional (público y privado): aportes para un estudio de la derogación del convencional de la jurisdicción (Art. 2 CPCV), en: *RPGR*, 1993, N° 8, pp. 41 ss., especialmente p. 41 ss.; Mezgraviz, Andrés, La unidad de la jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano, en: *RFCJPUCV*, 1998, N° 108, pp. 259 ss., especialmente p. 316. Recordemos que actualmente se considera que el orden público en el Derecho interno pone freno a la autonomía de la voluntad. Así lo entiende el legislador venezolano, al consagrar, en el artículo 6 del Código Civil, que “*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*”. Mientras que el orden público en el Derecho internacional privado limita la aplicación del Derecho extranjero designado como competente por las normas de conflicto del juez; así puede entenderse en nuestro sistema, a partir del artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual “*Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con la presente Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano*”. Ver: Madrid Martínez, El rol del orden público..., ob. cit., pp. 80-81.

*procederán cuando las presuntas infracciones pongan en peligro la vida o la salud de las personas o se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones por razones de orden público. En tales casos deberá remitir el expediente a la Sala de Sustanciación o al Ministerio Público según el caso*” (resaltado nuestro). Exclusión particular si consideramos que ya su artículo 2 había establecido que “*Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciables por las partes*”.

En una oportunidad anterior, comentando estas normas, afirmamos que el legislador quiso excluir el arbitraje y la conciliación, figuras que implican la derogación de la jurisdicción, en aquellas materias en las cuales, un recurso a esta vía alternativa de solución de conflictos, pueda contrariar al orden público. Partiendo de que la mayoría de las normas que regulan la materia de protección al consumidor y al usuario interesan al orden público, entender que el simple interés excluye al arbitraje, sería admitir que el legislador incurre en una seria incongruencia al prohibir recurrir a la vía arbitral en estas materias y al regular, por otra parte, al arbitraje como medio alternativo de heterocomposición procesal<sup>738</sup>.

Sin embargo, el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, a la vez que conserva la calificación de sus normas como de orden público e irrenunciables por las parte (Art. 2), elimina toda mención del arbitraje como mecanismo alterno de resolución de conflictos, limitándose a referir la competencia del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios en materia de conciliación (Art. 113). La propia norma excluye toda posibilidad de conciliación en materia de protección de la salud y seguridad de las personas (Arts. 8 a 14) y ordena, en caso de incumplimiento del acuerdo conciliatorio o en ausencia del mismo, que se inicie el procedimiento administrativo correspondiente.

Lo que hemos querido destacar con esta breve referencia a la inderogabilidad convencional de la jurisdicción venezolana, es que a pesar que nuestro legislador no ha consagrado expresamente foros de protección a disposición de los débiles jurídicos, la aceptación de los foros inderogables puede, de alguna manera, suplir tal silencio.

Así, si la controversia se plantea ante un tribunal venezolano y éste entiende que se encuentra ante un supuesto en el cual, vistas las características del caso concreto, el acuerdo de elección de un tribunal extranjero alegado para exceptuar el ejercicio de la jurisdicción venezolana afecta los principios esenciales

---

<sup>738</sup> Madrid Martínez, *El rol del orden público...*, ob. cit., pp. 84-85.

del ordenamiento jurídico venezolano, éste deberá descartar tal acuerdo y asumir la jurisdicción. Entendiendo en este caso que la protección del consumidor es un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico que podría verse violentado por la derogatoria de la jurisdicción venezolana, a favor de tribunales extranjeros cuyo sistema no garantice una efectiva protección. Quizás, con esta interpretación, se acerque nuestro sistema a la solución contenida en la sección 80 del *Restatement*, en el sentido de que la sumisión a tribunales extranjeros, en materia de consumo, sea injusta o no razonable, es decir, en nuestro lenguaje, contraria a los principios esenciales de nuestro sistema jurídico.

En el marco del Código Bustamante, puede éste constituir un caso de “*De-recho local contrario*” que limita los efectos derogatorios que, eventualmente, produce la sumisión, incluso en aquellos casos en los que, tal como lo exige el artículo 321, las partes hayan renunciado “*clara y terminantemente*” a hacer valer sus pretensiones ante los tribunales venezolanos –su fuero propio. Sin duda, tal excepción podría ser opuesta ante los tribunales de otro Estado parte del citado tratado.

El Decreto Ley de Comercio Marítimo, por su parte, también establece un particular criterio de inderogabilidad de la jurisdicción en su artículo 10, cuya interpretación refuerza nuestra conclusión. Así, de acuerdo con esa norma “*Corresponde a la jurisdicción venezolana conocer de forma inderogable de las acciones en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano*”. Cova Arria<sup>739</sup> estima que con la consagración de la inderogabilidad convencional de la jurisdicción en estos casos, “*podría alegarse la nulidad de cualquier cláusula contractual que establezca la competencia de los tribunales extranjeros cuando sean competentes los nacionales*”, de manera que la autonomía de la voluntad no tiene, en este caso, carácter absoluto debido a la necesidad de proteger a los débiles jurídicos.

El propio autor califica al artículo 10 como una normativa de equidad que protege los derechos e intereses de nuestros nacionales en el comercio internacional, al favorecer la situación de los beneficiarios de conocimientos para que puedan accionar ante los tribunales de su domicilio, sin tener que hacerlo ante los tribunales de otra jurisdicción, en virtud de cláusulas prerredactadas de sumisión a tribunales extranjeros. Sin embargo, tal limitación no es absoluta, pues el propio artículo 11 *eiusdem* admite la derogatoria a favor de otros tribunales o de arbitraje, pero “*sólo una vez producido el hecho generador de la acción*”.

---

<sup>739</sup> Cova Arria, Luis, *El nuevo régimen de la navegación en Venezuela y la Ley de Comercio Marítimo*, Caracas, Arauco Editores, 2002, p. 15.

### C. Algunas notas más sobre el arbitraje

No este el lugar para realizar un análisis profundo acerca del arbitraje. Sólo buscamos reforzar su importancia para el comercio internacional y, en especial, en materia de servicios. En efecto, el comercio internacional encuentra en el arbitraje uno de sus pilares fundamentales y el legislador, tanto convencional<sup>740</sup> como estatal<sup>741</sup>, no ha permanecido indiferente a esta realidad.

De manera sencilla, y más allá de todas las dificultades que plantea la determinación de su esencia, el arbitraje puede definirse como un medio alternativo de solución de conflictos; como una forma de dirimir controversias que, al ser establecida por las partes en un contrato, presenta carácter voluntario, y confiere la facultad de decisión a simples particulares llamados árbitros<sup>742</sup>. En virtud del acuerdo de arbitraje, las partes en una relación contractual o extracontractual, o los litigantes en un juicio, convienen en someter sus diferencias a la solución de un tercero, obligándose a cumplir con la decisión contenida en el laudo que al efecto se dicte. Definido así, el arbitraje se presenta como una posibilidad de sustraer un conflicto a la jurisdicción ordinaria respectiva, por efecto de la determinación voluntaria de las partes.

La cláusula arbitral, como acuerdo entre las partes, es obligatoria, característica que puede apreciarse en dos momentos sucesivos. El primer momento tiene que ver con los dos efectos fundamentales del acuerdo, a saber, la sumisión de las partes a los árbitros, quienes obtienen las facultades necesarias para conocer y decidir el litigio que les sea sometido —efecto positivo— y el efecto negativo, que trae consigo la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la solución de los conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje<sup>743</sup>.

<sup>740</sup> Prueba de ello, en el sistema venezolano, son la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (G.O. Ext. N° 4.832 de 29/12/1994); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (G.O. 33.170 de 22/02/1995); y, en el ámbito de las inversiones extranjeras, la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (G.O. 35.685 de 03/04/1995) con su red de aproximadamente 23 acuerdos bilaterales ratificados hasta 2006 por Venezuela. Esto sin mencionar los tratados bilaterales tendientes a evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal, los cuales, hasta 2006, contaban más de treinta. Igualmente, podemos mencionar el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, OMGI-MIGA (G.O. Ext. 4.634 de 22/09/1993); y el Acuerdo sobre Comercio e Inversiones entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Comunidad del Caribe, CARICOM (G.O. Ext. 4.508 de fecha 30/12/1992), entre otros.

<sup>741</sup> El propio constituyente venezolano lo reconoció al disponer, en el artículo 258 de la Constitución de la República, que “**La Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos**” (resaltado nuestro).

<sup>742</sup> Chillón Medina y Merino Merchán, *Tratado de arbitraje interno e internacional...*, ob. cit., p. 419.

<sup>743</sup> Caivano, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, SRL, 1993, p. 116.

En efecto, de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana “*El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria*”. El segundo momento hace alusión al carácter obligatorio del laudo dictado, el cual podría ser incluso susceptible de ejecución forzosa<sup>744</sup>.

Las ventajas del arbitraje frente al procedimiento ordinario son indudables y justifican, de hecho, su creciente difusión en el comercio internacional. “*Arbitration is the most common vehicle for dispute resolution in international commercial transactions*”. Tal es la declaración que hace DiMatteo, quien entiende que el acuerdo arbitral se ha convertido en una cláusula estandarizada en las relaciones contractuales internacionales<sup>745</sup>. La posibilidad de elegir un órgano arbitral neutral y especializado se cuenta entre tales ventajas, sin olvidar, desde luego, la flexibilidad, la confidencialidad, y la rapidez del procedimiento arbitral, además de la facilidad del laudo arbitral para ser reconocido en otros Estados, gracias un entramado de tratados internacionales<sup>746</sup>.

No es por ello extraño que en los complejos contratos de servicios sea frecuente encontrar cláusulas arbitrales reconocidas como el “*modo normal*” de acceder al arbitraje<sup>747</sup>. Tal proliferación podría deberse, además, al frecuente uso de estos acuerdos en los contratos-tipo o estandarizados<sup>748</sup>, a manera de acción preventiva para solventar las posibles diferencias que surjan entre las partes como consecuencia del cumplimiento o interpretación de un contrato principal<sup>749</sup>.

<sup>744</sup> Ramos, Francisco, *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, p. 81. La obligatoriedad del laudo podría también atribuirse a la fuerza vinculante del acuerdo arbitral, como expresión directa de la autonomía de la voluntad.

<sup>745</sup> DiMatteo, *The Law of international contracting...*, ob. cit., pp. 42-45.

<sup>746</sup> Fernández de la Gándara, Luis y Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *Derecho mercantil internacional*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1995, pp. 721-722.

<sup>747</sup> No olvidemos que la doctrina ha discutido por muchas décadas las posibles diferencias que pueda haber entre cláusula arbitral y compromiso. Hoy día, sin embargo, la tendencia generalizada apunta hacia la eliminación de la distinción entre ambos conceptos; se prefiere hacer referencia a la expresión genérica “*acuerdo arbitral*”. Tal tendencia se hace presente tanto en el ámbito de la doctrina como de la legislación y la jurisprudencia y tal unificación es atribuida, por algunos autores, a que el arbitraje es una institución que se pretende autosuficiente, en el sentido de no precisar, salvo en los casos estrictamente necesarios, del auxilio o la colaboración de los órganos de la justicia estatal; consecuencia inmediata de ello es la atribución de eficacia directa al convenio, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, y las nociones de cláusula arbitral y compromiso han de entenderse entonces como simples modalidades del concepto unitario de pacto arbitral. Ver al respecto Maekelt, Tatiana y Claudia Madrid Martínez, *Al rescate del arbitraje en Venezuela*, en: *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela, Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Caracas, UCAB, Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. II, pp. 719 ss., especialmente pp. 728-734.

<sup>748</sup> Ver, por ejemplo, los modelos elaborados por la FIDIC.

<sup>749</sup> Ver: Chillón Medina y Merino Merchán: *Tratado de arbitraje interno e internacional...*, ob. cit., p. 589. Como la “*chave mestra da arbitragem comercial internacional*” la califica Strenger. En: Strenger, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, São Paulo, Editora LTR, 1996, p. 109.

Pensemos, por ejemplo, en el contrato de construcción. Su larga duración, la complejidad de su objeto, así como la necesaria colaboración entre los sujetos que intervienen en su ejecución, hacen inevitable el constante surgimiento de diferencias. Esta litigiosidad potencial –en palabras de Hernández Rodríguez<sup>750</sup>– requiere el recurso a mecanismos rápidos y eficaces que permitan evitar el surgimiento de controversias o, al menos, eviten dañar la cooperación entre las partes. Sin embargo, la propia autora reconoce que incluso el arbitraje se muestra en ocasiones ineficaz para resolver las controversias que surgen en relación con estos contratos, por lo que ha surgido una importante cantidad de mecanismos pre-arbitrales de solución de litigios<sup>751</sup>.

Estos procedimientos pre-arbitrales son generalmente conocidos como *Alternative Dispute Resolution procedures* y tienden a agilizar el arreglo de diferencias a través de la intervención de un tercero, cuya principal misión es ayudar a las partes a resolver sus controversias, facilitando, en la medida de lo posible, la negociación entre ellas. La principal diferencia con el arbitraje es que las decisiones obtenidas por esta vía no vinculan a las partes, a menos que éstas así lo consientan. Hernández Rodríguez estima que se trata de una serie de mecanismos o procedimientos de carácter contractual, que favorecen la continuidad de las relaciones comerciales y que permiten a las partes, debido a su flexibilidad, resolver sus diferencias atendiendo más a criterios comerciales y técnicos que legales. La conciliación, la mediación, el peritaje internacional, el arbitraje de equidad y los *mini-trials* –figura de origen estadounidense ubicada a mitad de camino entre la conciliación y el arbitraje– se cuentan entre los principales *Alternative Dispute Resolution procedures*<sup>752</sup>.

Resulta entonces obvia la importancia del arbitraje en materia de servicios. Sin embargo, en presencia de un débil jurídico, el panorama cambia. Sin dejar de reconocerse la importancia de este mecanismo de heterocomposición procesal, se han diseñado sistemas de protección para el consumidor, como parte que puede ser obligada a recurrir a una vía extraña a él y que puede presentarse como excesivamente costosa para sus posibilidades económicas, lo cual, sin

<sup>750</sup> Hernández Rodríguez, Aurora, Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”, en: *Contratos internacionales* (Dir. A. L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara), Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1743 ss., especialmente p. 1799.

<sup>751</sup> Ver, para el caso especial de los contratos de ingeniería, Lapiedra Alcamí, Rosa e Isabel Reig Fabado, Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (De la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el *Dispute Adjudication Board*. Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC), en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001, pp. 317 ss.

<sup>752</sup> Hernández Rodríguez, Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”..., ob. cit., p. 1799.

duda, le imposibilitaría, o al menos le dificultaría, el ejercicio del derecho a la defensa y a hacer valer sus intereses en un proceso.

A pesar de esta realidad, Tellechen Solís ha afirmado que en materia de contratos bancarios, los cuales generalmente se celebran entre un experto —el banco— y un profano —el cliente; en los que el banco impone libre y muy amplia y exhaustivamente sus condiciones y donde generalmente el cliente ni siquiera puede conocer personalmente a quien suscribe con él, el contrato respectivo, porque generalmente es un contrato de adhesión, tanto el arbitraje como la mediación resultan perfectamente aplicables<sup>753</sup>.

Pero ratificamos, es necesario brindar una protección extra al consumidor. Es posible que sea ésta la razón de ser de la naturaleza especial del arbitraje de consumo, sistema que —en opinión de Chillón Medida y Merino Merchán— tiene una gran incidencia sobre toda la población, pues en puridad, toda sociedad es consumista y usuaria a un tiempo de los bienes y servicios que en la misma se ofertan. Los autores españoles ven en el arbitraje, precisamente, “*una de las manifestaciones para la defensa de los consumidores y usuarios*”. Por ello lamentan que, en el sistema español, el mismo sea tratado como un “*pseudoarbitraje*”, pues constituye un simple procedimiento previo al jurisdiccional, sin eficacia procesal alguna<sup>754</sup>.

No ocurría lo mismo en Venezuela con el sistema implementado por la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en el cual el laudo dictado por la Sala de Conciliación y Arbitraje del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario tenía carácter vinculante y podía incluso ejecutarse de manera forzosa, por los tribunales competentes, de acuerdo con las normas para ejecución de sentencias establecidas en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 158-159 LPCU). Sin embargo, recordemos que la normativa vigente elimina toda mención relativa al arbitraje

Sin duda, el arbitraje de consumo podría contribuir a paliar el desequilibrio económico entre las partes, garantizando el acceso a la justicia del consumidor quien —según reconoce Chacón Gómez<sup>755</sup>— ve en la vía jurisdiccional ordinaria un camino más gravoso que el propio daño de que ha sido víctima. Incluso, el

<sup>753</sup> Tellechen Solís, Antonio, Medios alternativos para la solución de conflictos bancarios, Mediación y Arbitraje, en: *Memorias del XX Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario*. Federación Latinoamericana de Bancos, Asunción, Octubre, 2001. Citado en: Chacón Gómez, Nayibe, La protección de dos derechos constitucionales: El arbitraje de los contratos de consumo, en: *Tendencias actuales del Derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, (Coord. J.M. Casal, A. Arismendi, C.L. Carrillo), Caracas, UCV, UCAB, 2007, T. II, pp. 545 ss., especialmente p. 558.

<sup>754</sup> Chillón Medina y Merino Merchán, *Tratado de arbitraje interno e internacional...*, ob. cit., p. 223.

<sup>755</sup> Chacón Gómez, La protección de dos derechos constitucionales..., ob. cit., p. 562.

arbitraje de consumo contribuiría a materializar el mandato constitucional de establecer los mecanismos necesarios para garantizar los derechos del consumidor (Art. 117 CRBV).

Ahora bien, si el consumidor acepta acudir al arbitraje general propuesto por el proveedor de servicios, el legislador no se lo impide, mas le proporciona una protección adicional, imponiendo ciertas condiciones de forma, en aquellos casos en los que no sea clara y determinante la aceptación del consumidor de ir a arbitraje. Así, en el caso de los contratos de adhesión o normalizados, el aparte único del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana dispone que “*la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente*”<sup>756</sup>.

La intención del legislador ha sido garantizar la libre voluntad de las partes, expresada en igualdad de condiciones y, en este tipo de relaciones contractuales –tal como hemos afirmado *supra*– la intervención de las partes no es paritaria. Recordemos que en estos casos, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que la otra parte no podrá introducir modificaciones y, si no quiere aceptarlas, debe renunciar a celebrar el contrato. Por su parte, en los contratos normalizados son incluidas condiciones generales de contratación que predeterminan el contenido de la relación contractual.

Esta protección, aparentemente formal, ha sido calificada por Hung Vaillant como una cuestión más bien de fondo, pues lo determinante, a los efectos de afirmar la validez del acuerdo arbitral, es establecer con absoluta certeza y claridad que el sometimiento a arbitraje fue libre y voluntario por parte del débil jurídico. Sin embargo, el propio autor añade que, en materia de seguros, por ejemplo, la intervención activa de la Superintendencia de Seguros en la revisión y aprobación del contenido de las pólizas, haría presumir, ante un acuerdo de arbitraje incluido en las mismas, una aceptación voluntaria de este mecanismo<sup>757</sup>. No compartimos esta última afirmación, pues aceptarla sería admitir que la Superintendencia puede comprometer al usuario de los servicios de seguros en arbitraje, sin que éste manifieste expresamente su consentimiento, cuestión que precisamente busca impedir el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial.

La Sala Político Administrativa de nuestro Alto Tribunal ha rechazado, en varias oportunidades, acuerdos de arbitraje contenidos en contratos mercantiles

<sup>756</sup> “*Esto significa, según entendemos, que en esos contratos el acuerdo de arbitraje debe constar en documento separado, y además en este documento la voluntad de las partes de celebrar un acuerdo de arbitraje debe ser expresa, todo ello con el propósito de evitar en lo posible abusos en los contratos de adhesión por la parte económicamente dominante, o que la parte sorprenda en su buena fe a la otra en los contratos normalizados*”. Así: Gabaldón, *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial...*, ob. cit., p. 47.

<sup>757</sup> Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje...*, ob. cit., p. 158.

de adhesión. Así, al calificar los conocimientos de embarque como contratos de adhesión, la Sala ha aplicado el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, entendiendo que en estos, el acuerdo arbitral “*deberá hacerse en forma expresa e independiente*”, de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no de uno solo de ellos. Por ello, la Sala ha declarado la jurisdicción de los tribunales venezolanos, desatendiendo la cláusula arbitral contenida en el contrato<sup>758</sup>.

#### IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS SERVICIOS

##### A. Responsabilidad civil contractual

Es principio generalmente admitido por la doctrina, que el Derecho competente para regir el contrato regula todos los efectos del incumplimiento del mismo<sup>759</sup>, entre ellos, todo lo relacionado con la responsabilidad civil. No es este el momento para analizar, a profundidad, el tema del Derecho aplicable

<sup>758</sup> “Para esta Sala, aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, ésta sólo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos... En el presente caso, tratándose el Conocimiento de Embarque B/L N° GEOFF411 de un contrato de adhesión, la Cláusula 25 mediante la cual se excluye la jurisdicción de cualesquiera otros tribunales que no sean los de Róterdam, Holanda, no tiene la fuerza suficiente para derogar la jurisdicción que corresponde a Venezuela, tal como se expuso en párrafos precedentes; por tal razón debe descartarse el argumento de falta de jurisdicción expuesto por el a quo en la decisión consultada”. Ver: SPA/TSJ Sent. N° 01252, 30/05/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01252-300500-15341%20.htm>. En sentido similar: SPA/TSJ Sent. N° 01359, 13/06/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01359-130600-14878%20.h5m>. “De la simple lectura de la cláusula anterior; se colige que la misma no está referida a la sumisión a autoridad judicial alguna, sino al sometimiento de las disputas acerca del aludido Conocimiento de Embarque a arbitraje, entendido este último en su acepción restringida, es decir, como forma de solución de conflictos entre partes, distinta a la actuación por vía judicial... Para esta Sala, no resulta válida la cláusula invocada por la representación del demandado a los fines de la derogación de la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos para conocer del asunto de autos, ya que la misma, como se dijo, no contiene acuerdo alguno de las partes de someter el conocimiento de las acciones que deriven del citado Conocimiento de Embarque, en forma exclusiva y excluyente, a los órganos jurisdiccionales de Londres, Inglaterra... Más aún, estima esta Sala, que la demanda ha sido incoada en contra del Capitán de la nave que transportó el trigo y no en contra de la sociedad mercantil que emitió el Contrato de Fletamento a que se refieren estos autos; razón por la cual se desecha la falta de jurisdicción alegada. Así se declara”.

<sup>759</sup> Véase en este sentido Loussouarn, Yvon y Pierre Bourel, *Droit international privé*, Paris, Précis Dalloz, 4ª ed., 1993, p. 410; Batiffol, Henri y Paul Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6ª ed., 1976, T. II, p. 289.

al contrato; sin embargo, hemos de hacer, al menos, una breve referencia al mismo, pues el método a utilizar deberá depender de si se trata de un contrato paritario o de un contrato con consumidores o usuarios.

### 1. *Derecho aplicable al contrato: normas generales*

#### a. La autonomía de las partes

La conexión que determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales ha variado a través de la evolución del Derecho internacional privado<sup>760</sup>; sin embargo, hoy día puede sostenerse, y así lo ha aceptado la más moderna codificación en la materia<sup>761</sup>, que el campo de las relaciones contractuales constituye el dominio por excelencia de la autonomía de las partes, es decir, los contratantes pueden libremente elegir el Derecho que será aplicado a sus obligaciones convencionales<sup>762</sup>. Tal facultad –entendida como el derecho subjetivo de que disponen los contratantes para elegir el Derecho aplicable al contrato en el que participan<sup>763</sup>– es generalmente acompañada de un criterio subsidiario de naturaleza flexible: el principio de proximidad, noción que

<sup>760</sup> Para apreciar tal evolución, véase: Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit., pp. 217 ss. Ver también: Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 19 ss.; Hernández-Breton, Eugenio, Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado, en: *RFCJPUCV*, 1988, N° 71, pp. 378 ss.; del mismo autor: Contratación internacional y autonomía de las partes: Anotaciones comparativas, en: *RPGR*, 1995, N° 12, pp. 18 ss.; Maekelt, *La flexibilización del contrato internacional...*, ob. cit., pp. 265 ss.

<sup>761</sup> Véanse como ejemplo las disposiciones del Convenio de Roma sobre Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, instrumentos a los cuales estaremos haciendo constante referencia a lo largo de esta parte del Trabajo. También lo ha admitido el Instituto de Derecho Internacional en la Resolución sobre la autonomía de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas, suscrita en su Sesión de Bâle, de 1991. Ver: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991\\_bal\\_02\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF)

<sup>762</sup> Como antecedente más remoto de esta solución se reconoce la decisión tomada por la justicia inglesa en el caso *Robinson c. Bland*, 1760 (1 W. BL. 257, pp. 258-259). Lando llega incluso a calificar a la autonomía de la voluntad de las partes como un principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas (Lando, Ole, *The conflict of laws of contracts: general principles* (general course on private international law), en: *R. des C.*, 1984 VI, T. 189, pp. 225 ss., especialmente p. 284).

<sup>763</sup> En tal sentido se han pronunciado Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Curso de contratación internacional...*, ob. cit., p. 63. Esta facultad ha de ser necesariamente diferenciada de la autonomía material, entendida como la posición de poder en que se halla un sujeto, para determinar por sí mismo sus relaciones jurídicas con otros sujetos, mediante el ejercicio de su libertad y dentro de los confines de lo lícito. Es un poder de autoregulación que permite a las partes hacer cuantas convenciones se les ocurran, derogar con sus convenciones las normas jurídicas dispositivas y modificar la estructura del contrato. Ver: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., pp. 20-21. Ver, en el ámbito del Derecho internacional privado: Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit. pp. 229-230.

implica la aplicación al contrato del Derecho con el cual se encuentre más estrechamente vinculado<sup>764</sup>.

La seguridad jurídica, en el sentido que las partes puedan saber, *a priori*, el Derecho al que deberán adecuar su conducta<sup>765</sup> y la garantía de los intereses materiales de las mismas, pues son ellas las mejores legitimadas para determinar el Derecho más conveniente a sus intereses<sup>766</sup>, justifican la aceptación del principio de la autonomía de las partes en materia contractual. Así, la ceguera de que se acusa al método conflictual queda corregida con la aceptación de la posibilidad que sean las propias partes quienes designen el Derecho aplicable a sus relaciones.

En el ámbito de los servicios, se reconocen los beneficios de la posibilidad de elección del Derecho aplicable, especialmente, para el prestador de los mismos, que verá unificado el régimen jurídico de la multiplicidad de contratos que celebra, con independencia de los Estados con los cuales se relacione, situación que le permite, además, planificar y reducir los costos de las diversas transacciones<sup>767</sup>. De hecho, hay quien afirma que la aceptación de la voluntad de las partes en la determinación del Derecho aplicable al contrato comenzó, precisamente, en las cláusulas limitativas de responsabilidad pactadas en los contratos de transporte<sup>768</sup>.

La principal referencia del Derecho comparado al respecto es el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (1980), el cual establece, en su artículo 3,1, que “*Los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes*”. Dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado, al igual que el Convenio de Roma, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales concede a la autonomía de las partes un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a las relaciones contractuales al disponer, en su artículo 7, que “*El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes*”. Por el mismo camino transita

<sup>764</sup> Ver, de manera general: Lagarde, Paul, Cours générale de Droit international privé, en: *R. des C.*, 1986 I, T. 196, pp. 9 ss. Maekelt estima que hoy día puede apreciarse una notable tendencia al abandono de las conexiones rígidas y a “*colocar la autonomía de la voluntad de las partes, manifestada en forma expresa o tácita, como primera fuente para determinarlo –el Derecho aplicable al contrato– y, a falta de elección, aplicar el principio de proximidad, esto es, regular el contrato de acuerdo con aquel Derecho con el cual tenga conexión más estrecha*”. Ver: Maekelt, La flexibilización del contrato internacional..., ob. cit., p. 272.

<sup>765</sup> Vischer, Frank, The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts, en: *R. des C.*, 1974 II, T. 142, pp. 1 ss., especialmente p. 37.

<sup>766</sup> Lo cual contribuye, indirectamente, con la satisfacción de los intereses del tráfico comercial. Ver: Lando, The conflict of Laws of contracts..., ob. cit., p. 285.

<sup>767</sup> Virgós Soriano citado en Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 132-133.

<sup>768</sup> Lando, The conflict of Laws of contracts..., ob. cit., p. 257.

la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, pues de conformidad con su artículo 29 “*Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes*”.

Incluso el Código Bustamante—cuya regla residual establece la aplicación de la Ley personal común y, en su defecto, de la Ley del lugar de celebración (Art. 186)—da cabida a la autonomía de las partes, aunque no de manera tan clara como en los instrumentos antes citados. Así, al referirse en el artículo 184 a la interpretación de los contratos, admite la aplicación de la Ley tácitamente elegida por las partes, de manera “*tímida e inexplicable*”<sup>769</sup>. Tal interpretación se ve reforzada si recurrimos al propio Sánchez de Bustamante, para quien en materia contractual “*debe prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad o autarquía personal, como hemos preferido llamarla en la parte general de esta obra*”; a través de su uso las partes pueden “*señalar expresa, tácita o presuntamente las reglas a que ha de obedecer su interpretación*”<sup>770</sup>. Sin embargo, aunque algunos autores se muestran favorables a esta interpretación<sup>771</sup>, Hernández-Breton estima que tal norma se refiere más a una especie de autonomía privada material, que a la autonomía de las partes tal como se la concibe modernamente<sup>772</sup>.

También al regular los contratos de adhesión, el convenio comentado hace referencia a la autonomía de las partes. De conformidad con el artículo 185, “*en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la Ley del que los ofrece o prepara*”. Mas estima Romero que esta norma no consagra la autonomía presunta de las partes en su sentido clásico de presunción *hominis*, sino más bien como una presunción *iuris*, limitando la posibilidad de apreciación del juez<sup>773</sup>. En todo caso, al consagrar el Código Bustamante un *dépeçage* legal, a su texto volveremos *infra* al analizar el Derecho aplicable a la responsabilidad civil contractual.

<sup>769</sup> Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit. p. 243.

<sup>770</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. II, p. 188 y 196-197. Luego de citar la opinión favorable de Bustamante hacia la voluntad conflictual, Hernández-Breton afirma: “*Sorprende, sin embargo, no encontrar en el articulado relativo a las ‘obligaciones en general’ o a los ‘contrato en general’, la consagración indubitada de dicho principio. Sólo en el artículo 185, al tratar de la Ley aplicable a los contratos de adhesión, se hace referencia a la admisión de la voluntad expresa capaz de indicar la Ley aplicable al contrato. Lo anterior sorprende aun más cuando en el capítulo regulador ‘del contrato y letra de cambio y efectos mercantiles análogos’ se hace un reconocimiento expreso a la autonomía de la voluntad como factor capaz de señalar la Ley aplicable a las relaciones allí reguladas (Arts. 264, 265, 266, 269 y 271)*”. Ver: Hernández-Breton, Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes..., ob. cit., p. 386.

<sup>771</sup> López Herrera, Francisco, El contrato en el Derecho internacional privado, en: *RFDUCV*, 1954, N° 1, pp. 87 ss., especialmente p. 97; Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 83-85.

<sup>772</sup> Hernández-Breton, *Contratación internacional y autonomía de las partes...*, ob. cit., p. 76.

<sup>773</sup> Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit. p. 243.

Tal como hemos sugerido *supra*, en el marco del sistema venezolano de Derecho internacional privado, la autonomía de las partes goza de un amplio marco de actuación<sup>774</sup>, al no exigirse contacto alguno con el sistema elegido. Tampoco se limita temporalmente la elección, en el sentido que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del contrato y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (Art. 8 CIDACI). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho sólo para una parte del mismo, pues se permite el *dépeçage* voluntario (Art. 7 CIDACI)<sup>775</sup>. Situación esta que, en definitiva, potencia el desarrollo del comercio internacional al reducir la incertidumbre en la regulación de las relaciones contractuales<sup>776</sup>.

<sup>774</sup> Incluso antes de la entrada en vigencia de la Convención de México, la doctrina estuvo de acuerdo en que la voluntad conflictual fuese considerada como un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado. Ver: Hernández-Breton, Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes..., ob. cit., p. 392. Lombard reporta la aceptación de la voluntad de las partes fundamentándose en los artículos 1.159 del Código Civil, 12 del Código de Procedimiento Civil y 116 del Código de Comercio. Ver: Lombard, Richard S., *American-Venezuelan private international law*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, Bilateral Studies in private international Law N° 14, 1965, p. 63. Jurisprudencialmente también se aceptó tal principio. En efecto, en fecha 12 de marzo de 1970, al decidir el caso de la quiebra del Canal Once, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, fundamentándose en el artículo 116 del Código de Comercio, afirmó: “*Resulta consecuencia indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho internacional privado en el sistema venezolano según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes, quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones, ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo*”. Además se admitió, sobre la base de esta norma, que no había lugar a exigir vinculación alguna, pues cualquier restricción tendría apoyo simplemente doctrinario. (Sentencia consultada en original).

<sup>775</sup> Aunque la Ley de Derecho Internacional Privado no refiere expresamente tal posibilidad, la misma puede inferirse de la referencia de la Ley al Derecho aplicable a “*las obligaciones convencionales*” y no simplemente a los “*contratos internacionales*”, tal como lo hace la Convención Interamericana. Así, aceptando que el contrato es fuente de “*obligaciones*”, cada una de las obligaciones nacidas de un contrato puede estar sometida, por obra de la voluntad de las partes a un Derecho diverso. Tal reconocimiento implícito del *dépeçage* es aceptado por Giral Pimentel, para quien tal fraccionamiento sería judicial (Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 193). Nosotros entendemos que, en el ámbito del artículo 29 se trata más bien de un *dépeçage* voluntario. En todo caso, es necesario considerar que, para que pueda operar el *dépeçage* voluntario, debemos estar frente a un contrato complejo que encierre dentro de sí, bien varios contratos, bien diversas relaciones que sean jurídica y económicamente independientes. De tal manera, “*resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente consistente, que se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones*”. Ver: Hernández-Breton, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 86-87.

<sup>776</sup> En sentido similar, Hernández-Breton ha afirmado “*En la medida en que los contratantes tengan la certeza de que su intención será respetada y en consecuencia, capaz de determinar el Derecho que rige sus derechos y obligaciones, entonces se verá desarrollado y fomentado el comercio internacional*”. Ver: Hernández-Breton, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., p. 21.

Ahora bien, en torno a la facultad de las partes de elegir el sistema jurídico aplicable al contrato, la doctrina discute la posibilidad de “congelar” el Derecho elegido, en el sentido que éste se aplique tal y como era para el momento de la elección, independientemente que cambie para el momento de su aplicación. Nos referimos a las llamadas cláusulas de congelación o *freezing provisions*. La doctrina venezolana admite esta posibilidad, pero considerando que tal facultad constituye más un ejercicio de la autonomía de la voluntad que de la autonomía de las partes<sup>777</sup>, pues el Derecho así elegido equivaldría a una cláusula incorporada al contrato cuyo valor dependerá del ordenamiento jurídico determinado como competente a falta de elección<sup>778</sup>.

## b. Derecho aplicable en ausencia de elección

En ausencia de elección<sup>779</sup>, o ante una elección inválida del Derecho aplicable, varias son las técnicas que nos enseña el Derecho comparado, las cuales pueden ser agrupadas en dos categorías, a saber, un primer grupo se muestra favorable a la adopción de conexiones rígidas y el segundo prefiere soluciones flexibles<sup>780</sup>.

### b.1. Soluciones rígidas. Entre el lugar de celebración y el lugar de ejecución del contrato

Dentro de los criterios rígidos, dotados de un alto grado de certeza y previsibilidad, destacan el lugar de celebración del contrato y el lugar de su ejecución<sup>781</sup>.

<sup>777</sup> Así lo asume el Instituto de Derecho Internacional al disponer, en el artículo 8 de la Resolución de Bâle, de 1991, que “*Si les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, ses dispositions seront appliquées comme clauses matérielles incorporées dans le contrat ; si, toutefois, cette loi a été modifiée ou abrogée par des règles qui entendent impérativement régir les contrats en cours, ces règles doivent être appliquées*”.

<sup>778</sup> Ver: Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit., p. 259; Hernández-Breton, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., p. 22.

<sup>779</sup> En opinión de Dos Santos, el silencio de las partes en relación con el Derecho aplicable puede deberse “*a una falta de conocimiento; o responder a cierta indiferencia hacia la materia, al limitarse las partes a establecer sólo el contenido material del contrato, en la creencia de que no surgirán conflictos; o a una falta de consenso, pese a haber negociado las partes sobre el Derecho aplicable. Sin embargo, también podría esta situación encontrar justificación en otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, el no perjudicar el curso de las negociaciones, o sencillamente, que teniendo las partes el conocimiento de las reglas de conflicto que aplicaría el foro elegido y el resultado a que conduciría su aplicación, éstas opten por esa solución, siendo innecesario un señalamiento en ese mismo sentido. Esta hipótesis, por supuesto, presupone que los contratantes estén asesorados por expertos*”. Ver: Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 100-101.

<sup>780</sup> Seguimos así, el esquema de Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 150-176.

<sup>781</sup> En opinión de Delaume, el mundo moderno se rebela contra las soluciones rígidas y se nota un consenso para sustituirlas, aunque reconoce que en algunos casos siguen siendo útiles. Ver: Delaume, George R.,

Recordemos en este punto los comentarios críticos que hiciéramos al analizar el lugar de celebración del contrato como criterio atributivo de jurisdicción. La importancia que un día tuviera este factor de conexión ha ido declinando debido a la complejidad de las relaciones contractuales modernas. El desarrollo del transporte ha tornado fortuito el lugar de celebración, combinándose oferta y aceptación en lugares donde coincidentalmente se encuentran las partes, pero que, en la mayoría de los casos, nada tienen que ver con el establecimiento de las mismas, ni con la propia operación. Por otra parte, la evolución de las comunicaciones ha facilitado la celebración de contratos entre ausentes, lo cual dificulta, evidentemente, la localización geográfica de la relación<sup>782</sup>.

Propulsado incluso por la figura de Savigny, el criterio del lugar de ejecución luce mucho más adecuado a la realidad del contrato<sup>783</sup>. Palao Moreno estima que, en el especial ámbito de los servicios, este criterio es de gran importancia, pues estos se caracterizan, precisamente, por la realización de una actividad; incluso si tal actividad se desarrolla sobre un inmueble, como en el caso de los contratos de construcción. Mas no es ajeno el autor al hecho de que hay supuestos en los cuales esta conexión no cumple su cometido. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la ejecución del servicio se lleva a cabo en varios Estados<sup>784</sup>.

Los tratados de Montevideo sobre Derecho civil internacional de 1889 y 1940 admiten la aplicación de esta conexión en el caso específico de los servicios. Así, en los artículos 34 y 38, respectivamente, establecen que cuando la eficacia de los contratos de servicios se relaciona con un lugar especial, estos se regirán por la Ley del Estado en el cual hayan de producir sus efectos<sup>785</sup>. También el *Restatement second*, en su § 196, admite esta solución, acompañada de la ya característica cláusula de escape<sup>786</sup>.

---

*Transnational contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A study in conflict avoidance)*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1988-1990, Booklet 4, p. 2.

<sup>782</sup> En este sentido: Lando, *The conflict of Laws of contracts...*, ob. cit., p. 243.

<sup>783</sup> Virgós Soriano entiende que este factor vincula el Derecho aplicable al contrato a un dato material derivado del comportamiento de las partes. Ver: Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., p. 38.

<sup>784</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 157-163.

<sup>785</sup> Ambas normas son de idéntico tenor. Disponen: “*Los (contratos) que versen sobre prestación de servicios: a) si recaen sobre cosas, (se regirán) por la (Ley) del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos; c) fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato*”.

<sup>786</sup> *Restatement*, § 196, “*La validez de un contrato de prestación de servicios y los derechos nacidos de él son determinados, en ausencia de una efectiva elección de Ley de las partes, por la Ley local del Estado en que el contrato indique que los servicios, o una gran porción de ellos, deban ser prestados, a menos que, con respecto a la materia en particular, algún otro Estado tenga una relación más significativa con la transacción y con las partes, de conformidad con los principios establecidos en la § 6, en cuyo caso la Ley local del otro Estado será aplicada*”.

## b.2. Soluciones flexibles. La prestación característica

Frente a esta solución rígida, se ubican las conexiones flexibles, las cuales desplazan el centro de gravedad del legislador al juez<sup>787</sup>, quien será el encargado, considerando las circunstancias de cada caso concreto, de determinar el Derecho que regulará el contrato, en ausencia de elección por las partes. Tarea que estará guiada por la necesidad de determinar el Derecho más vinculado con la relación contractual.

Dentro de esta tendencia, la prestación característica nacida del Derecho suizo<sup>788</sup> es ampliamente reconocida en el ámbito europeo<sup>789</sup>. Es justamente ésta la solución acogida por el Convenio de Roma, cuyos comentaristas destacan los beneficios de la misma. En efecto, la localización del contrato a través de la prestación característica permite una solución flexible y especializada, a la vez que potencia la seguridad jurídica y la previsibilidad; la misma se adapta a la función y naturaleza económico social del contrato; y, en el ámbito de los servicios, beneficia al prestador de servicios al someter sus relaciones al Derecho que rige su conducta profesional.

La consideración de la prestación característica conduce, en el ámbito del Convenio de Roma, al Derecho más vinculado con el contrato. El artículo 4,1 del citado Convenio establece que en ausencia de elección, “*el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos*”<sup>790</sup>. Añadiendo en el artículo 4,2 que “*se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación*

<sup>787</sup> Utilizando los términos de Wengler, citado en Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 165.

<sup>788</sup> Generalmente se reconocen como antecedentes de esta tesis el *Handbuch des Internationalen Handels – Wechsel und Checkrechts*, publicado en 1938 por Schnitzer y la sentencia del Tribunal Federal suizo en el célebre caso Chevally, resuelto el 12/02/1952. Actualmente, la solución es recogida por el artículo 117 por la Ley suiza de Derecho internacional privado, en los siguientes términos: “*1. A falta de elección del Derecho, el contrato se rige por el Derecho del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos. 2. Estos vínculos se reputan existentes con el Estado en el cual la parte que debe cumplir la prestación característica tiene su residencia habitual o, si el contrato es concluido en el ejercicio de una actividad profesional o comercial, su establecimiento*”.

<sup>789</sup> También destaca en el ámbito europeo, la *proper Law of the contract* del Derecho inglés, entendida como un sistema de Derecho con referencia al cual la relación tiene su conexión más cercana y más auténtica. Definida así en el caso Bonython c. Commonwealth of Australia, 1951 (A.C., 201, 219). Ver: Kahn-Freund, O., La notion anglaise de la “proper law of the contract” devant les juges et devant les arbitres, en: *RC de DIP*, 1973, pp. 607 ss.

<sup>790</sup> Giuliano y Lagarde estiman que la determinación del Derecho más vinculado supone una valoración de todas las conexiones que el contrato presenta con diversos Estados. Para ello, han de considerarse las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, e incluso aquellas surgidas en un momento posterior a la misma. Ver: Giuliano y Lagarde, *Informe...*, ob. cit., p. 18.

*característica tenga, en el momento de la celebración el contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviere que ser prestada por un establecimiento distinto del principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento*<sup>791</sup>.

La implementación de esta presunción no supone valorar circunstancias externas al contrato, sino concretar el elemento interno más característico, a través del análisis de su naturaleza, de su función económico-social. De manera que cada categoría contractual, con caracteres análogos, tiene un elemento que define su esencia. En el caso de los contratos de servicios será justamente la prestación de hacer que define al servicio, la que constituya su prestación característica<sup>792</sup>, lo cual resultará en la aplicación del Derecho de la residencia habitual o, en su caso, del establecimiento del prestador del servicio. Así lo entiende el legislador suizo, al disponer en el artículo 117,3 de la Ley de Derecho internacional privado, que *“Por prestación característica se entiende, particularmente: c. La prestación de servicio en el mandato, en el contrato de empresa y en otros contratos de prestación de servicios”*. Una solución semejante podemos encontrarla en el artículo 78,c de la Ley rumana sobre reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado<sup>793</sup>.

Palao Moreno destaca la conveniencia de este método en materia de servicios. Así, en primer lugar, el autor español afirma que la aplicación de tal presunción resulta en una conexión económicamente eficaz, pues tal como hemos afirmado antes, la aplicación de la Ley del suministrador del servicio le permite planificar y valorar los costos derivados de sus servicios bajo el prisma de un mismo sistema. En segundo lugar, el Estado de su establecimiento o residencia es, justamente, aquel en donde el profesional se encuentra autorizado para ejercer su profesión, sin que exista una conexión más significativa con otro Derecho; de hecho, se trata del lugar donde se va a controlar la capacidad

<sup>791</sup> La propia Convención establece dos presunciones particulares. En los casos en que el contrato se refiera a derechos reales sobre inmuebles *“se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviere situado el inmueble”* (Art. 4,3). En los casos de transporte de mercaderías, los lazos más estrechos se presumirán con el *“lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor”* (Art. 4,4).

<sup>792</sup> En tal sentido, Giuliano y Lagarde (Informe..., ob. cit., p. 19) entienden que en el caso de los servicios, el ejercicio de la actividad profesional se localiza en el Estado en que el prestador tiene su establecimiento principal.

<sup>793</sup> Ley rumana, Art. 78: *“Por prestación característica se entiende: c. en un contrato de servicios, la prestación del mandatario, depositario, empresario y, en general, la parte que produzca la prestación”*.

y los conocimientos del prestador. En tercer lugar, Palao Moreno menciona la seguridad jurídica que proporciona tal criterio, no se trata de un elemento fortuito o excesivamente flexible, coincidiendo generalmente con el lugar de ejecución del contrato. Finalmente, asegura el propio autor que esta conexión posibilita un tratamiento diferenciado de las diversas categorías contractuales, asegurando la certeza a la vez que posibilita la especialización de las soluciones<sup>794</sup>.

Sin embargo, no deja de reconocer el propio autor que esta solución, sin duda, favorece al prestador del servicio, colocándolo en una posición de superioridad respecto del usuario<sup>795</sup>; mas en el caso de los contratos de carácter comercial, en los que las partes tienen la misma capacidad negociadora y en los que el prestador es quien realiza la actividad más compleja y soporta los mayores riesgos, justo es admitir la aplicación de su propio estatuto<sup>796</sup>. Ofrecer al contratante que afronta más gastos y obligaciones la aplicación de su propio Derecho constituye, en definitiva, una forma de potenciar la contratación. Pero el incremento del abismo entre el prestador y el débil jurídico mina esta solución. A ello volveremos *infra*.

Finalmente, el sistema del Convenio de Roma establece una conexión de cierre para aquellos casos en los cuales no se pueda identificar la prestación característica o se llegue a la conclusión de que el contrato en cuestión presenta vínculos más estrechos con un ordenamiento distinto de aquel en el cual se encuentra la residencia o establecimiento de quien está a cargo de la prestación característica. En tales casos, resultará aplicable el Derecho del Estado con el cual el contrato se encuentre más estrechamente vinculado. En efecto, las presunciones establecidas en el Convenio son *iuris tantum* y así lo reconoce la propia norma al establecer que las mismas “*deberán descartarse cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país*” (Art. 4,5).

### b.3. El sistema venezolano y el principio de proximidad

Ahora bien, en el ámbito del sistema venezolano, a pesar de partir también de una conexión flexible –principio de proximidad– para determinar el Derecho

<sup>794</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 182-183.

<sup>795</sup> Juenger estima que quienes proporcionan bienes y servicios de manera profesional se encuentran, normalmente, en la mejor posición para evaluar los riesgos de hacer negocios a escala internacional y a protegerse de ellos mediante cláusulas de elección del Derecho. Otorgar a estas empresas la ventaja adicional de que su propia Ley sea aplicable sin necesidad de negociar tales cláusulas, refuerza una posición de por sí poderosa. Ver: Juenger, Friedrich, *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández Arroyo y C. Fresnedo de Aguirre), México, Edit. Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 65.

<sup>796</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 183-184.

aplicable al contrato a falta de elección, o en ausencia de una elección válida, la determinación del Derecho con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos difiere del método utilizado por el Convenio de Roma<sup>797</sup>, instrumento reconocido como la fuente de inspiración del codificador interamericano<sup>798</sup>. Así, tanto la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales como la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, aconsejan al tribunal tomar en cuenta “*todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato*” para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos (Arts. 9 CIDACI<sup>799</sup> y 30 LDIPV)<sup>800</sup>, dejando de lado la doctrina de la prestación característica, la cual –en opinión de Hernández-Breton– “*presenta patologías incorregibles*”<sup>801</sup>.

<sup>797</sup> Citando a Kahn, Romero estima –acertadamente– que toda norma de conflicto está fundamentada sobre la base de la búsqueda del Derecho más vinculado con la relación de que se trate; es esa la motivación del Derecho internacional privado y constituye su objeto. Lo que ocurre en materia de contratos es que “*se ha elevado al nivel de regla el principio base del sistema entero de conflicto de leyes*”. Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit., p. 260.

<sup>798</sup> Así lo reconoce José Luis Siqueiros en el informe presentado ante el Comité Jurídico Interamericano, durante los trabajos preparatorios de la Convención de México al expresar: “*...se advierte la influencia del Derecho convencional adoptado en Roma (1980) por la CEE... la futura Convención Interamericana debe estructurarse en un contexto similar al adoptado por la Comunidad Económica Europea en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales... no debemos soslayar las observaciones críticas que la Convención Europea (1980) ha recibido de la doctrina...?*”. En: Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5 - CIDIP-V/12/93 - 28 de diciembre 1993, pp. 10, 18 y 37.

<sup>799</sup> El artículo 9 CIDACI, en aplicación del principio de proximidad, permite el *dépeçage* judicial al establecer: “*...si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la Ley de ese otro Estado a esa parte del contrato*”. En relación con la Ley, podríamos hacer la misma apreciación que hicieramos *supra* nota 775, sólo que en este caso sí se trataría de un *dépeçage* judicial.

<sup>800</sup> A pesar de la diferencia de redacción, pues la Convención se refiere al Derecho con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos y la Ley al Derecho con el cual las obligaciones se encuentren más directamente vinculadas, la doctrina ha entendido que se trata de una diferencia “*meramente formal*”, pues ambas normas indican la consideración de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato. Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 192.

<sup>801</sup> Hernández-Breton, Eugenio, La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994), en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1998, pp. 39 ss., especialmente p. 55. En este sentido, Parra Aranguren reseña un documento firmado, sin identificación, por Friedrich Juenger en el cual este último afirma que la tesis de la prestación característica no puede garantizar ni la seguridad jurídica ni resultados justos y, citando a Jitta, afirmó que más vale un Derecho sustantivo internacional que la “*guillotina conflictual*”. En su opinión, considerando que los principios Unidroit constituyen una codificación supranacional, su aplicación, en ausencia de elección por las partes, eliminaría la necesidad de recurrir a criterios conflictuales vagos y defectuosos y garantizaría certeza y uniformidad de los resultados. Tal propuesta fue aceptada por la Conferencia. Ver: Parra-Aranguren, Gonzalo, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Cidip V, México 1994), en: *Codificación del Derecho internacional privado en América*, Caracas, FCJPUCV, 1998, Vol. II, pp. 367 ss., especialmente p. 409, nota 78.

En todo caso, el problema que esta solución plantea tiene que ver con la determinación de lo que ha de entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato. En tal sentido, nuestra doctrina se encuentra dividida. En primer lugar, hemos de hacer referencia a la llamada “*teoría de las vinculaciones*” a que se refiere Giral Pimentel<sup>802</sup>, fundamentándose en el llamado Informe Siqueiros<sup>803</sup>. En opinión del profesor venezolano, los elementos objetivos son “*aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo*”, tales circunstancias coinciden, en su opinión, con los rígidos factores de conexión de las clásicas normas de conflicto.

En tal sentido, serían elementos objetivos la nacionalidad, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de establecimiento o de constitución, en caso de tratarse de personas jurídicas, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar seleccionado por las partes para ser la jurisdicción competente o para que se lleve a cabo el arbitraje, el lugar donde se cumplen los requisitos de publicidad, entre otros factores que conectan al contrato con la posible aplicación de diversos Derechos. Además, el autor admite una especie de agrupamiento de contactos, al expresar que en la medida que un contrato tenga más conexiones con una jurisdicción determinada, la relevancia del ordenamiento jurídico de esa jurisdicción puede ser más fuerte en la determinación del Derecho aplicable.

Ahora bien, Giral Pimentel estima que estas circunstancias objetivas están complementadas con un elemento subjetivo, definido por el autor como la teoría jurídica que le permite al intérprete valorar los elementos objetivos del contrato y decidir a favor de la aplicación de uno de los ordenamientos jurídicos conectados con la relación a través de estos. Sin embargo, en su opinión los elementos objetivos predominan sobre los subjetivos, de manera que en un primer momento el Derecho más vinculado dependerá del lugar en donde se ubique la mayor cantidad de elementos objetivos, y en aquellos casos en los que la distribución fuere equivalente, los operadores jurídicos deberán optar por el elemento subjetivo favorecido por el Convenio de Roma, es decir, la aplicación del Derecho de la residencia o establecimiento de aquel que tiene a su cargo la prestación característica de la relación contractual. Ello admitiendo que, desde una perspectiva histórica, la Convención de México tiene una fuerte influencia del Convenio de Roma. Mas no descarta el autor que el juez,

---

<sup>802</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 214-223.

<sup>803</sup> Siqueiros, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES. II-6/91, de fecha 31/07/1991.

en plena libertad de apreciación, considere otros elementos subjetivos tales como el principio del Derecho más favorable al consumidor y otros utilizados en Derecho comparado.

Por el contrario, Fabiola Romero estima que “*Son elementos subjetivos del contrato los que se refieren a las partes contratantes, tales como: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las personas físicas; así como el establecimiento o la sede principal cuando se trate de personas jurídicas. Mientras la expresión elementos objetivos, queda reservada para aquellos que vinculan al contrato mismo con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, así, los principales son: el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato, y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato*”<sup>804</sup>.

Lo que en todo caso parece cierto, es que la búsqueda del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato conduce a un análisis del marco socio-económico de la relación contractual en cuestión. Tarea que, naturalmente, es dejada en manos del juez, lo cual ha generado cierta preocupación en la doctrina debido a la prudencia y preparación que se requiere de éste para acertar en la determinación del Derecho efectivamente más vinculado con la relación<sup>805</sup>. Maekelt estima —en nuestra opinión, de manera acertada— que éste no es un argumento suficiente para desechar la aplicación de principios flexibles como el de los vínculos más estrechos; por el contrario —continúa la autora— “*antes de adaptar las Leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a Leyes eficaces*”<sup>806</sup>.

### c. Aplicación de la *Lex mercatoria*

#### c.1. Algunas cuestiones generales

Lo expresado hasta este momento da cuenta del sometimiento del contrato, en términos generales, bien al Derecho elegido por las partes, bien, en

<sup>804</sup> Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit., p. 272. A favor de esta solución se pronuncia Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., p. 115.

<sup>805</sup> Ilustrativas resultan en tal sentido las palabras de Juenger comentando el Convenio de Roma: “*Los autores europeos, cayendo víctimas de la moda conflictual contemporánea, se basaron en un principio vago (aplicación del Derecho del Estado con el cual el contrato tiene los ‘vínculos más estrechos’), lo cual es tan insatisfactorio como es novedoso. Además, demasiado depende de la sofisticación del juez o árbitro. Algunos comprenderán el verdadero propósito de la fórmula, pero otros, menos ágiles, intentarán seriamente discernir ‘el centro de gravedad del contrato’, cosa que no pesa*”. Ver: Juenger, Friedrich, El Derecho aplicable a los contratos internacionales, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1994, N° 23, pp. 49 ss., especialmente p. 50.

<sup>806</sup> Maekelt, La flexibilización del contrato internacional..., ob. cit., p. 277 y 282.

ausencia de elección, al Derecho con el cual la relación presente los vínculos más estrechos. Sin embargo, no debemos olvidar que tanto la Convención de México como la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, dan un amplio margen de actuación a la llamada *Lex mercatoria*<sup>807</sup>. En efecto, el actual Derecho de los negocios internacionales ha surgido de la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con diversos niveles de desarrollo. Se trata de un sistema normativo creado por la llamada “*sociedad internacional de comerciantes*”<sup>808</sup>.

Ahora bien, la *Lex mercatoria* aparece como un continente dentro del cual surgen y se desarrollan ciertos elementos caracterizados por no estar vinculados con un Estado en particular, de allí su denominación de Derecho anacional<sup>809</sup>, y por su falta de carácter vinculante *ex proprio vigore*, necesitando, bien la incorporación por las partes en el contrato haciendo uso de la autonomía de la voluntad, bien siendo reconocida expresamente por el propio legislador, como un sistema que puede ser elegido por las partes o aplicado por el juez ante el silencio de éstas<sup>810</sup>.

Sin embargo, en el marco del Convenio de Roma, silente respecto de la aplicación de la *Lex mercatoria*, ha llegado a afirmarse que no se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar los Derechos estatales en

<sup>807</sup> De manera general, la *Lex mercatoria* se ha definido como un sistema surgido durante la Edad Media, en oposición a la costumbre local y sin vinculación con la tradición. Tal sistema fue concebido con un alcance no territorial, de manera que los derechos de los comerciantes se basaban en los usos del comercio, costumbres no territoriales, administrados por los mismos comerciantes. Ver: David, René, *Le Droit comparé, Droits d'hier; Droits de demain*, Paris, 1982, p. 344.

<sup>808</sup> En tal sentido se ha pronunciado Fernández Rozas, quien toma algunas de las ideas de Goldman. Ver: Fernández Rozas, José Carlos, Un nuevo mundo jurídico: La *Lex mercatoria* en América Latina, en: *Estudios sobre la Lex mercatoria*, (Coord. J. A. Silva), México, UNAM, 2006, pp. 61 ss., especialmente pp. 61-62; Goldman, B., Nouvelles réflexions sur la *Lex mercatoria*, en: *Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 241 ss.

<sup>809</sup> Derecho anacional es, por definición, un sistema jurídico no vinculado a Estado soberano alguno. En este sentido: Rodner, James Otis, *La globalización, un proceso dinámico*, Caracas, Edit. Anaucó, 2001, p. 170.

<sup>810</sup> Ejemplo del necesario reconocimiento por un Derecho estatal es el caso *Pabalk c. Norsolor* resuelto por la Cámara de Comercio Internacional, en fecha 26 de octubre de 1979. En este caso, el tribunal debió determinar el Derecho aplicable a un contrato de representación y lo primero que hizo fue recurrir al método del Derecho comparado y determinar que los sistemas europeos eran generalmente favorables a la aplicación del Derecho del lugar de ejecución en los casos de mandato, con lo cual habría de aplicar la Ley turca. Sin embargo, tal solución estaba orientada a la protección de los terceros y no a la relación entre el mandatario y su mandante, por lo cual el tribunal decidió dar relevancia a la autonomía de la voluntad, inspirado en los principios del Convenio de La Haya sobre Ley aplicable al contrato de intermediarios y a la representación (1978), pero ante la dificultad para aplicar estos principios, el Tribunal arbitral prefirió descartar toda referencia apremiante a una legislación específica, sea turca o francesa, y aplicar la *Lex mercatoria* internacional.

simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, que pueden ser adaptados y recortados, no aceptaría una reglamentación contractual por referencia a la *Lex mercatoria* o, simplemente, la adopción de los principios Unidroit, o incluso un acuerdo en orden a la aplicación del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías a un contrato no sujeto a su ámbito de aplicación<sup>811</sup>.

En efecto, si se acepta que las partes designen un Derecho totalmente desvinculado del contrato, con el solo fundamento de que se acomoda a la solución que desean dar a sus intereses; si se acepta el *dépeçage*; y si las partes tienen la facultad de modificar el Derecho que rige el contrato, desde el momento que consideren que su relación se desarrollará de forma más conforme a sus deseos si se ajusta a una legislación diferente y a partir de ese momento, por qué no admitir que elijan un Derecho anacional<sup>812</sup>. El silencio no parece excusa. Mas no dejemos de lado que el silencio del Convenio de Roma puede traducirse en que el contrato para el cual se ha elegido algún elemento de la *Lex mercatoria*, deba sujetarse a la Ley estatal aplicable en defecto de elección, incluidas las disposiciones de la *Lex mercatoria* que pasarán a tener el valor de simple remisión o incorporación material<sup>813</sup>.

Bien, dentro de la *Lex mercatoria*, y así lo ha reconocido la Cámara de Comercio Internacional, podemos ubicar “*las normas y usos del comercio internacional que han sido elaboradas gradualmente por diferentes fuentes como los propios operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como Unidroit y sus Principios de los contratos del comercio internacional*”<sup>814</sup>. En efecto –conforme a la opinión de Derains<sup>815</sup>– la *Lex mercatoria* se genera en tres ámbitos. En primer lugar, han de referirse los principios generales del Derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales, tales como el principio *pacta sunt servanda*, el principio *actor incumbit probatio*, la necesaria

<sup>811</sup> Ancel, Bertrand, Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México, en: *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2002, T. II, pp. 33 ss., especialmente pp. 43-44.

<sup>812</sup> Fernández Rozas, Un nuevo mundo jurídico..., ob. cit., p. 113. Maekelt también parece justificar la aplicación de la *Lex mercatoria* en el amplio margen dado por el Derecho internacional privado contemporáneo a la autonomía de las partes. Ver: Maekelt, La flexibilización del contrato internacional..., ob. cit., p. 283.

<sup>813</sup> Ver: Bouza Vidal, Nuria, La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003), en: *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1309 ss., especialmente p. 1319.

<sup>814</sup> Asunto ICC N° 9875/1999.

<sup>815</sup> Citado en: Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Curso de contratación internacional...*, ob. cit., p. 51.

limitación de los daños, la *exceptio non adimpleti contractus*, el cumplimiento de buena fe de las obligaciones, entre otros caracterizados por conformar preceptos generales de conducta comunes a la mayoría de los sistemas.

En segundo lugar, destacan los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional, definidos como todos aquellos conjuntos normativos propuestos por ciertas asociaciones públicas o privadas, los cuales reproducen reglas repetidamente seguidas en la práctica del comercio internacional<sup>816</sup>. Los contratos tipo preparados por determinadas empresas y asociaciones, empleados frecuentemente en el comercio internacional y determinadas reglas a las que los contratantes aluden usualmente en ciertos tipos de contratos. Las Reglas Uniformes relativas a los créditos documentarios, las Reglas Uniformes sobre cobranza de documentos, o los Incoterms 2000, todas ellas preparadas por la Cámara de Comercio Internacional<sup>817</sup>, ilustran este ámbito de creación de la *Lex mercatoria*.

Finalmente, pero no por ello menos importante, se mencionan las reglas consagradas por la práctica arbitral internacional. En efecto, el arbitraje ha constituido una alternativa válida al mecánico funcionamiento de la jurisdicción ordinaria que, frecuentemente, lleva a la aplicación de la misma norma jurídica abstracta y rígida a supuestos que requieren un tratamiento diferente<sup>818</sup>. En este sentido, Goldman entiende que la *Lex mercatoria*, como conjunto de reglas materiales de fuente no estatal y de formación consuetudinaria, tiene la propiedad de librar al comercio internacional de los defectos del método conflictual heredado de Savigny, incluso llega a comparar su funcionamiento con el de las normas de aplicación necesaria, pero sólo en materia de comercio internacional<sup>819</sup>. Así, visto que los árbitros suelen referirse habitualmente a ciertos precedentes, se admite la existencia de una especie de *stare decisis* arbitral, de modo que el precedente opera, en la práctica, como una regla cuasi-vinculante.

<sup>816</sup> La Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías establece, en su artículo 9, que “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”. Con tal disposición parece establecerse cierta diferencia entre el uso y la práctica, de manera que el primero se caracteriza por su generalidad, en efecto, el uso debe ser ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate; y la práctica es establecida y reconocida entre las partes contratantes.

<sup>817</sup> Ver: <http://www.iccwbo.org>

<sup>818</sup> Santos Belandro, Rubén, La *Lex mercatoria* en el corazón de la nueva normativa en materia de contratación internacional, en: *RDCE*, 1993, N° 61/62, pp. 37 ss., especialmente p. 39.

<sup>819</sup> Goldman citado en *Ibid.*, p. 41.

En todo caso, no cabe duda de la importancia de la *Lex mercatoria* para el comercio internacional, especialmente en materia contractual, en donde puede fácilmente apreciarse el predominio de los contratos innominados, como resultado de la complejidad de la contratación moderna, por un lado, y por otro, la insuficiencia en la regulación aportada por los ordenamientos estatales. Pensemos, precisamente en el caso de los servicios. En el terreno, por ejemplo, de los contratos de ingeniería se ha llegado a afirmar incluso la existencia de un *Ius ingeniorum*, producto de la actividad en los tres niveles antes comentados<sup>820</sup>.

Así, en relación con los principios del Derecho comercial internacional, se afirma que la mayor parte de los mismos concurre en el ámbito de la ingeniería, de manera que es innegable la operatividad del principio *pacta sunt servanda* en los contratos internacionales de Derecho público relativos a obras de ingeniería con procedimientos de licitación; igualmente, se hace referencia a la aplicabilidad del principio *rebus sic stantibus* en situaciones extremas en que la cobertura de riesgos se limita a aquellos que hayan podido preverse al momento de la celebración del contrato; el principio de buena fe es desde luego reconocido como un pilar fundamental en materia de contratación, cuyo carácter obligatorio se hace patente en todos los contratos internacionales de ingeniería.

Por lo que a los usos y prácticas del comercio internacional respecta, son diversos los usos que se han generalizado en materia de contratos de ingeniería. La realización de estudios de preinversión; los sistemas de fijación de precios –métodos del precio alzado y del precio unitario–, generalmente acompañados de cláusulas de revisión; las garantías de buena ejecución; el uso de modelos contractuales estandarizados; el establecimiento de las funciones del ingeniero<sup>821</sup>; el suministro de sistemas de telecomunicación; y la admisión de los *liquidated damages* –Figura del *Common Law*, correspondiente con la cláusula penal del Derecho continental– suelen citarse como ejemplos.

También en el terreno de los usos y prácticas comerciales destaca el papel preponderante dado a los contratos tipo elaborados por asociaciones profesionales internacionales. Podemos mencionar, en tal sentido, los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas, incluyendo desde los *consulting-engineering* hasta los contratos de *engineering* operativo, materializados en

<sup>820</sup> Seguiremos en este punto a Reig Fabado, *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería...*, ob. cit., pp. 214-326.

<sup>821</sup> Al ingeniero corresponde, de conformidad con las prácticas generalizadas, la realización de los planos del diseño y la concepción de la obra, la supervisión de la ejecución de los trabajos y el control del cumplimiento de las obligaciones por el contratista, velando por los intereses del cliente; además de gozar, en ocasiones, del poder de certificar los pagos y dar órdenes de modificación a los trabajos. Además, el libro rojo de la FIDIC, les endosa una función cuasi arbitral. Ver: Reig Fabado, *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería...*, ob. cit., p. 248.

la *Guide for drawing up international contracts on consulting engineering, including some related aspects of technical assistance*<sup>822</sup> y la *Guide for drawing up contracts for large industrial works*<sup>823</sup>. Además, debemos citar el trabajo desarrollado por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), organismo encargado de la elaboración de guías y modelos para la elaboración de contratos de ingeniería. Mencionemos, por ejemplo, la *International model form of agreement between client and consulting engineer* y las *International general rules of agreements between client and consulting engineer*, en sus dos versiones, una para los contratos relativos a los *Pre-investment studies*, y la segunda referida al *Design and supervision of construction of works*<sup>824</sup>. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) también ha hecho su aporte en la materia, con la Guía jurídica para la conclusión de los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales; además de las *Conditions of contract for works of civil engineering construction*; las *Conditions of subcontracts for works of civil engineering construction*; las *Conditions of contracts of electrical and mechanical works*; y las *Conditions of contract of design-build turn key*<sup>825</sup>.

Finalmente, por lo que a la práctica arbitral respecta, suele afirmarse que los arbitrajes relativos a los contratos internacionales de ingeniería presentan una serie de características que los hacen únicos. Se trata de resolución de controversias que, tradicionalmente, incorporan al ingeniero en la solución de la disputa; además, dado el carácter técnico de las controversias, el árbitro deberá tener una alta calificación, lo cual generará un debate sobre la necesidad de un experto técnico –ingeniero– o un experto jurídico –abogado. Tal grado de especialización no ha obstaculizado, sin embargo, el establecimiento de procedimientos rápidos y efectivos, funcionando bajo una ecuación que busca el equilibrio entre la máxima calidad de la justicia arbitral, su corta duración y el mínimo coste<sup>826</sup>.

### c.2. Aceptación en el sistema venezolano de Derecho internacional privado

Tanto la Convención de México como la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana establecen que, ante la falta de indicación del Derecho

<sup>822</sup> United Nations Publications, Economic Commission for Europe, New York, 1983, N° 145.

<sup>823</sup> United Nations Publications, Economic Commission for Europe, New York, 1983, N° 117.

<sup>824</sup> <http://www.fidic.org>

<sup>825</sup> <http://www.uncitral.org>

<sup>826</sup> Ver: Reig Fabado, *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería...*, ob. cit., pp. 315-316.

aplicable por las partes, el juez, en busca del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, “*También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales*”, ordenando además que se apliquen, “*cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*” (Arts. 9 y 10 CIDACI; 30 y 31 LDIPV)<sup>827</sup>. Sobre la base de estas disposiciones, el juez venezolano puede, en efecto, recurrir a la *Lex mercatoria*. El problema que puede plantearse tiene que ver, más bien, con los casos en que ha de aplicarla. Específicamente, la cuestión está en determinar si su aplicación procede cuando la misma es elegida por las partes o sólo, como lo sugieren en principio las disposiciones antes citadas, en ausencia de elección del Derecho aplicable.

En efecto, ha sido constante objeto de profundas reflexiones la posibilidad de que las partes, en uso de la autonomía conflictual, seleccionen un Derecho anacional para que sea aplicado a sus relaciones contractuales. Incluso algunos entienden que un contrato sometido a semejante sistema es un contrato sin Ley<sup>828</sup>. En efecto, tras reconocer que la voluntad de las partes sólo es jurídicamente relevante conforme a los límites establecidos en la Ley y a pesar de mostrar cierta simpatía por la aceptación de tal posibilidad, Romero estima que “*la existencia misma de las normas de Derecho Internacional Privado en materia de determinación del Derecho aplicable al contrato presuponen que el mismo debe estar conectado al Derecho de más de un Estado, de lo contrario ningún conflicto de leyes se plantearía. La esencia misma de las normas sobre*

<sup>827</sup> A pesar de la evidente importancia de semejantes disposiciones, el poco éxito de la Convención de México –sólo vigente entre México y Venezuela– se debe, en opinión de Hernández-Breton, al tratamiento dado por la Convención a la *Lex mercatoria*. Sin embargo, el propio autor entiende que la falta de conocimiento sobre las soluciones de la Convención ha contribuido notablemente a su falta de aceptación. Ver: Hernández-Breton, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 55 y 81.

<sup>828</sup> Romero distingue entre los “*contratos sin Ley*” y los “*contratos llamados sin Ley*” según estén sometidos a las disposiciones del propio contrato o a la *Lex mercatoria*. Ver: Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit., pp. 251-252. Se ha considerado que la *Lex mercatoria* puede resultar contraria a los intereses que el Estado desea proteger. Así, la Corte de Casación francesa, en 1950, estableció que todo contrato internacional debía estar vinculado al Derecho de un Estado, para evitar que sea regulado por la “*voluntad egoísta de las partes*”, por lo que rechazan el contrato sin Ley. A este respecto, algunos autores sostienen que es, precisamente esta *Lex mercatoria*, el cuerpo normativo llamado a regir el contrato para no considerarlo desvinculado totalmente de cualquier ordenamiento jurídico. Ver: Maekelt, Tatiana, *Fuentes del Derecho internacional privado: la costumbre internacional y la nueva Lex mercatoria*, en: *VII Curso de Derecho Internacional*, Washington, D.C., Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, agosto de 1980, pp. 439 ss., especialmente p. 445.

*el Derecho aplicable limitan la posibilidad de concebir un contrato que no esté sujeto a un ordenamiento jurídico estatal*<sup>829</sup>.

Los principales argumentos de quienes niegan la validez de la elección por las partes de algún elemento de la *Lex mercatoria* para regular un contrato internacional, ante el silencio de la Convención de México, son las expresiones utilizadas por la misma en los artículos 7 y 17. De conformidad con las normas citadas el contrato se rige por el “*Derecho elegido por las partes*”, entendiéndose por Derecho “*el vigente en un Estado*”<sup>830</sup>, lo cual sugiere la necesaria aplicación de un sistema jurídico estatal<sup>831</sup>. La salida a semejante limitación, al ser ésta impuesta por el Derecho del foro, vendría de manos del establecimiento de un acuerdo de arbitraje, pues, dada su deslocalización, es innegable la libertad del árbitro en la determinación del Derecho aplicable al contrato<sup>832</sup>.

Por otra parte, la propia Convención sirve a quienes sostienen la tesis contraria. Así, Hernández-Breton entiende que las disposiciones contenidas en los artículos 9, 10 y 15 de la Convención, de conformidad con las cuales es posible aplicar “*los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*”; y “*las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación*”, autorizan a concluir, sin duda alguna, que la Convención permite a las partes elegir *Lex mercatoria* para regular su

<sup>829</sup> Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit., pp. 252-254.

<sup>830</sup> Romero entiende que esto no implica que las partes no puedan someter algunos aspectos del contrato a la *Lex mercatoria*, o referirse a ella como fuente subsidiaria del Derecho del Estado al cual queda sometido el contrato. Ver: Romero, El Derecho aplicable al contrato internacional..., ob. cit., p. 253.

<sup>831</sup> Contra quienes niegan el carácter normativo de la *Lex mercatoria*, Alfonsín, constante defensor de un Derecho material extranacional, asignó un lugar preeminente a la costumbre internacional, afirmando que la norma sólo es jurídica cuando tiene el apoyo de la conciencia social, del espíritu del pueblo, lo cual le da un carácter obligatorio y, semejantes características están presentes en la *Lex mercatoria*. Para el maestro uruguayo, el mundo jurídico no está dividido en un casillero de legislaciones estatales, con lo cual la relación de tráfico jurídico externo quedaría regulada por un “*Derecho prestado*”; por ello ratifica la conveniencia de la *Lex mercatoria*. Ver: Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., pp. 21-24 y 335-339. Es la lectura que se da en: Santos Belandro, *La Lex mercatoria en el corazón de la nueva normativa...*, ob. cit., pp. 54-55.

<sup>832</sup> La práctica de la Cámara de Comercio Internacional confirma la importancia de la *Lex mercatoria* en sede arbitral. Así, Grigera Naón reporta que en el 52% de los casos resueltos en la Cámara de Comercio entre 1988 y 1998 se aplicó *Lex mercatoria*. Ver: Grigera Naón, Horacio, *Choice of Law problems in international commercial arbitration*, en: *R. des C.*, 2001, T. 289, pp. 9 ss., especialmente p. 191. En materia de créditos documentarios, el profesor Rodner estima que “*En el arbitraje, se prefiere la costumbre mercantil y las prácticas internacionales, aplicándose éstas en muchos casos, inclusive en sustitución de una disposición de uno o varios de los sistemas de Derecho interno que de otra forma, pudieran haber sido aplicables a la relación concreta*”. Ver: Rodner, James Otis, *El crédito documentario*, Caracas, Edit. Arte, 2ª ed., 1999, p. 614. Ver también: Sánquiz Palencia, Shirley, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano*, Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, UCAB, 2005, pp. 82-96.

contrato internacional. En su opinión, resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que, en ausencia de elección del Derecho aplicable, pudiese el juez aplicar normas anacionales como normas jurídicas y se limitara, paralelamente, tal posibilidad a las partes contratantes<sup>833</sup>.

Al referirse específicamente a los Principios Unidroit –en nuestra opinión, una expresión de la *Lex mercatoria*– Tatiana Maekelt afirma que los mismos cumplen cinco funciones específicas, a saber, una función normativa, una función complementaria, una función interpretativa, una función sustitutiva y una función de reemplazo. En opinión de la autora, la función normativa –que es la que nos interesa en este punto– es consecuencia de la facultad que tienen las partes para elegir los mencionados Principios, con el objeto de regular un contrato internacional<sup>834</sup>. Aunque Maekelt no considera válida la tesis de conformidad con la cual es necesario someter el contrato a un Derecho estatal, reconoce la conveniencia de relacionar la aplicación de los Principios con el arbitraje<sup>835</sup>.

Ante este panorama, consideramos –asumiendo la opinión expresada por Bouza Vidal– que la aceptación casi ilimitada de la libertad conflictual casa mal con la prohibición a las partes de elegir una reglamentación no estatal. Es paradójico, en efecto, permitir que las partes puedan combinar diferentes Leyes estatales y construir un marco jurídico *ad hoc*, distinto del previsto en cada uno de los sistemas elegidos individualmente considerados e impedir, por otro lado, que las partes puedan someter el contrato a una normativa autónoma que, a diferencia de las Leyes estatales, ha sido concebida atendiendo a la internacionalidad del contrato<sup>836</sup>.

Tal interpretación podría verse apoyada en el hecho de que tanto el artículo 10 de la Convención de México, como el 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado establecen que “*Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios*

<sup>833</sup> Hernández-Breton, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., pp. 25-26.

<sup>834</sup> Tal opinión se compadece con lo establecido en el preámbulo de la versión 2004 de los Principios Unidroit, de conformidad con el cual “*These principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that they contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like*”. Igualmente, comentando la versión de 1994, Jaime Martínez había ya expresado tal opinión. Ver: Martínez, Jaime, Anotaciones sobre los Principios Unidroit, en: *RFDUCAB*, 1997, N° 51, pp. 199 ss., especialmente p. 204. Ver también: Siqueiros, José Luis, Los nuevos Principios de Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales, en: *BDP*, mayo-agosto 2005, nueva época, año IV, N° 11, pp. 129 ss., especialmente p. 134.

<sup>835</sup> Maekelt, Tatiana, Aplicación práctica de los Principios de Unidroit en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida, Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, 2005, T. I, Derecho internacional privado, pp. 209 ss., especialmente pp. 215-216.

<sup>836</sup> Bouza Vidal, La elección conflictual de una normativa no estatal..., ob. cit., p. 1320.

*del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*”, disposición que con semejante encabezamiento –resaltado por nosotros– no parece limitada a los casos de ausencia de elección del Derecho aplicable. De manera que puede corresponder aplicar *Lex mercatoria* cuando las partes así lo decidan. A pesar de nuestra posición, no dejamos de reconocer la natural tendencia del juez estatal a rechazar este tipo de soluciones. Así, en la célebre decisión del caso Pepsicola, la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia sólo llega a aplicar los Principios Unidroit para complementar su interpretación de lo que ha de entenderse por contrato internacional<sup>837</sup>.

Lo que no se discute es la aplicación de la *Lex mercatoria* en los casos de ausencia de elección. En efecto, tanto la Convención como la Ley establecen que si las partes no han elegido el Derecho aplicable, además de considerar los elementos objetivos y subjetivos del contrato, el juez “*tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*” (Arts. 9 CIDACI y 30 LDIPV). Esta fórmula, calificada por algunos como una solución de compromiso<sup>838</sup>, fue lo que quedó de la propuesta original que hiciera Juenger durante las discusiones de la Convención de México. Considérese que para Juenger si se cuenta con una codificación supranacional de Derecho contractual –refiriéndose específicamente a los principios Unidroit– en lugar de acudir a criterios conflictuales vagos y defectuosos que no garantizan ni la seguridad jurídica ni la uniformidad, estos deben ser aplicados en ausencia de elección<sup>839</sup>.

Sin embargo, tal reconocimiento genera algunos problemas. A partir de la fórmula contenida en los artículos 9 de la Convención y 30 de la Ley, que ordena al juez tomar en cuenta “*los principios generales del Derecho comercial*

<sup>837</sup> En la citada sentencia del 09 de octubre de 1997, la Corte afirmó “*Un enfoque complementario del planteamiento anterior se encuentra en los ‘Comentarios’ explicativos de los Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales preparados por el Grupo de Trabajo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que indican, entre otras cosas, que el carácter internacional de un contrato puede ser definido en una gran variedad de formas y que los Principios no acogen expresamente ninguna de ellas. Sin embargo indican que a la noción de contrato internacional debe dársele una amplia interpretación, de manera tal de excluir solamente aquellas situaciones que no involucren elementos internacionales, es decir, aquellos contratos en que todos los elementos relevantes se encuentran vinculados a un único país...*”. Ver: Hernández-Breton, Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola..., ob., cit., p. 167.

<sup>838</sup> “*Se trata de una fórmula novedosa que pretende reconciliar posturas tradicionalmente encontradas: la de los ‘archipositivistas’ y la de los ‘apóstoles’ de la nueva ‘lex mercatoria’*”. Ver: Hernández-Breton, Propuesta de actualización de los sistema latinoamericanos..., ob. cit., p. 28.

<sup>839</sup> Juenger citado en Parra-Aranguren, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana..., ob. cit., pp. 408-409.

*internacional aceptados por organismos internacionales*” para determinar el Derecho aplicable, podemos preguntarnos sobre el carácter de los mismos, en el sentido que el legislador no está ordenando su aplicación directa –lo cual reafirma su carácter de disposiciones materiales– sino su toma en consideración para llegar a la determinación del Derecho más vinculado con el contrato. Parte de la doctrina entiende que esta referencia constituye un complemento del método conflictual previsto en la primera parte del artículo; a través de ella, el intérprete dispone de un mecanismo flexible que le permitirá llegar al sistema, nacional o anacional, más conveniente a la justicia y a las necesidades del comercio internacional<sup>840</sup>.

Esta función parece sin embargo diluirse ante el contenido de los artículos 10 de la Convención y 31 de la Ley. De conformidad con las normas citadas, *“Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”*<sup>841</sup>. Sin embargo, la distinción entre la considera-

<sup>840</sup> Hernández-Breton, Propuesta de actualización de los sistema latinoamericanos..., ob. cit., p. 30. Samtleben propone, de hecho, un particular sistema interpretativo del artículo 30 de la Ley venezolana, el cual resulta aplicable, desde luego, al artículo 9 de la Convención de México. Así, en primer lugar se refiere a una *“interpretación al mínimo”*, de conformidad con la cual el artículo 30 es utilizado para determinar el Derecho aplicable. En segundo lugar, la *“interpretación al máximo”* implica que las partes pueden también someter su relación contractual a un Derecho anacional. Una *“interpretación armonizadora”* aparece en tercer lugar indicando una conexión del artículo 30 con el 31 de la propia Ley, de manera que, junto al Derecho aplicable se considerarán también, cuando corresponda, los elementos de la *Lex mercatoria*. Sin embargo, el autor no entiende que se utilicen dos normas diferentes para decir la misma cosa, por lo que recurre, en cuarto lugar, a una *“interpretación sistemática”*, afirmando que el artículo 31 se refiere a la *Lex mercatoria*, en el sentido de la normativa creada por los operadores del comercio internacional, que complementa la voluntad de los contratantes dentro del margen de la Ley aplicable; mientras que los principios generales del Derecho comercial internacional a que se refiere el artículo 30, deben interpretarse en el sentido de un sistema jurídico elaborado y completo que se puede considerar como Derecho aplicable. Es el caso de los Principios Unidroit. Finalmente, para solucionar el *“enigma”* del artículo 30 de la Ley venezolana, Samtleben propone una *“interpretación teleológica”*, entendiendo que hay casos que están conectados con varios Estados, sin que pueda afirmarse que el ordenamiento de uno de ellos se presta mejor que otro para regular las obligaciones que se derivan del contrato en cuestión. *“No se justifica –entiende el autor– insistir en el método conflictual para buscar un Derecho nacional aplicable cuya relación con el contrato en esas circunstancias es más ocasional que real. Son estos casos para los que los Principios UNIDROIT se ofrecen como solución. El artículo 30 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado abre el camino para aprovechar esta solución, cuando por el método conflictual no se pueda establecer una solución suficientemente efectiva con un Derecho nacional”*. Ver: Samtleben, Jürgen, El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho internacional privado, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 355 ss., especialmente pp. 363-371.

<sup>841</sup> Giral Pimentel estima que estas disposiciones delatan *“una defectuosa técnica legislativa, toda vez que el mismo principio se repite, al menos, en dos disposiciones las cuales, en nuestra opinión, persiguen el*

ción de la *Lex mercatoria* en orden a la determinación del Derecho más vinculado y su aplicación en ausencia de elección, sugiere que entre una y otra disposición es la función –conflictual o sustantiva– la que marca la diferencia<sup>842</sup>.

Así las cosas, hemos de concluir que, dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado, la *Lex mercatoria* cumple diversas funciones. Desde el punto de vista de su función material, los componentes del Derecho anacional pueden aplicarse bien por elección de las partes, bien en ausencia de elección del ordenamiento destinado a regular el contrato cuando el juez considere que se trata del sistema más vinculado con la causa, o cuando su actuación sea demandada por la justicia material del caso concreto. Desde el punto de vista de su función conflictual, la *Lex mercatoria* será una herramienta a ser considerada por el juez para llegar al Derecho más vinculado con el contrato<sup>843</sup>.

En todo caso, la admisión de la aplicación de la *Lex mercatoria* en el sistema venezolano de Derecho internacional privado se compadece con una tendencia generalizada en el Derecho comparado hacia la “*deslocalización*” del contrato, lo cual apunta hacia la adopción de esquemas autosuficientes y completos, que aseguren la independencia del contrato de las legislaciones estatales. Sobre todo si consideramos que la mayoría de los contratos de servicios que se da en la práctica –tal como hemos afirmado en el Primer Capítulo– pueden ser caracterizados como contratos atípicos o innominados. Las nuevas operaciones económicas no suelen estar expresamente reguladas por los ordenamientos jurídicos estatales y es en estos casos donde cobra mayor importancia la *Lex mercatoria*<sup>844</sup>.

---

*mismo objetivo general: que el juez reconozca la importancia de la práctica comercial internacional en el análisis de los problemas de Derecho internacional privado relativos al contrato*”. Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 223-224.

<sup>842</sup> Comentando el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, Ochoa Muñoz entiende que tal norma “*convoca la función esencial de la Lex mercatoria, como sistema sustantivo especializado en el comercio internacional, llamándola a aplicarse conjunta y complementariamente con la Lex contractus*”; a la vez que admite que el artículo 30 *in fine* refiere la función conflictual de los principios del Derecho comercial internacional. Ver: Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 31. Aplicación de la *Lex mercatoria*, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 805 ss., especialmente pp. 807-809.

<sup>843</sup> Recuérdese que la responsabilidad civil contractual ha sido objeto de atención de varios de los componentes de la *Lex mercatoria*. Así, tanto en los principios europeos sobre los contratos (Art. 9.501,1: “*La parte perjudicada está facultada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiere causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el art. 8.108*”), como en los principios Unidroit (Art. 7.4.1: “*Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles*”), encontramos regulación relativa a las consecuencias del incumplimiento contractual.

<sup>844</sup> Sobre este punto ver: Bin, Marino, La circolazione internazionale dei modelli contrattuali, en: *Contratto e Impresa*, 1993, N° 2, pp. 475 ss.

## 2. *Contratos concluidos con consumidores*

La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado tiene una indudable influencia en el método asumido por cada Estado para regular los supuestos que involucren a esta categoría de débiles jurídicos. En efecto, cada Estado ha de ocuparse de la posición de desequilibrio en que se encuentran algunos sujetos a la hora de celebrar un contrato, por lo cual, a través de un proceso que Sauveplane ha calificado como de ingeniería social, el propio Estado diseñará fórmulas que aseguren, si no una igual posición entre las partes, sí al menos una aproximación de sus posiciones, asegurando un mínimo de protección<sup>845</sup>.

Así, el Estado –a través del legislador– puede intervenir con la formulación de normas de aplicación necesaria; disposiciones que limitan *a priori* el juego de las conexiones generales, de manera de no arriesgarse a la aplicación de un Derecho desfavorable para el consumidor. Pero también puede adaptar la estructura de sus normas de conflicto a las nuevas realidades. Recordemos que el sistema de Derecho internacional privado no escapa al deber del Estado de promover y proteger jurídicamente los derechos e intereses económicos y sociales de las personas (Art. 7,4 DLDPABS).

En torno a la segunda posibilidad, es decir, la adaptación de las normas indirectas, hemos de considerar que con la norma de conflicto clásica, la geografía parece valer más que la justicia, de manera que habría que buscar otras alternativas. Ello a pesar de que las soluciones en materia de Derecho aplicable a los contratos, tal como hemos podido apreciar, no son precisamente las más rígidas del sistema. En tal sentido, la doctrina ha admitido que la especialización, la flexibilización y la materialización de la norma de conflicto posibilitan el recurso a soluciones que se acomoden a la finalidad protectora del Derecho de consumo<sup>846</sup>.

Hoy día se apuesta por la elaboración de normas indirectas con supuestos más concretos, pues aquellos que son excesivamente abstractos en su enunciado ofrecen, a su vez, una respuesta abstracta, por lo que se plantea la necesidad de diseñar normas más específicas que se adapten mejor a las nuevas realidades del tráfico externo<sup>847</sup> y resuelvan más adecuadamente las situaciones que reclamen una solución particular. Es lo que ocurre con el Derecho de consumo, ámbito en

<sup>845</sup> Sauveplane, J. G., Consumer protection in private international Law, en: *Netherland Law Review*, 1985, pp. 100 ss., especialmente p. 101.

<sup>846</sup> Ver: Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 189.

<sup>847</sup> Esplugues Mota, Carlos, Derecho internacional privado, en: AA.VV., *Introducción al Derecho*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 161 ss., especialmente p. 171.

el cual la autonomía conflictual, principal criterio para determinar el Derecho aplicable en materia contractual, puede conducir, cuando una de las partes es un débil jurídico, a resultados que desfavorecen aun más la situación de éste frente al prestador del servicio.

Pero a través de esta multiplicación cuantitativa de las normas de conflicto tampoco es posible cubrir hasta el mínimo detalle de los supuestos, por lo que se hacen necesarias otras técnicas de especialización. Por ejemplo, el uso de conexiones subsidiarias es útil para adaptar el sistema de Derecho internacional privado a la multiplicidad de casos reales. Pensemos en la técnica utilizada por el artículo 5 del Convenio de Roma, al cual volveremos *infra*. Por otro lado, el empleo de las cláusulas de escape<sup>848</sup> va más allá del grado de diversificación de las normas que excepcionan, sin necesidad de aumentar el número de disposiciones conflictuales<sup>849</sup>.

Para algunos autores, la especialización o sectorialización, como también se le conoce, no responde a la cada vez mayor concretización del supuesto de hecho de la norma, sino más bien a la dependencia de los supuestos de Derecho internacional privado, respecto de sus correlativos en el Derecho material. Como ejemplo de tal postura suele esgrimirse la creciente desregularización del Derecho de familia en el Derecho material, en el sentido de una disminución de la intervención estatal a favor de la autonomía de la voluntad, lo cual se refleja en la disciplina internacionalprivatista y la evolución en sentido contrario del Derecho de las obligaciones<sup>850</sup>. Ciertamente, es indudable la creciente importancia que cada día adquiere el Derecho de consumo frente al Derecho

---

<sup>848</sup> Tratándose de una excepción al normal funcionamiento del sistema conflictual, este mecanismo permite al juez escapar al Derecho indicado por su norma indirecta, en los casos en que considere que el supuesto de tráfico jurídico externo presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. Para ponerse en funcionamiento, la cláusula de escape requiere que haya actuado la norma de conflicto y que ésta haya conducido a un Derecho con el cual la relación no tenga vínculos suficientemente fuertes. De acuerdo con la doctrina, recurrir a una cláusula de escape supone la producción de un efecto inmediato y uno mediato. El efecto inmediato es la sustitución del Derecho designado por la norma de conflicto por otro Derecho que, con la relación concreta, presente los vínculos más estrechos. El juez —afirma la doctrina— debe concretizar la cláusula de excepción *modo legislatoris*, reemplazando la Ley competente por un Derecho que habría designado el propio legislador. Por su parte, el efecto mediato consiste en que el juez, al poner en funcionamiento la cláusula de excepción, formula una nueva norma de conflicto, modificando así su sistema de Derecho internacional privado. Ver: Dubler, César E., *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Ginebra, Librairie de l'Université, Études Suisses de Droit International, publiées par la Société Suisse de Droit International, Vol. 35, 1983, pp. 101-108. En el mismo sentido: Goldstein, Gérald y Ethel Groffier, *Droit international privé*, Canadá, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, T. I, p. 86.

<sup>849</sup> Álvarez González, Objeto del Derecho internacional privado..., ob. cit., pp. 785-786.

<sup>850</sup> Amores Conradi, Miguel, *Proyecto docente e investigador*. Presentado al concurso de provisión de una cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad de Cádiz, convocado el 26 de enero de 1993, pp. 53-54.

de las obligaciones, signado el primero por un férreo intervencionismo estatal que busca el bienestar del débil jurídico y luchando el segundo por un espacio para la autonomía de la voluntad.

A pesar de esta tendencia a desmenuzar los casos que puedan plantearse en la práctica, la excesiva especialización de la norma de conflicto, además de traer como consecuencia nuevos problemas de adaptación<sup>851</sup>, tiene el inconveniente de dejar sin regulación situaciones que podrían incluirse en categorías más generales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, la cual tiene un evidente carácter general, limitándose esencialmente a materias de Derecho civil internacional, cuyas soluciones son aplicables a las cuestiones generales del Derecho mercantil internacional, hecho que también responde a la creciente tendencia hacia la unificación del Derecho privado<sup>852</sup>. De la técnica legislativa opuesta a la venezolana, el mejor ejemplo es la Ley de Derecho internacional privado suiza, la cual, en sus 200 artículos, trata de manera detallada los supuestos de tráfico jurídico externo.

Ahora bien, los problemas que pueda traer consigo una exhaustiva regulación de las situaciones conectadas con varios sistemas jurídicos, no deben conducirnos a ignorar la necesidad de regular de supuestos especiales. En el marco de un acelerado desarrollo de los supuestos de la vida internacional, la regulación a través de categorías generales no siempre resulta conveniente. Es el caso, justamente, de las relaciones con consumidores, situaciones que requieren especial atención del legislador.

En efecto, modernamente se ha reconocido que la especificidad de las relaciones de consumo requiere una respuesta especial del Derecho internacional privado, sistema que hasta ahora se ha mostrado insuficiente ante esta nueva realidad<sup>853</sup>. La especificidad de las relaciones internacionales de con-

<sup>851</sup> En efecto, en la tarea de especializar cada vez más los supuestos, pueden encontrarse variantes que exijan una reglamentación propia, lo que podría provocar que un mismo supuesto esté regulado a través de varios ordenamientos jurídicos, produciéndose un *dépeçage*, por lo que tal solución debe ir acompañada de mecanismos que permitan una perfecta coordinación entre las Leyes interesadas en reglamentar el asunto en concreto. Uno de esos mecanismos es, precisamente, el método de la adaptación. Ver: Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 82-83.

<sup>852</sup> Así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Ley, la cual puede consultarse en: Maekelt y otros, *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 63-64, y la doctrina se adhiere a ello, así puede verse en: Maekelt, Tatiana, *Ley de Derecho internacional privado. Comentarios generales*, en: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 143 ss., especialmente, p. 151.

<sup>853</sup> Para destacar la especialidad de las relaciones internacionales de consumo seguiremos a Lima Marques, Cláudia, *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*, en: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba (Argentina), Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss., especialmente pp. 113-115.

sumo, característica que determina la necesidad de normas especiales, puede apreciarse, en primer término, en el desequilibrio intrínseco existente entre las partes contratantes, tanto desde el punto de vista informativo, como de especialización. El consumidor es atraído por métodos agresivos de mercadeo –*telemarketing, teleshopping, time sharing* para turistas– por precios reducidos –descuentos, reducción de impuestos, envíos gratuitos– o incluso guiado por su propia ignorancia de los riesgos propios de las transacciones internacionales –desconocimiento del idioma para entender la oferta o la publicidad, mito de la calidad superior de los productos y servicios importados, falta de consejos jurídicos, confianza en que la marca ofrecerá servicios postventa, etc.

En segundo lugar, puede afirmarse que, a diferencia de las relaciones comerciales, caracterizadas por la continuidad, las relaciones de consumo no son de larga duración, por lo que no se benefician, generalmente, del sistema financiero internacional. El consumidor no es un comerciante, es un lego que confía en una protección legal generalmente inexistente y asume serios riesgos. Por otro lado, el contrato de consumo individualmente considerado, es de escaso valor, tanto para la economía de un país como para el prestador del servicio, lo cual evidentemente dificulta el acceso a la justicia, pues el consumidor no está dispuesto a asumir gastos exagerados, sea para reclamar, sea para hacer valer sus garantías<sup>854</sup>. También la posibilidad de una ejecución forzosa de la prestación se ve limitada luego de que las expectativas del consumidor se hayan frustrado. Recuperar los días de hotel en un país distante luce imposible, más allá de la obtención de una cantidad de dinero. Finalmente, el fuerte componente político-económico presente en las normas sobre protección de los consumidores, también pone en evidencia la necesidad de una regulación especial.

Ahora bien, en este proceso de adaptación del sistema conflictual, el factor de conexión, elemento que encuentra sus raíces en el sistema savigniano de la sede jurídica de la relación (*Sitz*), también se ha transformado<sup>855</sup>. Justamente, este elemento ha constituido la base de todo el desarrollo del Derecho internacional privado tendiente a la flexibilización del método conflictual, adoptando nuevas formas para enfrentar las críticas realizadas a la tesis clásica de Savigny. Por ejemplo, el recurso a criterios alternativos de conexión exige del operador jurídico una tarea teleológica, debido a la existencia, en primer lugar, de una

<sup>854</sup> Esta idea también puede verse en De Araujo, Nadia, *Direito internacional privado. Teoria e pratica brasileira*, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, 3ª ed. atualizada e ampliada, 2006, pp. 369-370.

<sup>855</sup> Recordemos que Savigny partió de la relación con el fin de ubicarla en el ordenamiento jurídico considerado el más idóneo para regirla, es decir, buscó localizar la relación en su sede natural. Savigny, *Sistema de Derecho romano actual...*, ob. cit., T. 8º de la ed. alemana, 6º de la española, pp. 136-137.

gama de factores de conexión; y, en segundo lugar, de un criterio orientador para la elección entre los sistemas potencialmente aplicables<sup>856</sup>. Tal criterio podría estar constituido por el principio de protección al consumidor.

También el principio de proximidad, como concepto jurídico indeterminado, podría contribuir a la protección del consumidor, mas no si se le entiende materializado en el lugar donde la parte que realiza la prestación característica tiene su residencia habitual o su establecimiento, pues éste es –tal como ya hemos afirmado– el proveedor del servicio. Pero si se considera, tal como lo hacen la Convención de México y la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, que el Derecho más vinculado con el contrato depende de los elementos objetivos y subjetivos de éste con un sistema determinado, puede convertirse en una valiosa herramienta de protección<sup>857</sup>.

En la actualidad, no debemos seguir pensando que la consecuencia jurídica de la norma de conflicto se limita a la indicación de un ordenamiento jurídico determinado. La materialización, como característica modernamente atribuida a la norma de conflicto, nos obliga a ir más allá en el sentido que el operador jurídico, además de localizar geográficamente la relación jurídica de que se trate, deberá evaluar las consecuencias de la aplicación del ordenamiento jurídico que resultó seleccionado<sup>858</sup>. Una norma de conflicto materialmente orientada funciona con fundamento en un objetivo específico, representado en este caso por la protección del débil jurídico.

En el ámbito europeo, Lima Marques reporta como una decisión de política legislativa extender el estándar mínimo de protección a los agentes económicos más débiles, de forma efectiva en toda la región, a todos sus ciudadanos y residentes. La propia autora estima que, a primera vista, tal solución luce nacionalista, mas no es errada, pues el Derecho internacional privado continúa buscando una legitimación material en la selección del Derecho aplicable. Luego, es perfectamente razonable que las conexiones elegidas por el sistema

<sup>856</sup> En efecto, en opinión de Juenger, el establecimiento de factores de conexión alternativos depende de la fuerza de las políticas que imponen un resultado particular y de una estimación de la aceptabilidad de las normas que prevalecen en otros Estados. Ver: Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., pp. 219-220.

<sup>857</sup> De hecho Giral Pimentel menciona la protección al consumidor, en el marco de su teoría de las vinculaciones, como uno de los criterios subjetivos a ser considerado por el operador jurídico para apreciar los elementos objetivos del contrato y determinar su Derecho aplicable, a falta de elección. Ver: Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 220.

<sup>858</sup> Un ejemplo de la orientación material de algunas normas de conflicto puede verse en un trabajo de Reese, en el cual, a través de los comentarios al Proyecto de Ley suiza de Derecho internacional privado propuesto por Vischer, desarrolla la intención del proyectista de dar cierta relevancia a las políticas sustantivas a través de las normas formales. Ver: Reese, Willis, *The influence of substantives policies on choice of law*, en: *Festschrift für Frank Vischer*, Zum 60, Geburststag, Zurich, 1983, pp. 287 ss.

interamericano, por ejemplo, para proteger al consumidor de la región, tengan como finalidad la protección de la parte más débil, de sus derechos fundamentales y la obtención de la justicia material del caso concreto. Desde este punto de vista, el Derecho internacional privado se convierte en un instrumento de protección de los más débiles y de realización de la justicia en las sociedades internacionalizadas, integradas o globalizadas de hoy<sup>859</sup>.

Desde luego, tanto la flexibilización como la especialización son exponentes de la orientación material del Derecho internacional privado, por lo cual entender estos tres métodos –especialización, flexibilización y materialización– como cuestiones absolutamente separadas sólo contribuye a brindar confusión en el panorama del Derecho internacional privado contemporáneo<sup>860</sup>. No basta, sin embargo, la adopción de normas de conflicto con esta nueva estructura, es decir, especializadas, flexibles y materialmente orientadas, es necesario además que las mismas sean pensadas en función del consumidor. Será éste el centro de la regulación para el Derecho internacional privado postmoderno<sup>861</sup>, sistema ante el cual se plantea la nada fácil tarea de privilegiar, en su regulación, los valores individuales, regionales y la integración económica, dejando que cada mercado decida lo que es mejor para sus consumidores<sup>862</sup>.

Hasta ahora el Derecho internacional privado está pensado en función del comercio entre iguales, dando un poco la espalda al consumidor, individuo cuya protección resulta esencial desde el punto de vista jurídico, político y social. Jurídicamente, la protección del consumidor representa la garantía de un estándar

<sup>859</sup> Lima Marques, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado..., ob. cit., pp. 121-122.

<sup>860</sup> Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 329.

<sup>861</sup> Esta expresión se ha popularizado a partir del brillante Curso General dictado por Erik Jayme en la Academia de La Haya en 1995. Sin embargo, ya otros autores la habían referido y así lo reconoce el propio Jayme (Brilmayer, Lea, Posmodernism in America choice of Law, en: *Liber Memorialis François Laurent, 1810-1870*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 695 ss.; Sánchez Lorenzo, Sixto, Postmodernismo y Derecho internacional privado, en: *REDI*, 1994, pp. 557 ss.). Puede afirmarse brevemente, que pluralismo, comunicación, narración y retorno de los sentimientos son elementos que caracterizan la cultura postmoderna. Elementos que pueden verificarse en el Derecho, especialmente en el Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado postmoderno tiene un nuevo centro: la persona humana. El pluralismo se refleja en el mundo jurídico a través del derecho a la diferencia, cuya aparición es el reflejo de una transformación radical en la percepción de la humanidad. Por su parte, la comunicación intercultural exige del Derecho internacional privado, normas que salvaguarden la integración y que, a través de la cooperación judicial internacional y de la coordinación de las diferentes fuentes, se garantice la efectiva fluidez de las relaciones jurídicas. La narración se refleja en normas que, antes que imponer obligaciones, describen los valores que deben considerarse al aplicar el Derecho. Finalmente, la salvaguarda de la identidad cultural es reflejo del retorno de los sentimientos en la cultura jurídica postmoderna. Ver: Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne, en: *R. des C.*, 1995, T. 251, pp. 9 ss., especialmente pp. 36-37 y 251-261.

<sup>862</sup> *Ibid.*, pp. 129 ss.

mínimo de seguridad y adecuación de los productos y servicios, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy. Políticamente tal protección representa un compromiso con la lealtad del mercado, asegurada en visión macro por el Derecho de la competencia. Socialmente, procura equilibrar la autonomía de la voluntad, reviviendo el papel central del individuo en la determinación soberana de sus relaciones privadas, económicas o de consumo; reviviendo los derechos humanos al proteger un derecho humano de nueva generación: el derecho de los consumidores. Adoptar soluciones especiales de Derecho internacional privado para regular las relaciones con los consumidores, evitaría el recurso a soluciones radicales de corte nacionalista<sup>863</sup>.

Evidentemente, ante tal panorama, las conexiones rígidas no aportan mucho, pues tienden a favorecer la posición del suministrador del servicio. Palao Moreno entiende que la aplicación, por ejemplo, del Derecho del lugar de celebración del contrato puede ser aprovechada por el proveedor para localizar el contrato en un sistema más favorable a sus intereses; mientras que, la aplicación de la Ley del lugar de ejecución puede perjudicar al usuario en el sentido de que éste es el ordenamiento que el suministrador espera ver aplicado, sin considerar la posición del usuario. Pero las conexiones flexibles tampoco se adaptan necesariamente a los intereses del usuario. Esta última afirmación es ejemplificada por el autor con el recurso, en el ámbito europeo, a la prestación característica, pues la misma –tal como hemos afirmado– supone recurrir al Derecho del prestador, colocándolo en una posición de superioridad respecto del usuario y olvidando que lo característico en el contrato con un usuario no es la prestación sino, precisamente, la participación del usuario<sup>864</sup>.

a. Problemas de la autonomía de las partes para el Derecho de consumo

a.1. Un panorama comparado

A semejanza de lo que ocurre en el Derecho interno, en Derecho internacional privado la autonomía conflictual –regla general en la mayoría de los sistemas para determinar el Derecho aplicable al contrato– puede convertirse en un elemento que contribuye al desequilibrio existente entre las partes en las relaciones de consumo. Así, este factor de conexión, cuyas bondades han sido

<sup>863</sup> Ver: Lima Marques, *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado...*, ob. cit., pp. 117-118.

<sup>864</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 189-190.

universalmente reconocidas en materia de contratos internacionales, muestra su peor rostro frente al débil jurídico, en este caso el consumidor, sometién-dolo a un Derecho que suele ser más favorable para el prestador del servicio y resultando incluso en algunas ocasiones totalmente desconocido para él<sup>865</sup>. En efecto, si ambas partes no tienen el mismo nivel de negociación, el Derecho aplicable sería una imposición del empresario al consumidor, quien no tendría más remedio que aceptarla<sup>866</sup>.

Ante esta realidad, la doctrina reconoce que el principio de la autonomía conflictual ha de sufrir ciertas modificaciones cuando una de las partes se encuentra en situación de inferioridad jurídica o económica frente a la otra. Tal modificación se debe –en palabras de Palao Moreno– a dos motivos fundamentales. En primer término, la casi habitual “*superioridad intelectual*” del prestador frente al usuario –sobre todo cuando el prestador es un profesional liberal– así como su más amplia capacidad de negociación, hacen que generalmente se imponga el Derecho aplicable al usuario, con frecuencia, a través de la adopción de condiciones generales de contratación. Tal situación se ve agravada por el alto grado de tecnificación que en la actualidad experimentan algunos sectores del comercio internacional de servicios, tales como la construcción, los seguros, el transporte, y por la fuerza que han venido ganando las asociaciones de profesionales. En segundo lugar –estima el propio autor– el sector terciario es especialmente sensible a la intervención estatal, debido a que la prestación de un servicio está generalmente condicionada a autorizaciones gubernamentales del Estado en que se desarrolla la actividad en cuestión<sup>867</sup>.

Ahora bien, tal como hemos señalado anteriormente, siendo el Estado el encargado de velar por la protección de los débiles jurídicos y teniendo, a su vez, la competencia para la determinación de su propio sistema de Derecho internacional privado, es el Estado el naturalmente llamado a la configuración de su sistema, por lo que, partiendo de la aceptación de la autonomía de las partes, éste puede bien suprimir la posibilidad de elegir el Derecho aplicable, bien limitar tal posibilidad.

La supresión obedece a la ya anotada proyección del Derecho material sobre el Derecho internacional privado, de manera que tal como las normas materiales protectoras del consumidor excluyen toda capacidad negociadora de

---

<sup>865</sup> Neuhaus entiende que la posibilidad de escogencia dada a las partes pierde su sentido si se convierte en un instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes. Neuhaus citado en: Lima Marques, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado..., ob. cit., p. 126.

<sup>866</sup> Carrascosa González y Blanco Morales-Limones, Capítulo XXV..., ob. cit., p. 442.

<sup>867</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 139-140.

las partes<sup>868</sup>, debería ocurrir lo mismo con las normas de conflicto que indican el Derecho aplicable a los contratos internacionales concluidos con consumidores<sup>869</sup>. Neuhaus pone de manifiesto ese paralelismo al afirmar que si las partes tienen autonomía material, puede haber autonomía en Derecho internacional privado; mas si las partes no tienen autonomía material porque una de ellas es estructuralmente más fuerte –el profesional prestador del servicio que determina el 100% de los contratos internacionales de consumo– y otra más débil –el consumidor lego y vulnerable que generalmente concluye contratos internos y sólo en algunas hipótesis concluye contratos internacionales, a veces sin darse cuenta de tales circunstancias– entonces la autonomía de las partes no sirve como factor de conexión principal. En estos casos no hay verdadera libertad material y no puede haberla desde el punto de vista conflictual, a menos que se busque incentivar la escogencia de una Ley favorable a la parte más débil<sup>870</sup>.

Por ejemplo, la Ley suiza es absolutamente clara al disponer, en su artículo 120,2, que “*La elección del Derecho está excluida*” y prefiere la aplicación del Derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor, si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado; o si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido allí los actos necesarios para la conclusión del contrato; o si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a presentarse en un Estado extranjero a los fines de realizar allí el pedido (Art. 120,1).

Preferir *a priori* el Derecho de la residencia habitual del consumidor sugiere que éste es el sistema que mejor le protege, lo cual no necesariamente es así en todos los casos. Ya Pocar ha advertido que tal criterio puede resultar contraproducente para el usuario, en algunas ocasiones, a la vez que el Derecho impuesto por el proveedor del servicio puede ser más beneficioso para éste que el de su residencia habitual<sup>871</sup>, y a semejante conclusión sólo puede llegar el juez después de analizar el caso concreto. Por ello, antes que suprimir la autonomía conflictual parece mejor limitarla y, en tal sentido, Palao Moreno admite que la

<sup>868</sup> En efecto, el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispone, en su artículo 2, que “*Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son de orden público e irrenunciables por las partes*” y es bien sabido que “*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*” (Art. 6 CCV).

<sup>869</sup> En este sentido Lando, Ole, The EC draft convention on the Law applicable to contractual and non contractual obligations, en: *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss., especialmente p. 15.

<sup>870</sup> Neuhaus citado en: Lima Marques, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado..., ob. cit., p. 127.

<sup>871</sup> Pocar, La protection de la partie faible en Droit international privé..., ob. cit., p. 373.

limitación puede lograrse por dos vías. En primer lugar, manteniendo el sistema conflictual aplicable al contrato, restringiéndolo a través de normas de aplicación necesaria, lo cual garantizaría la protección material del consumidor. En segundo lugar, podría elaborarse una norma de conflicto específica y ajustada a la problemática que plantean los contratos concluidos con consumidores<sup>872</sup>.

Nosotros añadimos dos posibilidades de limitación. La primera es la utilizada por el Código Civil de Uzbekistán al permitir, en su artículo 1195, que sea el consumidor quien decida cuál será el Derecho aplicable a la relación de consumo. Esta elección es limitada a una triple alternativa entre el Derecho del Estado en donde el consumidor tiene su residencia; el Derecho del Estado en donde el productor o el servidor tiene su residencia o se encuentra localizado; y el Derecho del Estado en donde el consumidor adquirió el bien, aceptó el resultado del trabajo, o recibió el servicio. Considérese que el sistema de Uzbekistán admite la autonomía conflictual como regla general<sup>873</sup>.

La segunda posibilidad es la expuesta por Boggiano, para quien la escogencia del Derecho aplicable sólo prevalecerá si fuese éste el mejor Derecho, el más favorable para el consumidor; debiendo, en caso contrario, aplicarse el Derecho del domicilio de éste. Además, el orden público y las normas de aplicación necesaria se mantendrán como límites generales a la autonomía de las partes<sup>874</sup>. No es necesario un análisis profundo para percibir la dificultad de esta solución. Ya en 1978, Kropholler estimaba que la determinación de la Ley más favorable supone una tarea bastante difícil para los jueces, pues el uso de esta conexión abierta requiere la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de los varios Derechos conectados con el caso, para sólo entonces determinar aquel más favorable a los intereses del consumidor y que, por ello, sería aplicable<sup>875</sup>.

Justamente, dentro del grupo de Estados que mantiene la aplicación de la regla general sobre Derecho aplicable al contrato para los casos de contratos con consumidores, limitada, también de manera general, a través normas de

<sup>872</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 143-145.

<sup>873</sup> Código Civil de Uzbekistán, Art. 1189: “*El contrato se regula por el Derecho elegido por las partes, salvo disposición contraria de la Ley. Las partes de un contrato pueden seleccionar el Derecho aplicable a todo el contrato o a una parte del mismo. La elección del Derecho aplicable puede hacerse por las partes en cualquier momento, cuando se celebra el contrato o posteriormente. Las partes pueden, también en cualquier momento, acordar lo relativo al cambio del Derecho aplicable al contrato*”.

<sup>874</sup> Boggiano, Antonio, The contribution of the Hague Conference to the development of private international Law in Latin America: universality and genius loci, en: *R. des C.*, 1992 II, T. 233, pp. 99 ss., especialmente p. 137.

<sup>875</sup> Kropholler citado en Lima Marques, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado..., ob. cit., p. 129.

aplicación necesaria, podemos ubicar al sistema venezolano, cuyo análisis realizaremos más adelante.

Como ejemplo de la tendencia a la adopción de una regla especial, debemos hacer referencia al artículo 5 del Convenio de Roma. Esta norma se fundamenta en tres puntos esenciales, a saber: en primer lugar, no todos los contratos internacionales celebrados por consumidores merecen protección específica a la hora de determinar el Derecho aplicable. Tal protección sólo se activa si el contrato cumple con ciertas exigencias de orden material –que garantizan una verdadera posición débil del consumidor– y de orden espacial –que aseguran un fuerte contacto entre el contrato y el Estado de la residencia habitual del consumidor. En segundo lugar, los contratos protegidos por el artículo 5 quedarán sometidos al Derecho elegido por las partes; pero los efectos de tal elección se verán limitados para evitar abusos por parte de los empresarios. Finalmente, en defecto de elección, se aplicará el Derecho de la residencia habitual del consumidor, Estado en el cual el contrato se ha negociado o en donde, por lo menos, se ha iniciado su negociación<sup>876</sup>.

En efecto, la regla general de esta norma admite la posibilidad de que las partes elijan el Derecho aplicable; sin embargo, tal facultad es limitada en el sentido de que la misma “*no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la Ley del país en que tenga su residencia habitual*”. Tal protección, no obstante, depende de que la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato; o de que la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país; o, si el contrato fuera una venta de mercancías, de que el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta<sup>877</sup>. Ha de entenderse que si no concurre alguna

<sup>876</sup> Carrascosa González y Blanco Morales-Limones, Capítulo XXV..., ob. cit., p. 442.

<sup>877</sup> El artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán acoge, de manera casi textual, el contenido del artículo 5 del Convenio de Roma. Lo mismo puede decirse la Ley que contiene el Código de Derecho internacional privado belga, cuyo artículo 98 §1 dispone: “*El Derecho aplicable a las obligaciones contractuales se determina por la Convención sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, concluida en Roma el 19 de junio de 1980*”. La Ley federal austriaca sobre Derecho internacional privado asume el mismo espíritu al disponer en su § 41 “(1) *Los contratos por los cuales el Derecho del Estado en el cual el consumidor tiene su residencia habitual, le asegura a esta parte una protección particular de Derecho privado, se rigen por el Derecho de ese Estado, si han sido celebrados en el marco de una actividad orientada a la formación de tales contratos, y realizados por el empresario o por las personas*

de estas situaciones, se aplicaría la regla general, pues se entiende que fue el consumidor quien se integró en el mercado extranjero, aceptando los riesgos que de ello se derivan<sup>878</sup>.

Semejante solución genera un fraccionamiento del Derecho aplicable, al admitirse la aplicación del Derecho elegido por las partes —el cual no queda totalmente desplazado por el Derecho de la residencia habitual del consumidor— a la vez que se garantiza la protección de éste a través de las normas de aplicación necesaria<sup>879</sup>. El establecimiento de condiciones para el funcionamiento de la regla busca entonces equilibrar los intereses del usuario y los del prestador del servicio, asegurando al mismo tiempo cierta vinculación entre el contrato de servicios y el Estado en que el usuario tiene su residencia habitual. Así lo ha expresado Palao Moreno, añadiendo que el legislador pretende favorecer a los consumidores en la contratación de servicios, al prever aquellas situaciones en las que se le va a condicionar la posibilidad de designar la Ley aplicable al contrato, atendiendo así a las justificadas expectativas del usuario<sup>880</sup>.

Ahora bien, a falta de indicación del Derecho aplicable, el artículo 5,3 del Convenio de Roma establece una excepción al artículo 4 *eiusdem*, en el sentido que ya no se aplicará la presunción de conformidad con la cual el Derecho más vinculado con el contrato es aquel del Estado en el cual la parte que realiza la prestación característica tiene su residencia o su establecimiento. Tal como hemos afirmado, semejante presunción conduciría a la aplicación del Derecho del prestador del servicio y el artículo 5,3 se inclina, más bien, a la aplicación del Derecho de la residencia habitual del consumidor, siempre que concurren las circunstancias descritas en el apartado 2 del propio artículo.

Esta solución subsidiaria busca favorecer al consumidor, pues se presume que el Derecho vigente en su residencia habitual le es familiar, estableciendo

---

*empleadas por él para tal efecto. (2) En la medida en que se trate de normas imperativas de este Derecho, no deberá ser respetada la elección de un Derecho desventajoso para el consumidor*". También puede incluirse en este grupo el artículo 3117 del Código Civil de Québec, de conformidad con el cual "La elección por las partes de la Ley aplicable al contrato de consumo no puede tener por resultado el privar al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la Ley del Estado donde tiene su residencia si la conclusión del contrato ha sido precedida, en ese lugar, de una oferta especial o de una publicidad y que los actos necesarios para su conclusión hayan sido cumplidos por el consumidor, o aún, si el pedido de este último ha sido recibido. Igual ocurre en el caso en que el consumidor haya sido incitado por su cocontratante a dirigirse a un Estado extranjero a fin de concluir el contrato. En ausencia de designación por las partes, la Ley de la residencia del consumidor, es, en las mismas circunstancias, aplicable al contrato de consumo".

<sup>878</sup> Carrascosa González y Blanco Morales-Limones, Capítulo XXV..., ob. cit., p. 445.

<sup>879</sup> Hartley, Trevor, Mandatory rules: the Common Law approach, en: *R. des C.*, 1997, T. 266, pp. 339 ss., especialmente pp. 370-373.

<sup>880</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 147-148.

una protección que él bien conoce. Además de suponer, desde luego, la aplicación de un sistema en cuyo mercado se ha verificado, al menos parcialmente, la operación de consumo<sup>881</sup>. A semejante conclusión se llega a partir de la exigencia de que concurren las condicionantes del apartado 2 del artículo 5. Sin embargo, reiteramos, no siempre la aplicación del Derecho de su residencia habitual, garantiza protección efectiva al consumidor, a pesar de que esta conexión es reconocida como la que mejor refleja el entorno jurídico y social del contrato de consumo<sup>882</sup>. Por tal razón pensamos que es necesario mantener la protección general brindada por las normas de aplicación necesaria, mas no como regla general, sino como excepción.

Ciertamente, entender la aplicación de las normas imperativas como regla general, lo cual supone una solución simplista de aplicación de la *Lex fori*, no brinda –en opinión de Lima Marques– una respuesta oportuna ni suficiente. No es oportuna, pues no promueve la armonía de soluciones y acaba por aumentar las tensiones propias del comercio internacional. Las legislaciones nacionales y regionales que dejan desamparados a sus consumidores, posibilitan el uso y abuso de estándares fuertemente diferenciados que dan paso al llamado “*consumidor de residuos*”, para utilizar la expresión de Stiglitz. No es suficiente porque deja desamparados a parte de los consumidores nacionales. El turista o el consumidor que adquiere un bien o servicio por teléfono o vía Internet no tienen precisa conciencia del Derecho que debe aplicarse a su relación, ni de sus derechos o garantías materiales<sup>883</sup>.

## a.2. Una respuesta interamericana: la CIDIP VII

En el ámbito interamericano, nos encontramos frente a un silencio absoluto en materia de relaciones internacionales de consumo<sup>884</sup>. La Convención

<sup>881</sup> Jayme estima que en el momento actual de prevalencia de las normas materiales en casos internacionales, reduciendo la importancia del proceso civil internacional tradicional, tiempos de una mayor posibilidad de determinación del individuo en sus relaciones, de nuevas técnicas en la codificación convencional que intentan armonizar las diferencias culturales, tiempos de respeto a las normas imperativas locales que buscan garantizar los derechos humanos, la residencia habitual cobra gran importancia, incluso en el caso del comercio electrónico business-to-consumer. Ver: Jayme, Erik, Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmodern und Futurismus, en: *IPRAX-Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht*, 2000, pp. 165 ss., especialmente p. 168.

<sup>882</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 193-194.

<sup>883</sup> Lima Marques, *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado...*, ob. cit., p. 125.

<sup>884</sup> Los sistemas internos deben trabajar con las normas de Derecho internacional privado diseñadas para contratos paritarios y con las normas de consumo diseñadas para contratos domésticos, generalmente signadas por una fuerte dosis de orden público. Así, puede verse reseña en: Lima Marques, *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado...*, ob. cit., pp. 140-144.

de México nada establece al respecto y algunos incluso consideran que, ante semejante laguna, hubiera sido mejor excluir los contratos de consumo de su ámbito de aplicación<sup>885</sup>, sobre todo considerando el éxito de la norma especial del Convenio de Roma, modelo seguido por el codificador interamericano. Además, consideremos que la Convención Interamericana –tal como hemos concluido antes– está diseñada para regular los contratos paritarios.

Por su parte, en el ámbito de Mercosur, la Resolución 126/94 de fecha 16 de diciembre de 1994<sup>886</sup> impone la regla del mercado de comercialización en lo relacionado con las normas aplicables a la protección de los consumidores, mientras los esfuerzos de armonización den resultados positivos. De hecho, en ella se dispuso que la Comisión prosiga los trabajos de elaboración de un proyecto articulado de Reglamento común para la defensa del consumidor en el Mercosur<sup>887</sup>. Comentando esta Resolución, Lima Marques destaca que se trata de una norma específica de Derecho internacional privado unificado cuyo objetivo es la protección del consumidor, al determinar, indirectamente, el Derecho aplicable a las relaciones de consumo, ordenando la aplicación del Derecho del lugar de destino de los productos y servicios que circulan libremente en Mercosur. Esta regla –afirma la propia autora– determina un campo de aplicación espacial y territorial de las normas estatales de protección al consumidor, a la vez que rechaza la regla europea del país de origen<sup>888</sup>.

En el marco de la Comunidad Andina, el tema también preocupa pero no ha recibido una respuesta precisa. En tal sentido, la Decisión 539 que establece la Mesa Andina de participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los

<sup>885</sup> Tal fue la propuesta de Siqueiros. Ver: Siqueiros, *Ley aplicable en materia de contratación internacional...*, ob. cit. Ver también: Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5 - CIDIP-V/12/93 - 28 de diciembre 1993, pp. 10, 18 y 37.

<sup>886</sup> En: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>

<sup>887</sup> Hasta que sea aprobado el reglamento común, cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y los reglamentos técnicos pertinentes a sus productos y servicios comercializados en su territorio, y no podrá imponer otras exigencias superiores a las vigentes para sus propios productos y servicios nacionales. En ningún caso esas legislaciones y reglamentos técnicos podrán resultar en una imposición de exigencias a los productos o servicios oriundos de los demás Estados Partes, superiores a las vigentes para los productos o servicios nacionales u oriundos de terceros países. El Proyecto de Reglamento Común comprende conceptos fundamentales o definiciones, los derechos básicos de los consumidores, normas sobre la protección de la salud y seguridad, regulación sobre la oferta de productos y servicios, garantía contractual, la publicidad en general, la publicidad abusiva e incluso, la comparativa, también en contratos de adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas en la oferta. Falta todavía considerar algunos temas muy difíciles de resolver, como el de la responsabilidad del fabricante y la posibilidad de accionar directamente contra él por parte del consumidor. Ver: Creimer, Israel, *El derecho del consumidor en el Mercosur*, en: <http://www.zamudio.bioetica.org/comercial4.htm>

<sup>888</sup> Lima Marques, *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado...*, ob. cit., pp. 137-139.

Derechos del Consumidor, aprobada en la Décima Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en Bogotá el 11 de Marzo de 2003, estableció que considerando “*que la defensa de los derechos del consumidor constituye una herramienta fundamental para contribuir al desarrollo de las capacidades y potencialidades productivas y de los servicios prestados en la Comunidad Andina, así como para asegurar que no se lesionen los intereses de los pobladores de la Subregión a través del abuso de las posiciones dominantes de mercado o de otras prácticas comerciales desleales*”, debe establecerse una “*Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor, como instancia consultiva dentro del marco del Sistema Andino de Integración, para promover la activa participación de las instituciones, públicas y privadas, vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la Comunidad Andina, en los procesos de concertación social y de toma de decisiones de la integración subregional en las áreas de su interés*” (Art. 1).

Pues bien, ante un panorama en el cual la globalización, la aproximación de los mercados, la apertura a servicios y productos extranjeros y la internacionalidad de las relaciones privadas constituyen los grandes desafíos del Derecho de consumo, el silencio no puede continuar. El consumidor, “*protagonista olvidado*” —en palabras de Jean-Michel Arrighi<sup>889</sup>— debe ser atendido por el legislador. Por tal razón, en los temas elegidos para la CIDIP VII, la protección del consumidor en Derecho internacional privado ocupa un papel fundamental.

Destaca entre los papeles de trabajo, la propuesta brasileña elaborada por Cláudia Lima Marques, la cual, sin abandonar la autonomía conflictual como una conexión propia de las relaciones contractuales, abre paso a una conexión favorable al consumidor, inclinada, sin duda, hacia la aplicación del Derecho de su domicilio. Así, el artículo 2 de la Propuesta, bajo el título “*Protección contractual general*”, dispone: “*1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono,*

---

<sup>889</sup> “*Un tratado que tenga como objetivo la constitución de un mercado común desconociendo al consumidor como uno de sus eslabones esenciales significaría un grave retroceso, generador de riesgos y frustraciones*”. Ver: Arrighi, Jean-Michel, La protección de los consumidores y el Mercosur, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la República Oriental del Uruguay*, Julio-Diciembre 1991, pp. 149 ss. “*Bajo este título, el citado Prof. Arrighi intenta bucear en el Tratado de Asunción, para encontrar lugares de anclaje, para resolver la problemática del consumidor. No hay referencias directas al consumidor; no aparece esta palabra en los tratados. Tampoco existió, es justo remarcarlo, preocupación en las primeras etapas, cuando se produjo el proceso integrador en Europa, tal cual ya se dijo. Sin embargo, en el Preámbulo del Tratado de Asunción se habla de ‘mejorar las condiciones de vida de sus habitantes’*”. Ver: Creimer, *El derecho del consumidor en el Mercosur...*, ob. cit.

*encontrándose en el país de su domicilio, serán regidos por la Ley de ese país o por la Ley que fuera más favorable al consumidor; a elección de las partes, sea la Ley del lugar de celebración del contrato, la Ley del lugar de ejecución de la prestación más característica, o la Ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios. 2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la Ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la Ley del lugar de celebración del contrato, la Ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor”.*

Además, debido a las conexiones utilizadas y a la naturaleza especial de algunas relaciones, la Propuesta contiene reglas especiales para los casos de contratos de viaje y turismo y los de tiempo compartido. En relación con los contratos de viaje y turismo, la Propuesta, en su artículo 6, refiere que aquellos contratos calificados como individuales, celebrados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería o turísticos, estarán sometidos al Derecho del domicilio del consumidor, siempre que éste coincida con la sede o filial de la agencia de viajes con la que celebró el contrato de viaje o donde fue realizada la oferta, publicidad o cualquier acto negocial previo por parte del comerciante, transportador, agente o sus representantes autónomos. En los demás casos, es decir, cuando no se verifique tal coincidencia, se aplicará la Ley del lugar en el cual el consumidor emite su aceptación contractual. Para completar la protección del consumidor, la norma citada concluye que los contratos de viajes no regulados por convenciones internacionales, concluidos a través de contratos de adhesión o condiciones generales de contratación, estarán regidos por la Ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación contractual.

Por lo que respecta a los contratos de tiempo compartido, el artículo 7 dispone la aplicación de las normas imperativas de protección de los consumidores del Estado parte en el cual se encuentren localizadas físicamente las instalaciones de esparcimiento y de hotelería que utilicen como método de venta, de uso o de habitación el contrato de tiempo compartido. Además, “*deberán ser consideradas*” las normas del Estado en que fuese realizada la oferta, la publicidad o cualquier actividad de marketing, sea vía telefónica, o a través de invitaciones a asistir a recepciones, reuniones, fiestas, envío de premios, realización de sorteos, estadias o ventas gratuitas, entre otras actividades negociales realizadas por los representantes o por los propietarios, organizadores o administradores de tiempos compartidos, o la suscripción de precontratos o contratos de tiempo compartido o derecho de uso por turno de bienes inmuebles, en cuanto a la información, al derecho de arrepentimiento y sus plazos, así como a las causas de terminación del contrato o precontrato. Además, estas normas

determinarán el exacto contenido del contrato celebrado y la posibilidad o no de pago o de firma de cupones o tarjetas de crédito en este período.

Dos excepciones terminan de dar forma a este sistema: las normas imperativas y la cláusula de excepción, concebidas ambas dentro de la filosofía propia del Derecho de consumo. Así, las normas imperativas del foro se aplicarán necesariamente “*en protección del consumidor*”; mas si la contratación hubiere sido precedida por cualquier actividad comercial o de marketing, por parte del proveedor, de sus filiales o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, correos electrónicos, premios, invitaciones y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela en el Estado del domicilio del consumidor, las normas de este Estado se aplicarán de manera necesaria y acumulativa con las normas imperativas del foro y aquellas contenidas en el Derecho que resulte competente para regular el contrato (Art. 3).

Por su parte, la cláusula de excepción, además de tener al principio de proximidad como fundamento de actuación, requiere que el Derecho más vinculado sea, a su vez más favorable al consumidor. El artículo 4 de la Propuesta dispone: “*La Ley indicada como aplicable por esta Convención puede no ser aplicable en casos excepcionales, si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, la conexión con la Ley indicada como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otra Ley más favorable al consumidor*”. No parece una tarea sencilla el establecimiento, en un caso concreto, de la doble condición de conexidad y favorecimiento de los intereses del consumidor.

La Propuesta uruguaya es, por su parte, mucho más sencilla, aunque según se reconoce en el propio Proyecto, está inspirada en la proposición brasileña. El artículo 8 de la misma dispone “*1. Si el domicilio del consumidor y del proveedor coincide en un mismo Estado, el contrato de consumo se regulará por el Derecho de dicho país. 2. El contrato de consumo se regulará por la Ley del Estado del domicilio del consumidor, aún cuando el domicilio del proveedor se encuentre en otro país, cuando el contrato haya sido celebrado en el Estado de domicilio del consumidor o la contratación haya sido precedida en dicho país de actividades de publicidad de parte del proveedor o de sus representantes legales. 3. Fuera de la hipótesis contemplada en la última parte del numeral anterior, el contrato de consumo celebrado a distancia –por correspondencia, fax o medios electrónicos– así como cuando hubiere sido celebrado por el consumidor fuera del Estado de su domicilio, se regulará por el Derecho más favorable a la protección del consumidor, a elección del tribunal actuante, entre:*  
a) *El Derecho del Estado de la prestación del servicio o entrega del producto; o*

b) *El Derecho del Estado de celebración del contrato, (entendiéndose por tal en los contratos celebrados a distancia, aquel del cual partió la oferta aceptada)*”. Además incluye una disposición sobre las normas imperativas, pero limitada a aquellas que, en el foro, estén referidas a la protección del consumidor, las cuales se aplicarán necesariamente (Art. 9).

b. La situación del sistema venezolano

b.1. Una regla general con una excepción general: la *Lex contractus* y las normas de aplicación necesaria

Tal como hemos adelantado, el sistema venezolano de Derecho internacional privado no contiene una regulación especial en materia de contratos concluidos con consumidores. Las normas contenidas en el Código Bustamante, en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y en la Ley de Derecho Internacional Privado, nada establecen al respecto. Doctrina y jurisprudencia poco o nada han dicho. Así las cosas, no cabe más que recurrir a la regla general en materia de contratos, y a la excepción general para evitar lesiones en los derechos de consumidores y usuarios. Nos referimos a la admisión de la voluntad conflictual o, en su caso, del principio de proximidad, limitados ambos por la actuación de las normas de aplicación necesaria o inmediata, en protección del consumidor<sup>890</sup>.

No nos detendremos nuevamente en el análisis de la voluntad conflictual, conexión que constituye –tal como hemos afirmado– la regla general en materia contractual. Tampoco volveremos sobre el estudio del principio de proximidad. Nos interesa más bien hacer énfasis en la excepción. Teniendo en cuenta que no se trata de una excepción pensada para proteger a consumidores y usuarios, sino como un límite general a la aplicación de las normas de conflicto y, por ende, del Derecho extranjero. Analicemos, en primer término, algunas nociones generales sobre las normas de aplicación necesaria.

<sup>890</sup> Así lo reporta Moreno Rodríguez al afirmar que “*la Convención de México no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores y empleados. Este resguardo queda comprendido dentro de la prevalencia que da el instrumento interamericano a las disposiciones imperativas del foro, según interpretación prevaleciente. Algunos han criticado la omisión; sin embargo, debe considerarse acertado que en su momento no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano*”. Ver: Moreno Rodríguez, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en: [http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIP\\_VII\\_proteccion\\_consumidor\\_jose\\_moreno\\_rodriguez.pdf](http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIP_VII_proteccion_consumidor_jose_moreno_rodriguez.pdf)

Sin entrar en un análisis exhaustivo sobre la naturaleza de estas normas<sup>891</sup>, hemos de referir, en primer lugar que las mismas –calificadas por Savigny, precursor de esta institución, con la expresión “*Ley sobre la colisión*”<sup>892</sup>– impiden el normal funcionamiento del sistema conflictual, a través de un control *a priori* de la aplicación del Derecho extranjero, es decir, la actuación de las normas de aplicación necesaria impide el nacimiento del conflicto de leyes, al imponerse para regular el supuesto, sin importar los elementos de extranjería que éste pueda contener. Estas normas se han calificado como de aplicación inmediata, puesto que a través de ellas se consigue una aplicación directa, inmediata del Derecho material del foro, sin necesidad de las complicaciones propias del funcionamiento de la norma de conflicto. Como consecuencia de esta exclusión de la norma indirecta, se entiende excluida de antemano toda invocación del Derecho extranjero<sup>893</sup>; por ello puede, en efecto, afirmarse que las normas imperativas asimilan la relación con elementos de extranjería a una relación interna pues, debido a su finalidad, la Ley del foro debe aplicarse a una y otra sin distinción alguna<sup>894</sup>.

Como condiciones de funcionamiento de estas normas, Francescakis<sup>895</sup> expuso, en primer lugar, que su aplicación no se produce como consecuencia de la norma de conflicto, al contrario limitan la aplicación de la misma. Así, cuando estemos frente a un caso con elementos de extranjería debemos verificar la inexistencia de este tipo de disposiciones y sólo en ese caso podremos recurrir al método conflictual. En segundo lugar, el ámbito de aplicación de estas normas, que puede ser personal o territorial, deberá ser determinado unilateralmente por el legislador estatal debido a su propia naturaleza y a los intereses que ellas protegen. El propio Savigny puso de manifiesto la conveniencia de tal manifestación por parte del legislador; sin embargo, esto no es lo común, con lo cual la tarea de identificar estas normas queda en manos del juez, cuya única directriz será la protección de los intereses económicos y sociales del Estado.

<sup>891</sup> Para profundizar sobre el tema: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 112-147; Romero, Fabiola, La norma de aplicación necesaria o inmediata, en: *RFCJPUCV*, 1999, N° 112, pp. 125 ss.

<sup>892</sup> Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho romano actual...*, ob. cit., T. 8° de la ed. alemana, 6° de la española, p. 139.

<sup>893</sup> Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, reimp. de la 3ª ed., 1979, Vol. I, T. II, Parte Primera, p. 97.

<sup>894</sup> Marín López, Antonio, Las normas de aplicación necesaria en Derecho internacional privado, en: *REDI*, 1970 I, Vol. XXIII, pp. 17 ss., especialmente p. 23.

<sup>895</sup> Francescakis, Phoción, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, en: *RC de DIP*, 1966, N° 55, p. 1 ss., especialmente pp. 12-13.

Finalmente, su intervención es, en principio, excepcional cuando se trata de instituciones tradicionales del Derecho privado, pero son, en cambio, una regla cuando se trata de instituciones o reglamentaciones en las cuales sea necesario proteger intereses fundamentales del Estado. Sin embargo, a esta última afirmación debemos dar ciertos matices, pues la intervención de este tipo de normas se hace cada vez mayor, precisamente, en el ámbito de las relaciones contractuales.

En efecto, el legislador internacionalprivatista se ha ocupado de la regulación de estas normas especialmente en materia contractual, debido, por una parte, al creciente intervencionismo estatal en esta área del Derecho<sup>896</sup> y, por otra parte, a los efectos que tiene este tipo especial de disposiciones sobre la autonomía de la voluntad de las partes. Es tal la importancia de estas normas para la regulación de los contratos internacionales, que el propio legislador, además de imponer el respeto de las disposiciones imperativas del Derecho del foro<sup>897</sup>, permite al juez tomar en cuenta incluso aquellas pertenecientes al ordenamiento jurídico de un tercer Estado<sup>898</sup>. Aunque las dificultades de este

<sup>896</sup> La progresiva intervención del Estado en sectores cada vez más amplios de la vida privada y del Derecho privado, incluyendo todas las normas que afectan la organización política, social o económica del país, y los objetivos sociales o económicos que el Estado protege u organiza, han contribuido a tal ampliación. Ver: Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 112.

<sup>897</sup> Convención de La Haya sobre Ley aplicable al trust y a su reconocimiento (1985), Art. 16: “*La Convención no atenta contra las disposiciones de la Ley del foro cuya aplicación se imponga incluso en situaciones internacionales, cualquiera que sea la Ley designada por las reglas de conflicto de leyes*”; Convención de La Haya sobre Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1986), Art. 17, “*La Convención no se opone a las disposiciones de la Ley del foro que se impongan, cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato*”; Convenio de Roma (1980), Art. 7.2: “*Las disposiciones de este Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la Ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato*”.

<sup>898</sup> Convención de La Haya sobre contratos de intermediarios y representación (1978), Art. 16: “*Al momento de aplicarse la presente Convención, se podrá dar efecto a las disposiciones imperativas de todo Estado con el cual la situación presente un vínculo estrecho, en la medida en que, según el Derecho de este Estado, dichas disposiciones sean aplicables cualquiera que sea la Ley designada por sus reglas de conflicto*”; Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la agencia (1978), Art. 16: “*Al aplicar este Convenio deberá darse efecto a las reglas imperativas de cualquier Estado con el que la situación tenga una conexión significativa, si, de acuerdo con la Ley de dicho Estado, dichas reglas deben ser aplicadas cualquiera que sea la Ley especificada por sus normas de conflicto*”; Convención de La Haya sobre Ley aplicable al trust y a su reconocimiento (1985), Art. 16: “*A título excepcional, se podrá dar efecto igualmente, a las reglas de la misma naturaleza de otro Estado que presente un vínculo suficientemente estrecho con el objeto del litigio. Todo Estado contratante podrá declarar, por una reserva, que no aplicará la disposición del párrafo segundo del presente artículo*”; Tratado Benelux sobre Reglas Uniformes de Derecho Internacional Privado (1969), Art. 13: “*Cuando el contrato esté manifiestamente localizado en un país determinado, las disposiciones de este país cuya naturaleza y objeto particular excluyen la aplicación de cualquier otra Ley, no podrán ser desechadas por la voluntad de las partes*”; Convenio de Roma, Art. 7.1: “*Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la Ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la Ley de otro país con el que la situación presente un*

último supuesto son innegables, resulta también evidente la importancia que, en materia contractual, tiene tal consideración, sobre todo a la hora de valorar la responsabilidad que pueda derivarse del incumplimiento.

En el sistema venezolano, encontramos dos disposiciones referidas a este particular. En primer lugar, el artículo 11 de la Convención de México establece “*No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos*”.

La norma citada ordena al juez atender a sus propias normas de aplicación necesaria, estipulación que se ve confirmada en el artículo 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual “*No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos*”. Expresión esta última que se ha entendido como haciendo referencia, dentro del grupo de las normas imperativas, a aquellas cuya intensidad es tal que incluso impiden la actuación de la norma de conflicto y, en consecuencia, la potencial actuación del Derecho extranjero, es decir, las normas de aplicación necesaria<sup>899</sup>.

Pero la norma de la Convención de México también deja abierta la posibilidad de aplicar las normas imperativas de terceros Estados. Por descontado está que el juez estará a lo que dispongan las normas de aplicación necesaria de la *Lex contractus*. Así lo ha admitido nuestra doctrina<sup>900</sup>, y una decisión judicial

---

*vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el Derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la Ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que derivarían de su aplicación o su inaplicación”.*

<sup>899</sup> A partir de la expresión “*disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos*”, podría pensarse que se busca restringir la exclusión de la aplicación de la norma de conflicto y, consecuentemente del Derecho extranjero, en los casos de aquellas disposiciones imperativas que regulan expresamente casos con elementos de extranjería. Nosotros no compartimos esta interpretación pues, como hemos sostenido en otras oportunidades, la intención de esta norma parece ser más bien establecer una diferenciación entre normas imperativas en general y las normas de aplicación necesaria propiamente dichas (Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., pp. 118-119). La idea no es aplicar necesariamente todas las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico, el artículo 10 se limita al sector, dentro de esas normas imperativas, que protege “*aquellas actividades en las cuales existe especial interés del Estado con fines a protegerlas*” (Exposición de Motivos, en: Maekelt y otros, *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 59).

<sup>900</sup> Romero, *El Derecho aplicable al contrato internacional...*, ob. cit., p. 314; Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 248; Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 90-91; Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 136 y 147.

dictada en el caso del Canal Once de Televisión, dictada en 1970 y confirmada por Casación en 1971, en la cual, además de aceptarse la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato, se afirmó que “*Resulta indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho Internacional Privado en el sistema venezolano, según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes (Art. 116 CCom.), quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones; ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo*”<sup>901</sup>. Conclusión ésta a la que no parece difícil llegar, si pensamos que en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, el Derecho extranjero debe aplicarse, de oficio, tal como lo haría el juez de cuyo ordenamiento jurídico se trate y de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo<sup>902</sup>; todo lo cual conduce a una aplicación integral del mismo, considerando incluso sus normas de aplicación necesaria.

Los problemas se plantean con las normas imperativas de terceros Estados cuyo Derecho no resultare aplicable. En efecto, el artículo 11 de la Convención Interamericana deja “*a discreción*” del foro, la aplicación de “*las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos*”. En este supuesto la norma imperativa pertenece a un Estado vinculado con el caso de tráfico internacional, bien por tratarse del ordenamiento jurídico que debe aplicarse a falta de elección en materia contractual, o por tener cualquier otra conexión fuerte con la relación jurídica, lo cual ha generado cierta polémica. De hecho, este último caso es uno de los factores que mayor preocupación ha producido, debido a la discreción concedida al juez en la determinación del grado de proximidad que debe haber entre el ordenamiento jurídico de ese tercer Estado y la relación jurídica, para tomar en cuenta sus normas imperativas<sup>903</sup>.

Tomar en consideración las normas imperativas que tengan alguna relación con el contrato, contribuiría a facilitar el reconocimiento de estas relaciones en el extranjero. Sin embargo, no se trata de buscar todas las normas que podrían invalidar o impedir la ejecución del contrato, pues ello podría incluso paralizar el comercio internacional. Al contrario, la búsqueda debe orientarse dentro de ciertos límites que aseguren el difícil equilibrio entre la unidad del contrato y la armonización de las relaciones internacionales. No en vano la doctrina ha

<sup>901</sup> DFMIM2 Sent. N° 56-1, 12/03/1970 (JRG, T. XVIII, p. 96), confirmada en casación CSJ/SCC Sent. N° 252-71, 27/04/1971 (JRG, T. XXX, p. 395).

<sup>902</sup> Arts. 408 del Código Bustamante, 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana.

<sup>903</sup> Romero, La norma de aplicación necesaria o inmediata..., ob. cit., p. 141.

sostenido que la aplicación extraterritorial de este tipo de normas, trae como consecuencia un retraso en la actividad económica productiva, incluyendo las inversiones internacionales lo cual, en última instancia, reduce el empleo y el crecimiento económico<sup>904</sup>. Por otra parte, a través de esta disposición del Convenio de México y, ante el silencio en materia de Derecho de consumo, se garantiza de cierta forma la protección de los derechos de los consumidores. En efecto, la doctrina venezolana ha admitido que la materia de protección al consumidor estaría dentro de las normas que pueden ser calificadas como de aplicación necesaria<sup>905</sup>.

Por lo que al sistema interno respecta, a pesar de que el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965) establecía la consideración de las normas imperativas de terceros Estados, al ordenar al operador jurídico que, en materia contractual, aplicase “*en todo caso, las disposiciones de la Ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económico sociales de interés general*” (Art. 32), nuestra Ley es silente al respecto<sup>906</sup>, y tal silencio nos obliga a preguntarnos por la posibilidad de considerar las normas de aplicación necesaria de terceros Estados cuando estamos fuera del ámbito de aplicación de la Convención de México. La respuesta puede ser relativamente sencilla si pensamos que el juez podría recurrir, en aplicación del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado contenido en el citado instrumento convencional, pues es innegable la importancia de la aplicación de estas normas en orden a la solución del caso concreto<sup>907</sup>.

<sup>904</sup> Lange y Born citados en Esplugues Mota, Carlos, *Proyecto docente e investigador*, presentado al concurso de provisión de una plaza de catedrático de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de Albacete, de la Universidad de Castilla-La Mancha, convocada el 08/04/1992, p. 235.

<sup>905</sup> Ver: Hernández-Breton, *Mestizaje cultural en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 94; Romero, La norma de aplicación inmediata o necesaria..., ob. cit., p. 140; Madrid Martínez, Claudia, Artículo 10. Normas de aplicación necesaria, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 337 ss., especialmente p. 355; Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 146-147.

<sup>906</sup> El silencio de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana en relación con las normas imperativas extranjeras se debe, en opinión de Maekelt, a una preocupación por la seguridad jurídica, que podría verse en peligro al consagrarse tal posibilidad. Ver: Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 244.

<sup>907</sup> Resulta en este sentido interesante hacer referencia al caso *Regazzoni c. Sethia, Ltd.*, en el cual un tribunal inglés consideró, en su decisión, una normativa del Derecho hindú, calificada como imperativa. En este caso, se trató de un contrato concluido entre dos partes en Suiza, para cuya regulación éstas eligieron el Derecho inglés. A través de tal acuerdo, la parte que sería más adelante demandada, se obligaba a vender y entregar una cantidad de yute en Génova. El lugar de procedencia de la indicada mercadería era la India y su destino Sudáfrica. El contrato fue concluido, no obstante el conocimiento, por ambas partes, de la existencia de una norma hindú, que prohibía la exportación de yute con destino a Sudáfrica, so pena de

Sin embargo, esta posibilidad de aplicar, aun cuando sea de manera facultativa, las normas de aplicación necesaria de un ordenamiento jurídico que, a pesar de tener una conexión con la relación jurídica en cuestión, no es el indicado como competente por la norma de conflicto, no ha calado mucho en la doctrina debido a la dificultad de su identificación ante el silencio del legislador; dificultad que se ve incrementada, cuando se trata de normas necesarias extranjeras<sup>908</sup>.

Por esta última razón, justamente, encontramos muy difícil aceptar la propuesta brasileña a la CIDIP VII, en el sentido de aplicar “*necesariamente*” las normas imperativas del sistema del domicilio del consumidor. Tengamos en cuenta que las disposiciones que consagran la posibilidad de aplicar normas imperativas extranjeras, lo hacen de manera facultativa, dejando en manos del juez la decisión de su aplicación, luego de considerar las circunstancias del caso concreto. No es que estemos en desacuerdo con otorgar la protección debida al débil jurídico, el problema es que éste ha de ser protegido sin entorpecer o incluso anular el comercio. Ya hemos reconocido antes que el Derecho de consumo, y de ello no escapan las normas de Derecho internacional privado sobre la materia, debe procurar un equilibrio entre la protección de los consumidores y usuarios y la consecución de los más altos niveles de calidad, por una parte, y la necesidad de no sofocar el progreso por otra. La decisión de aplicar las normas de imperativas de un tercer Estado debe quedar en manos del juez, pues es él el

---

la confiscación del cargamento y la imposición de una multa hasta por tres veces el valor del mismo. El vendedor no pudo cumplir y fue demandado por daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El tribunal inglés consideró que, por orden de la normativa hindú, la cual estaba dotada de cierto carácter político, era ilegal realizar la transacción estipulada en el contrato, por lo cual éste se hacía inejecutable y, en consecuencia, era imposible intentar una acción por daños y perjuicios contractuales. De esta manera, se aplicó en un tribunal inglés, a un contrato regido por el Derecho inglés, una norma imperativa del Derecho hindú. Consideremos que el no haber considerado la norma imperativa hindú hubiera llevado al juez a una solución radicalmente distinta, al considerar el incumplimiento contractual como voluntario y no ocasionado por una imposibilidad jurídica. Ver: (1956) 2 Q.B. 490; (1956) 2 All E.R. 487; (1956) 1 Lloyd's Rep. 435; 100 Sol. Jo. 417, C.A.; On Appeal; (1958) A.C. 301; (1957) 3 All E.R. 286; (1957) 3 W.L.R. 752; 101 Sol. Jo. 848 H.L. En esta misma línea se suele citar el caso *Alnati*, inspirador del artículo 13 del Tratado Benelux, resuelto por el Tribunal Supremo holandés el 13 de mayo de 1966. En este caso, el juez calificó como imperativas a las normas belgas sosteniendo que si las partes eligen el Derecho aplicable a su contrato, tal elección no afecta a las normas imperativas del ordenamiento jurídico que hubiera resultado aplicable en ausencia de elección, en este caso era el Derecho belga.

<sup>908</sup> González Campos, Julio y otros, *Derecho internacional privado*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 4ª ed. revisada, 1991, pp. 269-270. De hecho, a pesar de haberse inspirado en el Convenio de Roma, el legislador alemán rechazó la posibilidad de aplicar normas imperativas de terceros Estados, por considerar que tal situación produce gran inseguridad jurídica al conferirse tanto poder a los jueces, a quienes se les impone la compleja tarea de investigar las normas de todo ordenamiento jurídico que pudiese tener vínculos con el caso; además de involucrar el delicado tema de la protección del orden público extranjero. Ver reseña en: Parra-Aranguren, Gonzalo, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, FCJPUCV, 3ª ed. revisada, 1998, pp. 186-188.

mejor evaluador, frente a un caso concreto, del resultado positivo o negativo de la consideración de tales normas. Consideremos además que no siempre el Derecho del Estado de su domicilio, le brinda la mejor protección al consumidor.

## b.2. Algunos casos especiales de normas de aplicación necesaria

En Derecho internacional privado es generalmente reconocida, la dificultad para la identificación de las normas de aplicación necesaria. Por ello, el legislador venezolano suele recurrir a las llamadas normas de extensión<sup>909</sup>, a fin de ayudar al juez en su labor. Un ejemplo de esta técnica podemos apreciarlo, justamente en el ámbito de los servicios, en materia de multipropiedad y tiempo compartido<sup>910</sup>. Así, el artículo 3 de la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido<sup>911</sup> dispone: “*Los contratos de Multipropiedad y Tiempo Compartido, en cualquiera de sus modalidades, celebrados conforme a ordenamientos jurídicos extranjeros para ser ejecutados en territorio venezolano, quedarán sometidos al Derecho venezolano en todo lo referente a la creación, regulación o extinción de derechos reales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del Código Civil*”<sup>912</sup>, así como en **las normas**

<sup>909</sup> Se trata de normas de conflicto unilaterales que operan como excepción a la norma de conflicto general. En efecto, estructuralmente las normas de extensión no se diferencian, en lo absoluto, de las normas unilaterales, pues mediante ellas, el legislador estatal delimita, de manera unilateral, el ámbito de aplicación de su propio Derecho. La diferencia entre ambas es de carácter funcional, pues las normas de extensión buscan proteger intereses fundamentales del ordenamiento jurídico del juez. Por tal razón, mientras las normas unilaterales son susceptibles de ser bilateralizadas, las normas de extensión no lo son. Tal imposibilidad se debe, a diferencia de lo que ocurre con las normas unilaterales, a que a partir de la misma no se produce laguna, pues, al ser excepciones al funcionamiento de la norma indirecta, los supuestos no cubiertos por las normas de extensión se integrarán en el régimen de Derecho aplicable contenido en la norma de conflicto general. Sobre este tema ver: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 95-98 y la bibliografía allí citada.

<sup>910</sup> Hernández-Breton y Ojer destacan la importancia de la multipropiedad y el tiempo compartido en el mundo postmoderno afirmando que “...*el vacacionista de estos tiempos es diferente. Su tiempo libre es muy escaso en contraposición a su enorme curiosidad de ver geografías distintas y conocer otras culturas. Ese vacacionista no se ve satisfecho con la adquisición de una propiedad exclusiva en un lugar turístico. Esa adquisición lo limitaría, estaría obligado a visitar periódicamente ese lugar, aun cuando sólo fuese para darle una vuelta a su propiedad. El vacacionista de hoy exige variedad y flexibilidad. Para satisfacer estas necesidades y otras de carácter económico, tanto del vacacionista como de los empresarios hoteleros, es que surge la idea de la multipropiedad y del ‘time sharing’*”. Ver: Hernández-Breton, Eugenio y Uxúa Ojer, Multipropiedad y Tiempo Compartido, en: *SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República, 135º Aniversario*, Caracas, Procuraduría General de la República, 1998, pp. 481 ss., especialmente p. 483.

<sup>911</sup> Publicada en la G.O. Ext. N° 5.022 de fecha 18/12/1995.

<sup>912</sup> Entendemos que tal referencia ha de entenderse hecha al artículo 27 de la Ley de Derecho Internacional Privado, de acuerdo con el cual “*La constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales*

***imperativas en materia turística, urbanística y de protección al consumidor y al usuario***” (Resaltado nuestro).

En efecto, la multipropiedad y el tiempo compartido, relaciones contractuales que suponen la cesión del uso y goce de un inmueble, con fines turísticos, durante una o dos semanas al año<sup>913</sup>, son generalmente tratadas por el legislador a través de rigurosos esquemas para la habilitación de empresas que ofrecen estos servicios: control sobre la obra, habilitación, solvencia, constitución de garantías a favor de los consumidores, etc.<sup>914</sup> Y tal situación no cambia en el marco de una relación de Derecho internacional privado, en el ámbito del cual se ha aceptado que, a pesar de que la relación pueda estar regida por un Derecho extranjero, deberá siempre atenderse a las normas de aplicación necesaria en materia turística, urbanística y de protección al consumidor y al usuario del foro<sup>915</sup>.

Podemos también citar la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia<sup>916</sup>, instrumento que se suma a esta técnica, con su artículo 4, según el cual “*Quedan sometidas a esta Ley todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades*”. E igualmente, aunque no es materia directa de este trabajo, hemos de recordar el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>917</sup> el cual dispone que las regulaciones contenidas en esta Ley se apliquen tanto a venezolanos como a extranjeros “*con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país*”.

---

sobre los bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación”. En todo caso, consideremos que, a pesar de la diferencia de métodos –unilateral el artículo 10 del Código Civil y bilateral el artículo 27 de la Ley– el principio consagrado por ambas normas es el mismo: *Lex rei sitae*.

<sup>913</sup> La propia Ley entiende que el tiempo compartido “*Es el derecho de uso y disfrute de una unidad vacacional o recreacional de carácter turístico, conjuntamente con los bienes muebles que en ella se encuentren, así como las instalaciones, áreas, construcciones y servicios comunes conexos del respectivo desarrollo inmobiliario, siempre y cuando este derecho se limite a un número determinado de días y semanas por un número específico de años con sujeción a los términos del correspondiente contrato*”. Mientras que la multipropiedad “*Es el derecho indiviso por el cual se adquiere la propiedad sobre una parte alícuota de una unidad residencial vacacional o recreacional de carácter turístico conjuntamente con los bienes muebles que en ella se encuentren, así como sobre las instalaciones y servicios conexos y áreas comunes del respectivo desarrollo inmobiliario, con sujeción a un calendario en cuanto al derecho de uso y disfrute exclusivo, de acuerdo a lo que establezca el correspondiente contrato y documento de condominio*”. (Art. 2).

<sup>914</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Contratos. Parte especial* (Colaborador G. Sozzo), Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, T. I, pp. 564-567. Ver, en el caso venezolano, los artículos 10 a 21 de la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido y el trabajo Hernández-Breton y Ojer, Multipropiedad y Tiempo Compartido..., ob. cit., pp. 488-495.

<sup>915</sup> Hernández-Breton y Ojer, Multipropiedad y Tiempo Compartido..., ob. cit., pp. 509-510.

<sup>916</sup> Publicada en la G.O. N° 34.880 de fecha 13/01/1992.

<sup>917</sup> Publicada en la G.O. Ext. N° 5.152 de fecha 19/06/1997.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el actual régimen de control de cambio<sup>918</sup>, sistema que, sin duda, tiene una gran influencia, no sólo en las relaciones de consumo, sino en todas aquellas vinculadas con el comercio y cuya naturaleza nos conduce a calificarlo como de aplicación necesaria. James Otis Rodner<sup>919</sup> afirma que el efecto fundamental del control de cambio es limitar el acceso de los nacionales y residentes a los mercados internacionales de divisas, de manera que un deudor sujeto de una obligación en moneda extranjera no puede cumplir con su obligación en la especie pactada, sin haber previamente cumplido con las formalidades necesarias, según el estatuto cambiario correspondiente<sup>920</sup>. Este límite puede interpretarse como una dificultad en el cumplimiento de la obligación, por lo que se hace necesario determinar la posición del deudor frente a su acreedor en estos casos.

Si se ha pactado la moneda extranjera como moneda de cuenta, el deudor tiene una obligación alternativa, pudiendo extinguir el pago del equivalente en moneda de curso. En este caso, la falta de acceso a los mercados de moneda extranjera debido al control de cambio, no imposibilita el cumplimiento de la obligación. Si la moneda extranjera se ha fijado como moneda de pago, el deudor sólo se libera entregando al acreedor la especie pactada. En estos casos, la limitación al deudor de acceder al mercado de divisas puede hacer difícil o imposible el cumplimiento de la obligación. Si el cumplimiento se hace más oneroso, la solución dependerá de lo dispuesto en la *Lex contractus*, en relación con la procedencia de la teoría de la imprevisión. Si, en cambio, se hace imposible, el deudor se liberará entregando el equivalente en moneda de curso legal.

Estas afirmaciones nos obligan a preguntarnos por el Derecho aplicable a la moneda, pues si fuere diferente del que rige el contrato, no habría necesidad de recurrir a las normas de aplicación necesaria. Así, Giral Pimentel incluye dentro

<sup>918</sup> Este régimen se inició con el Convenio Cambiario N° 1 (G.O. 37.625 DE 05/02/2003, Modificado en G.O. 37.653 19/03/2003), de acuerdo con el cual el Banco Central centralizará la compra y venta de divisas en el país; y la administración, control y establecimiento de requisitos, procedimientos y restricciones requeridos para la ejecución de este Convenio corresponderá a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), creada por Decreto 2.302, publicado en la misma Gaceta y reformado a través del Decreto N° 2.330 (G.O. 37.644 06/03/2003).

<sup>919</sup> Rodner, *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera...*, ob. cit., pp. 324-327. Ver también, del mismo autor, *Las obligaciones en moneda extranjera*, Caracas, Edit. Sucre, 1983, pp. 177 ss.

<sup>920</sup> El control de cambio no está dirigido a prohibir las obligaciones en moneda extranjera, es decir, a establecer el curso forzoso del bolívar. Este régimen se basa más bien en un sistema de venta obligatoria de divisas al Banco Central de Venezuela, tanto del sector público como del sector privado. Ver: Giral Pimentel, José Alfredo, *Ley contra los ilícitos cambiarios y contratos en moneda extranjera*, Caracas, Los Libros de El Nacional, Serie Jurídica, 2006, p. 33.

del ámbito “*estricto*” de aplicación de la *Lex contractus* a “*la calificación de una obligación dineraria como moneda de pago o moneda de cuenta*”, de manera que al problema de la moneda le es aplicable la Ley del contrato; añadiendo que deben tomarse en cuenta las normas imperativas del lugar del pago y las del lugar de emisión de la moneda<sup>921</sup>. Lo cual, desde luego, vuelve a plantear el problema de la aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado.

Refiriéndose a los títulos valores, Giral Pimentel estima que “*La doctrina venezolana sobre la Ley aplicable a la moneda de pago se debate entre dos posturas: la Ley del lugar de pago y la Ley que rige la obligación*”. El autor se hace eco de la tesis sostenida por Cordido, en el sentido de entender que la moneda de pago debe someterse al Derecho del lugar de pago, basándose igualmente en los artículos 170 del Código Bustamante, 449 del Código de Comercio y 94 de la Ley del Banco Central<sup>922</sup>. Igual conclusión –aplicación de la Ley del lugar de pago– puede extraerse de las Convenciones Interamericanas sobre conflicto de leyes en materia de cheques y sobre letra de cambio, pagarés y facturas<sup>923</sup>. El autor añade que el “*juez debe calificar la moneda como un asunto que se rige por la Lex solutionis y no por la Lex loci contractus, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 del Código de Comercio, toda vez que esa disposición ha permitido afirmar que en Venezuela existe una distinción entre la Ley que rige la relación obligatoria y la Ley que rige el cumplimiento*”<sup>924</sup>.

Consideremos además que, en materia de consumo e independientemente del control de cambio, el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios impone, en su artículo 52, la obligación de fijar el precio del bien o servicio en “*moneda de curso legal*”, eliminándose la posibilidad que daba la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario derogada, de establecer de común acuerdo, y dadas las características especiales del bien o servicio, una moneda diferente (Art. 57). Esta obligación se ve reforzada al disponerse, en el artículo 73,9 del Decreto Ley, la nulidad de aquellas cláusulas que “*Fijen el precio en cualquier moneda extranjera como medio de pago de*

<sup>921</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 118-119, nota 281. Una idea semejante fue sostenida por López Herrera, para quien la *Lex contractus* regula “*el valor de las monedas, pesos y medidas*”. Ver: López Herrera, *El contrato en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 93.

<sup>922</sup> G.O. 38.232, 20/07/2005.

<sup>923</sup> Giral Pimentel, José Alfredo, *Derecho internacional privado sustantivo de los títulos de crédito en Venezuela*, en: *RFCJPUCV*, 1996, pp. 83 ss., especialmente pp. 141-144.

<sup>924</sup> En directa relación con la posible violación del principio de especialidad de la hipoteca, Hernández-Breton cita un oficio de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia (Nº 22 de 22/01/1996), en el que se admite la validez de la hipoteca denominada en moneda extranjera “*pero sólo hasta por el monto del equivalente en bolívares de la cantidad expresada en moneda extranjera*”. Ver: Hernández-Breton, Eugenio, *Hipoteca de valor constante*, en: *RFCJPUCV*, 1999, Nº 113, pp. 39 ss., especialmente p. 45.

*obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las Leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás Leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social*<sup>925</sup>.

Debemos suponer entonces que la cláusula que establece el precio del servicio se encuentra entre aquellas cuya discusión modificaría sustancialmente el contenido del contrato. Ello, atendiendo al contenido del artículo 69, norma que define lo que ha de entenderse por contrato de adhesión. Además, la declaratoria de nulidad del artículo 73,9 nos conduce a pensar que en los casos de ejecución de obligaciones en Venezuela, cuando éstas hubieren nacido de un contrato de adhesión, el bolívar es una moneda de curso forzoso<sup>926</sup>. Esta circunstancia nos hace concluir, además de la fuerte protección dada al consumidor cuando éste concluye un contrato de adhesión, que esta norma es de aplicación necesaria incluso en tiempos de libre acceso al mercado de divisas.

### 3. *La responsabilidad civil dentro del ámbito de aplicación de la **Lex contractus***

Una vez que hemos establecido el Derecho aplicable al contrato –sea paritario, sea con un consumidor– es necesario determinar si la indemnización de los daños derivados del incumplimiento del contrato de servicios, está o no enmarcada dentro de la *Lex contractus*.

#### a. El caso del Convenio de Roma

El Convenio de Roma dispone, en el literal c) de su artículo 10,1, que la Ley que rige el contrato se aplicará a “*Las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas*”. Antes de entrar a considerar esta disposición, debemos aclarar que, en virtud del propio artículo 3,1 *in fine*<sup>927</sup>, las partes

<sup>925</sup> La Sala de Casación Civil de nuestro máximo Tribunal ha expresado que, por ser materia de orden público, siempre que sea aplicable una norma imperativa venezolana que imponga la expresión de un valor monetario o la determinación de un derecho en una suma de dinero, tal expresión o determinación debe hacerse en bolívares, única unidad monetaria permitida en Venezuela. Ello no implica que la moneda extranjera no pueda ser objeto de contratos, incluso de obligaciones pecuniarias, lo que se excluye es su tratamiento como moneda de curso legal, cuando así lo exija la Ley. TSJ/SCC, Sent. N° 00869, 13/08/2004, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00869-130804-03637.htm>

<sup>926</sup> Así se entiende en: Giral Pimentel, *Ley contra los ilícitos cambiarios y contratos en moneda extranjera...*, ob. cit., p. 31.

<sup>927</sup> Convenio de Roma, Art. 3,1 *in fine*: “...las partes podrán designar la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

pueden escoger, para regir los efectos del incumplimiento de las obligaciones pactadas, un Derecho diferente de aquel seleccionado para regular al contrato en general, pues esta norma admite el *dépeçage*. De manera que, por ejemplo, si las partes deciden aplicar a su relación contractual el Derecho del lugar de celebración de tal compromiso, podrían escoger el ordenamiento jurídico del lugar de su ejecución para regular las consecuencias del incumplimiento.

Aclarado este punto previo, es necesario tratar de determinar, en primer lugar, el sentido de la expresión “*consecuencias del incumplimiento*” y para ello, debemos considerar las diferentes acciones que pueden nacer del incumplimiento de una obligación convencional<sup>928</sup>. Cuando se incumple un deber contractual en el cual se establecen obligaciones bilaterales, el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato y en ambos casos podría nacer, para quien incumple, responsabilidad civil contractual, a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa, es el caso de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad civil. Sin embargo, si bien es cierto que las partes pueden, al momento de la celebración del contrato, estipular cláusulas en las que se fije la indemnización en caso de incumplimiento e incluso, a través de las cuales se libere absolutamente de responsabilidad a la parte que incumple, no es menos cierto que en caso de dolo, tales cláusulas podrían ser declaradas nulas, pues la mayoría de los sistemas no admite que, de antemano, le sea permitido a las partes incumplir intencionalmente el contrato. Es el caso del sistema civil venezolano, según el cual es perfectamente posible estipular este tipo de compromisos, a través del establecimiento de cláusulas penales, pues el artículo 1.276 del Código Civil permite que las partes puedan fijar en el contrato la cantidad que deberá ser pagada en los supuestos de incumplimiento, caso en el cual no podrá exigirse, posteriormente, un monto superior al estipulado. Igual ocurre cuando, al momento de celebración del contrato, se entregan arras<sup>929</sup>, salvo en ambos supuestos, añade acertadamente la doctrina, el caso de dolo<sup>930</sup>.

<sup>928</sup> Es importante notar como el Convenio de La Haya sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1985 dispone, en su artículo 12,f, que la Ley aplicable al contrato regirá “*las consecuencias, sin perjuicio de las normas procesales del foro, del incumplimiento del contrato, incluidos los tipos de daños que pueden dar lugar a una indemnización*”. Tal disposición sugiere que hay más consecuencias del incumplimiento, además de la indemnización de los daños ocasionados.

<sup>929</sup> CCV, Art. 1.276: “*Cuando en el contrato se hubiere estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras*”.

<sup>930</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob.cit., pp. 549-553.

Al Derecho que rige el contrato quedan sometidos todos los tipos de incumplimiento, incluido el absoluto, en el cual hay imposibilidad de realizar el deber de prestación, por causas imputables o no al deudor, y el relativo, que se presenta cuando todavía puede realizarse la prestación –por ello parte de la doctrina lo califica como incumplimiento impropio<sup>931</sup>. En este sentido, es importante hacer notar que la determinación de si un acto constituye incumplimiento total o parcial, es decir, su calificación, también corresponde al Derecho que rige el contrato. La misma *Lex contractus* rige la necesidad o no, de un requerimiento al deudor para comprometer su responsabilidad.

Algunos autores, al comentar el Convenio de Roma, han enumerado algunos aspectos, en lo que a los efectos del incumplimiento se refiere, regulados por la *Lex contractus*. Así, la Ley del contrato regularía, en primer lugar, los medios de defensa del deudor (plazos de gracia, causas de exoneración, por ejemplo, fuerza mayor); en segundo término, los medios de tutela jurídica del acreedor (*exceptio non adimpleti contractus*, reducción del precio, rescisión de la relación obligatoria, ejecución forzosa, indemnización de daños); en tercer lugar, todo lo relativo al régimen jurídico de las cláusulas que modifiquen la responsabilidad (cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad); y, finalmente, la evaluación del daño producido por el incumplimiento<sup>932</sup>. También quedaría comprendida dentro del Derecho que rige el contrato la determinación de los daños indemnizables, es decir, la *Lex contractus* será la competente para indicar si el resarcimiento debe extenderse al daño emergente y al lucro cesante, si debe limitarse a los daños previstos o previsibles para el momento de la celebración del contrato y a los perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, e igualmente, si deberán indemnizarse sólo los daños materiales o podrá también exigirse la reparación del daño moral.

Lo que queda fuera de la *Lex contractus*, de acuerdo con el artículo 10,2 del Convenio de Roma, es el cumplimiento defectuoso. Este tipo de cumplimiento se produce por lo que algunos autores denominan “*violación positiva del crédito*”, es decir, no es que el deudor no haya realizado la prestación, caso en el cual se trataría de un incumplimiento, sino de que el deudor, habiendo desplegado cierta actividad, no lo ha hecho de manera ajustada al proyecto inicial pactado por las partes, de manera que con su actuación se ha apartado de los principios de

<sup>931</sup> Lete Del Río, José M., *Derecho de obligaciones*, Madrid, Edit. Tecnos, 3ª ed., 1995, Vol. I, p. 121.

<sup>932</sup> Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González, El Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, en: *Contratos Internacionales*, (Dir. A. L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara), Madrid, Edit. Tecnos, 1997, pp. 41 ss., especialmente p. 109.

identidad o integridad del pago<sup>933</sup>. En este supuesto, muy frecuente en materia de servicios, deberá tomarse en cuenta lo estipulado por el Derecho del lugar de ejecución, para determinar las medidas que podrá tomar el acreedor.

Ahora bien, la cuestión de la evaluación del daño ocasionó varias discusiones durante la negociación de este Tratado<sup>934</sup>. En este sentido, algunas delegaciones se opusieron a tal disposición alegando que la evaluación de los daños es una cuestión de hecho y como tal, no debería estar regulada por el Convenio. En algunos casos, para determinar la cuantía de los daños, el juez está obligado a tener en cuenta las condiciones económicas y sociales de su país, en otros, la cuantía de los daños se fija con la ayuda de un jurado, y algunos países utilizan métodos de cálculo que no podrían ser aceptados en otros.

En contra de dichos argumentos, las demás delegaciones señalaron, en primer lugar, que en varios sistemas jurídicos existen normas para la determinación de la cuantía de los daños. En segundo término, algunos convenios internacionales en materia de transporte fijan los límites con respecto a la cuantía que deba repararse<sup>935</sup>. Por otra parte, es frecuente ver como en los contratos, las propias partes fijan el monto de la indemnización para los casos de incumplimiento. Luego, con tales estipulaciones se crearían graves problemas a las partes, si el juez debiera fijar nuevamente la cuantía cuando esté conociendo. Finalmente esta solución fue aceptada por el Convenio subordinándola, en todo caso, a lo dispuesto por la Ley procesal del foro —“dentro de los límites atribuidos al tribunal por sus leyes procesales”<sup>936</sup>.

<sup>933</sup> La expresión “violación positiva del crédito” es atribuida a Staub. Larenz no se muestra muy de acuerdo con esta expresión, pues la misma implica aceptar que en caso de imposibilidad o mora, el deudor no hace lo que debe y, en caso de violación positiva del crédito, él hace lo que no debe. En opinión del maestro alemán, “el deudor que hace imposible su prestación por enajenar a un tercero la cosa, hace igualmente y ‘positivamente’ lo que no debe hacer; y a la inversa, otras infracciones de deberes pueden consistir en que el deudor no cumpla o realice una actuación, por ejemplo, la que le imponga el deber de aclaración o de diligencia. Aunque la denominación ‘infracción positiva de créditos’ no es apropiada para los casos de cumplimiento defectuoso y de infracción de un deber de conducta, sin embargo está tan naturalizada que difícilmente podría ser sustituida por otra”. Ver: Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, (Trad. J. Santos Briz), Madrid, Edit. RDP, 1958, T. I, pp. 366-367. Ver también, en materia de cumplimiento defectuoso: Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil...*, ob. cit., Vol. II, Las relaciones obligatorias, pp. 665 ss.

<sup>934</sup> Así lo registran Giuliano y Lagarde, Informe..., ob. cit., especialmente p. 22.

<sup>935</sup> Es el caso de la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (CIDIP IV, Montevideo 1989) el cual dispone, en el primer aparte de su artículo 12, que “En ningún caso la responsabilidad del transportador excederá el valor real de la mercancía en el lugar y tiempo de su expedición o en el lugar y tiempo en que se hizo o debió hacerse su entrega, o el valor declarado en el conocimiento de embarque, según el que fuere mayor”.

<sup>936</sup> Para algunos autores tal solución es absolutamente de compromiso. En este sentido: Calvo Caravaca y Carrascosa González, *El Convenio de Roma...*, ob. cit., p. 109.

En conclusión, todos los aspectos del incumplimiento, incluida la responsabilidad civil contractual, de acuerdo con el Convenio de Roma, quedan sometidos al Derecho que rige el contrato, excepto los casos de cumplimiento defectuoso, los cuales deberán atender al Derecho del lugar de ejecución, teniendo en cuenta, en todo caso, las limitaciones procesales impuestas por la *Lex fori*.

b. El sistema adoptado por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

Siguiendo la influencia ejercida por el Convenio de Roma, el artículo 14 de la Convención de México delimita el ámbito del Derecho aplicable al contrato, sometiendo en el literal c), “*La ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria*”, a la *Lex contractus*.

Observamos que básicamente el supuesto del Convenio de Roma se mantiene, pues sigue haciéndose referencia a las “*consecuencias del incumplimiento*”. Sin embargo, la cuestión de la “*evaluación del daño*” varía con respecto a la solución aportada por el Convenio de Roma, pues mientras para esta última la *Lex contractus* rige la evaluación del daño en tanto esté gobernada por normas jurídicas, la redacción de la Convención de México es, si se quiere, más clara en el sentido que permite al juez utilizar el Derecho aplicable al contrato sólo en “*la medida*” en que a través de éste “ *pueda*” determinarse una indemnización compensatoria. En este caso, al igual que en la Convención europea, la determinación de los daños indemnizables quedará sometida al Derecho aplicable al contrato.

Dentro de la expresión “*consecuencias del incumplimiento*” utilizada por la Convención Interamericana, Santos Belandro entiende incluidos aspectos tales como las condiciones de la responsabilidad de la parte que no cumple con sus obligaciones, el hecho generador de la responsabilidad, la imputabilidad y la determinación de los hechos dañosos, las excepciones por la falta de ejecución, la posibilidad de resolver o rescindir el contrato, las atribuciones de daños y perjuicios, la posibilidad de exoneración del deudor por la causa extraña no imputable, el Derecho a la reparación y sus modos de ejecución, la prescripción de la acción por responsabilidad civil, la necesidad de interpelación para hacer incurrir en mora al deudor, la licitud de las cláusulas penales o de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad. Sin embargo el propio autor, a pesar de lo que expresa la Convención, entiende excluido del ámbito de la *Lex*

*contractus*, la extensión del derecho a la reparación, lo cual estaría sometido, en su opinión, a la *Lex fori* a título imperativo<sup>937</sup>. Igualmente excluye la posibilidad de ejercer el derecho de retención, lo cual estará sometido a lo dispuesto por la *Lex rei sitae*<sup>938</sup>.

La Convención de México no hace referencia expresa al caso del cumplimiento defectuoso, mas el supuesto de su artículo 14,c, es mucho más amplio que el del artículo 10,1,c del Convenio de Roma al referirse, de manera genérica, a la “*ejecución de las obligaciones*”, la cual queda igualmente sometida al Derecho aplicable al contrato, por lo que podemos concluir que la Convención Interamericana, a diferencia del Convenio europeo, somete el cumplimiento defectuoso a la *Lex contractus*. Esta solución es, en opinión de Santos Belandro, absolutamente lógica, pues sólo el Derecho competente para decidir lo que debe ser ejecutado, puede resolver si hubo o no cumplimiento y si éste fue defectuoso o parcial<sup>939</sup>.

Tampoco se refiere la Convención Interamericana a los límites establecidos por el Derecho procesal del foro, mención que sí contiene expresamente el Convenio de Roma. Este silencio no nos parece problema, pues es principio generalmente aceptado que la forma del proceso está sometida a la *Lex fori*, y así lo reconoce el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Por ejemplo, en un supuesto planteado ante los tribunales venezolanos, las partes deberán incluir en su libelo de demanda, la especificación y causa de los daños que se reclaman (Art. 340,7 CPCV), so pena de quedar desechada su pretensión. Así lo ha admitido incluso nuestra jurisprudencia<sup>940</sup>. También podemos mencionar el caso de la posibilidad o no de intentar la acción de daños contractuales de manera autónoma o, por el contrario, subordinada a la acción por incumplimiento o de resolución del contrato<sup>941</sup>. Limitaciones

<sup>937</sup> Luego de explorar las diversas posibilidades que van desde la aplicación de la *Lex fori*, la *Lex causae* o la Ley elegida por las partes, Boskovic estima que la reparación ha de estar regida por el Derecho elegido por las partes o, en defecto de elección, el juez deberá, caso por caso, determinar el ordenamiento jurídico competente, considerando tanto la proximidad que ha de guiar a toda conexión, como la necesidad de proteger a la víctima. Considérese que el autor propone cierta independencia entre la responsabilidad y la reparación, con el objeto de encontrar la conexión más adaptada al supuesto. Ver: Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., pp. 241-251.

<sup>938</sup> Santos Belandro, Rubén, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Argentina, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., 1998, pp. 139-140.

<sup>939</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>940</sup> Ver: CSJ/SCC, Sent. 12/12/1989, en: JPT/CSJ, diciembre 1989, pp. 106-107; DFMSC2, Sent. 14/08/1969, en: JRG, T. XXII, p. 82; 21C, Sent. 10/05/1957, en: JTR, Vol. VI, T. I, p. 288; DFMSC1, Sent. 12/02/1962, en: JRG, T. V, p. 40 y RCSA, Sent. 20/07/1992, en: JPT/TUI, julio 1992, p. 186.

<sup>941</sup> La jurisprudencia ha sido la encargada de dar una tímida respuesta a este problema y, en este sentido, es determinante el fallo de la casación venezolana de fecha 10 de noviembre de 1953 (CFC/SCMT, Sent.

estas provenientes del Derecho procesal del foro, que deberán ser atendidas independientemente de la *Lex contractus*.

Es interesante hacer notar que, en el Proyecto original de Convención Interamericana, presentado por el Comité Jurídico Interamericano, se incluía dentro del ámbito del Derecho aplicable al contrato “*las modalidades de ejecución y las medidas que pueda tomar el acreedor en caso de inejecución total o parcial de las obligaciones, sin perjuicio de las normas procesales del foro*”, tal añadido fue eliminado en la Reunión de Expertos de Tucson por considerarlo inaceptable, precisándose además, que tanto las medidas cautelares como las de embargo y el procedimiento de remate en la ejecución se rigen por la *Lex fori*<sup>942</sup>, lo cual nos parece razonable si consideramos que ya el Proyecto incluía en el ámbito de la *Lex contractus* “*la ejecución de las obligaciones*” y las “*consecuencias del incumplimiento del contrato*”. Además, la atención a las normas procesales está cubierta por el principio general *Lex fori regit processum*.

En relación con los dos convenios comentados puede concluirse que, aun cuando la solución de la Convención de México en esta materia, es menos exhaustiva que la contenida en el Convenio de Roma, cumple sin problemas su función de indicar el Derecho aplicable a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales, sometiéndolas al Derecho que rige el contrato.

### c. El caso del Código Bustamante

Aunque no representa la mejor regulación sobre la materia, de hecho podría decirse que no contiene solución expresa al respecto, según veremos *infra*, no podemos dejar de hacer referencia al Código Bustamante, en cuyo

---

10/11/1953, en: GF, 2ª E., Nº 2, pp. 431 ss.), el cual se inclina francamente hacia la autonomía de la acción resarcitoria contractual. Esta decisión fue ratificada posteriormente por múltiples fallos del Alto Tribunal y de instancias inferiores (En especial, CFC/SCMT, Sent. 13/06/1956, en: JTR, Vol. II, pp. 165-166. Véase en el mismo sentido: CFC/SCMT, Sent. 08/06/1955, en: GF, Nº 8, Vol. II, 2ª E., p. 147; CFC/SPA, Sent. 13/05/1956, en: GF, Nº 12, 2ª E., pp. 165-166; DFMSC2, Sent. 10/05/1962, en: JTR, Vol. X, p. 192 y JRG, T. V, p. 244; DFMSCM2, Sent. 13/10/1969, en: JRG, T. XXIII, p. 71; DFMSC2, Sent. 13/10/1969, en: JRG, T. XXIII, p. 74; CSJ/SCC, Sent. 14/05/1992, en: JPT/CSJ, Mayo 1992, p. 161; CSJ/SCC, Sent. 12/05/1993, en: JPT/CSJ, mayo 1993, pp. 103-104; CSJ/SPA, Sent. 02/11/1995, en: JPT/CSJ, noviembre 1995, pp. 304-305.). Sin embargo, parte de la doctrina afirma que el carácter autónomo de la acción por daños contractuales ha sido admitido dentro de límites muy estrechos, aceptándose sin dudas en los casos de cumplimiento deficiente de la obligación, contratos definitivamente cumplidos, cuando en un momento posterior el acreedor descubre fallas o insuficiencias en el cumplimiento y obligaciones de imposible cumplimiento; fuera de estos casos sería difícil construir una regla general de autonomía de la acción resarcitoria. Ver: Kummerow, Esquema del daño contractual resarcible..., ob. cit., pp. 272-275.

<sup>942</sup> Véase: Parra-Aranguren, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana..., ob. cit., pp. 339-340.

Libro Primero, relativo al Derecho Civil Internacional, encontramos algunas disposiciones que son de nuestro interés. Es el caso del artículo 166, norma que, dentro del Título IV, Capítulo I, “*De las obligaciones en general*”, consagra el principio general que otorga carácter obligatorio a las estipulaciones contenidas en el contrato<sup>943</sup>, y del artículo 169 que somete los efectos de las diversas clases de obligaciones a la Ley que rige la “*obligación de que se trata*”<sup>944</sup>, lo que nos conduce a la necesidad de determinar cuál es, en el marco de este tratado internacional, el Derecho que rige el contrato.

Tal como lo hemos indicado *supra*, la determinación de la *Lex contractus* en el marco del Código Bustamante está signada por un *dépeçage* legal, de manera que no hay un Derecho único que rija el contrato, pues el mismo se encuentra fraccionado. Tal situación hace necesario buscar una norma que regule específicamente la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento. En el Capítulo IV del mismo Título, referido a “*Compraventa, cesión de crédito y permuta*”, sólo encontramos dos normas, los artículos 194 y 195, contentivas de la tan criticada concepción apriorística del orden público en el Derecho internacional privado<sup>945</sup>. Es en el artículo 182 *eiusdem* donde encontramos la posible respuesta. Parte del supuesto de esta disposición, incluida bajo el título “*De los contratos en general*”, está referida a los efectos de la rescisión del contrato, uno de los cuales podría ser la indemnización de los daños, todo lo cual queda sometido a la “*Ley territorial*”<sup>946</sup>. Una vez más, debido a la tan criticada confusión terminológica que caracteriza al Código Bustamante, hemos de determinar lo que entenderemos en este caso por Ley territorial.

Si nos apeamos al artículo 3,II de este Tratado<sup>947</sup>, terminaríamos por concluir que los efectos de la rescisión del contrato son de “*orden público internacional*”, por lo que en todo caso deberá aplicarse el Derecho del juez. Por otro lado, podríamos considerar que tal norma hace referencia, más bien, a la *Lex contractus*, lo cual nos coloca nuevamente frente al inconveniente de

<sup>943</sup> CB, Art. 166: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código*”.

<sup>944</sup> CB, Art. 169: “*La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones, así como su extinción, se rigen por la Ley de la obligación de que se trata*”.

<sup>945</sup> CB, Art. 194: “*Son de orden público internacional las disposiciones relativas a enajenación forzosa por utilidad pública*”. Art. 195: “*Lo mismo sucede con las que fijan los efectos de la posesión y de la inscripción entre varios adquirentes, y las referentes al retracto legal*”.

<sup>946</sup> CB, Art. 182: “*Las demás causas de rescisión y su forma y efectos se subordinan a la Ley territorial*”.

<sup>947</sup> CB, Art. 3,II: “*Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las Leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional*”. (Resaltado nuestro).

determinar el Derecho aplicable al contrato si consideramos que, tal como ya hemos afirmado, este instrumento normativo no indica una única Ley aplicable al contrato, sino que el mismo contiene un *dépeçage* legal. Finalmente, podríamos pensar que se trata del Derecho que rige la causa que da lugar a la rescisión del contrato, sin embargo las únicas causas de rescisión que se regulan en este instrumento son la incapacidad y la ausencia, casos en los cuales, el artículo 181 ordena la aplicación de la Ley personal del ausente o incapacitado.

Podemos concluir entonces que el Código Bustamante no da solución efectiva al problema por dos razones fundamentales, la primera relativa a la falta de regulación expresa y la segunda, a la confusión terminológica a la que conlleva. Tampoco Antonio Sánchez de Bustamante da solución a tal problema en su *Derecho internacional privado*, pues se limita simplemente a parafrasear el contenido de los artículos en estudio. Sin embargo, al referirse a los efectos de las obligaciones, el propio autor admite que los mismos “*no pueden estar sometidos a una sola Ley cuando no lo están tampoco las obligaciones mismas de que se originan. Eso explica la falta de disposiciones concretas sobre la materia en los antecedentes de la codificación a que habitualmente nos referimos*”<sup>948</sup>.

Sólo queda entonces recurrir a la regla residual del artículo 186 del Código y, en consecuencia, aplicar a los daños contractuales la Ley personal común de los contratantes y, en su defecto, el Derecho del lugar de celebración del contrato. Soluciones estas cuya inconveniencia en la materia resulta evidente.

#### d. La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana

Nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, por su parte, nada dispone expresamente en relación con la indemnización de los daños derivados del incumplimiento de la relación contractual. Las tres únicas normas de nuestra Ley que regulan las obligaciones convencionales se limitan a indicar el Derecho aplicable al contrato.

La Ley venezolana tampoco indica el ámbito de aplicación de la *Lex contractus*. Mas si consideramos que las consecuencias del incumplimiento son parte de la propia obligación contractual, podríamos concluir que el Derecho aplicable al contrato en virtud de los artículos 29, 30 y 31 *eiusdem*, puede perfectamente regular los casos de incumplimiento de la obligación, incluidos los supuestos de cumplimiento defectuoso de la misma, con lo cual nuestra Ley

<sup>948</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. II, pp. 171-172 y 188 ss.

se alejaría de la regulación del Convenio de Roma y se acercaría a la solución interamericana. Igualmente podemos reproducir, en este punto, los comentarios hechos con respecto a la Convención de México en relación con los daños indemnizables, su silencio en materia de las limitaciones impuestas por la Ley procesal del foro y la consecuencial aplicación del principio general según el cual la forma del proceso se rige por la *Lex fori*, previsto por la propia Ley (Art. 56 LDIPV).

## B. Responsabilidad civil extracontractual

Si la víctima del daño producido por la utilización del servicio no está unida con el proveedor por una relación contractual o, cuando aun existiendo entre ellas un contrato, el daño se produzca al margen de tal relación –calificación que según hemos afirmado dependerá del Derecho material del juez– será necesario recurrir a las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, lo cual nos obliga a examinar, en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, cómo se determina el Derecho aplicable a los hechos ilícitos.

Tengamos en cuenta desde ahora, que en Derecho internacional privado, a semejanza de lo que ocurre en Derecho interno, estaremos moviéndonos en el ámbito de las soluciones generales, pues no existen normas especialmente destinadas a la lesión extracontractual derivada de un servicio y menos aun se ha pensado, de manera particular, en una protección extracontractual para el consumidor.

### 1. Una solución tradicional: la regla *Lex loci delicti commissi*<sup>949</sup>

Tradicionalmente, el Derecho internacional privado ha aceptado la aplicación, en materia de hecho ilícito, del Derecho del lugar en el cual éste se verifica. En tal sentido, la regla *Lex loci delicti commissi*, reportada como la solución más antigua para la determinación del Derecho aplicable al hecho ilícito, es atribuida al postglosador Bartolo de Sassoferrato, quien en el siglo XIV se preguntaba si debería aplicarse el estatuto de Perusa a un extranjero que delinca en su territorio. Ante tal interrogante, el propio Sassoferrato respondió que, si el Derecho común castiga el hecho cometido, se aplicará la Ley de Perusa, en caso contrario, habrá que tomar en cuenta el tiempo de residencia del delincuente en

<sup>949</sup> Algunas de estas notas han sido tomadas de una investigación previa. Ver: Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 112-126.

el lugar del hecho y si es o no considerado como delito en los estatutos de otras ciudades. De estas consideraciones se puede deducir, en opinión de Fabiola Romero, que el criterio *Lex loci delicti commissi* se fundamentó en razones de equidad y previsibilidad, dependiendo su funcionamiento del conocimiento que tuviese el agente del delito sobre la ilicitud de su conducta<sup>950</sup>.

Fresnedo de Aguirre recoge las justificaciones a la inveterada preferencia por esta regla, alegando que tal conexión, en primer lugar, al ser neutra, garantiza el equilibrio de intereses entre los individuos; en segundo lugar, las consecuencias del hecho que da origen a la responsabilidad civil interesan al Estado en que ocurren; en tercer lugar, existe un interés público en proteger las expectativas de los individuos y la paz social; y, finalmente, se trata de una solución previsible para las partes, que aporta certeza, simplicidad y uniformidad de resultados<sup>951</sup>.

Sin embargo, esta regla, que en opinión de Bucher y Bonomi ha sido diseñada a imagen y semejanza del Derecho penal, al estar inspirada en una concepción estrictamente territorial, propia de las normas que prescriben comportamientos determinados<sup>952</sup>, ha sido duramente criticada a lo largo de la evolución del Derecho internacional privado. Pero las críticas, lejos de haber provocado su desplazamiento, han ocasionado más bien que la misma haya sido remozada y flexibilizada en las codificaciones, tanto a nivel internacional como interno. Ninguna materia muestra, como la responsabilidad civil extracontractual, la evolución metodológica del Derecho internacional privado.

#### a. ¿Dónde ocurre el hecho ilícito?

El principal problema con que se encuentra esta regla es la interpretación del factor de conexión. Es decir, antes de su aplicación, es imprescindible de-

<sup>950</sup> Romero, Las personas jurídicas..., ob. cit., p. 178-179. Ancel ha estimado que la solución de Sassoferrato está fundamentada en el principio de buena fe, el cual, con gran fuerza, ha sido proyectado desde el Derecho interno al Derecho internacional privado. Así lo demuestra la opinión de Jacques de Revigny (*Ad legem cunctos populos*, D., I, 12, 1, § 11), para quien la aplicación del principio general de la *Lex loci delicti commissi* encuentra una excepción, según la enseñanza de los canonistas, en el caso del extranjero recién llegado que conforma su conducta al *Ius commune*, pero que ignora las prescripciones de la Ley local, siempre que su ignorancia no derive de su propia indiferencia. Ver: Ancel, Bertrand, Le principe de bonne foi et les conflits de lois, en: *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1217 ss., especialmente p. 1218.

<sup>951</sup> Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Obligaciones extracontractuales, en: *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, (Coord. D. Fernández Arroyo), Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 1157 ss., especialmente p. 1162. En sentido similar se pronuncia Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 272, 1996, p. 336.

<sup>952</sup> Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 283.

terminar dónde se entiende ocurrido el hecho ilícito. Para dar respuesta a esta interrogante se han planteado dos alternativas que tienen que ver con la manera de entender el hecho ilícito y con la forma en que, en el Derecho interno, se concibe la función de la responsabilidad civil extracontractual derivada de la comisión de un hecho ilícito. En tal sentido, los sistemas que entienden que la responsabilidad civil busca castigar al agente del daño, pondrán énfasis en el lugar en el cual se ha desarrollado la causa generadora del perjuicio. Mas tal solución, que podría justificarse en los casos de responsabilidad civil fundamentada en la teoría de la culpa, pierde terreno ante la constante objetivación de esta institución<sup>953</sup>. Hoy día, se entiende que es posible responder ante la víctima de un daño, aun cuando la conducta del agente del mismo, no pueda calificarse como culposa. Piénsese en la responsabilidad civil basada en el riesgo provecho, generalmente utilizada en materia de infortunios laborales; o la responsabilidad fundamentada en el riesgo creado, presente en materia de accidentes de circulación; a estas materias hemos de añadir el cada vez más frecuente establecimiento de presunciones de culpa, supuestos que en la práctica se traducen en casos de responsabilidad objetiva<sup>954</sup>. Es lo que ocurre en Venezuela, por ejemplo, con la responsabilidad civil derivada del daño causado por el hecho de las cosas<sup>955</sup>.

En materia de servicios, terreno en el cual se ha entendido que la responsabilidad civil derivada de su utilización es generalmente subjetiva, tal solución luce acertada, máxime considerando –y a ello volveremos al tratar el tema de las normas de seguridad– la indudable importancia que tienen las normas del lugar de actuación sobre la conducta del prestador del servicio.

Por otra parte, los sistemas que entienden que la responsabilidad civil, más que en el castigo, ha de poner toda su atención en la figura de la víctima y en la necesidad de que ésta reciba una justa indemnización<sup>956</sup>, interpretan la

<sup>953</sup> Pensando en esta dificultad, Rabel propuso aplicar el Derecho del lugar de la causa generadora a la responsabilidad por culpa, y reservar el ordenamiento jurídico vigente en el lugar en que ocurre el efecto dañoso para los supuestos de responsabilidad objetiva. Ver: Rabel, Ernst, *The conflicts of Law. A comparative study*, Ann Arbor, University of Michigan, 2ª ed., 1958-1960, Vol. II, p. 334.

<sup>954</sup> Para el proceso de objetivación de la responsabilidad civil véase: Madrid Martínez, *Responsabilidad civil por infortunios...*, ob. cit., pp. 64-68.

<sup>955</sup> CCV, Art. 1.193: “*Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor*”.

<sup>956</sup> “*En todo caso de responsabilidad civil de lo que se trata es de obtener una reparación, lo cual supone necesariamente que exista un daño que reparar*”. Ver: Mélich Orsini, José, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 29. Tomando las elocuentes palabras de Alterini, puede decirse que el concepto de responsabilidad civil ha evolucionado de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa más la injusticia del daño que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui),

*Lex loci delicti commissi* como el Derecho del lugar en el cual se verifican los efectos dañosos. Argumento que parece lógico, pero que enfrenta el problema, por ejemplo, de la determinación del lugar en el cual ocurre el daño moral<sup>957</sup>. Pensamos que este problema no es tal, sobre todo si consideramos que generalmente el daño moral depende de la producción de un perjuicio material, cuya localización geográfica, en principio, resulta más sencilla. Quedarían sin embargo sin respuesta los casos en los cuales, ante una causa generadora, sólo se produce un daño moral; es el caso de la difamación, supuesto con respecto al cual podría pensarse que el sufrimiento se verifica en el lugar de la residencia de la víctima. No obstante, al utilizar esta conexión para los casos de atentados a la personalidad, la Ley suiza de Derecho internacional privado, la conjuga alternativamente con el Derecho del domicilio o establecimiento del agente y el del lugar de producción del daño, y la supedita al hecho de que el agente haya podido prever que su actuación tendría resultados en el Estado de la residencia o establecimiento de la víctima<sup>958</sup>.

b. Problemas prácticos derivados de la aplicación de la regla  
*Lex loci delicti commissi*

Muchos y variados son los problemas que, en su aplicación práctica, genera la regla *Lex loci delicti commissi*. El carácter fortuito del lugar donde ocurre el hecho ilícito se menciona con frecuencia. En efecto, al comentar la decadencia que, en su opinión, experimenta actualmente la regla, Fauvarque-Cosson ha estimado que esta conexión es poco concebible cuando el lugar del hecho ilícito es fortuito<sup>959</sup>. El emblemático caso *Babcock c. Jackson*, al cual volveremos más adelante, puede citarse como ejemplo. En él, el juez desaten-

---

porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima más que del lado del autor del daño. Ver: Alterini, Atilio Anibal, La responsabilidad por productos defectuosos en el MERCOSUR: Esquema de situación, en: *RFDUCM*, 1998-1999, N° 91, pp. 97 ss., especialmente p. 107.

<sup>957</sup> Ver Batiffol y Lagarde, *Droit international privé...*, ob. cit., T. II, pp. 199-200; Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., pp. 224-225.

<sup>958</sup> Comentarios al artículo 139 de la Ley de Derecho internacional privado suiza en: Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., pp. 295-296.

<sup>959</sup> El autor francés reporta una decisión de la casación francesa en la cual, tras cuestionar el frecuente recurso al orden público por parte de los tribunales franceses para aplicar el Derecho del foro, se afirmó que incluso si todos los intereses se localizan en territorio francés, el Derecho competente para regir el hecho ilícito es el del lugar donde se produce el hecho dañoso, sin importar si el mismo es o no fortuito. De manera que el recurso al orden público, más que cuidar el resultado de la aplicación de un Derecho extranjero presuntamente chocante, en estos casos proviene del deseo de aplicar el Derecho francés, cuando éste es la Ley nacional común de agente y víctima. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits...*, ob. cit., p. 337.

dió el Derecho del lugar en el cual ocurrió el accidente, entre otras cosas, por tratarse de una localización fortuita.

Otro problema que suele endosarse a la *Lex loci delicti commissi* es la llamada disociación geográfica de los elementos materiales del hecho ilícito. En un primer supuesto, podemos referir el caso en el cual la causa generadora y el efecto dañoso se producen en el territorio de Estados diversos<sup>960</sup>. Pensemos en los supuestos de difamación por los diversos medios de comunicación, los hechos ilícitos producidos en el marco de la competencia desleal, los derivados de la circulación de servicios o productos defectuosos, los casos de contaminación transfronteriza, etc. Podemos también referirnos a la disociación en los casos en los cuales el efecto dañoso se proyecta en el territorio de varios Estados, la contaminación transfronteriza ilustra este supuesto.

Estos casos han puesto en duda la utilidad de la clásica regla, pero su vigencia como norma general parece incuestionable. En tal sentido, en su sesión de Edimburgo de 1969, el Instituto de Derecho Internacional declaró “*Etant convaincu que le principe selon lequel s’applique la loi du lieu du délit devrait être maintenu, mais que ce principe devrait faire l’objet d’exceptions lorsque le lieu du délit est purement fortuit ou lorsque l’environnement social des parties est différent de l’environnement géographique du délit*”<sup>961</sup>.

No obstante, su aceptación no ha evitado los problemas de calificación que, tal como hemos afirmado al inicio de esta parte del Trabajo, plantean dos posibilidades: bien entender que el hecho ilícito ocurre en el lugar de la causa generadora, bien entenderlo localizado en el lugar donde se verifican los efectos dañosos. La necesidad de elegir entre una y otra conexión y la necesidad de dotar al sistema de la flexibilidad necesaria para obtener respuestas adaptadas a cada caso concreto, ha conducido a la consagración alternativa de ambos factores de conexión. Tal ha sido, incluso, la respuesta dada en materia de jurisdicción, especialmente a partir del caso Bier.

Esta alternatividad no está, sin embargo, exenta de dudas. En tal sentido, la posibilidad, no ya de elegir entre ambos sistemas jurídicos, sino de combinar sus ventajas y fraccionar con ello la relación, desde el punto de vista jurídico, ha sido un problema planteado por algunos autores, para quienes sólo una norma de conflicto de estructura compleja puede responder a las exigencias teleológicas del Derecho internacional privado en materia de responsabilidad

<sup>960</sup> En realidad, este planteamiento no es nuevo. Ya lo había visto Voet en un caso en el cual el agente dispara una flecha de un lado de la frontera y ésta hiere a la víctima que se encuentra del otro lado. Más tarde fue modernizado por Bouhier con un fusil. Ver al respecto: Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., p. 70.

<sup>961</sup> En: [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1969\\_edi\\_04\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1969_edi_04_fr.pdf)

civil extracontractual. Es necesario distinguir –sostienen– entre las condiciones de existencia y ámbito de la responsabilidad civil, lo cual estaría sometido al Derecho del lugar de la causa generadora; y los efectos de la realización del hecho ilícito, entre los que se cuentan las cuestiones relativas a la extensión de la reparación, la naturaleza y modalidades que puede adoptar, la prueba de su cuantía y la determinación de las personas legitimadas para recibirla, aspectos sometidos al Derecho del lugar donde el daño ha sido sufrido “*sustancialmente*” por la víctima; añadiendo una presunción según la cual, la víctima ha sufrido sustancialmente el daño en el lugar de su residencia habitual<sup>962</sup>.

A pesar de lo atractiva que pueda resultar esta concepción, no cabe duda de que la tendencia generalizada –y a ella responde nuestro sistema según constataremos más adelante– es hacia la aplicación de un Derecho único a la responsabilidad civil extracontractual.

## 2. *Evolución del Derecho internacional privado a partir de la evolución de las soluciones en materia de responsabilidad civil extracontractual*

Ante las constantes dificultades que genera la adopción de la regla *Lex loci*, el Derecho comparado muestra diversas salidas. En primer lugar se menciona una posibilidad que deriva de los ataques al clásico método conflictual savignyano, criticado por su rigidez y ceguera ante el caso concreto. Así, algunos sistemas han tendido a dotar la regla de la flexibilidad necesaria, de manera de lograr una respuesta idónea a cada supuesto. La eterna lucha entre previsibilidad y flexibilidad se hace presente en materia de Derecho aplicable al hecho ilícito y a ella se suma, ha afirmado Pryles, la confrontación entre neutralidad y orientación de las políticas legislativas de cada Estado, siendo evidente la tendencia hacia la flexibilidad y la orientación política<sup>963</sup>.

<sup>962</sup> Moreau-Bourlès, Marie-Agne, *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, Paris, tesis, 1985. La propia Moreau-Bourlès reconoce el carácter residual de la segunda conexión, de manera que si las disposiciones relativas a las condiciones de existencia o a la extensión de la reparación previstas por el Derecho del lugar donde ha ocurrido la causa generadora son excesivamente severas para la víctima o la privan de toda indemnización, el juez podrá aplicar, fundamentándose en el principio de favor para la víctima, el Derecho del lugar donde ésta haya experimentado el efecto dañoso. Igualmente, si el juez constata que la segunda conexión permite una indemnización más favorable, podrá aplicar un solo Derecho. Una solución similar se asumió en el Proyecto boliviano de Ley de Derecho internacional privado, cuyo artículo 32 establece: “*Los hechos ilícitos en cuanto a su realización se rigen por el Derecho del lugar donde se produjo la causa generadora del hecho. En cuanto a sus efectos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido*”. Con esta solución, el Proyecto boliviano se aparta de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, indudable fuente de inspiración de tal instrumento.

<sup>963</sup> Pryles, Michael, Tort and relates obligations in private international law, en: *R. des C.*, 1991 II, T. 227, pp. 9 ss., especialmente pp. 23-31.

Dentro de esta tendencia flexibilizadora, podemos mencionar los sistemas que, a través de la calificación de la regla *Lex loci delicti commissi*, dan a la víctima la posibilidad de elegir entre el Derecho del lugar en el cual se ha verificado la causa generadora y aquel en el cual se ha producido el efecto dañoso. En este método podemos ubicar a la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, según analizaremos *infra*. Otros ordenamientos jurídicos añaden a estas dos conexiones, la posibilidad de aplicar, en su caso, el Derecho de la residencia habitual común de la víctima y el agente del daño<sup>964</sup>, con lo cual se configura la llamada regla de la ubicuidad en materia de Derecho aplicable.

La opción, de no ser ejercida por la víctima demandante, estaría en manos del juez, quien decidirá considerando la legislación más favorable para el lesionado, sin que ello suponga, tal como lo ha afirmado acertadamente Fresnedo de Aguirre, favorecer *a priori* a la víctima. La propia autora reconoce que una solución tan flexible implica gran inseguridad jurídica y la imposibilidad de establecer previamente y en forma clara, cuáles serían los derechos y obligaciones emergentes de cada posible situación. Pero, por otra parte, la solución unitaria y rígida podría conducir a resultados injustos<sup>965</sup>.

Juenger, por su parte, reconoce que una solución *favor laesi* no siempre es la mejor, sería preferible adoptar un criterio más neutral, porque es innegable que algunas normas materiales fortalecen indebidamente a la víctima, es el caso de los daños punitivos. Además, permitir que sea la víctima quien escoja, genera algunos problemas en el caso de multiplicidad de demandantes, permitiéndose a cada uno hacer una elección separada del Derecho. Esta situación impediría el manejo eficiente de los casos de accidentes en masa. El autor reconoce como preferible la antigua solución propuesta por Aldricus, en el sentido de aplicar la *Lex potior et utilior*, con lo cual propone un enfoque teleológico que trate de satisfacer valores sustantivos<sup>966</sup>. Luce sin embargo inevitable, hacer una transposición de un objetivo del Derecho interno al plano del conflicto de leyes, permitiendo a la víctima semejante opción unilateral del Derecho aplicable, por lo menos –como lo han aceptado algunos autores– en ciertos supuestos de hecho ilícito, tal como los casos de daños derivados de la

<sup>964</sup> La Ley suiza de Derecho internacional privado también juega con ambos criterios y añade además la posibilidad de elección, pero de manera bien particular. Así, en su regla general del artículo 132, dotando a la norma de conflicto de carácter facultativo, permite a las partes elegir el Derecho interno suizo. Luego, a falta de elección y en defecto de residencia habitual común, la Ley suiza establece la aplicación del Derecho del lugar de la causa generadora, y el Derecho del lugar donde se haya materializado el perjuicio, si fuere el caso, se aplicaría en aquellos supuestos en que el autor del daño hubiere podido prever que el mismo se produciría allí (Art. 133).

<sup>965</sup> Fresnedo de Aguirre, *Obligaciones extracontractuales...*, ob. cit., p. 1165.

<sup>966</sup> Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., pp. 220-221.

utilización de productos defectuosos, de daños ambientales o de los derivados de los accidentes de circulación por carretera<sup>967</sup>.

Al criticar esta opción unilateral, Fauvarque-Cosson realza la injusta espera a que se somete al demandado por la elección de la víctima, igualmente, afirma que esta solución crea incertidumbre y favorece excesivamente al demandante. Por ello, el autor sugiere la utilización de conexiones bilaterales, en el sentido de que, tal como sucede con la materia contractual, las partes de mutuo acuerdo designen el Derecho aplicable, pero reconoce que esta vía no es muy aceptada y, de hecho, ha sido rechazada por los Estados que, como miembros de la Conferencia de La Haya, han participado en discusiones sobre la materia<sup>968</sup>.

Aunque aun es poco frecuente, en la actualidad tiende a aceptarse la posibilidad de que las partes elijan, de común acuerdo, el Derecho aplicable a su relación extracontractual<sup>969</sup>. Un ejemplo de esta solución lo encontramos en el artículo 14,1 del Reglamento Roma II, de conformidad con el cual “*Las partes podrán convenir someter la relación extracontractual a la Ley que elijan*”. La doctrina europea reconoce la importancia de la aceptación de esta conexión en el Reglamento Roma II. Tal reconocimiento representa un decidido “*espal-darazo*” a esta conexión en materia delictual, área en la cual tal recurso estaba vedado, desde el punto de vista teórico, debido a su profunda vinculación con la materia penal y a la fuerte influencia de intereses de carácter público en su configuración. Desde la óptica práctica, “*el ambiente profundamente litigioso y ‘adversarial’*” que se presenta en las relaciones aquilianas no propicia la existencia de acuerdos en la fase *post delicto*, al contrario, el recurso a esta alternativa conflictual es bien reducido<sup>970</sup>.

Bien, según como confirmaremos más adelante, este Reglamento contiene un juego de conexiones rígidas que, lógicamente, se aplicarán en ausencia de elección del Derecho aplicable. Mas esta elección, de manera semejante a lo que ocurre en el sistema belga, se encuentra limitada. Así, la misma debe ser

<sup>967</sup> En tal sentido Mijaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, 11ª ed., 1987, T. II, p. 410; Amores Conradi, Miguel, Obligaciones extracontractuales, en: González Campos, Julio, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 201 ss., especialmente pp. 213-214; Gardeñes Santiago, Miguel, La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español, en: *AEDIP*, 2000, T. 0, pp. 159 ss., especialmente pp. 175-176.

<sup>968</sup> Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits...*, ob. cit., p. 346.

<sup>969</sup> Citando a Banakas, Palao Moreno admite que el proceso de “*privatización*” que viene experimentando la responsabilidad civil extracontractual, ha transformado esta materia, convirtiéndola en disponible por las partes y permitiendo el juego de la voluntad de las mismas en esta materia. Ver: Palao Moreno, Guillermo, *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Universitat de València, 2008, pp. 304-305.

<sup>970</sup> Ver: *Ibid.*, pp. 306-307.

hecha “*mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño*”, salvo que todas las partes desarrollen una actividad comercial, caso en el cual es admisible “*un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño*”<sup>971</sup>. Además, “*La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros*”, admitiéndose la elección expresa y tácita<sup>972</sup>, punto este último en el que sí se separa del sistema belga.

Debemos también mencionar, la solución contenida en el artículo 101 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado, de conformidad con el cual “*Las partes pueden elegir, luego de surgida la controversia, el Derecho que regirá la obligación derivada de un hecho dañoso, sin perjuicio de la Convención sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación de por carretera, concluida en La Haya el 4 de mayo de 1971. Esta elección debe ser expresa y no podrá atentar contra los derechos de terceros*”. Destacan en esta norma dos limitaciones a la posibilidad de elección. La primera referida al momento de la misma, que, a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, sólo podría manifestarse una vez ocurrido el hecho ilícito. La segunda tiene que ver con la forma, al exigirse que la elección sea expresa, con lo cual se desecha la selección deducida del comportamiento de las partes, es decir, la elección tácita; posibilidad permitida en materia contractual.

Consideremos además que, el recurso a la elección bilateral también funciona por vía de la llamada conexión accesoria, figura que analizaremos *infra*, y a través de la cual podría darse cabida, en materia de responsabilidad civil extracontractual, a una cláusula de elección de Derecho que las partes hayan estipulado en un contrato. No debe dejar de mencionarse, finalmente, la posibilidad introducida por la Ley suiza de Derecho internacional privado, instrumento que en su artículo 132 permite que las partes puedan someterse a la Ley del foro, una vez que se haya producido el hecho ilícito, dotando a la norma de conflicto aplicable de cierto carácter facultativo<sup>973</sup>.

<sup>971</sup> El acuerdo también puede ser anterior “*cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial*”. Para la interpretación de lo que ha de entenderse por “*actividad comercial*”, la doctrina recomienda la consideración, en sentido contrario, de la definición que se ha dado a la expresión “*contratos concluidos con consumidores*”, en el marco del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ver: *Ibid.*, p. 315.

<sup>972</sup> La posibilidad de elección tácita ha sido criticada debido a su indefinición y a los problemas de concreción que plantea en materia de responsabilidad civil extracontractual y, además, por el riesgo de lefeorismo que implicaría su puesta en práctica. Ver Lanhe Chala citado en: *Ibid.*, p. 313.

<sup>973</sup> El carácter facultativo de las normas de conflicto implica que las partes pueden solicitar al juez la aplicación del Derecho del foro en lugar de aquel indicado por la norma indirecta, con lo cual, ésta perdería su naturaleza imperativa. Ver: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 55-67.

También suele recurrirse, tal como lo ha hecho la Convención de La Haya sobre Ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera de 1971, a acompañar la regla general de la *Lex loci delicti commissi*, con una cláusula de escape, de manera que pueda desaplicarse el Derecho del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, cuando existan vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el propio Convenio establece los casos en los cuales operará la cláusula de escape y los vínculos a ser considerados<sup>974</sup>.

Una solución similar puede encontrarse en el artículo 4,3 del Reglamento Roma II<sup>975</sup>. En este caso, ha dicho Palao Moreno comentando el Proyecto de Reglamento, la cláusula de escape funciona siempre y cuando se den dos requisitos; en primer lugar, que se desprenda de las circunstancias que el ilícito posee “*vínculos sustancialmente más estrechos*” con otro Estado; y, en segundo término, que la relación no guarde un “*vínculo significativo*” con la *Lex loci delicti commissi* o la *Lex communis*<sup>976</sup>.

Otra conexión que juega a favor de una solución flexible, es la noción anglosajona de “*proper law of a tort*”. Esta solución ha sido recogida por la sección 145 del segundo *Restatement* estadounidense sobre conflicto de leyes, publicado en 1971. Tal disposición consagra la aplicación del Derecho con el

<sup>974</sup> Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a los Accidentes de Circulación por Carretera, Art. 4: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, se hacen las siguientes excepciones al artículo 3: a. Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la Ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado será aplicable para determinar la responsabilidad respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual, respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado. En caso de ser varias las víctimas, la Ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas. b. Cuando estuvieren implicados varios vehículos en el accidente, lo dispuesto en a sólo será de aplicación si todos los vehículos estuvieren matriculados en el mismo Estado. c. Cuando estuvieren implicadas en el accidente una o más personas que se encontraren fuera del o de los vehículos en el lugar del accidente, lo dispuesto en a y b sólo será de aplicación si todas esas personas tuvieren su residencia habitual en el Estado en el cual el o los vehículos estuvieren matriculados. Lo mismo procederá, incluso cuando esas personas fueren también víctimas del accidente*”.

<sup>975</sup> Reglamento Roma II, Art. 4,3: “*Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión*”.

<sup>976</sup> Palao Moreno, Guillermo, Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa. (Una visión crítica del anteproyecto de propuesta de reglamento “Roma II”), en: *Derecho patrimonial europeo*, (Coord. G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa, M.J. Reyes López), Navarra, Thomson, Aranzadi, 2003, RdP Monografía, N° 10, pp. 271 ss., especialmente p. 289.

cual el hecho ilícito presente *the most significant relationship*. Llegar a esta solución implicó un tortuoso camino<sup>977</sup> que se inició con el ataque frontal, por parte de la doctrina estadounidense, a la rigidez del primer *Restatement* y a su consagración de la clásica regla *Lex loci delicti commissi*, en su sección 377, de acuerdo con la cual, el lugar del hecho ilícito es aquel en el cual tuvo lugar el último evento necesario para hacer a alguien responsable por el daño invocado. Luego, en 1951, aparece un artículo de Morris que, basado en la solución dada en Inglaterra al problema del Derecho aplicable a los contratos, propone la aplicación de la *proper law* a los casos de responsabilidad extracontractual, en lugar de la regla *Lex loci delicti commissi*. El autor propone que se aplique el Derecho con el cual la relación presente la conexión más significativa, el cual no sólo será el del lugar del daño, sino que también podría tratarse del Derecho del lugar donde ocurrió la conducta dañosa o el de la residencia de las partes, entre otros. Solución patrocinada por el autor, principalmente, en aquellos casos en los cuales la *Lex loci* presenta carácter fortuito<sup>978</sup>.

La jurisprudencia estadounidense dio el paso decisivo, en 1963, con el caso *Babcock c. Jackson*<sup>979</sup>, en el cual, el tribunal de Nueva York, aplicando una combinación del *interest analysis* de Currie con la *better law approach*, se rehusó a aplicar el Derecho de Ontario, lugar donde ocurrió el accidente, para aplicar la *Lex fori*. En este caso, el demandado, fundamentando su petición en el primer *Restatement*, pretendió la aplicación de la Ley de Ontario, lo cual fue aceptado en primera y segunda instancia. Pero en tercera instancia, la Corte Suprema de Nueva York resolvió aplicar su propio Derecho, adoptando la tesis del “*centro de gravedad*”, para cuya determinación, el tribunal apreció, como contactos significativos, el domicilio de las partes, la matrícula del vehículo, la ubicación del estacionamiento donde habitualmente se guardaba, el lugar donde estaba asegurado, el punto de partida y de destino, elementos ubicados todos en el estado de Nueva York. Fuld, magistrado a quien se atribuye la autoría de la decisión, estimó que, en este caso concreto, la regla podía conducir a resultados injustos y anormales, pues de haberse aplicado la Ley de Ontario, el conductor

<sup>977</sup> Para profundizar en el desarrollo de la *Lex loci delicti commissi* en el conflicto de leyes estadounidense, véase: De Boer, Th. M., *Beyond lex loci delicti. Conflicts methodology and multistate torts in american case Law*, Deventer, Antwerp, London, Frankfurt, Boston, New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.

<sup>978</sup> Morris, J., *The proper law of a tort*, en: *Harvard.L.Rev.*, 1951, Vol. 64, pp. 881 ss.

<sup>979</sup> Sin embargo, se reporta que la primera vez que se cuestionó la regla, fue en el caso *Kilberg c. North East Airlines* (1961). Aquí, la Corte de Apelaciones del segundo Distrito de Nueva York, en un accidente de aviación en Nantucket, Estado de Nueva York, se negó a aplicar la Ley de Massachusetts porque limitaba el monto de la indemnización y, en cambio, haciendo uso del orden público y calificando la indemnización del daño como una cuestión procesal, aplicó la Ley del foro que no limitaba tal indemnización.

habría resultado eximido de responsabilidad, además de considerar el interés del Estado de Nueva York como más importante y directo<sup>980</sup>.

Con el escepticismo que lo caracteriza, Juenger acusa a Fuld de haber acudido a tres criterios incompatibles: por un lado, un bilateralismo flexible que utiliza la relación más significativa como factor de conexión; por otro lado, el método unilateralista del análisis de intereses propuesto por Currie; y, finalmente, una tentativa teleológica de llegar a resultados deseables en la resolución de problemas causados por el tráfico jurídico externo<sup>981</sup>.

En todo caso, la falta de previsibilidad y certeza en el resultado parece ser el mayor pecado de esta solución, un precio demasiado alto a pagar para evitar los inconvenientes de la regla clásica, según han concluido Batiffol y Lagarde, por lo cual prefieren una vía más segura, que consistiría en el establecimiento de excepciones a la regla general de la *Lex loci delicti commissi*<sup>982</sup>. Pero a pesar de las críticas, incluso el Instituto de Derecho Internacional se ha dejado seducir por esta solución que destaca los vínculos que pueda tener la relación con un ordenamiento jurídico determinado. Recordemos que en el artículo 2 de la Resolución adoptada en la sesión de Edimburgo en 1969, se calificó al lugar donde ocurre el hecho ilícito, como aquel con el cual “*la situation est la plus étroitement liée, eu égard à tous les faits reliant le délit à un lieu donné, depuis le commencement du comportement délictuel jusqu’à la réalisation du préjudice*”.

Finalmente, no deja de llamarnos la atención, el sistema híbrido adoptado por el Reglamento Roma II. De conformidad con el artículo 4 de este instrumento, “*1. Salvo disposición en contrario de este Reglamento, la Ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya*

<sup>980</sup> Tribunal Superior del Estado de Nueva York, Sent. 09/05/1963, *RC de DIP*, 1964, pp. 284 ss. (191 N.E.2d, p. 283). “*La doctrina del ‘centro de gravedad’ o del ‘agrupamiento de contactos’ adoptada por nuestra Corte en materia de contratos nos parece igualmente apropiada para acomodar los intereses en conflicto en casos multi-estatales de responsabilidad extracontractual. La justicia, la equidad y ‘el mejor resultado práctico’... se logran más oportunamente dando efecto controlador al Derecho del Estado que, por su relación o contacto con el acontecimiento o con las partes, tiene el mayor interés en el punto específico en disputa*”. En casos posteriores, los tribunales han dividido sus opiniones en torno a estos dos criterios. Ver decisiones posteriores en: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 186-189.

<sup>981</sup> Juenger, Friedrich, Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos, en: *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, Cuartas jornadas de Derecho internacional privado, 4-5 de junio de 1993, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, pp. 36 ss., especialmente, p. 48.

<sup>982</sup> Batiffol y Lagarde, *Droit international privé...*, ob. cit., T. II, p. 216. En sentido similar, Pryles ha afirmado que los enfoques contemporáneos en el conflicto de leyes de Estados Unidos, sacrifican los objetivos tradicionales del Derecho internacional privado: certeza, uniformidad y cohesión e integración internacional. Ver: Pryles, *Tort and relates obligations...*, ob. cit., pp. 85-86.

*producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. 2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la Ley de dicho país*<sup>983</sup>.

A pesar de esta rigidez inicial –y por ello nos referimos *supra* al carácter híbrido de la solución comentada– el propio Reglamento, en su artículo 4,3, permite que, a pesar de las conexiones adoptadas en los apartados 1 y 2 del propio artículo, si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la Ley de este otro país, coronando el sistema con una cláusula de escape.

Comentando la norma correspondiente del Proyecto, Palao Moreno afirmó que la exclusión de la regla de la ubicuidad (*Übiquitätsregel*), presente en ciertos sistemas europeos, obedece a que los resultados prácticos de su aplicación han sido dispares en los diversos Estados. En su opinión, esta solución busca eliminar el problema que suscita la localización del Derecho aplicable en los complejos casos de dispersión territorial de los elementos de la relación, a la vez que evita las consecuencias imprevisibles que se pueden derivar de las soluciones construidas por la jurisprudencia y la doctrina de algunos Estados<sup>984</sup>.

Esta combinación obedece, utilizando las palabras de los Considerandos 14 y 16 del Reglamento, a que por una parte “*La conexión con el país donde se produzca el daño directo (Lex loci damni) crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada*” correspondiéndose con la concepción moderna del Derecho de la responsabilidad civil y con el desarrollo de los regímenes de la responsabilidad objetiva; y, por otra parte, la adopción de la cláusula de escape junto a las demás conexiones contribuye a la consecución de los objetivos perseguidos por el Reglamento: “*La exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en casos individuales*”.

Finalmente, podemos apuntar aquellos sistemas que se han inclinado hacia la especialización de la norma de conflicto, ante la dificultad de adoptar

<sup>983</sup> Comentando la principal conexión en el marco del Reglamento Roma II –lugar del efecto dañoso–, Palao Moreno afirma que “*la Lex loci delicti commissi es susceptible de generar graves dificultades para llevar a cabo su ubicación espacial en determinados supuestos, debido a su extremada rigidez. Sobre todo, cuando el mencionado criterio territorial juegue en solitario y no se vea acompañado de otros factores que procuren flexibilizarlo o materializarlo*”. Ver: Palao Moreno, *responsabilidad civil extracontractual...*, ob. cit., p. 348.

<sup>984</sup> Palao Moreno, *Hacia la unificación de las normas de conflicto...*, ob. cit., p. 287.

una regla general que se acomode a los diversos supuestos de hecho ilícito. En efecto, durante la XI sesión de la Conferencia de La Haya (1967-1968), luego de arduas discusiones, se desechó la idea de aprobar una convención que regulase de manera general la responsabilidad civil extracontractual y, ante la dificultad de llegar a una solución idónea al respecto, decidieron trabajar sólo dos áreas de la responsabilidad por hecho ilícito. Es así que resultaron las Convenciones sobre responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación por carretera (1971) y sobre daños causados por productos defectuosos (1973). Con idéntica dificultad se encontró el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Edimburgo (1969).

Ante tal disyuntiva, Batiffol estimó que la adopción de normas específicas dejaría al intérprete sin directrices en aquellos casos especiales para los cuales no se hubiere previsto una expresa solución. En opinión del maestro francés, el progreso del Derecho internacional privado no debería conducir a la negación de un régimen general a la responsabilidad civil extracontractual, pues el proceso de constante elaboración del Derecho consiste más bien en el establecimiento de reglas de cierta generalidad, de manera de orientar y guiar al operador jurídico, dejando abierta la posibilidad de introducir excepciones, derogaciones y precisiones, que la experiencia pudiera revelar como útiles y que serían, en su oportunidad, objeto de definición<sup>985</sup>.

Finalmente, tal como hemos reseñado *supra*, el Instituto aprobó una resolución en la cual se recomienda mantener la regla general, pero permitiendo ciertas excepciones, especialmente en aquellos casos en los cuales el lugar del hecho ilícito fuese puramente fortuito, o cuando el entorno social de las partes resultare ser diferente del entorno geográfico del hecho ilícito. Pensamos, no obstante, que difícilmente se presentará tal supuesto, pues el artículo 2 la propia Resolución considera que el delito se ha cometido en el lugar con el cual presente los vínculos más estrechos<sup>986</sup>. En todo caso, parece que la tendencia general apunta hacia una consagración del principio general, normalmente girando en torno a la *Lex loci delicti commissi*, acompañado por normas particulares para algunos tipos específicos de hechos ilícitos, respondiendo un poco a la evolución de la responsabilidad civil extracontractual en los Derechos internos<sup>987</sup>.

<sup>985</sup> Referencia tomada de Fresno de Aguirre, Obligaciones extracontractuales..., ob. cit., p. 1158.

<sup>986</sup> Resolución del Instituto de Derecho Internacional, Art. 2: “*Aux fins de l'article premier, un délit est considéré avoir été commis dans le lieu auquel la situation est la plus étroitement liée, eu égard à tous les faits reliant le délit à un lieu donné, depuis le commencement du comportement délictuel jusqu'à la réalisation du préjudice*”. En: [http://www.idi.iil.org/idiF/resolutionsF/1969\\_edi\\_04\\_fr.pdf](http://www.idi.iil.org/idiF/resolutionsF/1969_edi_04_fr.pdf)

<sup>987</sup> Bourel ha afirmado que si bien la regla subsiste, su aplicación no es ni general ni exclusiva, y con frecuencia es dejada de lado en beneficio de otras conexiones. Esa evolución es el precio de la fuerza de expansión

Actualmente, la Ley suiza de Derecho internacional privado parece representar el paradigma de las soluciones específicas. En ella se ha reconocido que si bien la conexión del lugar donde ocurre el hecho ilícito ocupa un lugar central en el sistema, ésta ha sido atenuada con el recurso a soluciones especializadas que diversifican las conexiones de los distintos tipos de hecho ilícito. Así, la Ley suiza hace referencia a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación por carretera, del hecho de los productos, por ilícitos derivados de la competencia desleal, por inmisiones y la derivada de atentados a la personalidad.

También podría citarse como ejemplo de esta tendencia, a la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado, de 2004, en cuyo artículo 99, luego de consagrarse como regla general la aplicación del Derecho de la residencia habitual común y, en su defecto, el del lugar en el cual el hecho generador o el daño han ocurrido o amenazan con ocurrir, se establecen reglas especiales para los casos de difamación o atentados a la vida privada o a los derechos de la personalidad; competencia desleal o práctica comercial restrictiva; daños a los bienes o a las personas resultantes de atentados al medio ambiente; responsabilidad del productor, del importador o del proveedor de un producto; y, finalmente, los casos de accidentes de circulación por carretera. También la Ley Rumana sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado, consagra una regla general en su artículo 107 y regula, de manera especial, los daños derivados de atentados a la personalidad, los provenientes de productos defectuosos y aquellos ocurridos en el marco de la competencia desleal.

Técnica semejante se ha adoptado en el Reglamento Roma II. En este sentido, tal como lo reconoce el Considerando N° 19, además de la regla general, “*Conviene prever normas específicas para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego*”, entre estas últimas destacan los supuestos de productos defectuosos; competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia; daños medioambientales; infracción de los derechos de la propiedad intelectual; acciones de conflicto colectivo; y, finalmente, hace referencia a las obligaciones derivadas de hechos no delictivos, regulando la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la culpa *in contrahendo*.

---

de la noción de obligación delictual; expansión que no puede satisfacerse con la abstracción y rigidez de la regla clásica. La Ley única indiferente a la variedad de situaciones concretas se sustituye, o tiende a sustituirse, por Leyes aplicables a cada ilícito específico. Ver: Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., pp. 30-31. Ver también: Bourel, *Du rattachement de quelques délits spéciaux...*, ob. cit., pp. 281-284.

No dejamos de notar que ninguno de los instrumentos citados se refiere de manera expresa al caso de los servicios. Desde luego, la mayoría regula los accidentes de circulación por carretera, ilícitos que podrían derivarse de la prestación del servicio de transporte y para el cual apreciamos el dominio de la conexión lugar donde se produce el accidente. Tampoco descartamos que de la prestación de un servicio pueda derivarse un atentado a la personalidad, con lo cual podrían resultar aplicables, de forma general, el Derecho del lugar de la residencia de la víctima, del lugar de la residencia o establecimiento del agente o del lugar del daño, siempre que el agente haya podido prever que el mismo se produciría en ese lugar. Pensemos en la difamación que resulte de los servicios de un abogado, o a través de un programa de televisión.

En tales supuestos, resulta evidente la aplicación de las normas especiales; mas seguimos sin respuesta general para la responsabilidad civil extracontractual derivada de la prestación de servicios. Hecho que conduce al operador jurídico a la necesaria aplicación de la norma general sobre la materia. Solución esta a la que también acudirán los sistemas que, como el venezolano, sólo disponen de una norma de conflicto para regular todos los tipos de hecho ilícito.

### 3. *¿Una solución para el servicio a través del producto?*

Es indudable, a pesar de las diversas soluciones que hemos señalado, que existe una marcada tendencia en el Derecho comparado a aceptar la vigencia, como norma general, de la regla *Lex loci delicti commissi*, acompañada de conexiones especiales para casos concretos de hecho ilícito. También podemos claramente observar que los instrumentos que adoptan esta particular solución, regulan expresamente el caso de los productos defectuosos, pero mantienen el silencio frente a los servicios, no obstante las constantes referencias a los accidentes de circulación por carretera. Esta situación nos hace preguntarnos, siguiendo quizá la tendencia del Derecho interno en algunos sistemas, por la posibilidad de aplicar la normativa en materia de productos defectuosos, por vía analógica, a los servicios.

Esta posibilidad impone al operador jurídico la tarea de resolver un problema de calificaciones, en el sentido de determinar si, en efecto, puede establecerse una relación analógica entre el producto y el servicio. Recordemos que desde el punto de vista conceptual –tal como lo hemos puesto de manifiesto en la primera parte de este Trabajo– existen claras diferencias entre el producto y el servicio. En tal sentido, comentando el sistema suizo, Bucher y Bonomi estiman que la noción de producto –entendida en su más amplio sentido– se refiere a todos

los bienes materiales, no sólo aquellos cuya existencia es determinada por el hecho del hombre a través de procesos industriales o de fabricación (brutos o manufacturados), sino también aquellos naturales o agrícolas<sup>988</sup>, lo cual, desde luego, deja fuera los servicios.

El segundo problema a enfrentar, tiene que ver con el fundamento de la responsabilidad extracontractual y la adecuación de los factores de conexión utilizados en el ámbito de los productos, para regular los servicios. Hemos de examinar las conexiones utilizadas en el Derecho comparado para poder concluir su aplicación a los servicios o, por el contrario, para reafirmar más bien la aplicación de las normas generales en materia de hechos ilícitos.

Comencemos con la Ley suiza. Este instrumento permite a la víctima, en su artículo 135, elegir entre el Derecho del Estado en el cual el autor tiene su establecimiento o, en su defecto, su residencia habitual y el Derecho del Estado en el cual el producto ha sido adquirido, salvo que el autor pruebe que el producto ha sido comercializado en ese Estado sin su consentimiento. La Ley italiana, en su artículo 63, contiene una solución similar al disponer que “*La responsabilidad por daño de productos se rige, a elección del perjudicado, por la Ley del Estado en que se encuentra el domicilio o la administración del productor, o bien por aquella del Estado en que el producto ha sido adquirido, a menos que el producto haya sido puesto en el comercio sin su consentimiento*”.

Llama la atención en estas disposiciones la preferencia por el establecimiento o residencia del fabricante, mientras se deja fuera la residencia de la víctima, cuestión que sugiere una disminución considerable en la protección debida al consumidor<sup>989</sup>. Consideremos que el lugar de domicilio o establecimiento del agente no coincide necesariamente con el lugar del daño, pues el mismo puede producirse en cualquier momento de la cadena de producción o distribución del producto, en un Estado diferente de aquel en que se encuentra localizado el productor. En el ámbito de los productos –y así lo reconoce la doctrina– este detalle es poco relevante, pues en la mayoría de los sistemas jurídicos, la responsabilidad por el hecho de los productos es imputada al

<sup>988</sup> Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 291.

<sup>989</sup> Comentando la norma de la Ley italiana, Pocar afirma que en el proyecto original las conexiones del domicilio o establecimiento del fabricante y el lugar donde el producto se introdujo en el mercado estaban acompañadas por la del lugar del hecho ilícito, añadiendo de esta manera una protección suplementaria al consumidor. Sin embargo, la supresión de toda referencia al lugar de los efectos del hecho ilícito, que frecuentemente coincide con el domicilio o residencia de la persona lesionada, reduce de manera sustancial la protección. El autor no niega que las conexiones en el proyecto original podían favorecer excesivamente al consumidor, con consecuencias imprevisibles para el fabricante; sin embargo el texto vigente desmejora considerablemente su situación. Ver: Pocar, Fausto, *Le Droit des obligations dans le nouveau Droit international privé italien*, en: *RC de DIP*, 1996, N° 1, pp. 41 ss., especialmente p. 65.

productor o, en su caso, al importador o distribuidor, independientemente de la prueba de una conducta culposa de su parte, es decir, nos ubicamos en el terreno de la responsabilidad objetiva<sup>990</sup>. Cuestión que no podríamos afirmar en el caso de los servicios, tema en que la responsabilidad civil fundamentada en la falta de diligencia parece predominar.

La Ley rumana, por su parte, admite también la elección de la víctima, pero una de las conexiones es diferente. Así, el artículo 114 del citado instrumento, permite al lesionado elegir entre el Derecho de su domicilio o de su residencia y el Derecho del Estado en el cual el producto fue adquirido, correspondiéndole al fabricante, productor o proveedor, probar que el producto se llevó al territorio de ese Estado sin su consentimiento. La Ley que contiene el Código Belga se separa de estas soluciones que dan cierta entrada a la voluntad conflictual de la víctima del daño al disponer, en su artículo 99,4, la aplicación del “*Derecho del Estado sobre el territorio del cual la persona lesionada tiene su residencia habitual al momento de la ocurrencia del daño*”.

Tanto la Ley rumana como la belga dan cabida a la que parece ser la conexión más protectora a los intereses de la víctima, pues ambas admiten la aplicación de Derecho del lugar del domicilio o residencia del lesionado. Factor que también es recogido por el Reglamento Roma II, el cual, en su artículo 5, establece que el Derecho aplicable a los daños causados por un producto será el “*del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país*”. Sin embargo, si el producto se comercializó en el lugar en que se adquirió o en el país en que se produjo el daño, serán estos los Derechos aplicables. Con esta solución, pensamos que el legislador comunitario demuestra su intención de aplicar la Ley del lugar de comercialización. De hecho, si el proveedor no pudo prever la comercialización del producto en el lugar de la residencia de la víctima, en el lugar de adquisición o en el lugar del daño, se aplicará el Derecho de su residencia habitual. Estas disposiciones se acompañan de una cláusula de escape.

Con esta solución se manifiesta cierta preferencia por el productor, al considerarse la previsibilidad de la comercialización. A pesar de reconocer su parecido con el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1973, Palao Moreno afirma que este último texto incorpora otras soluciones con las que se trata de fomentar y equilibrar los intereses de todas las partes involucradas, tornándose por ello más compleja (Arts. 4, 6, 7 y 9)<sup>991</sup>.

<sup>990</sup> Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 290.

<sup>991</sup> Palao Moreno, *Hacia la unificación de las normas de conflicto...*, ob. cit., p. 291.

Por su parte, la conexión referida al lugar de adquisición del producto<sup>992</sup> –factor que vemos repetirse en la mayoría de las disposiciones citadas– es, generalmente, condicionada por la circunstancia de que el producto haya sido puesto en ese mercado con el consentimiento del responsable. Con ello se busca garantizar, de alguna manera, los intereses de este último. Bucher y Bonomi afirman que la ausencia de consentimiento no puede ser admitida si el agente del daño ha tomado todas las medidas necesarias para que su producto sea comercializado en un Estado determinado. Igualmente, si el Estado en cuestión forma parte de una zona de libre comercio o si el producto es exportado hacia tal Estado –estiman los autores– el agente del daño será responsable por las consecuencias de la comercialización de sus productos en todos los Estados de la zona<sup>993</sup>. En el caso de los servicios, esta conexión coincidiría con el lugar de prestación de la actividad de que se trate, inclinando la balanza, indudablemente, a favor del prestador del servicio.

Finalmente, hemos de reseñar la Convención de La Haya sobre responsabilidad por productos defectuosos, instrumento que juega con cuatro conexiones, a saber, lugar donde se produce el daño, lugar de la residencia de la víctima, lugar del establecimiento principal del agente y el lugar de adquisición del bien<sup>994</sup>. Con relación a este instrumento, Palao Moreno analiza las ventajas y desventajas de su aplicación a la responsabilidad civil derivada de los servicios,

<sup>992</sup> La utilización del término “*adquisición*” en la mayoría de los instrumentos citados, sugiere cierto carácter contractual de la responsabilidad. Sin embargo, Bucher y Bonomi, comentando el artículo 135 de la Ley suiza, consideran que tal expresión no sólo está referida a la transferencia de la propiedad sino también a la posesión en el caso de arrendamiento, leasing, depósito o venta con reserva de dominio. El artículo 135 es igualmente aplicable en aquellos casos en que el producto defectuoso cause un daño a un tercero, caso del *bystander*. Los propios autores reconocen que en este último caso, la víctima puede no tener vínculo alguno con el Derecho del Estado en el cual el producto fue adquirido por el propietario; pero ello no es razón para privar al tercero de la protección que brinda la norma comentada. Igualmente, el tercero tiene acceso a la elección prevista en el artículo 133,2 de la propia Ley (“*Cuando el autor y el lesionado no tengan residencia habitual en el mismo Estado, esas pretensiones se rigen por el Derecho del Estado en el cual el acto ilícito se ha cometido. Sin embargo, si el resultado se ha producido en otro Estado, el Derecho de ese Estado es aplicable si el autor debía prever que el resultado se produciría allí*”). Ver: Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 290.

<sup>993</sup> *Idem*.

<sup>994</sup> A tal conclusión puede llegarse a partir de las normas contenidas en los artículos 4 y 5 de la Convención. Art. 4 : « *La loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, si cet Etat est aussi: a) l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, ou b) l'Etat de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou c) l'Etat sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée* ». Art. 5. « *Nonobstant les dispositions de l'article 4, la loi applicable est la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, si cet Etat est aussi: a) l'Etat de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou b) l'Etat sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée* ».

para lo cual comienza por realizar una interesante lectura de la Convención en función de estos últimos<sup>995</sup>.

En primer lugar, el autor español entiende que se aplicará la *Lex loci delicti commissi* si coincide con la residencia habitual de la víctima, el establecimiento principal del agente o el lugar de suministro (Art. 4); luego, se aplicará con preferencia a la anterior conexión, el Derecho del lugar de la residencia habitual del usuario o donde éste sufra el daño (Art. 5). En defecto de las anteriores conexiones se acudirá, a elección del usuario, al Derecho del lugar del establecimiento del prestador del servicio o al Derecho del lugar donde sufra el daño (Art. 6). Hemos de añadir la posibilidad, bastante frecuente, de que en la práctica ambos coincidan. Igualmente, se excluyen las dos primeras soluciones si el agente del daño no pudo prever su aplicación (Art. 7), tomando en cuenta, en todo caso, las normas de seguridad del lugar del suministro del servicio (Art. 9).

Con semejante sistema se persigue una doble finalidad –en opinión de Palao Moreno. En primer lugar, con la técnica del agrupamiento de contactos (Arts. 4 y 5) se evitaría el carácter fortuito de la determinación del Derecho aplicable, uno de los pecados capitales de la *Lex loci delicti commissi*. En segundo lugar, se da cabida al principio *favor laesi*, adoptando soluciones materialmente orientadas con la incorporación de la regla de la alternatividad en el artículo 6. De manera general, a pesar de reconocer sus deficiencias, el autor estima que la Convención comentada proporciona la oportunidad de atribuir una solución especializada y materializada, al adaptarse a los caracteres propios del servicio. En la práctica, su aplicación a la responsabilidad civil derivada de los servicios, supone un valioso acercamiento entre los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*, a la vez que vela, de forma transaccional, por todos los intereses en presencia, buscando un equilibrio entre los mismos.

Sin duda, unas más que otras, las conexiones utilizadas por los diversos instrumentos comentados, se adaptan al caso especial de los servicios. Mas no debemos dejar de observar que el gran obstáculo para la aplicación analógica de las conexiones utilizadas para el caso de los productos, se encuentra en la previa calificación del supuesto que lleva a cabo el operador jurídico, generalmente, de conformidad con los criterios materiales de su propio Derecho. Así, en caso que el operador jurídico, cuyo sistema conflictual contemple soluciones especiales para los casos de responsabilidad civil derivada de los productos defectuosos, no pueda sortear el problema de la calificación y no consiga justificar la aplicación analógica de normas especiales, tendrá que recurrir a la regla general.

<sup>995</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 123-128.

He allí el valor –que el Derecho internacional privado moderno no ha querido sacrificar– de una solución general aplicable a supuestos no previstos por el sistema de conexiones especiales.

#### 4. *Regulación de la responsabilidad civil extracontractual por servicios en el sistema venezolano*

En el caso del sistema venezolano encontramos dos normas generales, una en una fuente convencional –el Código Bustamante– y otra en la Legislación interna; además de algunas normas especiales contenidas en las Leyes de Comercio Marítimo y de Aeronáutica Civil. No existe regulación especial para la responsabilidad civil derivada de los servicios de manera general; y en materia de productos se ha aceptado la aplicación del régimen general contenido en el Código Bustamante y en la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>996</sup>.

##### a. Codificación convencional: el Código Bustamante

Siguiendo el orden de prelación de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, comenzaremos por señalar las soluciones dadas por el Código Bustamante. Este tratado establece, en su artículo 167, que las obligaciones “*derivadas de delitos o faltas se sujetan al mismo Derecho que el delito o falta de que procedan*” y, de acuerdo con el artículo 168, “*Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la Ley, se regirán por el Derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o culpa que las origine*”.

Con tales soluciones, el Código Bustamante establece una clara diferencia entre los hechos ilícitos que constituyen la violación de la Ley penal y aquellos cuya causa generadora, a pesar de ser ilícita y causar daños, no está tipificada como delito. Así lo admite al propio autor al afirmar que “*Las obligaciones que nacen de culpa o negligencia y que pueden ser propias y personales, o de otros que estén con el obligado en relaciones de familia o de dependencia, caen unas veces y otras no en las sanciones del Código penal. Dentro del primer caso no hay duda posible, ya que la misma Ley llamada a castigar el delito, la falta o la imprudencia temeraria, que es la Ley territorial, decidirá de todas las consecuencias civiles del hecho punible. En el segundo debe ser*

<sup>996</sup> Guerra Hernández, Víctor Hugo, *La responsabilidad civil extracontractual por productos en el Derecho internacional privado*, Caracas, FCJPUCV, FDUACAB, 2002, pp. 152-178.

también la *Ley local* la que se aplique, ya que descansa en un concepto interior de la garantía de todos y con ello de la responsabilidad en que incurren los que la quebrantan por sí o deben impedir que la quebranten otros”<sup>997</sup>. Con su explicación, Bustamante vuelve a encerrarse en su laberinto terminológico, al referirse a la Ley de lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o culpa que origine el hecho ilícito como “*Ley local*” o “*Ley territorial*”<sup>998</sup>.

Así, en el supuesto del artículo 167 del Código Bustamante, hemos de empezar por considerar que de conformidad con las disposiciones del Libro Tercero del propio Código, relativo al Derecho penal internacional (Arts. 296 ss.), el Derecho aplicable al delito es aquel vigente en el lugar donde éste se comete<sup>999</sup>. Por ello, el Derecho que rige la responsabilidad civil derivada de un

<sup>997</sup> Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. II, pp. 248-249.

<sup>998</sup> Admitiendo el carácter territorial de la solución contenida en el Código Bustamante, Guerra Hernández se plantea la necesidad de calificar tal noción, con respecto a lo cual se pregunta “¿Por qué no permitir entonces a la víctima calificar esa *Ley territorial* bien como lugar en donde se produce el daño o perjuicio, o bien como el lugar en donde él despliega sus efectos? Para la doctrina no resulta novedoso este planteamiento, pues ya hemos visto como alrededor de esta territorialidad se han formulado diversas teorías para responder a los casos de delitos a distancia, permanentes o continuados”. El autor venezolano estima que Bustamante se orienta hacia las soluciones a favor de las víctimas demandantes, pues, en su opinión, por ejemplo en la hipótesis del artículo 302 del propio Código, según el cual “Cuando los actos de que se componga un delito se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al Derecho de la soberanía local en el que el delito se haya consumado”, la víctima de un delito continuado puede elegir entre el Derecho de la causa generadora y aquel del Estado en el cual se produzcan los efectos dañosos. Su “*idea gira en torno a la posibilidad que, por ejemplo, podría tener la víctima de escoger entre dos Derechos potencialmente aplicables y, como se ha dicho, más allá de una interpretación literal de las normas, nos orientamos hacia la búsqueda de soluciones finalistas que permitan atender a la justicia del caso concreto*”. Añade el propio autor, que la solución finalista podría encontrarse a través de la aplicación, a las obligaciones extracontractuales, de la autonomía de las partes consagrada por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos (Art. 9), incluso admite el afianzamiento en el sistema venezolano de soluciones flexibles para la determinación del Derecho aplicable, es el caso de la determinación de los vínculos más estrechos (Art. 7). Ver: Guerra Hernández, *La responsabilidad civil extracontractual por productos...*, ob. cit., pp. 165-166. Ver del mismo autor: Artículo 32. Obligaciones no convencionales, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUVCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 833 ss., especialmente pp. 840-841. Nosotros hemos afirmado en otras ocasiones que aun en aras de la flexibilización del Derecho internacional privado contemporáneo, sólo una interpretación extensiva, e incluso algo forzada, del Código Bustamante podría conducirnos a tal conclusión. La aplicación extensiva del principio de la autonomía de las partes previsto para los compromisos contractuales, a las obligaciones de origen extracontractual, choca con el sentido y origen de la autonomía de la voluntad vigente en materia de contratos, figura tomada del Derecho interno de las obligaciones. Por más que podamos desear su aceptación en materia de hecho ilícito, y a riesgo de parecer conservadores, estimamos que sólo una expresa consagración por parte del legislador internacionalprivatista, tal como ocurre con los instrumentos que según hemos visto a lo largo de este estudio, confieren a la víctima el poder de elegir. Ya hemos mencionado *supra* los peligros de esta solución, de manera que el otorgamiento de tal facultad ha de entenderse como competencia exclusiva del legislador. Ver: Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 130-131.

<sup>999</sup> Véase, en tal sentido, el principio general contenido en el artículo 296 del Código Bustamante, según el cual “*Las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, sin más excepciones que las*

delito depende, por vía de una consagración de la *Lex causae*, del Derecho del lugar en que ocurre. Sin embargo, establecer tal paralelismo entre el Derecho que rige el delito y el Derecho a ser aplicado a sus consecuencias civiles ha sido criticado por la doctrina, incluso en aquellos casos en los que el asunto se plantea ante una misma autoridad, pues el vínculo que une la cuestión civil a la penal es meramente procesal, por lo cual no implica alteración alguna en la naturaleza de la acción civil, de manera que no existe justificación para la aplicación de una Ley diferente a la responsabilidad civil, dependiendo de si la acción civil se ejercita de manera independiente o unida a la acción penal<sup>1000</sup>.

Sin embargo, Gonzalo Parra-Aranguren estima que siendo el Derecho aplicable a la responsabilidad civil *ex delicto* el del lugar de comisión del hecho punible, en definitiva, se asume la tesis de la *Lex loci delicti commissi*. Al tal conclusión llega al afirmar que el Derecho penal, como parte del Derecho público, está signado por el principio de territorialidad, fundamento que también subyace bajo la formulación de la regla *Lex loci delicti commissi*<sup>1001</sup>.

Nosotros compartimos la opinión de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, en el sentido de entender que el sometimiento de la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito al Derecho que rige la cuestión penal, parte de una visión excesivamente normativista, que hace caso omiso de la idéntica naturaleza y función resarcitoria de la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito civil o penal, incluso con independencia de que la acción se plantee en sede penal<sup>1002</sup>. En tal sentido, podemos afirmar con Gardeñes Santiago que la responsabilidad civil *ex delicto* no deriva propiamente del delito o falta, sino del hecho dañoso<sup>1003</sup>. Justamente, tratando de mantener la independencia de

---

*establecidas en este capítulo*". Considérense además los artículos 302 ("Cuando los actos de que se componga un delito, se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado") y 303 ("Si se trata de delitos conexos en territorios de más de un Estado contratante, sólo estará sometido a la ley penal de cada uno el cometido en su territorio"). Resaltados nuestros.

<sup>1000</sup> Gardeñes Santiago, La Ley aplicable a la responsabilidad civil..., ob. cit., pp. 166-167.

<sup>1001</sup> Parra-Aranguren, Gonzalo, Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado, en: *Monografías selectas de Derecho internacional privado*, Caracas, BACPS, Serie Estudios, 1984, N° 21, pp. 553 ss., especialmente p. 580. En sentido similar se pronuncia, al comentar estas disposiciones, Fresnedo de Aguirre, afirmando que ambas siguen el criterio clásico, ya que "en principio, la Ley aplicable será la del Estado donde se produce el hecho causante del daño, ya sea éste un delito o falta, o cualquier otro acto u omisión referido en el art. 168". Ver: Fresnedo de Aguirre, Obligaciones extracontractuales..., ob. cit., p. 1182.

<sup>1002</sup> Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 495.

<sup>1003</sup> "...tanto la responsabilidad civil como la penal derivarían de un mismo hecho generador de daños, pero ninguna de ellas derivaría de la otra. Por esta razón, la misma expresión 'responsabilidad civil derivada del delito', aunque consagrada por el uso, resultaría técnicamente incorrecta". Ver: Gardeñes Santiago, La Ley aplicable a la responsabilidad civil..., ob. cit., p. 163.

la cuestión civil de la penal, las Convenciones de La Haya de 1971 en materia de accidentes de circulación por carretera<sup>1004</sup> y de 1973 sobre productos defectuosos<sup>1005</sup>, contienen sendas disposiciones en las cuales, al definir su ámbito de aplicación, ratifican que el Derecho indicado por las normas de conflicto contenidas en tales instrumentos convencionales, será aplicado independientemente de la jurisdicción o autoridad que haya de conocer del asunto<sup>1006</sup>.

Ahora bien, el propio Código Bustamante, establece excepciones a la aplicación de la Ley del lugar en que ocurre el delito, lo cual se reflejaría, en definitiva, en el Derecho aplicable al hecho ilícito, en los casos en los cuales el delito se comete en espacios no sometidos a soberanía alguna. En tal sentido, el artículo 308 *eiusdem* dispone que “*La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor de acuerdo con sus Leyes penales*”. Y el artículo 309 añade que “*En los casos de abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves o aeronaves de distinto pabellón, se aplicará la Ley penal de la víctima*”.

El sometimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* al mismo Derecho que rige el propio ilícito penal, podría plantear algunos problemas cuando el Derecho del Estado en el cual ha ocurrido el presunto ilícito penal, no lo considere como tal, y en cambio el Derecho venezolano sí lo califique como delito. Pensamos que si el caso se planteara como una reclamación por responsabilidad civil ante el juez civil, éste debería recurrir al artículo 167 del Código Bustamante, pues, a falta de una disposición especial, tal como lo establece el artículo 6 *eiusdem*, éste deberá calificar el supuesto *ex lege fori*.

Ahora bien, en el artículo 168, para los casos de aquellas obligaciones “*que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia*

<sup>1004</sup> Convenio de La Haya sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, Art. 1,1: “*El presente Convenio determina la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer el asunto*”.

<sup>1005</sup> Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la responsabilidad derivada del hecho de productos, Art. 1,3: “*La presente Convención se aplica cualquiera que sea la jurisdicción o autoridad llamada a conocer del litigio*”.

<sup>1006</sup> Comentando estas normas Gardeñes Santiago ha expresado que las mismas tienen un sentido explicativo o aclaratorio, pero en ningún caso pueden tener el efecto de excluir la aplicación preferente de otros convenios que no contengan normas similares. Por tanto, si un convenio nada establece al respecto, su silencio ha de ser interpretado en el sentido de que sus normas se aplican, independientemente de la autoridad que esté conociendo del caso. Ver: Gardeñes Santiago, La Ley aplicable a la responsabilidad civil..., ob. cit., p. 170.

*no penadas por la Ley*”, el Código sí establece expresamente el principio *Lex loci delicti commissi*. Pero al referirse al “*lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o culpa que las origine*”, se inclina a la calificación de la regla como el lugar en el que ocurre la causa generadora del hecho ilícito, excluyendo la posibilidad de aplicar, vía calificación de la *Lex loci*, el Derecho del lugar en el cual se materialicen los efectos dañosos.

Esta opción exclusiva por la Ley del lugar donde se ha producido la causa generadora del hecho ilícito, aplicada a los servicios, implica que el prestador deba atender al grado de diligencia exigido por el Derecho del lugar donde suministra el servicio, por ser la única normativa que podía haber previsto. Palao Moreno ve en esta solución dos ventajas esenciales, la segunda de las cuales resulta de dudosa aplicación en nuestro sistema<sup>1007</sup>. En primer lugar, protege a los destinatarios del mercado donde se presta el servicio, al aplicarse el Derecho del Estado de su residencia. Con esto, además de evitarse que el prestador del servicio evada las normas del lugar donde lo suministra, se lograría que el mismo atienda a las expectativas del usuario. La segunda ventaja es que esta solución guarda una estrecha relación con el concepto de prestación característica.

No dejamos de reconocer que, en efecto, en materia de servicios existe una fuerte relación entre la responsabilidad extracontractual y el contrato que pueda preexistir entre las partes. Además admitimos que la prestación característica en el caso de los servicios es, justamente, la realización de la actividad que, en este caso, da origen al daño. Lo que haría ruido desde nuestro punto de vista es la tesis de la prestación característica, solución desechada por nuestro sistema, para favorecer la evaluación de los elementos objetivos y subjetivos del contrato (Arts. 9 CIDACI y 30 LDIPV).

Ahora bien, según hemos reconocido *supra*, entender que el hecho ilícito ocurre en el lugar de la causa generadora, además de poner énfasis en el elemento culpa como fundamento de la responsabilidad, potencia la función preventiva de esta institución, lo cual es en algunos sistemas cuestionable. Sin embargo, si consideramos la importancia de la diligencia en los servicios, incluso en aquellos que se caracterizan como obligaciones de resultado, esta conexión parece acoplarse a la naturaleza del mismo. Además —y compartimos en este punto la opinión de Palao Moreno— esta solución reafirma la importancia de las normas de seguridad del Estado en que el prestador desarrolla la actividad<sup>1008</sup>, sin que sea dejada a discreción del juez la “*consideración*” de estas disposiciones, cuyo análisis abordaremos más adelante.

<sup>1007</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 69.

<sup>1008</sup> *Ibid.*, p. 71.

Por otra parte, es importante considerar que el Código Bustamante contiene algunas disposiciones especiales en materia de transporte marítimo y aéreo, en las cuales adopta una solución que, al ser aplicada a la responsabilidad civil, conduce a un resultado diametralmente opuesto al de su regla general. Así, en virtud del artículo 279 del Código, “*los poderes y obligaciones del capitán y la responsabilidad de los propietarios y navieros por sus actos*” dependen del Derecho del pabellón de la nave, conexión entendida como la nacionalidad o lugar de registro. Esta solución es igualmente aplicable a las aeronaves en virtud de la remisión hecha por el artículo 282 *eiusdem*<sup>1009</sup>.

Además el propio tratado contiene normas de conflicto relativas al abordaje<sup>1010</sup> en las cuales, además de aceptarse la aplicación de la Ley del pabellón, se da cabida a la aplicación del Derecho del lugar donde se verifique el abordaje, en los casos en los cuales el mismo, verificado en aguas territoriales o en aire nacional, involucra naves que no tuvieren un pabellón común (Art. 290).

## b. Codificación estatal

### b.1. La Ley de Derecho Internacional Privado: evolución e interpretación

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en su artículo 32, establece: “*Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito*”. Con esta solución se da cabida, en cierta medida, a la autonomía conflictual<sup>1011</sup>. Antes de la entrada en vigencia de la Ley, no existía en nuestro sistema

<sup>1009</sup> CB, Art. 282: “*Las disposiciones precedentes de este capítulo se aplican también a las aeronaves*”.

<sup>1010</sup> CB, Art. 288: “*Para determinar si la avería es simple o gruesa y la proporción en que contribuyen a soportarla la nave y el cargamento, se aplica la ley del pabellón*”; Art. 289: “*El abordaje fortuito en aguas territoriales o en el aire nacional se somete a la ley del pabellón si fuere común*”; Art. 290: “*En el propio caso, si los pabellones difieren, se aplica la ley del lugar*”; Art. 291: “*La propia ley local se aplica en todo caso al abordaje culpable en aguas territoriales o aire nacional*”; Art. 292: “*Al abordaje fortuito o culpable en alta mar o aire libre, se le aplica la ley del pabellón si todos los buques o aeronaves tuvieren el mismo*”; Art. 293: “*En su defecto, se regulará por el pabellón del buque o aeronave abordados, si el abordaje fuere culpable*”; y Art. 294: “*En los casos de abordaje fortuito en alta mar o aire libre, entre naves o aeronaves de diferente pabellón, cada uno soportará la mitad de la suma total del daño, repartida según la ley de una de ellas, y la mitad restante repartida según la ley de la otra*”.

<sup>1011</sup> Hernández-Bretón afirma, citando a Jayme, que el reconocimiento amplio de la autonomía conflictual, incluso en materia de hecho ilícito, representa una afirmación de la protección de la persona humana, particularmente ante el fenómeno de la globalización. “*La admisión del principio de autonomía conflictual es una indetenible realidad*”. No duda el autor en citar a von Overbeck al reconocer la irresistible extensión de la autonomía en Derecho internacional privado (von Overbeck, Alfred, L’irresistible

interno norma alguna que regulase la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito<sup>1012</sup>. Su antecedente se encuentra en el artículo 32 es el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963, modificado en 1965. De acuerdo con esta norma, “*Los actos ilícitos, la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa se rigen por la ley del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación*”. La inclusión de la posibilidad de elección a favor de la víctima aparece durante las discusiones desarrolladas en las dos primeras Reuniones Nacionales de Profesores de Derecho Internacional Privado en 1995 en la Universidad Central de Venezuela y en 1996 en la Universidad Católica Andrés Bello<sup>1013</sup>.

Lo primero que hemos de considerar al interpretar esta norma, es que nuestro legislador internacionalprivatista ha preferido la generalización a la especialización<sup>1014</sup>. El artículo 32 ampara todas las formas de hecho ilícito, desde la clásica responsabilidad civil derivada del hecho propio, pasando por la responsabilidad civil por el hecho de terceras personas, cosas o animales,

---

extensión de l'autonomie en Droit international privé. Nouveaux itinéraires en Droit, en: *Hommage a Françoise Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619 ss.). Ver: Hernández-Breton, *Mestizaje cultural en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 56.

<sup>1012</sup> Sin embargo la doctrina, sobre la base de las disposiciones del Código Bustamante y del entonces Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, no dudaba de la admisión de la regla *Lex loci delicti commissi* en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. En tal sentido Parra-Aranguren, *Las obligaciones extracontractuales...*, ob. cit., pp. 583-588; Lombard afirma al respecto: “*There is no statutory choice of law rule as to torts. Venezuelan writers accept the usual rule that tort liability is governed by the law of the place of the wrong. This is also the general rule of the Bustamante code*”. Ver: Lombard, *American-Venezuelan private international law...*, ob. cit., pp. 67-69, especialmente p. 67.

<sup>1013</sup> Refiriéndose a la norma del Proyecto, Hernández-Breton no dejó de reconocer la necesidad de calificar el criterio “*lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación*”. Igualmente señaló que en caso de que tal Derecho no tenga relación alguna con el caso concreto, el juez podría aplicar el Derecho del Estado con el cual el caso tenga la relación más estrecha. Véase: Hernández-Breton, Eugenio, *El régimen de las obligaciones en el Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965)*, en: *RFCJPUCV*, 1988, N° 69, pp. 321 ss., especialmente pp. 347-348. En el *Resumen de las observaciones al Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado, 1963-1965, elaboradas en la Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, UCAB, 1996* (consultado en original), puede leerse “*Con relación a la determinación del hecho originario de la obligación, se sugiere incluir, en este artículo, una cláusula de escape del siguiente tenor: ‘a menos que dicho derecho no tenga vinculación suficiente con el caso’, o la otra solución podría ser: primer factor de conexión el domicilio común de las partes y, subsidiariamente, el lugar donde se realiza el hecho*”. Tales observaciones no fueron consideradas en el Proyecto definitivo.

<sup>1014</sup> Comentando la generalidad del supuesto del artículo 10,9 del Código Civil español, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo han afirmado que la gran variedad de supuestos englobados en la categoría “*hecho ilícito*” aconsejan, a falta de especialización normativa, una especialización interpretativa, con lo cual el juez, vistas las circunstancias del caso concreto, permitirá elegir a la víctima o determinará el Derecho aplicable, considerando aquel que se encuentre “*naturalmente*” más vinculado con el caso, el que, en definitiva, sea más previsible. Ver: Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 505.

hasta las modalidades derivadas del desarrollo social y tecnológico, entre ellas, los supuestos de responsabilidad civil derivada de la utilización de productos defectuosos, aquella derivada de la contaminación transfronteriza, de atentados a la personalidad, de la competencia desleal, entre otros<sup>1015</sup> y, desde luego, aquella derivada de la utilización de servicios.

Sin embargo, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo excluyen del llamado estatuto delictual a la responsabilidad derivada de actos que contravengan el régimen de protección del mercado, en ámbitos como la protección de la propiedad industrial o al derecho de la competencia, que escapan, por su naturaleza y función, del concepto de obligaciones. Esta responsabilidad, incluso su efecto resarcitorio, se determinará de conformidad con el Derecho del mercado afectado, entendido como la *Lex loci protectionis* para los derechos de propiedad industrial e intelectual, cuya aplicación precisamente responde a una técnica unilateral adecuada a su finalidad<sup>1016</sup>.

Pero en nuestro sistema, sólo las obligaciones extracontractuales derivadas de hechos lícitos han sido reguladas de manera independiente en el artículo 33 de la Ley. De tal manera, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago de lo indebido, se encuentran sometidas al Derecho del lugar en el cual se ha desarrollado el hecho que origina la respectiva obligación<sup>1017</sup>.

En relación con la naturaleza de las conexiones elegidas por el legislador, Maekelt ve en ellas un juego de criterios rígidos que favorecen la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado. Sin embargo, la propia autora reconoce que en caso de que los efectos dañosos se hayan verificado en varios Estados, los diferentes Derechos regirán de manera alternativa considerando, en todo caso, el bien de la víctima, con lo cual se dota al sistema de cierta flexibilidad<sup>1018</sup> y, desde luego, de una indudable orientación material.

<sup>1015</sup> Así lo ha admitido entre nosotros: Romero, *Las personas jurídicas...*, ob. cit., pp. 177-178.

<sup>1016</sup> Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 494.

<sup>1017</sup> LDIPV, Art. 33: “*La gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa se rigen por el Derecho del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación*”. Para este tema ver: Carella, Gabriella, *La disciplina internacionalprivatistica delle obbligazioni da fatto lecito nella proposta di regolamento “Roma II”*, en: *RDIPP*, 2005, Anno XLI, N° 1, pp. 25 ss.

<sup>1018</sup> Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 102. José Luis Bonnemaïson también se muestra favorable al hecho de que “*se trata de resolver cada caso mediante el Derecho más favorable al interés de la víctima y con miras a la obtención del resarcimiento en los límites de su procedencia*”. Ver: Bonnemaïson, José Luis, *Instituciones y normas de Derecho internacional privado (Comentarios a la Ley de Derecho internacional privado de 1998)*, Caracas, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2002, p. 104. Atendiendo precisamente a aquello que sea más favorable para la víctima, Guerra Hernández comenta, con toda lógica, que la posibilidad de elección no sólo está dada a la víctima demandante, sino, en general, al operador jurídico. Ver: Guerra Hernández, Artículo 32..., ob. cit., p. 842.

A partir de una interpretación literal de esta disposición, podríamos afirmar que la facultad de elección de la víctima se limita a la escogencia del Derecho del lugar de la causa generadora<sup>1019</sup>. Sin embargo, debe más bien entenderse que la víctima puede escoger entre cualquiera de los dos Derechos a través de los cuales el legislador venezolano ha calificado la *Lex loci delicti commissi*<sup>1020</sup>. La elección depende –ha expresado la doctrina venezolana– de dos elementos. En primer lugar, de los vínculos más estrechos que presente la situación con los hechos que vinculan al ilícito con un lugar determinado, desde el comienzo del comportamiento ilícito hasta la materialización del perjuicio; y, en segundo lugar, de la necesidad de amparar los intereses de la víctima. En todo caso es obligación del juez, antes de decidir el asunto, escuchar a la víctima y, si fuere el caso, aplicar el Derecho elegido por ésta<sup>1021</sup>.

Una solución semejante está contenida en el Proyecto de Convención Interamericana en materia de responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza, al otorgar a la víctima la facultad de elegir entre el Derecho del lugar de la causa generadora, el del lugar donde se producen los efectos dañosos o el Estado de su residencia habitual. Adoptando, de tal manera, el principio de la ubicuidad en materia de Derecho aplicable a la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito<sup>1022</sup>.

En todo caso, nótese que el sistema interno venezolano no toma partido por alguna de las dos maneras tradicionales de entender a la *Lex loci delicti commissi*, sino que más bien da cabida a ambas posibilidades. Ya hemos referido, a través de los comentarios que hicieramos al Código Bustamante, la aplicabilidad del Derecho del lugar donde se produce la causa generadora en materia de responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios. El Derecho del lugar del resultado, por su parte, genera también algunos inconvenientes, cuando se le consagra de manera exclusiva<sup>1023</sup>. El primero de ellos tiene que

<sup>1019</sup> “Esta conexión determina el Derecho aplicable al hecho ilícito en forma subsidiaria, ya que, la víctima tiene atribuida la potestad de escoger se le aplique el Derecho del ‘lugar donde se produjo la causa generadora del hecho’, conexión principal acorde con la tendencia actual del Derecho Internacional Privado a favorecer el resarcimiento del daño”. Ver, Romero, *Las personas jurídicas...*, ob. cit., p. 180.

<sup>1020</sup> En sentido similar: Guerra Hernández, *La responsabilidad civil extracontractual por productos...*, ob. cit., p. 169.

<sup>1021</sup> Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 103.

<sup>1022</sup> Bases para una Convención Interamericana sobre Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional Competente en casos de Responsabilidad Civil por Contaminación Transfronteriza, Art. 5: “La Ley aplicable será, a opción del actor, la del Estado Parte: a. donde se produjo el hecho generador de la contaminación; b. donde se produjeron los daños reclamados; y c. en el que está domiciliado o tiene su residencia habitual o establecimiento comercial”.

<sup>1023</sup> Seguiremos en este punto a Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 74-75.

ver con su carácter fortuito —ya lo hemos afirmado— y con la dificultad de su calificación, especialmente en materia de transporte, donde puede ser entendido como lugar del domicilio o residencia de la víctima o como el lugar donde ésta se encontraba al materializarse el daño.

La segunda cuestión tiene que ver con las excesivas ventajas que puede la víctima obtener a partir de su aplicación. Piénsese en la aplicación, por esta vía, del Derecho de Estados Unidos y su particular manera de determinar la cuantía de los daños. El tercer cuestionamiento tiene que ver con los intereses del responsable y se traduce en una interrogante ¿es justo aplicar un Derecho que el agente del daño no pudo prever? Sobre todo cuando estamos frente a un supuesto para el cual es primordial la evaluación del grado de diligencia del prestador del servicio. Finalmente, al coincidir con la *Lex fori*, puede convertirse en una excusa para recurrir indiscriminadamente a esta última.

Ambas conexiones, consagradas de manera exclusiva, generan problemas. La alternatividad parece ser la mejor salida. “*No hay delito sin acción, ni delito sin resultado*”. Con esta frase ilustra Kegel la conveniencia de admitir las dos conexiones, sin que ninguna haya de preferirse a la otra, pues el lugar del ilícito se refiere tanto al lugar de su causa como al lugar de su efecto<sup>1024</sup>. Sin embargo, esta solución —en opinión de Palao Moreno— no debe ser sobre valorada, pues la misma puede convertirse en un subterfugio para aplicar la *Lex fori*, gracias a la posibilidad de manipulación que se ofrece a la víctima y, en última instancia, al juez. Además, esta regla mina la confianza que puedan tener las partes en un resultado neutral de la aplicación de la norma de conflicto<sup>1025</sup>.

Además de estos planteamientos generales, podemos formularnos algunas interrogantes específicas en relación con el artículo 32 de la Ley. Podríamos, utilizando el planteamiento expuesto por Maekelt, preguntarnos si la aplicación de uno u otro Derecho tendría carácter excluyente o si, por el contrario, sería posible, para cumplir con los objetivos de las normas venezolanas de conflicto (Art. 2 LDIPV), aplicar ambos derechos y resolver el caso, si fuere necesario, recurriendo a los criterios de la adaptación (Art. 7 LDIPV)<sup>1026</sup>. Ya nos hemos referido antes al cierto rechazo que, hacia el *dépeçage*, se ha producido en

<sup>1024</sup> Kegel, Gerhard, *Derecho internacional privado*, (Trad. M. Betancourt Rey), Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982, pp. 405-412.

<sup>1025</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 80-81.

<sup>1026</sup> Ver: Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., pp. 103-104. Dentro de la doctrina venezolana, Guerra Hernández se muestra favorable al *dépeçage* en esta materia, fundamentando su procedencia en el principio *favor laesi*, siempre que tanto el Derecho del lugar de la causa generadora, como el del lugar del efecto dañoso presenten la suficiente vinculación con la causa y que no se favorezca excesivamente a la víctima. Ver: Guerra Hernández, Artículo 32..., ob. cit., p. 843.

materia de responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, y partiendo de la tendencia mayoritaria a la aplicación de un Derecho único a la responsabilidad derivada del hecho ilícito, debemos añadir la posibilidad de aplicar, en esta materia, la teoría de los dos escalones o *Zweistufentheorie*, de manera de “tomar en cuenta” un Derecho diferente de aquel que resulte competente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen<sup>1027</sup>.

En tal sentido, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo han afirmado que en los casos en los cuales el Derecho aplicable no coincidiera con el Derecho del lugar donde se hubiere desarrollado la conducta de la cual deriva el daño, “*resulta imprescindible tomar en consideración sus disposiciones, como dato o hecho relevante que puede determinar la existencia o agravamiento de la responsabilidad*”. Así, las normas de seguridad del lugar donde se ha desarrollado el comportamiento del agente del daño (circulación, producción, distribución, comercialización), son las únicas que pueden tenerse en cuenta, a la hora de valorar la existencia de una infracción legal o reglamentaria, como hecho integrante, determinante o modulador de la responsabilidad civil<sup>1028</sup>. Así se ha entendido en el Reglamento Roma II, según analizaremos *infra*. Nosotros añadimos que, partiendo del carácter imperativo que generalmente recubre este tipo de normas, según analizaremos *infra*, el juez podría, dada la aceptación en nuestro sistema de la posibilidad de que se consideren las normas de aplicación necesaria extranjeras, recurrir a las mismas sin forzar el sistema<sup>1029</sup>.

<sup>1027</sup> Esta tesis nace dentro de la doctrina alemana con el objeto de propugnar la consideración del Derecho extranjero, aun cuando éste no haya sido declarado competente por la norma de conflicto. Esta tesis halla su germen en la *datum-theorie* de Ehrenzweig, para quien existe una gran diferencia entre aplicar el Derecho extranjero como tal y su simple toma en consideración. Aplicar Derecho extranjero es aceptar las consecuencias que de él se derivan, en cambio, al tomar en cuenta el Derecho extranjero, se mantiene la aplicación del Derecho del foro. Esta tesis es desarrollada más tarde por Hessler, para quien el Derecho extranjero desechado por la norma de conflicto, es tomado en cuenta como elemento material de interpretación del Derecho propio declarado competente. De acuerdo con esta teoría, el primer escalón sería la localización, llevada a cabo por la norma de conflicto, del ordenamiento jurídico aplicable que, en todo caso, será un Derecho estatal. El segundo escalón tiene que ver con la interpretación, aplicabilidad y actuación de las normas estatales aplicables, lo cual tendrá que modularse tomando en cuenta la incidencia del elemento de extranjería en el caso. Tal toma en consideración del Derecho extranjero ha sido justificada por dos razones fundamentales. En primer término, por motivos de justicia material, pues a través de ella podría lograrse un resultado más equitativo para el caso concreto. En cuanto a la justicia formal, ésta se logra en el momento que se aplica el ordenamiento jurídico declarado competente por la norma de conflicto. En segundo lugar, por respeto a los múltiples contactos que puede presentar la relación de que se trate con Derechos que no son tomados en cuenta por la norma de atribución. Ver: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 75-77.

<sup>1028</sup> Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 506.

<sup>1029</sup> La posibilidad viene dada, en materia contractual, por el aparte único del artículo 11 de la CIDACI, según el cual “*Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos*”.

## b.2. Otras normas estatales

No podemos dejar de lado algunas regulaciones especiales contenidas en la legislación venezolana, cuya aplicación –tal como hemos sostenido– prevalecerá sobre la Ley de Derecho Internacional Privado, en tanto normas especiales. Consideremos, en primer lugar, el artículo 2 de la Ley de Aeronáutica Civil, norma unilateral de conformidad con la cual *“Quedan sometidos al ordenamiento jurídico venezolano vigente: 1. Toda aeronave civil que se encuentre en el territorio venezolano o vuele en su espacio aéreo, su tripulación, pasajeros y efectos transportados en ella. 2. Los hechos que ocurran a bordo de aeronaves civiles venezolanas, cuando vuelen fuera del espacio aéreo de la República. 3. Los hechos cometidos a bordo de aeronaves civiles, cualesquiera sea su nacionalidad, cuando ocurran en el espacio aéreo extranjero y produzcan efectos en el territorio venezolano o se pretenda que lo tengan en éste. 4. Los hechos ocurridos en aeronaves civiles extranjeras que vuelen el espacio aéreo venezolano”*.

El criterio dominante en la norma es la territorialidad, de manera que todos los acontecimientos ocurridos en espacio aéreo venezolano, incluidos los efectos de una causa localizada en el extranjero, estarían sometidos al Derecho venezolano. Igualmente lo estarán los hechos ocurridos en el extranjero a bordo de aeronaves venezolanas. En todo caso, y pensando en un hecho ilícito, tales conexiones se traducen en la aceptación de la regla *Lex loci delicti commissi*, calificada bien como lugar de la causa generadora, bien como lugar de los efectos dañosos. No vemos un inconveniente real para bilateralizar esta norma, es decir, no creemos que se trate de una norma de extensión, de manera que los acontecimientos ocurridos en espacio aéreo extranjero, siempre que no se trate de aeronaves venezolanas o que produzcan efectos en Venezuela, estarán sometidos al Derecho extranjero.

Por su parte, el Decreto Ley de Comercio Marítimo contiene una norma general que, *mutatis mutandis*, consagra conexiones semejantes a las estipuladas por la normativa aeronáutica. Así, el artículo 2 de este Decreto Ley dispone que sus disposiciones *“se aplican a los buques y a los hidroaviones nacionales o extranjeros que se encuentren en aguas jurisdiccionales de la República; a los buques nacionales que se encuentren en alta mar o aguas jurisdiccionales de otro país; a cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación destinada o no a ella; a las islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas en el espacio acuático Nacional, salvo disposición expresa en contrario establecida en la Ley”*.

Además, el propio instrumento contiene una norma especial en materia de abordaje, de conformidad con la cual los abordajes se rigen por el Derecho del Estado en cuyas aguas se producen. Si los buques tuvieren nacionalidad común y el abordaje ocurriere en aguas no jurisdiccionales, se aplicará el Derecho de la nacionalidad común. En caso contrario, es decir, si ocurriendo en aguas no jurisdiccionales los buques fueren de distinta nacionalidad, cada uno estará obligado en los términos de la Ley de su bandera (Art. 331). En materia de salvamento, y salvo acuerdo entre las partes, se aplicará el Derecho venezolano si el mismo se hubiere efectuado en aguas jurisdiccionales venezolanas. Mientras que la distribución de la recompensa entre el propietario del buque salvador y las personas al servicio de dicho buque se regirá por el Derecho de su pabellón (Art. 364).

Finalmente, los actos y contribuciones en caso de avería se regirán por el Derecho elegido por las partes y, en defecto de elección, se aplicarán “*las reglas, usos y prácticas internacionales, en su versión más reciente*”, con lo que se refuerza la importancia de la *Lex mercatoria* como fuente del sistema venezolano de Derecho internacional privado. Sin embargo, para la calificación, liquidación y distribución de las averías gruesas o comunes, “*las partes podrán pactar la aplicación de cualquier otra clase de normas, que provengan de usos o acuerdos nacionales o internacionales, públicos o privados, o de reglas de prácticas nacionales o extranjeras*” (Art. 368). No obstante, salvo acuerdo entre las partes, el Derecho de la nacionalidad del buque determina la naturaleza de la avería gruesa o común, los elementos, formalidades y la obligación de contribuir; mientras que el Derecho del Estado en cuyo puerto se verifique el acto o el gasto de la avería gruesa o común, rige la liquidación y prorrateo de ésta (Art. 373).

##### 5. *Ámbito de aplicación del Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual*

En relación con el Derecho aplicable, consideramos de gran utilidad mencionar expresamente los puntos incluidos dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico competente para regular la responsabilidad civil extracontractual, pues a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, no existe al respecto norma alguna dentro de nuestro sistema. Así, en Derecho comparado se admite, de manera general, que dentro del Derecho que rige la responsabilidad civil extracontractual, se entienden comprendidos los siguientes aspectos: las condiciones y el alcance de la responsabilidad; las causas de exoneración

así como toda limitación y distribución de misma; la existencia y la índole de los daños indemnizables; las modalidades y la cuantía de la indemnización; la transmisibilidad del derecho a indemnización; las personas que tengan derecho a indemnización por daños que hayan sufrido personalmente; las medidas que pueda tomar el juez para garantizar la prevención, cese y reparación del daño; la carga de la prueba y las presunciones legales; la responsabilidad del comitente por causa de su encargado; y las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, la interrupción y la suspensión de los plazos<sup>1030</sup>.

Hagamos ahora algunas observaciones. El primer aspecto que debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación de la *Lex obligationis* es el carácter de la responsabilidad civil, es decir, si se considera basada en el sistema de la culpa o se la entiende como una responsabilidad objetiva. En materia de servicios, por ejemplo, sería el Derecho que rige el hecho ilícito, el competente para determinar la importancia de la diligencia del prestador a la hora de establecer su responsabilidad. No olvidemos, sin embargo, que existe una tendencia mayoritaria a aceptar que la falta de diligencia del prestador fundamenta su responsabilidad. En todo caso, habrá que examinar el Derecho aplicable al hecho ilícito para determinar si es o no necesaria la prueba de la culpa y, por supuesto, las circunstancias que pueden descargar al prestador del servicio, tales como la causa extraña no imputable o la prueba de la ausencia de culpa. Incluso la posibilidad de concertar cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad estará sometida a la *Lex causae*, respetando, por supuesto, las limitaciones que pueda imponer el orden público del ordenamiento jurídico del juez, a ello nos referiremos *infra*.

<sup>1030</sup> Romero recomienda considerar el artículo 8 del Convenio de La Haya sobre responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación por carretera, por entender que esta norma “*vendría a constituer un principio orientador de la materia*”. Ver: Romero, Las personas jurídicas..., ob. cit., p. 181. También podemos mencionar el artículo 8 de la Convención de La Haya en materia de productos defectuosos de 1973; el artículo 15 del Reglamento Roma II; el artículo 103 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado. Por su parte, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo estiman que la *Lex obligationis* “*rige básicamente el régimen de la responsabilidad*”, determinando la existencia de la propia responsabilidad, sus límites, extensión o tipo (por culpa u objetiva); los daños indemnizables (patrimoniales, materiales, morales) y su cobertura (cuantía y modalidades de resarcimiento); la determinación de los sujetos pasivos y la transmisibilidad del derecho a reparación. Igualmente, se incluye la acción directa frente al asegurador, en la medida en que la relación no tenga un origen contractual; sin embargo, los propios autores reconocen que la Ley del contrato de seguros ha de ser tenida en cuenta para resolver ciertas cuestiones previas claves, tales como la propia existencia y validez del contrato, la extensión de los riesgos y de la cobertura, etc. Tal es la previsión del artículo 18 del Reglamento Roma II. Ver: Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 505-506.

Como condición de procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, el establecimiento de la relación de causalidad, cuestión especialmente complicada, también queda sometida a la *Lex causae*. Este problema, estrechamente vinculado con la determinación del daño, es de la esencia propia de la responsabilidad civil y su necesidad parece ser una cuestión que nadie pone en duda; hoy día el debate se sitúa más bien en relación con la aceptación de la doctrina de la causalidad adecuada o de la tesis de la equivalencia de condiciones, en orden a su establecimiento. Tal discusión podemos observarla, incluso, dentro del propio ordenamiento jurídico venezolano<sup>1031</sup>.

También la determinación de los daños indemnizables estaría incluida dentro del ámbito de aplicación del Derecho aplicable a la responsabilidad civil. Así, la aceptación del principio general según el cual “*La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito*” (Art. 1.196 CCV), dependerá de tal Derecho. Igualmente la posibilidad de incluir en la indemnización tanto el daño emergente como el lucro cesante (Art. 1.273 CCV), el hecho de que el daño indemnizable deba ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, en este caso, del deber general de no dañar (Art. 1.275 CCV), excluyéndose la posibilidad de solicitar indemnización por los llamados daños indirectos, corren la misma suerte. Lo mismo puede decirse de la limitación en relación con los daños no previstos ni previsibles para el momento de producirse el daño, como ocurre, según hemos reseñado, en materia contractual (Art. 1.274 CCV). Quedaría pendiente el tema de los daños punitivos, a ellos volveremos más adelante.

Por lo demás, no lucen extraños los aspectos antes enumerados. Nos llaman sin embargo la atención, fundamentalmente, dos aspectos. El primero de ellos relacionado con la prescripción de la acción de responsabilidad civil, pues muchas han sido las discusiones que, tomadas del Derecho interno, se han reflejado en el Derecho internacional privado, derivadas de la naturaleza de esta figura. En tal sentido, se ha afirmado que si se le atribuye un carácter estrictamente procesal, la misma deberá estar determinada por el Derecho del tribunal, mas si se la considera como una cuestión sustantiva quedará al amparo de la *Lex causae*. En Venezuela, vista su ubicación en el Código Civil y el tratamiento doctrinal que se le ha dado, puede afirmarse su carácter sustantivo<sup>1032</sup>. A esto

<sup>1031</sup> Acedo Sucre, *La función de la culpa...*, ob. cit., p. 296; Palacios Herrera, *Apuntes de obligaciones...*, ob. cit., pp. 56-57.

<sup>1032</sup> Se añade al debate, el contenido del propio artículo 1.952 del Código Civil venezolano, según el cual “*La prescripción es un modo de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación*”. Véase en este sentido: Mélich Orsini, José, *La prescripción extintiva y la caducidad*, Caracas, BACPS, Serie Estudios N° 58, 2002, pp. 18-22.

debemos añadir que, en materia contractual, ya el legislador supranacional la ha calificado como una cuestión sustantiva al incluirla dentro de las materias a ser reguladas por la *Lex contractus*<sup>1033</sup>. De manera que, en materia de responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho ilícito, la prescripción deberá estar sometida al Derecho que regule la obligación en cuestión.

El segundo aspecto que llama nuestra atención, es el silencio en relación con la capacidad delictual. Incluso el Reglamento Roma II, que en su Considerando N° 12 afirma que “*La Ley aplicable debe regular también la cuestión de la capacidad de incurrir en responsabilidad por un hecho dañoso*”, nada dispone al respecto en su artículo 15, al referir el ámbito de aplicación del Derecho competente.

En tal sentido, la Resolución emitida por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Edimburgo de 1969 establece en su artículo 4 que “*Les principes exprimés aux articles premier, 2 et 3 s’appliquent à toutes les questions que soulève la responsabilité délictuelle, et notamment: c) à la question de la capacité délictuelle, y compris celle des mineurs et aliénés, et des personnes morales*”. El sistema venezolano sólo contiene normas referidas de manera general a la “*capacidad*” de las personas tanto físicas como jurídicas<sup>1034</sup>, sin discriminar si se trata de la capacidad de goce o la de obrar o si, en el caso de esta última, se incluye la capacidad negocial, la capacidad procesal o la capacidad delictual. Sin embargo, si la capacidad delictual, medida por el discernimiento, como la aptitud para distinguir entre lo bueno y lo malo, forma parte de la imputabilidad, elemento que a su vez forma parte de la culpabilidad, uno de los tres componentes del hecho ilícito<sup>1035</sup>, parece

<sup>1033</sup> CIDACI, Art. 14: “*El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente: d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones*”.

<sup>1034</sup> CB, Art. 27: “*La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local*”; Art. 33: “*Salvo las restricciones establecidas en los dos artículos anteriores, la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido; la de las fundaciones por las reglas de su institución, aprobadas por la autoridad correspondiente, si lo exigiere su derecho nacional, y la de las asociaciones por sus estatutos, en iguales condiciones*”; Art. 34: “*Con iguales restricciones, la capacidad civil de las sociedades civiles, mercantiles o industriales se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad*”; Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles, Art. 2: “*La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución*”; LDIPV, Art. 16: “*La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio*”; Art. 20: “*La existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el Derecho del lugar de su constitución*”. Resaltados nuestros.

<sup>1035</sup> Acedo Sucre, *La función de la culpa...*, ob. cit., pp. 17 ss. En sentido similar, Parra-Aranguren ha expresado: “*Corresponde también a la lex loci delicti commissi regir la llamada ‘capacidad delictual’, y la*

razonable incluirla dentro del Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual<sup>1036</sup>.

6. *¿Protección extracontractual de los consumidores? Las normas de aplicación necesaria y las normas de seguridad*

Una de las principales críticas que puede hacerse al Derecho de consumo en los sistemas internos, es el silencio ante la responsabilidad civil extracontractual. Ello a pesar de que, tal como hemos afirmado en el Capítulo Primero, algunos vean en las normas venezolanas sobre protección a consumidores y usuarios un régimen eminentemente extracontractual. Tampoco vemos que la preocupación expresada por el legislador en los casos de contratos de consumo, haya sido trasladada por el legislador al régimen de Derecho internacional privado aplicable en el terreno extracontractual, cuando el daño recae sobre una persona que jurídica o económicamente sea más débil que el agente del mismo. Sin embargo, tratando de salvar el silencio del legislador, podríamos admitir que la víctima del daño es, justamente, un débil jurídico, cuya situación ha sido considerada por éste a la hora de seleccionar las conexiones que indicarán el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual.

Partiendo de este razonamiento, el operador jurídico podría buscar una solución justa para la víctima del daño, sea o no un débil jurídico. Consideremos además que, a partir de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, es generalmente aceptado que el objetivo de nuestro sistema conflictual es la justicia material del caso concreto y, específicamente, el objetivo del artículo 32 de la Ley, cuya realización debe matizar la aplicación del Derecho competente (Art. 2 LDIPV) es, justamente, la garantía de la reparación integral a la víctima.

Igualmente hemos de tomar en cuenta que en materia de responsabilidad extracontractual, las normas de aplicación necesaria tienen una injerencia importante. Tomemos como punto de partida el artículo 16 del Reglamento Roma

---

*coincidencia de palabras no permite tomar en cuenta la ley aplicable a la capacidad de las personas en general: esta última representa la aptitud del individuo para obligarse válidamente por contrato, mientras que la 'capacidad delictual' constituye tan solo uno de los elementos del régimen de responsabilidad establecido por la Ley". Ver: Parra-Aranguren, Las obligaciones extracontractuales..., ob. cit., p. 597.*

<sup>1036</sup> Batiffol y Lagarde estiman, en efecto, que a pesar de llamarla capacidad, la delictual concierne a las condiciones relativas a la persona y a las cuales se subordina la responsabilidad; se trata de un elemento de organización de la responsabilidad, por tal razón sometido a la *Lex loci*. Ver: Batiffol y Lagarde, *Droit international privé...*, ob. cit., T. II, pp. 224.

II, titulado “*Leyes de policía*”, y de conformidad con el cual “*Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la Ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la Ley aplicable a la obligación extracontractual*”.

Llama la atención sin embargo que la versión definitiva del Reglamento haya silenciado la posibilidad de aplicar las normas imperativas de terceros Estados, cuestión dispuesta por el párrafo primero del artículo 12 del Proyecto, de acuerdo con el cual, independientemente del Derecho competente, “*podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la Ley de otro país con el cual la situación presenta un estrecho vínculo, si y en la medida en que, según el Derecho de este último país, estas disposiciones puedan aplicarse cualquiera que sea la Ley que regule la obligación extracontractual*”. Con esta disposición, además de reconocerse la facultad de aplicar las normas imperativas de un tercer Estado, se brindaba criterios al operador jurídico en orden a la determinación de los casos en los cuales aplicaría tales disposiciones imperativas, para ello “*se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se deriven de su aplicación o de su no aplicación*”.

Es posible que tal exclusión se deba a los problemas que, en relación con su alcance y con las consecuencias de su aplicación, han provocado estas normas en el marco del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y a la reticencia que, por su causa, han manifestado algunos Estados de ratificar el Convenio<sup>1037</sup>.

Recordemos que la posibilidad de aplicar las normas imperativas de terceros Estados, tal como lo hemos afirmado antes, ha sido expresamente reconocida en materia contractual. No obstante, el silencio continúa en materia extracontractual. Desde luego, si se tratase de las normas imperativas del Derecho competente para regir la responsabilidad civil extracontractual, en orden a la concepción que en nuestro sistema se adopta sobre la aplicación de Derecho extranjero, éstas deberán ser aplicadas por el juez.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, dentro del sistema venezolano, el legislador internacionalprivatista ha dispuesto una protección general en el artículo 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El objetivo de esta norma, en este caso, debe traducirse en la protección de los débiles jurídicos, garantizando la efectividad de sus derechos e intereses, a través de la protección brindada por el Derecho interno en materia de consumo, el cual, por estar pensado en función de las relaciones contractuales, deberá adaptarse a los supuestos extracontractuales.

<sup>1037</sup> Palao Moreno, *Responsabilidad civil extracontractual...*, ob. cit., p. 336.

En efecto, si el prestador del servicio desarrollase su actividad en Venezuela y no fuere el Derecho venezolano competente para regir el fondo del litigio, el juez deberá aplicar las normas del Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios sobre la protección de la salud y seguridad de los consumidores, como normas de aplicación necesaria del foro.

Además, deberá considerar las disposiciones de la Ley del Sistema Venezolano para la Calidad, cuyo objeto, según hemos afirmado *supra*, es desarrollar los principios orientadores que en materia de calidad consagra la Constitución de la República, determinar sus bases políticas y diseñar el marco legal que regule el Sistema Venezolano para la Calidad. Así mismo, este instrumento busca establecer los mecanismos necesarios que permitan garantizar los derechos de las personas a disponer de bienes y servicios de calidad en el país, a través de los subsistemas de Normalización, Metrología, Acreditación, Certificación, Reglamentaciones Técnicas y Ensayos (Art. 1)<sup>1038</sup>.

Esta Ley estipula una serie de deberes, derechos y garantías que deben cumplir todas “*las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que produzcan bienes, o presten servicios sujetos a reglamentaciones técnicas o los comercialicen*” (Art. 5). En tal sentido, se establece la obligación de suministrar la información y la documentación necesaria que permita la posterior comprobación de la calidad de los bienes y servicios comercializados, los cuales deben cumplir con las reglamentaciones técnicas que a tales efectos se dicten (Art. 6)<sup>1039</sup>.

---

<sup>1038</sup> Para lograr ese cometido, el artículo 2 de la propia Ley propone como objetivos generales: 1. Crear el Consejo Venezolano para la Calidad que asesore al Ejecutivo Nacional en la elaboración de políticas y directrices; 2. Establecer las disposiciones rectoras para del Sistema Venezolano para la Calidad, con miras a sentar las bases para que todos sus integrantes desarrollen sus actividades en pro de la competitividad nacional e internacional de la industria, el comercio, la producción de bienes y la prestación servicios, así como de la satisfacción de consumidores y usuarios; 3. Establecer el alcance y los lineamientos de los Subsistemas de Normalización, Metrología, Acreditación, Certificación y Reglamentaciones Técnicas y Ensayos a los efectos de asegurar las actividades que estos realizan y el óptimo funcionamiento del Sistema para la gestión de la calidad en el país; 4. Estimular la calidad y la competitividad del Estado y de las empresas en cuanto a los servicios y los bienes que éstos proveen; 5. Promover y asegurar la participación de todos los interesados en el funcionamiento del Sistema Venezolano para la Calidad, como mecanismo para el continuo mejoramiento; 6. Regular y controlar las actividades del Sistema Venezolano para la Calidad, que se realizan en el campo obligatorio referidas a la salud, seguridad, ambiente y prácticas que puedan inducir a error al consumidor o usuario y que por su naturaleza son de competencias del Poder Público Nacional; 7. Establecer, coordinar y promover las actividades del Sistema Venezolano para la Calidad, que se realizan en el ámbito voluntario; y 8. Fomentar la cooperación en materia de normas, reglamentaciones técnicas y procedimientos de evaluación de la conformidad con miras a facilitar el acceso a los mercados nacionales e internacionales y fortalecer los lazos de confianza entre las partes involucradas. A los fines de alcanzar tales objetivos, el Estado se propone realizar diversas acciones, entre las cuales destaca: elaboración e intercambio de bienes; prestación de servicios; importación, distribución y expendio de bienes; exportación de bienes y servicios y; educación y promoción de la calidad.

<sup>1039</sup> Todos los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley del Sistema venezolano para la calidad, que suministren bienes o presten servicios, deberán indicar por escrito las características de calidad de los

Queda sin embargo un problema latente. Pensemos en los daños experimentados por el propietario de un inmueble en Venezuela, debido al derrumbe que forma parte de una construcción diseñada por una empresa de ingeniería con sede en Argentina para una empresa domiciliada en Caracas. En este caso, habiéndose diseñado el proyecto en Argentina y debiéndose el daño a un error en el diseño, podemos ubicar la causa generadora en territorio argentino; mientras que el efecto dañoso estaría ubicado en Venezuela. La víctima de nuestro ejemplo ha elegido la aplicación del Derecho venezolano; mas ¿será conveniente aplicar a la conducta del ingeniero un Derecho distinto de aquel considerado por él a la hora de diseñar la construcción? Imaginemos también la hipótesis contraria: nuestra víctima elige el Derecho argentino. ¿Puede éste aplicarse dejando de lado lo que el Derecho venezolano, ordenamiento del lugar de ejecución de la obra, sobre la seguridad que ha de garantizarse en la ejecución de semejante trabajo?

Es en estos supuestos donde podemos apreciar la importancia de las normas de seguridad, como método de protección de la comunidad en general, frente al desarrollo de actividades que requieren cierta pericia y cuya ejecución pueda generar riesgos, no sólo para las partes contratantes sino también para los terceros.

Atendiendo a esta problemática, la Convención de La Haya sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, establece en su artículo 7, que *“Cualquiera que sea la Ley aplicable, deberán considerarse, para la determinación de la responsabilidad, las normas de circulación y de seguridad vigentes en el lugar y al momento del accidente”*. En sentido similar, la Convención de La Haya sobre responsabilidad civil por productos defectuosos dispone, en su artículo 9, que *“La aplicación de los artículos 4, 5 y 6 no será obstáculo para que sean tomadas en consideración las normas de seguridad vigentes en el Estado sobre cuyo territorio el producto ha sido introducido en el mercado”*.

El Reglamento Roma II también se pronuncia al respecto, declarando en su artículo 17 que *“Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la*

---

mismos y serán responsables de garantizarlas, a fin de demostrar el cumplimiento de dichas características ante cualquier usuario o consumidor, sin menoscabo de lo establecido por otros organismos públicos en esta materia. Así mismo, deberán establecer fórmulas expeditas para dilucidar, hasta su total solución, las quejas y reclamos de los usuarios o consumidores (Art. 12).

*responsabilidad*”. En el Considerando N° 34 del Reglamento puede leerse que el fundamento de semejante disposición es la necesidad de “*obtener un equilibrio razonable entre las partes*”. Además, añade que “*los términos ‘normas de seguridad y comportamiento’ deben interpretarse como referidos a todas las normas relacionadas de algún modo con la seguridad y el comportamiento, incluso, por ejemplo, las de seguridad vial en caso de accidente*”<sup>1040</sup>.

El sistema belga se suma a esta tendencia. Así, en el artículo 102 de la Ley que contiene el Código de Derecho internacional privado, se establece que “*Cualquiera que sea el Derecho aplicable a la obligación derivada de un hecho dañoso, en la determinación de la responsabilidad, se deben tomar en cuenta las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y al momento del hecho dañoso*”.

Hay un punto común en las cuatro normas citadas: en todas se hace referencia a la “*consideración*” o “*toma en cuenta*” y no a la “*aplicación*”. En palabras de Palao Moreno, esta posibilidad viene “*a matizar la opción por la Ley del lugar de resultado, cuando éste se produce en un Estado distinto donde se manifiesta el daño directo*”<sup>1041</sup>. Lo que llama poderosamente nuestra atención es la expresión utilizada por el Reglamento Roma II, pues además de referirse a la posibilidad de “*tener en cuenta*” las normas de seguridad, establece que éstas se considerarán “*como una cuestión de hecho*”. Entendemos que si esta norma es interpretada literalmente, el juez deberá esperar a que las partes aleguen y prueben la existencia y contenido de estas normas para poder tomarlas en cuenta. Si la intención era potenciar la toma en consideración y no la aplicación de las mismas en sentido estricto, el legislador no debió utilizar esta expresión, pues procesalmente sugiere la falta de iniciativa de éste con relación a las normas de seguridad, imponiendo una nueva carga a la víctima del daño, quien será sin duda la interesada en alegar y probar la existencia y contenido de las mismas.

Ahora bien, el sentido de ordenar considerar, y no directamente aplicar, las normas de seguridad del Derecho del lugar en el cual se desarrolla la conducta

<sup>1040</sup> Citando a Muir Watt, Palao Moreno destaca el paralelismo que existe entre estas normas y el principio del país de origen. Igualmente, el propio autor destaca, como ejemplos, las normas relacionadas con “*los supuestos de daños causados al medio ambiente –con respecto a la emisión de autorizaciones administrativas por parte del Estado donde el sujeto contaminante actúa–; o con las normas de tráfico –en los supuestos de accidentes de circulación–; o con el equilibrio que mantienen los ordenamientos estatales entre la libertad de expresión y el derecho a la información, con respecto al respeto a la vida privada y a la familiar –en los supuestos de atentados a los derechos de la personalidad*”. Ver: Palao Moreno, *Responsabilidad civil extracontractual...*, ob. cit., pp. 337-338.

<sup>1041</sup> Palao Moreno, *Hacia la unificación de las normas de conflicto...*, ob. cit., p. 296.

generadora de daños, podría interpretarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, tal como lo hemos aceptado antes, podría pensarse que con tales disposiciones, el legislador busca la consagración de la teoría de los dos escalones, ya referida, de manera que, sin vulnerar la aplicación del Derecho indicado por la norma de conflicto, se considere un ordenamiento jurídico que presentando una estrecha vinculación con el caso concreto, ha sido sin embargo desechado por la norma indirecta, en este caso, el del lugar en el cual se desarrolla la conducta causante del daño.

En segundo lugar, podríamos considerar que tales disposiciones se refieren a la posibilidad de aplicar las normas imperativas de un Derecho que no ha sido indicado por la norma de conflicto, y que pueden pertenecer al Derecho del juez o al de un tercer Estado. El problema de esta interpretación es que, con relación a las normas imperativas ha de tratarse de aplicación y no de simple toma en consideración, aunque en ambos casos su consideración o aplicación debe quedar a la determinación del juez, quien para ello tomará en cuenta las circunstancias del caso concreto.

En el sistema venezolano no existe norma especial que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, ordene la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados, tampoco prevé la consideración de las normas de seguridad. Entendemos que, tal como afirmáramos *supra* apoyándonos en la autorizada opinión de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, son las normas imperativas del lugar en que actúa el agente, las únicas que pueden tenerse en cuenta, a la hora de valorar la existencia de una infracción legal o reglamentaria, como hecho integrante, determinante o modulador de la responsabilidad civil<sup>1042</sup>, máxime si esa conducta es el pilar fundamental para activar la responsabilidad, como ocurre en el caso de los servicios.

### C. Dos instituciones generales: el orden público y el reenvío

No estaría completo este análisis sobre el Derecho aplicable si no hiciésemos referencia a dos instituciones generales que asumen ciertas particularidades en materia de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual. El orden público, en primer lugar, como mecanismo de rechazo al Derecho extranjero manifiestamente contrario a los principios esenciales del juez, puede presentarse con rigor frente a la admisibilidad de las cláusulas exoneratorias

---

<sup>1042</sup> Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 506.

de responsabilidad y frente a los daños punitivos. El reenvío, por su parte, se ve generalmente excluido en esta materia.

## 1. *El orden público en el Derecho internacional privado*

### a. Nociones generales

Tal como es concebido tradicionalmente, el orden público constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto cuando el Derecho a que la misma conduce, contiene disposiciones cuya aplicación resulta “*manifiestamente incompatible*” con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; con lo cual el orden público, mecanismo de control de tales principios, frustra el normal funcionamiento del sistema conflictual, especialmente en su fase de aplicación del Derecho extranjero.

Dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado, podría decirse que, con escasas excepciones<sup>1043</sup>, existe consenso en la adopción de una concepción *a posteriori* de esta institución<sup>1044</sup>. Desde que se llegó a un acuerdo durante la negociación de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias en la CIDIP I, la tendencia en la codificación promovida por este organismo –quizá bajo la égida de la Conferencia de La Haya<sup>1045</sup>– ha sido, justamente, la de un orden público entendido como una excepción<sup>1046</sup>. Por su parte, la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, consagra

<sup>1043</sup> Nos referimos básicamente al artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (CIDIP II, Montevideo 1979, G.O. N° 33.170, 22/02/1985), norma de acuerdo con la cual “*Los Estados Partes no estarán obligados a responder las consultas de otro Estado Parte cuando los intereses de dichos Estados estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información o cuando la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía*”.

<sup>1044</sup> Es el caso de las Convenciones Interamericanas sobre normas generales (Art. 5); sobre letras de cambio (Art. 11); sobre exhortos o cartas rogatorias (Art. 17); sobre recepción de pruebas en el extranjero (Art. 16); sobre régimen legal de poderes (Art. 12); sobre sociedades mercantiles (Art. 7); sobre cheques (Art. 9); sobre Derecho aplicable a los contratos (Art. 18); y las Convenciones de La Haya sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales (Art. 13); sobre sustracción internacional de menores (Art. 20); sobre protección del niño y cooperación en adopción (Art. 24).

<sup>1045</sup> Tendencia que adoptara a partir de los fracasos en la consagración de un listado de principios, y acentuada desde 1925 con la propuesta de Anzilotti. Ver desarrollo en general de la institución en: Madrid Martínez, Claudia, *El orden público en el Derecho internacional privado venezolano*, (Trabajo de Ascenso a la Categoría de Asistente), Caracas, F.CJPUCV, inédito, 2003, pp. 87-106.

<sup>1046</sup> Luego de intensas discusiones, se llegó a un consenso reflejado en el artículo 17 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias: “*El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a su orden público*”. Ver: *Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)*, Washington, 1975, Vol. II, pp. 160-167.

un orden público aún más restrictivo y excepcional al referirse, en su artículo 8, a “*las disposiciones del Derecho extranjero*” más que al Derecho extranjero en sí mismo; de manera que la exclusión deberá ser de la norma extranjera cuyos resultados sean manifiestamente incompatibles con nuestros principios esenciales y no de la totalidad del Derecho extranjero que la consagre<sup>1047</sup>.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el orden público también opera en sede de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. Sin embargo, y esto interesa al análisis que realizaremos de seguidas, debe considerarse que la revisión del fondo de la decisión se presenta como un “*principio antitético*” a la función del reconocimiento<sup>1048</sup>. Sería contrario con la teleología del reconocimiento, la revisión del fondo<sup>1049</sup>. Entre nosotros, Luis Loreto ha afirmado que el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico venezolano para dar eficacia a las decisiones extranjeras, “*se resuelve en establecer un control de legalidad de la sentencia sin revisión en el fondo*”<sup>1050</sup>. A pesar de tales afirmaciones, es común encontrar referencias al orden público –lo cual constituye cierta invitación a una revisión del fondo de la decisión– en los instrumentos normativos, tanto convencionales como estatales, sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras<sup>1051</sup>. Ya en otras oportunidades hemos

<sup>1047</sup> Sobre esta norma ver: Madrid Martínez, Claudia, Artículo 8. Orden público, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 289 ss.

<sup>1048</sup> De hecho, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo se refieren, en caso de revisión del fondo de la decisión, a una “*interiorización*” o “*nostrificación*” más que a reconocimiento propiamente tal. Ver: Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 188.

<sup>1049</sup> Ferrer Correia, A., La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit comparé), en: *Estudios varis de Derecho*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 108 ss., especialmente p. 126.

<sup>1050</sup> Loreto, Luis, La sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequátur, en: *Ensayos Jurídicos*, Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, EJV, 2ª ed. ampliada y refundida, 1987, pp. 609 ss., especialmente p. 632.

<sup>1051</sup> Es el caso de las Convenciones Interamericanas sobre arbitraje comercial internacional (Art. 5,2,b) y sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos (Art. 2,h); y la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Art. V,2,b). Ante el silencio de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, se ha sostenido que la revisión de orden público en sede de reconocimiento, hallará su fundamento, no en el artículo 8 de la propia Ley, sino en el artículo 5. Esta última norma ordena el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas conforme a un Derecho extranjero, salvo “*que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano*”. El reconocimiento de una decisión puede envolver el reconocimiento de una relación jurídica creada conforme a un Derecho extranjero, por tal razón podrá rechazarse la sentencia extranjera haciendo uso de este mecanismo. Opinión sostenida por Olga Dos Santos durante el I Taller sobre Derecho Procesal Civil Internacional: Cooperación Judicial Internacional, ACPS, 11 de mayo de 2001, recogida por nosotros en: Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *Temas de Derecho internacional privado, Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje N° 12, 2003, pp. 361 ss., especialmente p. 380.

afirmado que puede resultar relativamente sencillo entender la evicción de la Ley extranjera que se produce como consecuencia de la intervención del orden público; pero ello no es así en materia de reconocimiento, y el problema está, justamente, en entender que el juez del Estado receptor pueda revisar el fondo de una sentencia definitivamente firme extranjera, pudiendo incluso vulnerar, en algunos casos, situaciones jurídicas válidamente creadas<sup>1052</sup>.

Ahora bien, en materia de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, hay dos aspectos que podrían activar esta institución negativa de Derecho internacional privado, tanto en el terreno del Derecho aplicable, como en sede de reconocimiento. Nos referimos a las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad y a los daños punitivos, figuras que podrían obstaculizar el normal funcionamiento del Derecho internacional privado tanto en materia contractual como extracontractual<sup>1053</sup>. Sin embargo, antes de adentrarnos en el tema, desechemos la tentación de extender el carácter de orden público que en el Derecho interno suele revestir a la responsabilidad civil extracontractual, al ámbito del Derecho internacional privado. En esta materia, como en las demás, el orden público en el Derecho internacional privado se pone en funcionamiento ante el intolerable resultado de la aplicación del Derecho extranjero y no por la previa calificación que de orden público en el Derecho interno haya recibido tal materia<sup>1054</sup>.

## b. Cláusulas de responsabilidad

En referencia a las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad<sup>1055</sup>, hemos de considerar que la voluntad de las partes podría verse empañada por la actuación de ciertos principios fundamentales del foro que no pueden

<sup>1052</sup> Ver: Madrid Martínez, Breves notas sobre el orden público..., ob. cit., pp. 375.

<sup>1053</sup> Gardeñes Santiago estima que, en materia de responsabilidad civil, el orden público interviene en aquellos casos en que el Derecho extranjero viola el principio de reparación integral de la víctima, es decir, en los casos que excluya cualquier tipo de reparación, o cuando se establezca una excesiva o desmedida. El autor mantiene su opinión incluso en los casos de responsabilidad civil *ex delicto*, en los cuales la acción civil cumple una función de desagravio, pues la indemnización no debe ser convertida en una fuente de enriquecimiento sin causa. Ver: Gardeñes Santiago, La Ley aplicable a la responsabilidad civil..., ob. cit., pp. 178-179.

<sup>1054</sup> En este sentido: Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., p. 336. Sin embargo, recordemos que en la tan criticada enumeración de leyes de orden público hecha por Pillet, encontramos en el tercer grupo, las leyes relativas a la seguridad de las personas y los bienes, donde suelen incluirse aquellas que tienen que ver con la responsabilidad civil extracontractual. Ver: Pillet, Antoine, *Principios de Derecho internacional privado*, (Trad. N. Rodríguez Aniceto y C. González Posada), Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, T. 2, pp. 181-183.

<sup>1055</sup> Con la expresión cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad civil se cubren desde aquellas que buscan facilitar el establecimiento de la indemnización debida—llamadas *liquidated damages* en los

ser vulnerados por el Derecho extranjero bajo cuyo amparo se pactaron tales cláusulas. Tengamos en cuenta que no debe excluirse la posibilidad de que las partes en una relación extracontractual pacten, a través de un convenio de pago, limitaciones a la responsabilidad del agente del daño. Nos atenemos a la autorizada opinión de Viney, para quien resulta arbitrario considerar que la regla de reparación integral del daño constituya un principio de orden público en materia extracontractual y no así en materia, contractual<sup>1056</sup>. Lo que sí debe entenderse en ambos campos como contrario a los principios esenciales, es la posibilidad de pactar cláusulas de exclusión de la responsabilidad, que abarquen aquellos supuestos en los cuales el agente, bien sea del incumplimiento contractual, bien sea del hecho ilícito, haya actuado de manera dolosa<sup>1057</sup>.

También debe tenerse en cuenta el hecho que algunas Leyes prohíben realizar pactos que modifiquen el régimen de responsabilidad aplicable, con lo cual nos encontraríamos en el campo de las normas de aplicación necesaria. Tomemos como ejemplo el artículo 105 de la Ley de Aeronáutica Civil, de acuerdo con el cual “*Toda cláusula contractual que exonere al transportista de responsabilidad o fije un límite inferior al establecido en esta Ley, será absolutamente nula*”. No se olvide que, de conformidad con este instrumento normativo, el monto de las indemnizaciones, calculado en derechos especiales de giro, es tasado imperativamente por el legislador, a partir del artículo 100 de la Ley.

Ahora bien, en materia contractual, una cláusula que exonere *a priori* al deudor que dolosamente incumpla su obligación, puede resultar contraria al espíritu propio de la obligación, pues en la práctica despoja a la obligación de la coercibilidad que la caracteriza. De manera que el juez venezolano, recurriendo al orden público, podría descartar las disposiciones de un Derecho extranjero que brindara tal posibilidad a las partes. En materia extracontractual, el argumento sería el mismo, por ser el mismo el efecto práctico. Sin embargo, tendría el juez que determinar si, en el caso concreto, semejante estipulación no constituye más bien una remisión de la deuda, pues por su naturaleza, en

---

sistema de *Common Law*— hasta aquellas estipulaciones destinadas a funcionar como medio de disuasión contra la inejecución —*penalties* en el *Common Law*, cláusulas penales en nuestro sistema—. Tal vez para evitar problemas de interpretación, tanto los principios Unidroit (Art. 7.4.13), como los Principios de Derecho Contractual Europeo (Art. 4.508) se refieren de manera genérica a “*indemnizaciones establecidas en el contrato*”. Véase: Fontaine, Marcel, Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d’Unidroit: Observations critiques, en: *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, 1998 / 2-3, Vol. III, pp. 405 ss., especialmente p. 412.

<sup>1056</sup> Viney, *Traité de Droit civil...*, ob. cit., p. 430.

<sup>1057</sup> Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob.cit., pp. 549-553.

materia extracontractual, el acuerdo exoneratorio es posterior a la ocurrencia del daño, mientras que, en materia contractual es generalmente previo.

Con argumentos semejantes, podría el juez venezolano negar reconocimiento a una sentencia extranjera que pretenda hacerse valer en Venezuela y en la cual se haya aceptado la validez de una cláusula en tales términos.

Ante lo delicado de este tema, Bustamante se decidió una vez más, por la solución diplomática, dejando en manos de cada Estado contratante, la respuesta en esta materia, al calificarla como de orden público internacional. Así, en su artículo 175 dispone que “*Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las Leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto*”. Dentro de esta norma puede subsumirse en caso de las cláusulas que limitan o exoneran la responsabilidad<sup>1058</sup>.

Ahora bien, salvo que nos encontremos dentro del ámbito geográfico de aplicación del Código Bustamante, está claro que el juez deberá verificar la validez de tales cláusulas de conformidad con el Derecho aplicable a la obligación de que se trate, salvo que resulten contrarias a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro. Así, dependerá de la *Lex contractus*, salvo la voluntad diversa de las partes, la validez de una de estas cláusulas incluida dentro de un contrato<sup>1059</sup> y, a su vez, estará sometido a la Ley que resulte aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, el pacto que sobre el particular hayan acordado las partes luego de haberse producido el hecho ilícito<sup>1060</sup>.

### c. Los daños punitivos

El caso de los daños punitivos luce más complicado, pues el rechazo que padecen en el Derecho interno se refleja en su tratamiento en el Derecho internacional privado. Así, en el artículo 24 del Proyecto de Reglamento Roma II —en cuya elaboración participó desde luego Inglaterra— se establecía que “*La aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Reglamento*

<sup>1058</sup> En su Libro, el jurista cubano se limita a parafrasear la norma del artículo 175 del Código. Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., T. II, p. 183.

<sup>1059</sup> Así se desprende de: CIDACI, Art. 12: “*La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo*”.

<sup>1060</sup> El fundamento en este caso, puede venir dado por el artículo 8 de la Convención de La Haya en materia de accidentes de circulación por carretera, según el cual “*La Ley que resulte aplicable regirá especialmente para determinar: 2. Las causas de exoneración así como toda limitación y distribución de responsabilidad*”.

*que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios, tales como los daños e intereses ejemplares o punitivos, es contraria al orden público comunitario”.*

Rodríguez Pineau mostró su desacuerdo con esta norma, afirmando, a partir de un estudio de la jurisprudencia europea sobre la materia, que los daños punitivos no son tratados como institución desconocida; y que, si bien se ha producido cierto rechazo al reconocimiento de decisiones estadounidenses que condenan al pago de este tipo de daños, su carácter punitivo no ha sido decisivo para tal rechazo; de hecho, éste tiende a identificarse con otras funciones del Derecho de daños europeo, tales como, dentro de la propia compensación, los costos del litigio. En todo caso, el criterio definitivo de evaluación parece ser el principio de proporcionalidad; de manera que se cuida que exista una correlación razonable entre el daño causado y la indemnización impuesta. La autora estima que la violación de tal principio sí podría activar al orden público; sin embargo, para ello no es necesaria una norma especial como la del artículo 24 del Proyecto comentado, ya que tal efecto se conseguiría igualmente con una cláusula general<sup>1061</sup>.

Es quizá esta la razón por la cual, la norma citada desapareció del Reglamento definitivo, el cual se limita a establecer, en su artículo 26, una cláusula general en materia de orden público, de conformidad con la cual *“Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”*.

No obstante el silencio del Reglamento, en el Considerando N° 32, luego de reconocer la necesidad de incluir al orden público y a las leyes de policía por consideración de interés público, se afirma que, *“En particular, la aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos **de naturaleza excesiva**, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”* (resaltado nuestro). A pesar de tratarse de un simple ejemplo, destaca en este Considerando la referencia a la naturaleza excesiva de la reparación ejemplar o punitiva, con lo cual aparece nuevamente el tema de la proporcionalidad.

Justamente, en defensa del principio de proporcionalidad, pueden tomarse las palabras de Boskovic, quien destaca casos en los cuales, sobre la base de una indemnización de naturaleza compensatoria, se confiere a la víctima una

<sup>1061</sup> Rodríguez Pineau, *Punitive damages y orden público...*, ob. cit., pp. 1755-1756.

cantidad exorbitante, tal como ocurre con las indemnizaciones ordenadas por la legislación federal anti-trust de Estados Unidos. Lo que ha de provocar la reacción del orden público no es el fundamento de la compensación, sino más bien, el ordenar el pago a la víctima de sumas exorbitantes que no guarden ninguna relación ni con la compensación ni con una pena privada razonable<sup>1062</sup>.

En sentido contrario se pronuncian Bucher y Bonomi, quienes al comentar el párrafo 2 del artículo 135 de la Ley suiza, norma de conformidad con la cual “*Si las pretensiones fundadas en un defecto o una descripción defectuosa de un producto se rigen por el Derecho extranjero, no se pueden conceder en Suiza indemnizaciones distintas de las otorgadas por tal concepto en el Derecho suizo*”, afirman que el objeto de esta disposición no es rechazar la norma extranjera que indique la indemnización por un monto superior al previsto por el Derecho suizo, sino más bien dejar fuera aquellas indemnizaciones que tengan carácter punitivo o no compensatorio, es decir, los *punitive damages* del Derecho anglosajón. Este género de indemnizaciones que no tienden únicamente a reparar el daño, que buscan sancionar al responsable o que persiguen la prevención general son –en opinión de los autores citados– contrarios al los principios fundamentales del sistema suizo sobre responsabilidad civil<sup>1063</sup>.

En el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, el Proyecto de Convenio de La Haya relativo a los acuerdos exclusivos de elección de foro disponía, en su artículo 15, que “*Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l’Etat requis. Ce paragraphe n’exclut pas la reconnaissance et l’exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu’au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d’origine*”<sup>1064</sup>. En su versión definitiva, el artículo 11 del Convenio sobre acuerdos exclusivos de elección de foro, es mucho más preciso al disponer que “*1. La reconnaissance ou l’exécution d’un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis. 2. Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d’origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès*”.

<sup>1062</sup> Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., p. 342.

<sup>1063</sup> Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., pp. 291-292.

<sup>1064</sup> Ver texto en: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd24f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd24f.pdf)

Con esta norma se pone nuevamente de manifiesto el tema de la proporcionalidad de la compensación y, en definitiva, no hace más que recoger lo que parece haber sido práctica común en los tribunales de los Estados partes en la Unión Europea, en relación con el reconocimiento parcial de las decisiones que acuerden daños punitivos<sup>1065</sup>. Lo que llama la atención de esta norma es la actitud si se quiere hostil con los daños punitivos, cuando por otro lado se tiende a reconocer la función preventiva de la responsabilidad civil.

Ya en el primer Capítulo de este trabajo hemos referido la situación del sistema venezolano, no totalmente contrario a esta nueva concepción de la responsabilidad civil. Posición que nos conduce a afirmar que si el Derecho venezolano resultare aplicable al caso concreto, no podría el juez ordenar la indemnización de daños punitivos, salvo desde luego el caso de la Ley sobre Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Pero si le correspondiere aplicar un Derecho que consagrara tal posibilidad o reconocer una sentencia que condene al deudor al pago de los mismos, no vemos un serio obstáculo para que lo haga, debido a que no consideramos que el fundamento inhibitorio que sustenta la institución de los daños punitivos, sea contrario a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano. Lo que sí podría resultar violatorio de los mismos es ordenar una indemnización que suponga el empobrecimiento del agente a la vez que enriquece sin causa a la víctima.

Lo que, en definitiva, hemos de concluir en esta parte del Trabajo, puede expresarse a través de una interrogante: partiendo del necesario respeto al principio de integridad de la reparación ¿por qué no admitir el daño punitivo si a través de esta figura se puede conceder a la víctima del daño una reparación integral? Considérese que, en todo caso, lo que hay que evitar es que tal figura se convierta en una fuente de enriquecimiento sin causa y que es la proporcionalidad lo que ha de guiar la actividad del juez que, en aplicación de un Derecho extranjero, decida ordenar la indemnización de daños punitivos, o cuando se encuentre frente al reconocimiento de una sentencia que los ordene.

## 2. *El reenvío: su exclusión*

Es quizá el reenvío una de las instituciones generales del Derecho internacional privado sobre cuya aceptación ha debatido más la doctrina. Tradicionalmente, ésta se ha encontrado dividida entre quienes se muestran a favor del

<sup>1065</sup> Así lo reporta Rodríguez Pineau, al comentar algunas decisiones alemanas y españolas. Ver: Rodríguez Pineau, *Punitive damages* y orden público..., ob. cit., pp. 1752-1754 y 1757-1758.

reenvío y quienes niegan su utilidad. Pero más allá de la opinión que pueda sostenerse al respecto, no debe ignorarse la necesidad de superar la laguna legal derivada de la impracticabilidad de la norma de conflicto del foro, en los casos en que, el Derecho extranjero declarado competente por ella, manifieste su desinterés en regular el supuesto<sup>1066</sup>.

El sistema venezolano se ha inclinado, como norma general, por la aceptación del reenvío hasta el segundo grado. Así se consagra en el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual “*Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto*”<sup>1067</sup>. La inclusión de esta norma se consideró útil, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, “*en nombre de un principio de seguridad jurídica*”. La propia Exposición señala que el artículo 4 acoge el reenvío “*cuando propende a unificar la solución nacional con la solución del Derecho extranjero o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes*”<sup>1068 1069</sup>.

<sup>1066</sup> Autores como Niboyet y Quadri ven, en el desinterés del Derecho extranjero, una supresión del carácter internacional del problema y una consecuente aplicación del Derecho material del foro, invocando inclusive razones de orden público. Ambos citados en Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª reimp. de la 3ª ed., 1982, Vol. I, T. II, Parte Segunda, pp. 170-171.

<sup>1067</sup> Antes de la entrada en vigencia de la Ley, nuestro sistema contaba con el artículo 483 del Código de Comercio (“*La capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determina por la ley nacional. Si esta ley declara competente la de otro Estado, esta última es la que se aplica*”) y con dos paradigmáticas sentencias en la materia, la primera, un decreto de adopción dictado en el caso Schunek, un decreto de adopción emanado de la Corte Superior del Distrito Federal, en fecha 24 de noviembre de 1906 (Ver texto en: Muci-Abraham, José, *Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío*, en: *RFDUCV*, 1955, N° 3, pp. 120 ss.) y la segunda, dictada en el caso Quintana c. Sión por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Civil del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 29 de septiembre de 1966 (Ver texto en: *JTR*, Vol. XIV, pp. 128 ss.).

<sup>1068</sup> Maekelt y otros, *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 58.

<sup>1069</sup> Ha llamado la atención, desde su aparición en el Proyecto de Ley de Normas, que se haya mencionado en primer término el reenvío de segundo grado. Para Neuhaus, por ejemplo, tal orden implica una solución muy favorable, pues, normalmente, todas las Leyes que consagran esta institución, lo hacen por el solo interés de favorecer la aplicación del Derecho del foro (Neuhaus, Paul H., Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho internacional privado. Observaciones de Derecho comparado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, FCJPUCV, 1975, pp. 55 ss., especialmente p. 59). En sentido similar, Maekelt admite que el espíritu que anima esta norma, más que la aplicación del propio Derecho, es la armonía internacional de soluciones (Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 78). Goldschmidt vio en esta disposición, una perfecta combinación de la tesis de la referencia media, consagrada en el primer párrafo; la referencia máxima, en el segundo párrafo; y la mínima en el último.

Ahora bien, por influencia de lo que ha sido una tendencia general en el Derecho comparado, esta institución es excluida en diversas áreas del Derecho, entre ellas, justamente la que nos ocupa. En tal sentido, podemos mencionar, en primer lugar, la materia contractual y dentro de ella, por supuesto, todo lo relacionado con la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato<sup>1070</sup>. La exclusión del reenvío en esta materia está justificada por el juego de la voluntad de las partes al momento de seleccionar el Derecho aplicable al contrato. Así, comentando el Convenio de Roma, Giuliano y Lagarde han afirmado que si las partes han elegido el Derecho aplicable, “*está claro que desean que la Ley elegida sea aplicable por lo que respecta a sus disposiciones materiales; su elección excluye entonces cualquier reenvío a otra Ley*”; pero también se ha afirmado que tal razonamiento es válido incluso si las partes no han escogido el Derecho aplicable, caso en el cual entra en juego el principio de proximidad, pues “*no sería lógico que el juez, a pesar de esta localización expresa, sometiera el contrato, por medio de un reenvío, a la Ley de otro país, por el simple motivo de que la norma de conflicto del país en el que el contrato se ha localizado contenga otras conexiones*”<sup>1071</sup>.

Recogiendo esta opinión, durante las discusiones de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, Gonzalo Parra-Aranguren planteó la posibilidad de excluir el reenvío del juego del citado tratado<sup>1072</sup>. Tal planteamiento fue bien recibido y como resultado de ello se aprobó el texto del artículo 17, según el cual “*Para los efectos de esta*

---

De esta manera, cada párrafo responde a un criterio diverso dentro del mismo campo problemático; el primero expresa el deseo de respetar, en la medida de lo posible, la voluntad de la legislación extranjera, deseo –en su opinión– fácil de cumplir si ésta acepta la referencia que a su Derecho hace el Derecho del juez; el segundo obedece al afán por aplicar la *Lex fori*; y, finalmente, el tercer párrafo se inspira en la concepción según la cual el objeto de referencia de la norma de conflicto es el Derecho material extranjero. Ver: Goldschmidt, Werner, El proyecto venezolano de Derecho internacional privado, en: *RMJ*, 1964, N° 50, pp. 77 ss., especialmente p. 84.

<sup>1070</sup> Convenio de Roma, Art. 15: “*Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado*”; Código Civil portugués, Art. 19,2: “*Cesa igualmente lo dispuesto en esos mismos artículos (reenvío), si la Ley extranjera ha sido designada por los interesados, en los casos en que la designación sea permitida*”; Ley de Introducción al Código Civil alemán, Art. 4,2: “*Si las partes tienen la facultad de escoger ellas mismas el Derecho de un Estado, ellas sólo podrán optar por sus reglas materiales*”; La Ley suiza tampoco lo admite en materia contractual. Recordemos que la regla general lo excluye, salvo en los casos en que la propia Ley lo admita (Art. 14) y éste no es el caso de los contratos; la Ley de Derecho internacional privado italiana dispone en su artículo 13,2 que “*La aplicación del Parágrafo 1 se excluye: a) en los casos en que las disposiciones de la presente Ley declaren aplicable la Ley extranjera sobre la base de la escogencia efectuada en este sentido por las partes interesadas*”.

<sup>1071</sup> Giuliano y Lagarde, Informe..., ob. cit., p. 25. En sentido similar ver: Boskovic, *La réparation du préjudice*..., ob. cit., p. 335.

<sup>1072</sup> OEA/Ser. K/XXI.5 CIDIP V 14/93, 30/12/93, p. 10.

*convención se entenderá por ‘Derecho’ el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”.*

Ahora bien, a pesar que el artículo 4 de la Ley venezolana, tal como hemos afirmado, es la regla general y, aparentemente, no tiene excepciones, la doctrina, fuera del ámbito de la Convención Interamericana, ha aceptado la exclusión del reenvío en materia contractual<sup>1073</sup>. Resulta interesante la tesis sostenida por Giral Pimentel, según la cual, en materia contractual, constituirán una excepción a la regla general del artículo 4 de la Ley, los casos en que las partes elijan el Derecho aplicable y, ante la ausencia de elección, las materias que constituyen el ámbito estricto del contrato y aquellas que se encuadran dentro del ámbito ampliado de la *Lex contractus*. Para fundamentar tal excepción, Giral Pimentel recurre al artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado y a la orden de realizar los objetivos de las normas venezolanas de conflicto en él contenida. Las normas que regulan la materia contractual, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, procuran recoger las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana; por ello, el autor concluye que las disposiciones de la Ley son susceptibles de ser interpretadas conforme a la Convención y, de esta manera, entender excluido el reenvío en materia de obligaciones convencionales<sup>1074</sup>.

Por otra parte, también se ha negado la procedencia del reenvío en materia de responsabilidad civil extracontractual. Su exclusión en esta materia puede fundamentarse a través de dos criterios; en primer lugar, puede ser juzgado inoportuno en razón de la incertidumbre del resultado final a que conduciría y, en segundo término, se observa que la idea de previsibilidad sobre la cual descansa la regla *Lex loci delicti commissi* excluiría el reenvío<sup>1075</sup>.

Así, el artículo 24 del Reglamento Roma II establece “*Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado*”. Inspirada en el artículo 15 del Convenio de Roma, esta

<sup>1073</sup> Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 78; Romero, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 257.

<sup>1074</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 241-245.

<sup>1075</sup> Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., p. 334. Incluso, el propio Boskovic cita a Audit, para quien debido a la complejidad de la conexión propia de la responsabilidad civil extracontractual, el reenvío además de inconveniente, resultaría impracticable. Sin embargo, no deja de reconocer la necesidad de una consagración positiva de tal exclusión, la cual sólo sería innecesaria si, tal como ocurre en el sistema venezolano, se permite cierta libertad de elección a la víctima. Gardeñes Santiago también aconseja la exclusión del reenvío en materia de responsabilidad civil extracontractual, por razones de previsibilidad. Al comentar la resolución dictada en 1969 por el Instituto de Derecho Internacional, el profesor español entiende que el mismo se inclina hacia una exclusión del reenvío al consagrar al orden público como única causa justificada para no aplicar el Derecho designado por las normas de conflicto. Ver: Gardeñes Santiago, *La Ley aplicable a la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 180.

norma buscaría resguardar el objetivo de seguridad jurídica que ha motivado ampliamente la elección de las normas de conflicto de leyes del Reglamento.

En el caso del sistema venezolano de Derecho internacional privado, además del supuesto de los contratos internacionales, también podría pensarse excluido el reenvío del funcionamiento del artículo 32, en materia de hecho ilícito, pues tal norma da entrada, en cierta medida, a la autonomía conflictual de la víctima, al establecer que ésta podrá demandar la aplicación de la Ley del lugar donde se produjo la causa generadora del daño o aquella del lugar en el cual se manifestaron los efectos dañosos<sup>1076</sup>.

A pesar de tales planteamientos y en concordancia con el artículo 2 de la propia Ley de Derecho Internacional Privado, puede afirmarse que el reenvío sería admisible si contribuyese a lograr los objetivos las normas venezolanas de conflicto, es decir, si a través de su aplicación pudiere llegarse a una solución equitativa del caso concreto<sup>1077</sup> e incluso si funcionare como instrumento para llegar al Derecho más vinculado con el caso concreto<sup>1078</sup>. En este sentido, resulta interesante la interpretación, compartida por nosotros, propuesta por Hernández-Breton. Según el autor, el artículo 4 ha de ser leído en concordancia con el artículo 2 de la propia Ley, de lo cual resulta que “*el Derecho extranjero reclamado por la norma venezolana de conflicto se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, de manera que se realicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Así tendríamos que aun cuando el artículo 4 de la LDIP no contempla excepciones expresas al principio de remisión global o máxima a un Derecho extranjero hecho por*

<sup>1076</sup> “*Esta facultad de la víctima de elegir entre dos ordenamientos jurídicos el que le resulta más favorable, también se protege mejor con la directa aplicación del derecho material*”. Maekelt, *Ley venezolana...*, ob. cit., p. 79. Por el contrario, Guerra Hernández parece mostrar una actitud favorable al reenvío en esta materia, pues el autor insiste en la consideración de las instituciones generales en la resolución de un caso de responsabilidad civil, entre ellas, el reenvío consagrado por el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Ver: Guerra Hernández, *La responsabilidad civil extracontractual por productos...*, ob. cit. pp. 174-175 y 288. Ver también, del mismo autor: Artículo 32..., ob. cit., p. 845.

<sup>1077</sup> Ver: Madrid Martínez, Claudia, Artículo 4. Reenvío, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 213 ss., especialmente pp. 226-228. Ya en otra oportunidad –y aquí lo ratificamos– hemos sostenido que “*cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la ley busca la solución equitativa de cada caso concreto*” (Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 132). El respeto a la irrestricta autonomía de las partes (Art. 29); la validez formal de los actos (Art. 37); la protección de la víctima (Art. 32); la protección de los hijos (Art. 24) y de los incapaces (Art. 26) son mencionados por Hernández-Breton como objetivos específicos de las normas de conflicto venezolanas. Ver: Hernández-Breton, Eugenio, *Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto*, en: *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss., especialmente p. 178.

<sup>1078</sup> En este sentido se ha pronunciado Gardeñes Santiago, *La Ley aplicable a la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 180.

*la norma venezolana de conflicto, una lectura concordada del artículo 4 y del artículo 2 de la LDIP conduce a negar el principio de la remisión global o máxima –y aceptar como excepción la remisión mínima– en aquellos casos en que la remisión global, es decir la posibilidad de intervención de las normas de conflicto extranjeras en la determinación del Derecho aplicable, impidiese la realización de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto*<sup>1079</sup>.

## V. OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

La complejidad de las negociaciones en el mundo de hoy genera múltiples problemas adicionales en las relaciones jurídicas. El acelerado desarrollo del sector terciario, la importancia cada vez mayor de las corporaciones profesionales y su consecuencial influencia en la forma de concebir los negocios, el desarrollo tecnológico y en las comunicaciones, entre otros muchos factores, contribuye a que jurídicamente nos encontremos frente a relaciones complejas. Por tal razón, consideramos necesario hacer referencia, en esta última parte del trabajo, al aspecto internacional de dos situaciones que ya hemos analizado desde el punto de vista del Derecho interno: la responsabilidad civil precontractual y la concurrencia de responsabilidades<sup>1080</sup>.

### A. La responsabilidad civil precontractual

#### 1. Problema de calificación

Recogiendo la opinión doctrinal generalizada, Álvarez González reconoce que la responsabilidad civil precontractual entraña dos grandes inconvenientes para el Derecho internacional privado. En primer lugar, el ya clásico problema de las calificaciones, en el sentido de que es necesario determinar, a falta de un régimen especial en la materia, si nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad civil contractual o más bien extracontractual. En segundo lugar, el propio autor expone el problema que se presenta por la variedad de

---

<sup>1079</sup> Hernández-Breton, Eugenio, Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho internacional privado, en: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 27 ss., especialmente pp. 38-40.

<sup>1080</sup> En este punto, tomaremos las principales conclusiones a que llegamos en nuestro trabajo *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 141-145 y 168-201.

Leyes que pueden concurrir en la regulación de este supuesto, entre las cuales enumera la *Lex contractus*, la *Lex loci actum*, la *Lex personae*, e incluso la *Lex rei sitae*, entre otras<sup>1081</sup>.

En relación con el primer problema, antes de determinar la jurisdicción o el Derecho aplicable, el juez deberá proceder a una calificación, bien sea entendiendo esta responsabilidad como contractual o bien como extracontractual. En este caso, también parece ser lo más lógico que el juez atienda a los criterios materiales de su propio Derecho para determinar la norma de conflicto en la que subsumirá la relación precontractual. Aunque con algunas reservas, Álvarez González admite que, desde el punto de vista dogmático, es necesario partir de una calificación *ex lege fori*, pero “*para construir sobre ella un razonamiento que conduzca a la identificación de una solución conflictual conveniente, satisfactoria*”.

El propio autor halla, en este punto, cierta contradicción en la tesis de Bourel quien, en un principio partidario de la calificación de conformidad con el Derecho material del juez, al analizar los hechos ilícitos cometidos en fase de ejecución del contrato –lo cual, en opinión de Álvarez González, es perfectamente aplicable a la fase de formación– entiende que el problema de calificaciones ha de resolverse, preferiblemente, partiendo de una calificación global, sin que se ate al juez al análisis que ofrecen las clásicas soluciones de la *Lex fori* y la *Lex causae*<sup>1082</sup>. En definitiva, lo razonable parece ser atender a los criterios materiales del Derecho del juez<sup>1083</sup>, sistema encargado, a falta de una conexión autónoma, de calificar la relación como contractual o extracontractual.

## 2. Determinación de la jurisdicción

No existe, dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado, una norma que de manera expresa establezca criterios atributivos para el caso de la responsabilidad civil precontractual; mas recordemos que en Venezuela existe una franca tendencia a entender este problema como extracontractual, lo cual sugiere la aplicación de los diseñados para esta materia, teniendo en

<sup>1081</sup> Álvarez González, La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual..., ob. cit., p. 126.

<sup>1082</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>1083</sup> Así parece entenderlo Olga Dos Santos, al referirse a la necesidad de determinar si se ha perfeccionado el contrato con el objeto de determinar si el operador jurídico se encuentra frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual. Ver: Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., p. 63.

cuenta que, tal como hemos analizado anteriormente, hay criterios que no exigen una operación de calificación, pues funcionan tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual. El domicilio del demandado (Arts. 323 CB y 39 LDIPV) o su citación personal (Art. 40,3 LDIPV) se cuentan en este grupo. Igualmente, hay otros que sólo parecen ser aplicables a las relaciones contractuales y cuya aplicación al tipo de relaciones en estudio, resulta francamente inadecuada. Es el caso, por ejemplo, del lugar de celebración del contrato (Art. 40,2 LDIPV), pues no habiendo contrato, mal puede hablarse de un lugar de celebración. Una afirmación semejante podría sostenerse en el caso del criterio atributivo de jurisdicción lugar de cumplimiento de la obligación (Arts. 323 CB y 40,2 LDIPV), en los supuestos en que tal lugar hubiere sido establecido en el contrato frustrado o nulo, pues la nulidad o inexistencia de la relación contractual conllevarían la nulidad o inexistencia de la elección del lugar de cumplimiento del contrato. En cambio, este criterio podría resultar útil cuando por tal se entienda el lugar del domicilio del deudor, dada la calificación *ex lege fori* que hemos comentado *supra*, la cual abarca a las obligaciones extracontractuales (Art. 1.295 CCV).

Con la sumisión también se presentaría un problema (Arts. 318 CB y 40,4 LDIPV). No nos referimos a aquellos supuestos en los cuales las partes, demostrando un alto grado de previsibilidad –poco frecuente–, establezcan al inicio de sus relaciones un acuerdo que contenga la selección de un foro para conocer de las posibles disputas que puedan presentarse en fase precontractual o en caso de nulidad, supuesto en el cual la sumisión sería válida.

Pensamos más bien en aquellos casos en los cuales la nulidad o inexistencia del contrato afecta la cláusula de elección de foro, que no goza de la suficiente independencia como para esquivar semejante obstáculo. Dos respuestas son posibles frente a este planteamiento; en primer lugar, estimar que se trata de una relación extracontractual, al no haber un contrato o al resultar éste nulo; o, en segundo lugar, pensar en una especie de *forum hypothetici contractus*, es decir, en orden a garantizar cierta seguridad jurídica a las partes en sus relaciones, podría reconocerse la jurisdicción de los tribunales a los cuales éstas habrían sometido sus relaciones, de haberse perfeccionado el contrato<sup>1084</sup>.

Éste es el razonamiento, que prevalece en materia de Derecho aplicable, en el caso de los contratos nulos según analizaremos más adelante. Aunque

---

<sup>1084</sup> Tomando las palabras de Raape y Sturm en su *Internationales Privatrecht* (München, Band I, 1977, p. 108), Virgós Soriano afirma que la solución en estos casos, puede conducir a la utilización de los criterios tradicionales como lugar de celebración o de ejecución del contrato, pero a título de *locus hypothetici contractus*, con lo que se recurriría al lugar de celebración o ejecución del presunto contrato. Ver: Virgós Soriano, *Lugar de celebración...*, ob. cit., p. 32.

aplicado en materia de jurisdicción podríamos afirmar que, *prima facie*, las partes pueden razonablemente esperar que sus conflictos sean ventilados ante los tribunales a los cuales ellas esperaban someterse durante sus negociaciones, en la práctica luce complicado entender la validez de un acuerdo que no ha nacido o que ha sido declarado nulo, especialmente, para fines tan delicados como la determinación de la jurisdicción, con lo cual no luce viable aceptar la validez de la sumisión en tales condiciones.

No obstante, el artículo 4,1 del Documento Preliminar N° 8, elaborado, en el marco de Conferencia de La Haya en 2003, por el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto relativo a las sentencias<sup>1085</sup>, se pronuncia en sentido contrario al disponer que “*Si las partes hubieren celebrado un acuerdo de elección de foro exclusivo señalando que el tribunal o los tribunales de uno de los Estados Contratantes serán competentes para resolver cualquier controversia surgida o que pueda surgir en relación con una relación jurídica concreta, dicho tribunal o los tribunales de ese Estado Contratante serán competentes, salvo que el tribunal designado estime que el acuerdo es nulo, inoperante o que no es susceptible de ser cumplido*” (resaltado nuestro).

El su versión definitiva, el Convenio de La Haya sobre acuerdos exclusivos de elección de foro acoge definitivamente el principio de autonomía del acuerdo al disponer, en su artículo 3,d, que un acuerdo exclusivo de elección de foro que forma parte de un contrato, se considera como un acuerdo distinto de las demás cláusulas del mismo; de manera que la validez de éste no depende de la validez o nulidad del contrato. Reafirmando esta idea, el artículo 5,1 del propio Convenio establece la competencia del tribunal designado para conocer del litigio al cual se aplica el acuerdo, salvo que el mismo sea nulo, de conformidad con el Derecho de ese Estado. Resultando nulo el acuerdo se levanta la prohibición a los tribunales no elegidos, de conocer de tal controversia. Ello en virtud del artículo 6,a *eiusdem*.

Con tales disposiciones se reconoce la autonomía del acuerdo de selección de foro, tal como ocurre con el acuerdo de arbitraje<sup>1086</sup>, el cual, en virtud de los principios de autonomía y de *Kompetenz-Kompetenz*, no se ve afectado por la nulidad del contrato y en caso de verse afectado, no vulnera la competencia del

<sup>1085</sup> En: [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd08s.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd08s.pdf)

<sup>1086</sup> Blanchin ha abogado por esta equiparación de la cláusula de elección de foro con la de arbitraje, a los fines de evaluar su validez. En tal sentido, la autora afirma que la regla de la autonomía permite separar la cláusula del régimen aplicable al contrato en el cual está incluida, tanto respecto de la Ley aplicable a este último como desde la perspectiva de la nulidad que pueda afectarlo. Ver: Blanchin, Catherine, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?* Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris II, 1995, pp. 85 ss.

árbitro para conocer del asunto<sup>1087</sup>. A pesar de la aceptación de estos principios, el artículo II,3 del Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros invita al juez estatal a decidir sobre la nulidad del propio acuerdo, obviando el asunto de su autonomía, al disponer que *“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”* (resaltado nuestro).

No debe dejar de considerarse la posibilidad de que las partes hayan decidido someterse a una determinada jurisdicción o incluso a arbitraje, mediante un acuerdo contenido en una carta de intención, las cuales –en palabras de Perales Viscasillas– constituyen declaraciones por escrito de los intervinientes en el negocio acerca de los puntos en los que se está de acuerdo o se quiere conseguir un acuerdo. En ellas pueden establecerse deberes de conducta, específicos o generales, aunque con frecuencia se olvida establecer las sanciones ante el incumplimiento de los mismos. Así, su valor jurídico es variable, pues mientras algunas pueden clasificarse dentro de las figuras de la oferta, la aceptación o la promesa de contratar, otras constituyen fases menos avanzadas de la negociación<sup>1088</sup>.

En Venezuela, la doctrina también se ha planteado la necesidad de determinar, caso por caso, el valor de estas negociaciones, pues normalmente, en las cartas de intención se busca reforzar la obligación de lealtad, mas en otros supuestos estos instrumentos presentan tal precisión sobre los elementos del futuro contrato, que pueden revelar que se ha ido más allá de la fase precontractual<sup>1089</sup>. En todo caso, Álvarez González recomienda atender a la elección de foro que éstas puedan contener<sup>1090</sup>.

Finalmente, podemos simplemente entender, tal como lo ha aceptado la mayoría de la doctrina venezolana, según hemos reseñado *supra*, que en los

<sup>1087</sup> LAC, Art. 7: *“El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”*. Véase: Maekelt y Madrid Martínez, *Al rescate del arbitraje en Venezuela...*, ob. cit.

<sup>1088</sup> Ver: Perales Viscasillas, M<sup>a</sup> del Pilar, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 134-135.

<sup>1089</sup> Ver en este sentido: Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, ob. cit., p. 137; Lupini, *La responsabilidad precontractual...*, ob. cit., pp. 64-66.

<sup>1090</sup> Álvarez González, *La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual...*, ob. cit., p. 138.

casos de violación del deber general de buena fe o de contratos nulos estamos frente a una responsabilidad civil de tipo extracontractual, por lo que podríamos recurrir a los clásicos criterios atributivos de jurisdicción establecidos para esta materia, en especial, al *forum delicti commissi*. En tal sentido, podemos hablar de la verificación de ciertos hechos en el territorio de la República (Art. 40,2 LDIPV), entendiendo como tales a las tratativas abruptamente rotas, a la conducta que llevó a tal ruptura e, incluso, a los daños que la misma ha generado a las partes. Los rastros del contrato nulo y sus efectos dañosos verificados en Venezuela también atribuirían jurisdicción a nuestros tribunales.

Por los mismos derroteros parece caminar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual, en sentencia de fecha 17 de septiembre de 2002, en interpretación del Convenio de Bruselas, afirmó que “*Habida cuenta de las circunstancias del asunto principal, la obligación de reparar el perjuicio supuestamente derivado de una ruptura injustificada de las negociaciones únicamente puede resultar de la infracción de normas jurídicas, en particular de la que obliga a las partes a actuar de buena fe en las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato. En estas circunstancias, es innecesario reconocer que la responsabilidad derivada en su caso de la circunstancia de no haberse celebrado el contrato contemplado en la demanda en el asunto principal no puede ser de naturaleza contractual*”<sup>1091</sup>.

### 3. Derecho aplicable

En materia de Derecho aplicable, las principales alternativas suelen presentarse entre la *Lex contractus* y la *Lex loci delicti commissi*. Sin embargo, no han faltado propuestas en relación con la adopción de una conexión autónoma para esta materia. En tal sentido, Luderitz estima que la vulneración de los deberes generales de cuidado deberá regirse por el Derecho del lugar donde aconteció, o debió acontecer el hecho generador; mientras que la responsabilidad que pueda derivarse de la conducta reprochable relativa a los deberes de información y a la culpa en la no conclusión del contrato ha de estar gobernada por el Derecho del lugar en el cual se han desarrollado las negociaciones<sup>1092</sup>.

De este planteamiento, Álvarez González conserva la conexión “*lugar de las negociaciones*”, pues la encuentra menos aleatoria que una posible inter-

<sup>1091</sup> TJCE, Sent. 17/12/2002, asunto C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA y Heinrich Wagner Sinto Maschinen Fabrik GmbH, en: <http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

<sup>1092</sup> Luderitz citado en Álvarez González, La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual..., ob. cit., p. 132.

pretación rígida de la *Lex loci*. El hecho que las partes hayan desarrollado sus negociaciones precontractuales en un determinado lugar, supone una conexión suficientemente fuerte para que, en ausencia de relación contractual, la responsabilidad precontractual se rija por el Derecho de ese lugar. En opinión del profesor español, ello no sólo se justifica desde el punto de vista deontológico, en el sentido que las partes han asumido una conducta conforme al medio jurídico en el cual se han desarrollado sus negociaciones, sino que además representa un remedio parcial en aquellos casos de actos múltiples generadores de responsabilidad civil precontractual, realizados en diversos Estados. Estima el autor que parcialmente, porque a veces las negociaciones se llevan a cabo a distancia, supuesto ante el cual se podría, o bien recurrir –tal como ocurre con los contratos celebrados a distancia– a una ficción para localizar el Derecho aplicable la cual, en este caso, resultaría ser, luego de un juicio de valor, el lugar principal de las negociaciones, con las dificultades que ello comporta, o bien recurrir sencillamente a la *Lex loci*<sup>1093</sup>.

Sin embargo, en los sistemas internos, casi siempre silentes al respecto, se ha generalizado el recurso a la *Lex loci delicti commissi*, para regular la responsabilidad precontractual; aunque se admite que tal conexión implica la dificultad de determinar el lugar del delito. Se reconoce, en este sentido, que tal lugar puede ser fácilmente localizado en los casos de ruptura de negociaciones o de vicios en el consentimiento, casos en los cuales se atenderá al Derecho del lugar de la ruptura o de donde se hayan constituido el error, el dolo o la violencia.

Pero cuando la responsabilidad nace de la abstención de una de las partes, como el caso de la negativa a contratar, la localización del ilícito no se puede efectuar en virtud de su manifestación exterior, pues ésta no se produce. Se piensa entonces en el lugar en que se producen los efectos del daño, pero si éste consiste en una falta de ganancia, su localización también se complica. Por ello, algunos aconsejan recurrir al Derecho que rige el contrato a título de *Lex hypothetici contractus*, Derecho que variará según que las partes hayan o no acordado una cláusula de elección del Derecho en su fallido contrato. Aunque reconoce la imprevisibilidad de tal solución, Bourel admite que, en materia extracontractual, la previsibilidad juega un rol secundario<sup>1094</sup>.

La incertidumbre en relación con la naturaleza de la responsabilidad civil precontractual es tal, que la propia Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías –ejemplo paradigmático de Derecho material

<sup>1093</sup> *Ibid.*, pp. 136-137.

<sup>1094</sup> Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., pp. 148-149.

unificado en materia contractual— ha obviado el punto, situación que los comentaristas de la Convención han calificado como lamentable, pues en los diversos ordenamientos jurídicos no existen criterios unánimes en la materia, de manera que en la práctica se tiende a aplicar el Derecho interno del juez<sup>1095</sup>.

Es el Reglamento Roma II el encargado de romper el silencio. Su artículo 12, titulado “*Culpa in contrahendo*”, comienza por referir, como supuestos de responsabilidad civil precontractual, las obligaciones derivadas “*de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente*”. A primera vista llama la atención la inclusión de los casos en que el contrato llegue a celebrarse, supuesto generalmente reconocido como contractual. Sin embargo, la conexión utilizada por la norma hace irrelevante esta cuestión. En efecto, de conformidad con el artículo 12, 1 del Reglamento, estas situaciones estarán sometidas a “*la Ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado*”, admitiéndose la procedencia de la *Lex hypothetici contractus*.

El apartado 2 de la propia norma regula los supuestos en que “*la Ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1*”. En tales casos se aplicará “*a) la Ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; o, b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la Ley de ese país; o, c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país*”

Ahora bien, no existe en nuestro ordenamiento jurídico, y la jurisprudencia tampoco se ha paseado por este supuesto, regulación alguna sobre la materia en Derecho internacional privado; sin embargo, a partir de la fuerte tendencia a aceptar la naturaleza extracontractual de este tipo especial de responsabilidad, el juez habrá de recurrir a la aplicación de la norma que regula la responsabilidad civil extracontractual.

En relación con el contrato nulo, nos encontramos frente a una situación similar, pues la nulidad, como se sabe, provoca la desaparición absoluta de la relación contractual. Sin embargo, el legislador sí se ha encargado de regular

<sup>1095</sup> Perales Viscasillas, *La formación del contrato...*, ob. cit., pp. 145-149.

expresamente este supuesto arrastrándolo al ámbito de aplicación de la *Lex contractus*. En el ámbito europeo, el Convenio de Roma ha consagrado esta solución al someter, en su artículo 10,1, e “*las consecuencias de la nulidad del contrato*” a la Ley que lo rige. Sin embargo, ante la oposición de algunas delegaciones, se permitió formular reservas a esta disposición, por considerar que, en algunas legislaciones europeas, la responsabilidad que se genera de un contrato nulo tiene naturaleza extracontractual<sup>1096</sup>. Así, se ha afirmado que la necesaria restitución que sigue a la nulidad del contrato puede ser calificada como un pago de lo indebido o un enriquecimiento sin causa; mientras que la eventual obligación de resarcir los daños a cargo del contratante que causó la nulidad, pueden conectarse con la responsabilidad derivada del hecho ilícito<sup>1097</sup>.

Sin embargo, se considera que queda fuera de la *Lex contractus* la extensión de la nulidad; cuestiones tales como si una cláusula ilícita es simplemente reputada como no escrita, o si su presencia en el contrato comporta la nulidad de éste, se someterán a la Ley conforme a la cual se haya formado la condición violada, que puede ser diferente del Derecho que rige el contrato. Igualmente, es la Ley que subordina la validez del contrato a una autorización administrativa previa, y no la Ley del contrato, la que deberá indicar si se admite la regularización retroactiva del acuerdo, cuando la autorización es dada después de su conclusión<sup>1098</sup>.

Dentro del sistema venezolano existen algunas regulaciones en la materia, especialmente a nivel de la codificación convencional. Comencemos con el Código Bustamante. En este instrumento encontramos una regla general en su artículo 183, de acuerdo con el cual “*Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la Ley de que la causa de la nulidad dependa*”. Luego de esta solución tan característica del sistema de Bustamante, encontramos normas referidas a algunas causas específicas de nulidad, tales como la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento, la cual estará sometida a la Ley personal de las partes, cuya determinación, como se sabe, es dejada a la legislación interna de cada Estado parte<sup>1099</sup>. Igualmente, el Código hace referencia al error, la violencia, la intimidación y el dolo; a las reglas que prohíben que servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas

<sup>1096</sup> Véase: Giuliano y Lagarde, Informe..., ob. cit., p. 22.

<sup>1097</sup> Villani, Ugo, *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile al Contratti*, Bari, Cacucci Editore, 1997, pp. 180-181.

<sup>1098</sup> Lagarde, Paul, Le nouveau Droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, en: *RC de DIP*, 1991, N° 2, T. 80, pp. 287 ss., especialmente p. 329.

<sup>1099</sup> CB, Art. 7: “*Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior*”.

que estén fuera del comercio sean objeto de los contratos; las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos, todo lo cual, como es de suponer, es declarado territorial o de orden público internacional<sup>1100</sup>. De esta manera, Bustamante parece regular la nulidad sin calificar sus efectos como contractuales o extracontractuales.

Por su parte, la Convención de México, en su artículo 14,e, incluye en el ámbito de aplicación de la *Lex contractus*, a las “consecuencias de la nulidad” del contrato; referencia que los autores entienden hecha a las posibles restituciones que se deben las partes, debido a la nulidad del mismo<sup>1101</sup>. Queda por determinar el Derecho aplicable a los posibles daños que se produzcan durante la irrita vida del contrato, a lo que la doctrina venezolana ha respondido que “*en razón de la relación que hay en el régimen moderno entre la Ley del contrato y el daño, la misma Ley que rige al contrato establecerá si procede o no la acción de daños en el contrato o si la misma excede del ámbito contractual*”<sup>1102</sup>.

## B. Superposición de responsabilidades en Derecho internacional privado

En un trabajo anterior, cuyo esquema seguiremos aquí, nos hemos referido a “*La superposición de responsabilidades en Derecho internacional privado*”<sup>1103</sup> para agrupar la complejidad de situaciones que la determinación de responsabilidad puede generar entre las partes y los problemas que ello puede plantear al operador jurídico. El primer problema ya ha sido abordado en este trabajo. Recordemos que, antes que cualquier otra cuestión, el juez debe resolver el asunto de las calificaciones, de manera de llegar a determinar si el caso concreto ha de ser subsumido en las normas sobre responsabilidad civil contractual o en el de aquellas que regulan la responsabilidad civil extracontractual. Para resolver este primer problema –ya lo hemos afirmado– el juez ha

<sup>1100</sup> CB, Art. 176: “*Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento*”; Art. 177: “*Se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento*”; Art. 178: “*Es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio*”; y Art. 179: “*Son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos*”.

<sup>1101</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 120. Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 136. Ver también, en relación con el artículo 10,1,e del Convenio de Roma: Giuliano y Lagarde, Informe..., ob. cit., p. 22.

<sup>1102</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 120.

<sup>1103</sup> Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 168-201.

de recurrir a los criterios materiales de su propio sistema jurídico, es decir, ha de calificar *ex lege fori*. No hay otra manera, hemos concluido, de llegar a la correcta determinación de la norma de conflicto que ha de indicarle el Derecho aplicable. Sin embargo, por tratarse de un caso con elementos de extranjería, debe el juez considerar, a la hora de la calificación y a la par de sus propios criterios, la naturaleza internacional de la relación. A partir de este análisis, hemos afirmado que nos encontraremos frente a un caso de responsabilidad civil contractual cuando el daño se traduzca en la pérdida de una ventaja que no se habría obtenido de no haberse concluido el contrato. No se olvide, y en ello hemos hecho énfasis, que una vez determinado el Derecho competente para regir la relación de que se trate, de tal sistema dependerá, en definitiva, la naturaleza de la misma. Ello de conformidad con nuestra concepción en materia de aplicación del Derecho extranjero.

Ahora bien, este proceso de calificación puede llevar al operador jurídico a concluir que se encuentra frente a un caso subsumible en el supuesto de hecho de ambos regímenes, es decir, un caso concreto que pueda ser calificado, simultáneamente, como contractual y extracontractual. Nos referimos a la llamada concurrencia de responsabilidades, proyectada con todos sus inconvenientes desde el campo del Derecho interno hasta el Derecho internacional privado. Finalmente, el tercer problema que puede presentarse al juez tiene que ver con aquellos casos en los cuales, entre las partes unidas por un contrato, se produce un hecho ilícito independiente de la relación contractual, supuesto para el cual la doctrina ha propuesto la procedencia de la llamada conexión accesoria.

En estos dos últimos supuestos nos concentraremos en esta parte del Trabajo. Para abordarlos hemos decidido invertir el orden que hemos venido utilizando hasta el momento, analizando, en primer lugar, la determinación del Derecho aplicable y, en segundo término, el problema de la jurisdicción. La utilidad de esta inversión se apreciará al examinar la solución propuesta para determinar la jurisdicción competente para conocer del caso con elementos de extranjería, al plantearse un problema de superposición de responsabilidades.

## 1. *Determinación del Derecho aplicable*

### A. La concurrencia de responsabilidades

El hecho que la relación jurídica cuyo objeto sea la prestación de un servicio pueda ser categorizada como contractual o extracontractual, pone en evidencia la clara posibilidad –tal como hemos afirmado en el Primer Capítulo– de que se

plantee el problema de la concurrencia de responsabilidades<sup>1104</sup>. La dualidad de regímenes también contribuye a ello, pues en materia de Derecho aplicable la responsabilidad civil contractual está cubierta por la *Lex contractus*, mientras que la responsabilidad civil extracontractual continúa gravitando en torno a la regla *Lex loci delicti commissi*. Por tal razón, se hace necesario determinar el Derecho aplicable a la procedencia de la concurrencia.

#### a.1. Planteamiento del problema y sus posibles soluciones

En efecto, en Derecho internacional privado puede ocurrir que en el momento en que el juez esté buscando su norma de conflicto para subsumir en ella una especie concreta, determine que, conforme a sus propios criterios materiales –calificación *ex lege fori*–, frente al caso concurren tanto las normas que regulan la responsabilidad civil contractual, como aquellas que rigen la responsabilidad civil extracontractual, con lo cual se sitúa frente a una verdadera concurrencia de responsabilidades, la cual ve aumentada sus dificultades debido a los elementos de extranjería presentes en la relación. En tales casos, hemos de determinar el ordenamiento jurídico que le indicará al juez si ha de negar o aceptar la concurrencia de responsabilidades.

En tal sentido, podríamos preguntarnos si, en el caso que el juez venezolano determinase, por ejemplo, que la relación ha de regirse por el Derecho francés, sistema que adopta la regla del *non cumul*, ¿a éste sólo le quedará, forzosamente, calificar de nuevo el supuesto como contractual o extracontractual, con el objeto de aplicar la norma de conflicto correspondiente? Si, en cambio, resultare competente un ordenamiento jurídico que, como el inglés, acepte la concurrencia, ¿pedirá el juez a las partes que elijan si desean regir su relación por el Derecho aplicable al contrato o por el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual? O ¿sencillamente aceptará o rechazará la concurrencia, con las consecuencias que de ello se derivan, de conformidad con el Derecho del foro?

Para evitar los conflictos de calificaciones que evidentemente genera esta materia, y armonizar los conflictos de leyes que puedan producirse, cierto sector de la doctrina ha propuesto varias soluciones basadas unas en la identidad de naturaleza de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual; y otras en la unidad de la responsabilidad civil. Dentro del primer grupo se ha propuesto, por ejemplo, someter ambas responsabilidades a una sola legislación,

<sup>1104</sup> Específicamente referido a los servicios en Derecho internacional privado, puede verse el tema de la concurrencia en Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 199 ss.

que generalmente es la *Lex loci læsionis*; o sustraer los efectos del contrato al estatuto de la autonomía, en la medida en que el Derecho del lugar de ejecución, reconocido como competente, coincide con la *Lex loci delicti commissi*. Por su parte, dentro de los partidarios de la unidad, como un reflejo de tal tesis en el Derecho interno, se afirma que la indemnización en materia contractual no debe confundirse con la obligación primitiva creada por las partes; si las obligaciones que derivan del contrato son determinadas por su voluntad, las que resultan de la inejecución del contrato son creadas por la Ley y dependen por ello, al mismo título que las obligaciones aquilianas, de la Ley territorial<sup>1105</sup>. Sin embargo, no puede hablarse de unidad si, como ocurre en el sistema venezolano, la responsabilidad civil contractual y la extracontractual están sometidas a regímenes diferentes, tanto desde el punto de vista del Derecho interno, como del Derecho internacional privado.

Nosotros pensamos que, más bien, la posible respuesta puede venir dada por el Derecho del juez o por el Derecho aplicable a la relación controvertida<sup>1106</sup>. Así, el recurso a la *Lex fori* podría implicar, según lo propuso Rabel, entender que el problema de la concurrencia es una cuestión procesal, relativa particularmente a la admisibilidad de la acción<sup>1107</sup>. Por ejemplo, partiendo de su naturaleza procesal, en el Derecho anglo-australiano, el demandante elige la acción y el demandado debe actuar en el terreno elegido por éste<sup>1108</sup>, con lo cual resulta definitiva la calificación que realice el demandante. Así parece haberlo entendido nuestra Sala Político Administrativa en el caso Hyundai, según hemos analizado *supra*. Mas recuérdese las críticas que hiciéramos al respecto. Por otra parte, el recurso a la *Lex fori*, en opinión de Bourel, también podría implicar la errónea asimilación de la cuestión de la concurrencia a un problema de calificación.

El propio Bourel, sin embargo, critica tanto la posibilidad de entender el problema como un asunto procesal, como aquella que estima que estamos frente a una cuestión de calificaciones. En relación con la tesis que propone recurrir a la *Lex fori* por tratarse de una cuestión procesal, el autor francés estima que más que tratarse de un asunto estrictamente procesal, la regla sobre la concurrencia

<sup>1105</sup> Referencias tomadas en Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., p. 145. Ver también: Boskovic, *La réparation du préjudice...*, ob. cit., pp. 88-89 y 310-312.

<sup>1106</sup> En este sentido: Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., pp. 200-206.

<sup>1107</sup> En opinión de Rabel, al tratarse de una cuestión procesal, es el demandante quien elige la acción, salvo que exista en el Derecho del foro alguna consideración procesal que restrinja la posibilidad de tal elección. Ver: Rabel, *The conflicts of Law...*, ob. cit., Vol. II, p. 290. Con opinión similar cita Palao Moreno a Collins, para quien el demandante elige la *cause of action*, mientras que al tribunal sólo le está dado determinar si tal elección es o no *sufficient*. Ver: Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 201.

<sup>1108</sup> Pryles, *Tort and relates obligations...*, ob. cit., p. 181.

forma parte del régimen de la responsabilidad; y, en relación con el segundo planteamiento, Bourel afirma que tampoco puede asimilarse a la calificación, pues debe más bien entenderse como una cuestión previa, no a la determinación del Derecho competente, sino a la aplicación de tal Derecho<sup>1109</sup>.

También hay quien entiende que se trata más bien de una cuestión sustantiva. Es el caso de Kahn-Freund, quien luego de preguntarse quién puede calificar la acción —“*Is it the party's sole function to submit the facts and is it left to the court to subsume them so as to make out whether they give rise to a claim, or is it for the party to choose the legal claim he wants to raise?*”— el propio autor reconoce que “*this, I suggest, is a question of substantive law*”; de manera que la Ley aplicable al hecho ilícito decide cuándo la posibilidad de reclamar sobre la base del daño extracontractual excluye la reclamación contractual; y, a su vez, la *Lex contractus* decide cuándo una reclamación contractual excluye la delictual. Partiendo de este planteamiento, el autor admite que incluso si todos los Derechos involucrados así lo permiten, la víctima podría seleccionar de cada uno de ellos, las disposiciones más favorables a su reclamación<sup>1110</sup>.

Sin embargo, Palao Moreno, acertadamente, entiende que en este caso no se trata de calificar la cuestión como procesal o sustantiva; ni se trata de determinar en cuáles ocasiones la *Lex fori* permite ambos tipos de acciones o, en caso de rechazar tal concurrencia, cuál de las dos ha de prevalecer; de lo que se trata es de averiguar si el Derecho aplicable al contrato y el Derecho que rige la responsabilidad civil extracontractual, permiten o excluyen la posibilidad de opción<sup>1111</sup>.

Resulta en este punto interesante la tesis sostenida por Ferrari Bravo, durante su curso en la Academia de La Haya en 1975<sup>1112</sup>. En su opinión, si bien evidentemente no se trata de conceder a la víctima dos indemnizaciones, tampoco sería justo, al menos desde el punto de vista del Derecho comparado, reducir el problema a la determinación de si un Derecho acepta o no una posibilidad de opción entre la acción contractual y la extracontractual y hasta qué momento puede operar tal opción; no debe olvidarse la existencia de sistemas “*mixtos*”, de conformidad con los cuales la víctima puede ejercer ambas acciones a la vez, combinando las disposiciones más favorables de una y otra.

Mediante lo que él denomina “*présupposition*”, el tratamiento más generoso, sea sobre el plano de la acción contractual, sea en el terreno extracontractual,

<sup>1109</sup> Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., p. 150.

<sup>1110</sup> Ver: Kahn-Freund, O., *Delictual liability and the conflicts of law*, en: *R. des C.*, 1968 II, T. 124, pp. 1 ss., especialmente pp. 131-133.

<sup>1111</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 202.

<sup>1112</sup> Ferrari Bravo, *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles...*, ob. cit., pp. 383 ss.

que un Derecho material esté dispuesto a acordar, lo sería bajo la condición de no utilización de la otra acción; y viceversa, el tratamiento menos generoso puede justificarse, incluso sobre el plano del Derecho positivo, por el hecho que ambas acciones estén disponibles. Para evitar los resultados injustos a que conduciría una aplicación mecánica de esta solución, el autor entiende que han de adaptarse ambos ordenamientos, de manera que tanto en caso de admitirse el concurso como en caso de negarse, el monto de la indemnización se vería limitado por lo señalado en el Derecho aplicable a la segunda acción. Así, si la concurrencia es rechazada, el límite vendría impuesto por lo que al respecto disponga el sistema jurídico aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. Por el contrario, si la concurrencia se acepta, deberá verificarse si la víctima recibe más de lo que hubiera obtenido en caso de haber intentado ambas acciones.

Haciéndose eco de la crítica formulada por Saravalle, Palao Moreno estima que el problema del Derecho aplicable no ha de estar limitado a una cuestión de cantidad del daño resarcible, a la vez que considera errónea la base de la tesis de Ferrari Bravo pues no parece posible que la regulación de las dos acciones por ordenamientos jurídicos diferentes suponga necesariamente que el resarcimiento obtenido por el demandante vaya a ser mayor, si ambas acciones se rigieran por el mismo Derecho, ventaja que sí podría obtenerse si la víctima pudiese elegir el régimen aplicable<sup>1113</sup>.

## a.2. Nuestra propuesta

Maltratada como ha sido la concurrencia de responsabilidades en el Derecho interno, no debemos esperar mejor suerte para las relaciones internacionales. En el ámbito del Derecho internacional privado el problema no ha sido resuelto de manera definitiva, si bien tenemos, como hemos analizado antes, el presupuesto para que al operador jurídico se presenten este tipo de situaciones, es decir, diversidad de regímenes para cada tipo de responsabilidad. La única decisión que tangencialmente se relaciona con la materia, como ha quedado evidenciado, demuestra el afán de nuestros jueces, proyectado desde el Derecho interno, por calificar de manera definitiva el supuesto y escapar con ello a un posible problema de concurrencia. Nos referimos a la sentencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en el caso Hyundai, antes comentada.

---

<sup>1113</sup> Saravalle citado en: Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 205.

Tampoco encontramos norma alguna que, en nuestro Derecho positivo, dé respuesta al problema. Recordemos que aunque el sistema civil venezolano parece mostrarse favorable a la aceptación de la concurrencia de responsabilidades, según ha quedado evidenciado en el Primer Capítulo de este Trabajo, los jueces también han recurrido al principio *iura novit curia* y han calificado la relación controvertida como contractual o extracontractual, y esta última solución se ha proyectado al Derecho internacional privado.

Nosotros insistimos ¿Cuál Derecho ha de indicarle al juez, ante una concurrencia de responsabilidades, si preferir la respuesta dada por la *Lex contractus* o la obtenida de la aplicación de la *Lex loci delicti commissi* o incluso aquella brindada por su propio ordenamiento jurídico? Vemos poco factible que el juez de un sistema que acoge la regla del *non cumul*, se preocupe por determinar si tal concurrencia es válida conforme a la *Lex contractus* o a la *Lex loci delicti commissi*; más bien creemos que se esmerará por calificar como contractual o extracontractual la obligación sometida a su decisión, evadiendo los demás problemas<sup>1114</sup>. Sin embargo, hemos de ratificar, en este punto, la respuesta que hemos construido a partir del funcionamiento de nuestro sistema de Derecho internacional privado en el trabajo antes citado.

Partiendo de la necesidad de determinar el carácter contractual del daño, en el sentido de entender que sólo son contractuales aquellos daños relativos a ventajas que no se hubiesen obtenido sin la existencia de un contrato, el juez deberá verificar si, de acuerdo al Derecho que rige el contrato, el hecho ilícito constituye la violación de una de las obligaciones contractuales o si se trata de un ilícito independiente de él; en este último caso, simplemente se produce un hecho ilícito entre partes unidas por un contrato, supuesto que analizaremos más adelante. Hemos preferido la *Lex contractus* para determinar si estamos o no frente a un supuesto de concurrencia, pues es justamente la normativa que rige el contrato la que, por decirlo de alguna manera, ha venido a alterar la protección general que brinda el régimen extracontractual.

En efecto, sin un contrato válido no puede, desde luego, hablarse de concurrencia y la determinación de la existencia de un contrato válido depende de la *Lex contractus*. Recordemos que el artículo 12 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales somete “*La existencia*

---

<sup>1114</sup> Es lo que ocurrió en el caso *Lagneaux c. Etablissements Franchiolo*, resuelto por el Tribunal de Gran Instancia de Chaméry, en fecha 14/12/1965, en el cual, discutida la posibilidad de concurrencia en el marco de un contrato de transporte, el tribunal francés optó por entender que se refería a un problema de calificaciones y lo resolvió entendiendo que se trataba de una cuestión contractual, razón por la cual desechó la acción extracontractual. Considérese que en Francia impera la regla del *non cumul*.

y *validez del contrato*” a la Ley competente conforme a la propia Convención, es decir, al Derecho seleccionado por las partes o, en su defecto, a aquel que presente los contactos más estrechos con la relación contractual. En segundo lugar, es necesario determinar si, en definitiva, el Derecho aplicable al contrato admite una renuncia a la protección que el mismo brinda a los perjudicados por el incumplimiento voluntario y si, a su vez, permite la sumisión a la Ley que rige la responsabilidad civil extracontractual.

La preferencia por la Ley que rige la relación contractual no está, sin embargo, exenta de obstáculos. Para tratar de llegar a una solución definitiva, hemos de plantearnos algunas hipótesis. Partamos siempre de la tendencia favorable del Derecho interno venezolano hacia la concurrencia de responsabilidades. En un primer supuesto, una vez que el juez haya calificado el caso concreto como un supuesto de concurrencia y que el demandante haya decidido optar por el régimen contractual, el juez aplicará la *Lex contractus*. Bien, una vez ubicado el juez en el Derecho material aplicable, deberá determinar si tal ordenamiento jurídico acepta o rechaza la posibilidad de concurrencia. Si la acepta, el juez decidirá el caso conforme a ese ordenamiento jurídico, cuya posibilidad de opción ha sido ya ejercida por la víctima. Si, por el contrario, la *Lex contractus* rechaza la posibilidad de concurrencia, el juez deberá, atendiendo a tal rechazo, calificar el caso conforme a los criterios materiales de ese ordenamiento jurídico y decidir en consecuencia. Esta calificación realizada por el juez conforme a la *Lex contractus*, no es más que la consecuencia del rechazo de la concurrencia, esto es, la necesidad de calificar la relación controvertida como contractual o extracontractual y excluirla, con ello, de la posibilidad de opción.

Una segunda posibilidad se plantea cuando, y desde luego, siempre después que el juez haya calificado el caso concreto como una concurrencia, el demandante decide ejercer su derecho de opción y elige, a pesar de existir una relación contractual y un daño producto de la violación de esa relación, el régimen sobre la responsabilidad civil extracontractual. En este supuesto, tal como hemos sostenido antes, el juez deberá examinar si el Derecho aplicable al contrato permite la concurrencia, puesto que con su aceptación se estaría, a su vez, permitiendo la renuncia a la protección que este sistema jurídico pueda brindar a las partes contratantes. Sin embargo, en esta hipótesis se le presenta al juez un problema adicional, esto es, si la *Lex loci delicti commissi*, como reguladora de la responsabilidad civil extracontractual, admite o rechaza la concurrencia, puesto que ello, en definitiva, implica la aceptación o rechazo de su propia competencia. Obviamente, si la admite no habría ningún problema, pero si la rechaza, estaría el juez aplicando ese Derecho material, fuera del ámbito fijado por su propio legislador.

En caso que, a la par de este rechazo de la *Lex loci* hacia la concurrencia, la misma fuere aceptada por la *Lex contractus*, al juez le quedaría recurrir a las herramientas que le brinda la teoría general del Derecho internacional privado para resolver los casos de incompatibilidad de varios ordenamientos jurídicos simultáneamente aplicables, es decir, el juez podría, teniendo por norte la justicia material del caso concreto, recurrir al método de la adaptación. Recordemos que según ha propuesto la doctrina, ante un caso de fraccionamiento de la relación por aplicación de Derechos incompatibles entre sí, el juez puede, o bien eliminar el fraccionamiento eligiendo o creando una sola norma de conflicto aplicable al caso concreto, o bien atacar la incompatibilidad, manipulando los ordenamientos materiales simultáneamente aplicables al caso concreto<sup>1115</sup>.

En el sistema venezolano de Derecho internacional privado, no se ata al juez con una u otra solución, sino que se le permite un cierto margen de libertad, la cual tendrá siempre por norte la consecución de la justicia material del caso concreto<sup>1116</sup>. Ahora bien, ante el caso planteado, el juez puede calificar de nuevo el supuesto conforme a su propio sistema jurídico, buscando esta vez subsumir el caso bien en el supuesto de la responsabilidad civil contractual, bien en el de la responsabilidad civil extracontractual, de manera de llegar a un sistema jurídico único y eliminar con ello el fraccionamiento. O podría, también, eliminar la incompatibilidad forzando el ámbito de competencia del Derecho aplicable cuando éste rechace la concurrencia de responsabilidades. En el caso planteado, el juez aplicaría sin más, el Derecho que rige la responsabilidad civil extracontractual. La elección entre ambas tesis, insistimos, ha de estar orientada por una solución equitativa del caso concreto<sup>1117</sup>.

<sup>1115</sup> Kegel, *Derecho internacional privado...* ob. cit., pp. 197-204. Dentro de la doctrina venezolana destaca Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 7. Adaptación, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 265 ss., especialmente pp. 275-280.

<sup>1116</sup> La adaptación está regulada, dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado, en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y en el artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Ambas normas, palabras más palabras menos, disponen que los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

<sup>1117</sup> Comentando la norma de la Convención, Valladão admitió que la misma consagra una regla general de interpretación (ver: OEA/Ser K/XXI.2 CIDIP-II/73, p. 5). En sentido similar, y refiriéndose a la disposición del artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado, Ochoa Muñoz ha afirmado que, más que consagrar una solución, se alerta al juez del sentido general de los problemas que pueden plantearse y, con respecto a ellos, éste es libre de elegir la solución, considerando siempre la equidad del caso concreto. Ver: Ochoa Muñoz, Artículo 7..., ob. cit., pp. 282 y 284.

Ahora bien, si partiéramos de un foro cuyo sistema adopte la regla del *non cumul*, a pesar que, según hemos reseñado *supra*, el juez tenderá a resolver *a priori* el problema a través de la calificación del supuesto conforme con sus criterios materiales, es posible que, al llegar al Derecho extranjero competente, determine que tal sistema admite la posibilidad de concurrencia. En ese caso, la solución dependerá del carácter del principio de rechazo de la concurrencia, es decir, si se trata de un principio esencial que se vería manifiestamente contrariado por la aceptación de la concurrencia contenida en el Derecho extranjero, naturalmente éste se vería rechazado, por aplicación de la excepción del orden público en el Derecho internacional privado. De no ser calificado como tal, operarían las soluciones que antes hemos descrito.

Por nuestra parte, no pensamos que la regla de rechazo o aceptación de la concurrencia pueda ser calificada como un principio cuya vulneración pueda activar la excepción del orden público. Tal razonamiento conduciría, en definitiva, a la determinación de la procedencia de la concurrencia considerando exclusivamente los criterios del Derecho material del juez.

Nuestra solución aboga entonces por favorecer la aplicación del Derecho que rige la relación contractual, sin dejar de considerar, de ser necesario, la solución que al respecto pueda brindar la *Lex loci delicti commissi*, especialmente, en aquellos casos en los cuales tal ordenamiento jurídico resulte aplicable y rechace la posibilidad de concurrencia. De ambos sistemas dependería, igualmente, la posibilidad de combinar las bondades de uno y otro régimen, lo cual estaría sujeto a que ambos lo acepten, siempre y cuando se respete el principio de integridad de la reparación que pueda llegar a obtenerse.

Tal planteamiento se compadece con la solución que favorece la aplicación, a los problemas de concurrencia, de la llamada conexión accesoría. Sin embargo, tal como veremos de seguidas, la conexión accesoría constituye, más que una solución directa, una vía de escape, tanto al problema de la calificación, como al de la concurrencia.

#### b. Hecho ilícito entre partes unidas por un contrato

Puede ser que ocurra un hecho ilícito entre partes unidas por una relación contractual, pero que no implique la pérdida de una ventaja que no se habría obtenido sin el contrato; no se trata entonces de una concurrencia de responsabilidades, sino simplemente de un hecho ilícito entre partes contratantes e independientemente del contrato. Imaginemos a un asesor económico que, aprovechando la información que el usuario le ha suministrado en orden a la prestación del servicio de asesoría, difama a este último ocasionándole severos daños en su reputación.

Debemos, en este sentido, tener presente que la existencia de relaciones contractuales entre el autor del delito y la víctima no debe entrañar modificaciones en la conexión normal de las obligaciones extracontractuales; sin embargo, ésta podría ejercer influencia sobre la localización del delito<sup>1118</sup>. Tengamos igualmente presente que la mejora en la posición de la víctima sólo se produciría en caso que ésta pudiera escoger uno u otro régimen<sup>1119</sup>, es decir, en el caso de una concurrencia de responsabilidades.

### b.1. La conexión accesoria. Una breve introducción

Para los casos de hecho ilícito paralelo e independiente de la relación contractual, y en ocasiones para remediar los supuestos en los que la *Lex loci delicti commissi* no tiene conexión suficiente con el hecho ilícito, la doctrina ha propuesto recurrir a la llamada conexión accesoria, de manera que la obligación extracontractual quede absorbida por la conexión propia de la relación contractual<sup>1120</sup>. Así, la conexión aplicable a la relación contractual funcionará, en defecto de la conexión destinada a indicar el Derecho aplicable a la relación extracontractual, para indicar el ordenamiento jurídico competente para regir el hecho ilícito; de allí el adjetivo de “*accesoria*”.

A favor del recurso a la conexión accesoria se esgrime que la misma dota a la posible solución de una alta dosis de previsibilidad, pues las partes pueden razonablemente esperar que se les aplique el Derecho que rige la relación contractual preexistente<sup>1121</sup>.

Justamente, a partir de la construcción que de la conexión accesoria hiciera Kropholler, Álvarez González explica que la misma trata de soslayar tanto una rígida interpretación de la regla *Lex loci delicti commissi*, como lo que, a partir de la propuesta de Binder, se ha denominado la visión social de regla. El autor alemán formula el principio de la *akzessorische Anknüpfung*

<sup>1118</sup> En sentido similar se pronuncia Gardeñes Santiago, para quien, cuando el hecho dañoso, además de un ilícito penal, constituye un incumplimiento contractual, la responsabilidad es, en principio, contractual, pues la acción civil no cambia su naturaleza por el hecho de tratarse a la vez de una acción penal. Ver: Gardeñes Santiago, *La Ley aplicable a la responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 164 y 170.

<sup>1119</sup> Bourel, *Les conflits de lois...*, ob. cit., p. 144.

<sup>1120</sup> Garau Juaneda citado en: Palao Moreno, Guillermo, *La Ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en Derecho internacional privado español*, en: *ADC*, 1998, T. L, Fasc. IV, pp. 1793 ss., especialmente p. 1813.

<sup>1121</sup> Nos limitamos en este trabajo a los casos en que la relación preexistente es de naturaleza contractual, pero no olvidemos que la doctrina favorable a esta figura admite su procedencia en el caso de relaciones familiares, o en materia de Derecho societario. En este sentido: Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 287.

*des Deliktsstatuts*, afirmando que a todas las reclamaciones de indemnización extracontractual que estén en conexión con una determinada relación jurídica se aplicará el Derecho que rige esa especial relación<sup>1122</sup>. Se configura con esta solución lo que Ehrenzweig denomina la “*atracción*” que ejerce el estatuto contractual sobre el delictual<sup>1123</sup>.

Como típico ejemplo de esta conexión accesoria suele citarse el sistema suizo, dentro del cual, el artículo 133,3 de la Ley de Derecho internacional privado dispone: “*No obstante los párrafos precedentes, cuando un ilícito viola una relación jurídica existente entre el autor y el lesionado, las pretensiones fundadas sobre ese acto están regidas por el derecho aplicable a esa relación jurídica*” (resaltado nuestro). Debe considerarse que tal norma parte del supuesto en que el ilícito viola una relación jurídica preexistente, la cual, debido a la generalidad del mismo, no ha de ser necesariamente contractual. Esta disposición –al referirse en su supuesto de hecho a la violación de una relación jurídica preexistente– está dirigida, más que a los supuestos de hecho ilícito independiente del contrato, a los casos de concurrencia propiamente dicha, cuya solución es absorbida por la aplicación de la *Lex contractus*. Sin embargo, Bucher estima que la norma, al consagrar cierta unidad en el Derecho aplicable, resuelve delicados problemas de calificación y adaptación, pero no deja de reconocer que la norma posee una concepción rígida de la accesoriadad, al exigir que el hecho ilícito constituya una violación de la relación preexistente y, en tal sentido, esta conexión sólo será aplicable si el hecho ilícito constituye una violación de los deberes impuestos por la relación jurídica preexistente. Así entendida, un vínculo puramente ocasional entre la relación jurídica y el hecho ilícito no es suficiente para justificar la derogación de la conexión ordinaria<sup>1124</sup>.

<sup>1122</sup> Kropholler no descarta la posibilidad de que las partes, en su cláusula de elección de Derecho, acuerden expresamente someter eventuales reclamaciones extracontractuales a la Ley que han elegido para regular el contrato. Pero en este caso –reconoce el maestro alemán– la *Lex contractus* limitaría su juego a aquellos supuestos expresamente determinados por el ejercicio de la autonomía conflictual; en cambio, no podría recurrirse a este razonamiento cuando el Derecho aplicable al contrato fuese determinado sobre la base de las conexiones que entran en juego ante el silencio de las partes, esto como consecuencia del rechazo generalizado a la *hypothetischer Partewille*. Álvarez González estima que este argumento pierde fuerza ante la elección tácita del Derecho aplicable al contrato. Ver: Kropholler, J., Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut, en: *RabelsZ*, 1969, pp. 601 ss., especialmente pp. 626, 630-634 y 642. Citado en: Álvarez González, La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual..., ob. cit., pp. 142 y 145-146.

<sup>1123</sup> Ehrenzweig, Albert, Towards a theory of enterprise liability under foreseeable and insurable Laws, en: *Yale.L.J.*, 1959-1960, T. 69, pp. 595 ss.; 794 ss.; 978 ss.

<sup>1124</sup> Bucher, Andreas, Les actes illicites dans le nouveau Droit international privé suisse, en: *Le nouveau Droit international privé suisse*, Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du Droit de L'entreprise, les 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne, Lausanne, 1988, pp. 107 ss., especialmente pp. 118-120.

El sistema suizo ha establecido excepciones a la procedencia de la conexión accesoria. Así, en materia de competencia desleal, el artículo 136,3 excluye la aplicación del artículo 133,3. De acuerdo con Bucher y Bonomi, tal excepción se debe a que en esta materia, la violación de un contrato –de licencia o de trabajo, por ejemplo–, también constituye un atentado a la competencia. Ambos autores estiman, además, que la conexión accesoria también resulta descartada en lo que concierne a la responsabilidad por el hecho de los productos, pues en este caso, someter la responsabilidad civil al Derecho aplicable al contrato, podría suponer privar a la víctima de la posibilidad de fundamentar su pretensión, sobre la base del artículo 135 de la propia Ley, en el Derecho del lugar de adquisición del producto. La excepción, tanto en el caso de la competencia desleal como en los demás en que no ha sido establecida expresamente por el legislador, se vería fundamentada en la cláusula de escape contenida en el artículo 15 de la Ley suiza de Derecho internacional privado, cuando el vínculo contractual apenas caracterice la relación entre las partes y la conexión a la esfera social efectiva del hecho ilícito se revele como más importante y cercana, teniendo en cuenta su naturaleza y gravedad<sup>1125</sup>.

En sentido similar suele citarse para ejemplificar la conexión accesoria, el artículo 3127 del Código Civil de Québec, de acuerdo con el cual “*Cuando la obligación de reparar un perjuicio resulta de la ejecución de una obligación contractual, las pretensiones fundadas sobre la falta de ejecución serán regidas por la Ley aplicable al contrato*” (resaltado nuestro). Esta norma simplemente incluye los daños derivados de la inejecución del contrato, dentro del Derecho aplicable a la relación contractual. Solución que, en realidad, no aporta nada nuevo al problema.

Más adecuada luce la redacción del artículo 100 de la Ley belga que contiene el Código de Derecho internacional privado, al establecer: “*Por derogación del artículo 99, una obligación derivada de un hecho dañoso que tenga un vínculo estrecho con una relación jurídica preexistente entre las partes, se rige por el Derecho aplicable a esa relación*”. Esta norma no limita el tipo de relación preexistente entre las partes.

También el Reglamento Roma II consideró la procedencia de la conexión accesoria. El artículo 4,3 de este instrumento dispone que “*Si del conjunto de las circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más*

<sup>1125</sup> Bucher y Bonomi, *Droit international privé...*, ob. cit., p. 287.

*estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión*” (resaltado nuestro). Lo primero que debemos decir de esta norma es que, conteniendo una cláusula de escape, su función es facilitar al operador jurídico la labor de determinación del ordenamiento jurídico más vinculado con el caso, por lo cual no tiene un carácter obligatorio<sup>1126</sup>. Sin embargo, justamente por encerrar una cláusula de escape, la procedencia de la conexión accesoria queda supeditada a la determinación de la inexistencia de vínculos estrechos con un ordenamiento jurídico diverso de aquel que rige la relación contractual. Recordemos que, en opinión de Dubler, para el funcionamiento de la cláusula de escape se requiere que la norma de conflicto conduzca a la aplicación de una Ley que presente escasos lazos con la relación de que se trate y que exista otra más fuertemente vinculada con la causa<sup>1127</sup>.

Pensamos que no parece lógico exigir una conexión entre el contrato y el hecho ilícito, ni siquiera podría exigirse el incumplimiento del primero, si, como se ha reseñado, la utilización del Derecho aplicable al contrato para regular la responsabilidad civil extracontractual, es sólo a los fines de una localización; evitando con tal solución los problemas derivados de la determinación de la *Lex loci delicti commissi*; lo cual no implicaría, en principio, la calificación del supuesto como contractual<sup>1128</sup>. No descartamos, sin embargo, que la conexión accesoria sirva de fundamento jurídico a un juez que entiende el caso como subsumible en el supuesto de la responsabilidad civil contractual<sup>1129</sup>.

En el contexto americano, podemos deducir, y así lo ha hecho Boggiano, de la norma contenida en el artículo 43 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1940, de acuerdo con el cual “*Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la Ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la Ley que regula las relaciones jurídicas a que corresponden*” (resaltado nuestro), la procedencia de la conexión accesoria<sup>1130</sup>.

<sup>1126</sup> Jayme citado en: Palao Moreno, Hacia la unificación de las normas de conflicto..., ob. cit., p. 289.

<sup>1127</sup> Dubler, *Les clauses d'exception...*, ob. cit., p. 38.

<sup>1128</sup> Palao Moreno, *Aspectos internacionales...*, ob. cit., p. 26.

<sup>1129</sup> En este sentido, Peter Hay admite que a través de la conexión accesoria se llega a una solución similar, a aquella que se obtendría si el supuesto extracontractual fuese “*calificado*” como contractual. Ver: Hay, Peter, Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current European and United States conflicts Law, en: *R. des C.*, 1991 I, T. 226, pp. 281 ss., especialmente p. 370.

<sup>1130</sup> El autor argentino se muestra favorable a la procedencia de la conexión accesoria, figura que considera especialmente útil en materia de contratos de transporte, trabajo, venta y mandato. Admite igualmente su aplicación en materia de hechos ilícitos relacionados con cuestiones de Derecho de familia y sociedades. Ver: Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed. actualizada, 2001, T. II, Derecho mercantil internacional, p. 662.

## b.2. Problemática de la conexión accesoria

A pesar de sus bondades, la conexión accesoria también ha recibido algunas críticas. Se ha dicho, por ejemplo, que además de poner en peligro la importancia de las calificaciones para el Derecho internacional privado, la conexión accesoria arriesga la oportunidad de tener una norma de conflicto única para regular los casos de responsabilidad civil extracontractual. Además, la conexión del hecho ilícito a la *Lex contractus* no respeta el ambiente social del mismo<sup>1131</sup>. En opinión de Beitzke, tales críticas resultan infundadas, pues pensar en una norma de conflicto única para todos los supuestos de hecho ilícito resulta prácticamente imposible, de hecho, en su opinión, sería más peligroso que ventajoso; en todo caso, si se llegara a una norma única, ésta tendría que ser lo suficientemente flexible como para poder ser aplicada a todos los casos posibles. En relación con la crítica referida al ambiente social del hecho ilícito, el autor estima que el medio social ciertamente es importante en materia penal, cuando se trata de establecer una sanción que se corresponda con la situación social que ha provocado el delito; pero en materia civil, el ambiente social del hecho ilícito no tiene la misma importancia; en este caso se trata más bien de la protección de derechos o bienes lesionados, del ambiente social de los derechos a proteger<sup>1132</sup>.

Bourel tampoco se muestra muy favorable a la procedencia de la conexión accesoria. En su opinión, la conexión “*indirecta*” debe ser rechazada debido, en primer lugar, a que resulta contraria a una reglamentación simple y rápida del conflicto; sin embargo, la admite cuando el hecho ilícito constituye un atentado a la relación preexistente, caso en cual, según hemos afirmado al analizar la disposición correspondiente de la Ley suiza, parece más bien que estamos frente a un supuesto de concurrencia. Por otra parte —estima— no toda actividad ilícita se ejerce en el cuadro de relaciones jurídicas preexistentes. El principio, en definitiva, desconoce la naturaleza de la obligación extracontractual: el hecho dañoso constituye un fundamento suficiente para la intervención legislativa, y la acción acordada a la víctima sobre la base de ese hecho, resta toda importancia a las posibles relaciones que hayan existido entre las partes<sup>1133</sup>. Podríamos contradecir esta opinión de Bourel reafirmando la importancia y utilidad de la conexión accesoria en la solución de supuestos problemáticos, pero sin dejar

<sup>1131</sup> Strömholm, Stig, *Torts in the conflicts of Law*, Stockholm, 1961, pp. 146-148.

<sup>1132</sup> Ver: Beitzke, G., Les obligations délictuelles en Droit international privé, en: *R. des C.*, 1965 II, T. 115, pp. 63 ss., especialmente pp. 108-109.

<sup>1133</sup> Bourel, *Les conflits de lois...*, ob.cit., pp. 46-47.

de reconocer, tal como estima Hay, que a partir de ella no puede elaborarse un nuevo principio conflictual<sup>1134</sup>.

En efecto, la conexión accesoria da una respuesta idónea en orden a resolver los tres tipos de situaciones problemáticas que hemos planteado como casos de superposición de la responsabilidad civil en Derecho internacional privado. Así, además de contribuir a la solución de los casos de hecho ilícito entre partes unidas por una relación preexistente, brinda también una repuesta para aquellos supuestos en los que el juez, por un lado, se vea en la necesidad de escapar al escabroso problema de calificar el hecho controvertido como contractual o extracontractual y, por otra parte, cuando se encuentre ante una relación jurídica que active ambos regímenes de responsabilidad, es decir, un caso de concurrencia de responsabilidades.

En relación con este último supuesto, recordemos el planteamiento que hiciéramos en su momento sobre la necesidad de adaptación en la aplicación de los Derechos competentes para determinar la viabilidad de la concurrencia. Buscando una solución que elimine la incompatibilidad, la conexión accesoria –según lo reconoce Peter Hay, a partir de las ideas de Vischer– tiene como propósito resolver el problema de competencia de las normas de conflicto relativas al contrato y al hecho ilícito, refiriendo la solución del caso a una sola Ley. Es justamente ésta una de las ventajas que el autor observa en la conexión accesoria: el tratamiento uniforme de las demandas simplifica la actividad judicial, además de que se corresponde con las probables expectativas de al menos una de las partes, a la vez que es previsible y, en esa medida, no perjudicial para la otra. No se olvide la dosis de flexibilidad que se inyectaría al sistema conflictual: la conexión accesoria provee al Derecho internacional privado clásico de un vehículo para evitar resultados indeseables y le permite llegar a una mejor solución en muchos casos<sup>1135</sup>.

En el sistema venezolano de Derecho internacional privado no existe la figura de la conexión accesoria. Pero tal silencio, en nuestra opinión, no debe interpretarse como un rechazo. Pensamos que su procedencia puede construirse a partir de la necesidad de realizar, al aplicar el Derecho extranjero o reconocer situaciones jurídicas válidamente creadas conforme a un Derecho extranjero, los objetivos de las normas venezolanas de conflicto (Arts. 2 y 5 LDIPV). Tal como hemos aceptado *supra*, la norma contenida en el artículo 32 de la Ley venezolana de Derecho internacional privado busca garantizar –es ese su objetivo– la justa y proporcional indemnización a la víctima de un hecho ilícito

<sup>1134</sup> Hay, Flexibility versus predictability..., ob. cit., p. 370.

<sup>1135</sup> *Ibid.* pp. 369-370.

y, para llegar a tal solución equitativa del caso concreto, podría el juez recurrir al Derecho que rige el contrato celebrado entre el agente y la víctima.

Esta lectura no nos impide proponer la consagración, en nuestro sistema, de la conexión accesoria en los siguientes términos: “*Cuando entre las partes de la obligación de indemnizar los daños derivados de un hecho ilícito, preexista una relación jurídica determinada, el juez podrá aplicar a la responsabilidad civil extracontractual el Derecho designado como competente para regular tal relación*”. De esta manera, pensamos, quedarán cubiertos tanto los supuestos de calificación y concurrencia, como aquellos en los cuales simplemente exista una relación previa entre el agente y la víctima de un hecho ilícito. Además, esta norma permitiría recurrir a la conexión accesoria, incluso cuando la relación preexistente no tenga naturaleza contractual.

## 2. *Jurisdicción: ¿un foro accesorio?*

En lo relativo a la determinación de la jurisdicción en materia de responsabilidad civil, el juez se encuentra también frente a los inconvenientes que ya hemos mencionado en materia de Derecho aplicable. Así, en primer lugar, por supuesto, debe resolver el problema de la calificación del caso concreto a fin de determinar el criterio atributivo de jurisdicción correspondiente. En segundo lugar, el juez puede llegar a la conclusión de que se encuentra frente a un problema de concurrencia de responsabilidades. Finalmente, puede presentársele un caso de hecho ilícito entre las partes unidas por una relación contractual.

En relación con el primer problema, esto es, la cuestión de las calificaciones, debemos recordar que, en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, tanto como existen criterios que funcionan para ambos tipos de responsabilidad, por lo que no se plantean al juez problemas de calificación para la determinación de su propia jurisdicción, existen otros con respecto a los cuales el juez ha de realizar un minucioso trabajo de calificación, pensemos, por ejemplo, en la sumisión, el lugar de celebración del contrato o el lugar de verificación de los hechos que dan origen a la obligación. En caso de que se haga necesario un proceso de calificación para determinar la procedencia del criterio atributivo de jurisdicción, el juez recurrirá a las soluciones que hemos analizado *supra*, dando preferencia a los criterios materiales de su propio Derecho.

En los casos de concurrencia o de hecho ilícito paralelo al contrato, no existe en nuestro sistema solución al problema de jurisdicción, tampoco en Derecho comparado encontramos algún sistema que haya decidido ocuparse del asunto y la doctrina es silente al respecto. Echando mano de las soluciones

propuestas en materia de calificaciones, pensamos que en caso de concurrencia, el juez debe preferir los criterios que pueden aplicarse independientemente de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación controvertida, sin que esta inclinación le impida, por ejemplo, atribuirse jurisdicción sobre la base de una cláusula de sumisión que ellas hayan decidido incluir en su contrato.

En relación con estos dos últimos supuestos, recordemos que, tal como hemos analizado antes, en materia de Derecho aplicable, es posible que, para evitar el problema de la calificación, el juez aplique al hecho ilícito el Derecho que rige la relación contractual que preexiste entre el agente del daño y la víctima. En tal sentido, nos mostramos favorables a pensar en la procedencia de una especie de foro accesorio, de manera que las partes puedan recibir una respuesta a su relación extracontractual o de concurrencia, de parte del juez con jurisdicción para la materia contractual.

Definitivamente, la aceptación y consagración de un criterio accesorio representaría menos problemas en el terreno de la jurisdicción, que en el campo del Derecho aplicable. Consideremos que la organización de la jurisdicción de los diversos Estados se fundamenta en el llamado principio de fungibilidad de los servicios jurisdiccionales, de conformidad con el cual, al igual que reconocemos otros Estados, nuestro sistema procesal reconoce la existencia de otros servicios jurisdiccionales equiparables al venezolano; y por lo tanto, potencialmente susceptibles de ofrecer una tutela judicial declarativa en las mismas condiciones que la que ofrece nuestro sistema<sup>1136</sup>.

Pensemos en un caso en el cual las partes hayan incluido, en su contrato, una cláusula de elección de foro. En este caso, la proximidad que existe entre el foro seleccionado y las relaciones que puedan vincular a las partes, entre ellas, una relación de tipo extracontractual, justificaría la procedencia del foro accesorio. Sus legítimas expectativas serían atendidas, pues es de presumir que cuando las partes eligen un foro están al tanto de las implicaciones procesales y sustanciales de su elección.

En definitiva, no vemos problema alguno en la aceptación del foro accesorio debido, en primer lugar, tal como hemos afirmado, a la fungibilidad de los sistemas jurisdiccionales; y, en segundo lugar, a que con el foro accesorio se reduciría la imprevisibilidad que para las partes representa la determinación del lugar eventual en que ocurre el hecho ilícito. Sin embargo, no dejamos de reconocer que la aceptación del foro accesorio podría traducirse, en algunos casos, en un ejercicio excesivo de la jurisdicción. Pero si entendemos que el

---

<sup>1136</sup> Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, ob. cit., p. 31.

foro accesorio no funciona como una excepción al ejercicio de la jurisdicción, sino como una manera de localizar el supuesto y, además, como una forma de darle calificación jurídica, sería perfectamente posible que el juez, en nombre del principio *iura novit curia*, pudiera asumir jurisdicción en el caso concreto.

## **ANTES DE CONCLUIR, UNA PROPUESTA**

Luego de este recorrido en el que hemos analizado y criticado los diversos sistemas, en el que hemos tratado de adaptar las soluciones vigentes al heterogéneo campo de los servicios, tanto desde el punto de vista de la jurisdicción, como desde el ámbito del Derecho aplicable, no podemos concluir sin dejar de proponer lo que pensamos puede ser una Convención Interamericana en materia de responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho internacional privado.

Para realizar esta propuesta, hemos tomado algunas de las soluciones estudiadas a lo largo del Trabajo. En otros casos, hemos adaptado las soluciones existentes en nuestro sistema. Igualmente, hemos considerado la necesidad de establecer normas que miren hacia el consumidor y que no se limiten a la regulación de las relaciones paritarias. Todo ello, aprovechando que el Derecho de consumo se ha convertido en el protagonista de las discusiones preparatorias para la VII Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en la cual trabajan actualmente los expertos de los diversos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

### **PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Los Estados Partes de esta Convención,

REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en el Derecho internacional privado; HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:

## **CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES**

### **Artículo 1. Ámbito de aplicación**

(1) Esta Convención determina la jurisdicción internacionalmente competente y el Derecho aplicable en materia de daños derivados de la prestación de servicios.

(2) A los efectos de esta Convención, se considerarán daños, aquellos que sean consecuencia directa e inmediata de la prestación del servicio, independientemente de que entre prestador y víctima medie o no una relación contractual.

### **Artículo 2. Definición de servicio. Internacionalidad del servicio**

(1) A los efectos de esta Convención, se entenderá por servicio toda actividad profesional, caracterizada como una obligación de hacer, prestada de manera independiente, por personas naturales o jurídicas, sean éstas de carácter público o privado, que no tenga por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes muebles, el traslado o cesión de derechos reales o intelectuales, sino que más bien genere principalmente derechos de crédito, y realizada a título oneroso. La gratuidad y el destino final serán considerados a los efectos de la aplicabilidad de las normas sobre protección de los consumidores.

(2) Se considerará que el servicio es de carácter internacional cuando el prestador y el beneficiario o el perjudicado por el servicio tengan su domicilio o su establecimiento en Estados diferentes, o cuando el servicio presente contactos objetivos con más de un Estado. Igualmente, el servicio será considerado como internacional, cuando su prestación tenga influencia en la corriente del comercio internacional.

### **Artículo 3. Universalidad**

El Derecho designado por esta Convención se aplicará, aun cuando tal Derecho sea el de un Estado no parte.

### **Artículo 4. Progresividad**

Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas formas de servicios, derivadas de los avances tecnológicos.

### **Artículo 5. Exclusión del ámbito de aplicación**

Esta Convención no es aplicable a la responsabilidad civil que pueda derivarse de las relaciones de familia, en materia de sucesiones, en materia de títulos valores, en las relaciones societarias ni en aquellas que se den en el ejercicio del poder público. Tampoco se aplicará a los servicios regulados expresamente por otros instrumentos internacionales.

## **CAPÍTULO II JURISDICCIÓN**

### **Artículo 6. Regla general**

(1) Tendrán jurisdicción para conocer de los daños derivados de la prestación de servicios, a elección del demandante, los tribunales:

- (a) del lugar del domicilio o, en su caso, establecimiento del demandado. Si hubiere varios demandados en una misma acción referida al mismo objeto, tendrán jurisdicción los tribunales del Estado Parte del domicilio o del establecimiento de cualquiera de ellos;
- (b) del lugar de la prestación del servicio;
- (c) del lugar de la causa generadora del daño; o
- (d) del lugar del efecto dañoso.

(2) En todo caso, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo de la controversia, los tribunales de cualquiera de los Estados parte serán competentes para dictar medidas provisionales, tendientes a la protección de las personas que se encuentren en su territorio.

### **Artículo 7. Sumisión expresa o tácita**

(1) Las partes en un contrato de servicio podrán designar el tribunal ante el cual desean resolver sus controversias. Tal sumisión podrá ser expresa o resultar de manera inequívoca de las actuaciones procesales de las partes.

(2) Si se tratare de un daño extracontractual, sólo será válida la sumisión hecha después de producido el evento dañoso.

### **Artículo 8. Foro de protección**

(1) Además de los foros consagrados en el artículo 6, si el destinatario final del servicio o la víctima del daño derivado de su prestación fuera considerado como un débil jurídico, éste podrá, en todo caso, recurrir a los tribunales de su domicilio.

(2) La jurisdicción de los órganos jurisdiccionales del domicilio de la víctima del daño no podrá ser derogada convencionalmente a favor de otro

tribunal o de árbitros, por lo que la sumisión a un tribunal diferente no excluirá tal jurisdicción.

### **CAPÍTULO III DERECHO APLICABLE**

#### **Artículo 9. Contratos paritarios**

Si las partes en el contrato de servicios estuvieren en igualdad de condiciones jurídicas y económicas, de manera que el contrato pueda ser considerado como paritario, serán aplicables las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en el marco de la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en México en 1994.

#### **Artículo 10. Contratos celebrados con consumidores**

(1) Si el domicilio del consumidor y del proveedor, o en su caso su establecimiento, estuvieren ubicados en un mismo Estado, el contrato de consumo se regirá por el Derecho de ese Estado.

(2) El Derecho del domicilio del consumidor se aplicará, aun cuando el domicilio o establecimiento del prestador del servicio se encontrare en un Estado diferente, si el contrato de consumo ha sido celebrado en ese Estado, o si la contratación ha sido precedida en dicho país de actividades de publicidad de parte del prestador o de sus representantes legales.

(3) En los casos de contratos celebrados a distancia y de aquellos que hubiesen sido celebrados por el consumidor fuera de su domicilio, se aplicará, a elección del tribunal competente:

(a) el Derecho del Estado de la prestación del servicio; o

(b) el Derecho del Estado de celebración del contrato. En el caso de los contratos a distancia, el contrato se entenderá celebrado en el lugar donde el oferente hubiere tenido conocimiento de la aceptación de la oferta.

(4) A los efectos de la aplicación del párrafo (3), el tribunal deberá considerar el Derecho que brinde suficientes garantías al consumidor, como parte débil del contrato.

#### **Artículo 11. Responsabilidad civil precontractual**

Si el daño se produjera durante la fase precontractual, como consecuencia de las negociaciones previas o de la violación de los deberes de corrección, lealtad y buena fe que se deben las partes antes del perfeccionamiento del

contrato, y sin que los acuerdos a que éstas llegaren puedan ser calificados como contratos, se aplicará el Derecho que hubiere regido el contrato si éste se hubiere perfeccionado.

#### **Artículo 12. Daños extracontractuales**

(1) Si en el curso de la prestación del servicio se causaren daños a un tercero, la obligación de indemnizar nacida de ese daño se regirá, a opción del demandante, por:

- (a) el Derecho del lugar de la causa generadora del daño;
- (b) el Derecho del lugar del efecto dañoso; o
- (c) el Derecho del domicilio de la víctima del daño.

(2) En todo caso, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos sustancialmente más estrechos con el Derecho de otro Estado, se aplicará este Derecho.

(3) Cuando entre las partes preexista una relación jurídica determinada, el juez podrá aplicar a la responsabilidad civil extracontractual el Derecho designado como competente para regular tal relación.

#### **Artículo 13. Acción directa**

La víctima podrá actuar directamente contra el asegurador del prestador del servicio por los daños ocasionados por éste, si así lo dispone el Derecho que, según esta Convención, es aplicable al daño extracontractual o al contrato de seguros.

#### **Artículo 14. Normas de aplicación necesaria**

(1) No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

(2) Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual la relación tenga vínculos estrechos.

#### **Artículo 15. Normas de seguridad**

Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, se podrá tener en cuenta, en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad.

#### **Artículo 16. Orden público en el Derecho internacional privado**

Sólo podrá excluirse la aplicación de las disposiciones del Derecho competente, cuando los resultados de la misma sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del ordenamiento jurídico del juez.

**Artículo 17. Exclusión del reenvío**

Para los efectos de esta Convención se entenderá por “Derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto.

**CAPÍTULO IV  
DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 18.** Para los efectos de la interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

**Artículo 19.** Esta Convención no afectará la aplicación de otros Convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

**Artículo 20.** En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

**Artículo 21.** Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al Derecho del Estado contempla el Derecho competente en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

**Artículo 22.** Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

**Artículo 23.** Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de los Organización de Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

## **CAPÍTULO V CLÁUSULAS FINALES**

**Artículo 24.** Esta Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos.

**Artículo 25.** Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 26.** Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 27.** Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

**Artículo 28.** Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

**Artículo 29.** El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta Constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

## CONCLUSIÓN

Si existe una gran conclusión luego de este recorrido es el silencio. Silencio que abarca desde la propia definición del servicio hasta el régimen de la responsabilidad civil derivada de su utilización. Silencio que afecta su regulación tanto desde el punto de vista del Derecho de las obligaciones, como desde la óptica del Derecho internacional privado. Y es que tal como ha sido constante en nuestros trabajos, en este caso también hemos abordado la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios desde las dos ramas del Derecho que, según hemos confesado, se nos presentan como las más apasionantes de todo el sistema jurídico: el Derecho de las obligaciones y el Derecho internacional privado.

No dudamos en comenzar por afirmar que nuestro primer aporte es la propia definición de lo que ha de entenderse por servicio. En efecto, luego de analizar las diversas fuentes doctrinales, legislativas y jurisprudenciales, hemos concluido que un servicio es toda actividad profesional, caracterizada como una obligación de hacer, prestada de manera independiente, por personas naturales o jurídicas, sean éstas de carácter público o privado, que no tenga por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes muebles, el traslado o cesión de derechos reales o intelectuales, sino que más bien genere principalmente derechos de crédito, y realizada a título oneroso. La gratuidad y el destino final serán considerados a los efectos de la aplicabilidad del Derecho de consumo.

Ahora bien, al abordar el tema desde la perspectiva del Derecho de las obligaciones, hemos comenzado por la necesaria determinación del carácter de la responsabilidad civil derivada de la utilización de los servicios. Así, partiendo de la ya clásica *summa divisio*, hemos tratado el problema, en primer lugar, como un daño contractual, de manera de verificar el régimen que entre las partes de un contrato de servicios se aplica, en defecto de normativa especial. Tal calificación sólo es posible luego de determinar cuándo nos encontramos frente a

un contrato. Afirmación sencilla sólo en apariencia, pues la complejidad de las relaciones contractuales modernas, la frecuente existencia de contratos conexos o enlazados y, desde luego, la necesaria “*especificidad*” del daño contractual vienen a complicar el panorama.

Resolviendo estos inconvenientes, el operador jurídico se hallará frente a una nueva disyuntiva, pues habrá de preguntarse si se trata de un contrato paritario o de un contrato concluido con un consumidor o usuario. En el primer caso, la respuesta al tema de la responsabilidad civil vendrá de manos del Derecho común, mas no sin dificultades. La distinción entre obligaciones de medio y de resultado aparecerá en su camino, exigiendo una respuesta con el objeto de determinar el fundamento de la responsabilidad del prestador contractual del servicio. Luego de un necesario análisis doctrinal, nosotros hemos verificado la línea dibujada en el agua que grafica esta clasificación: ninguna obligación de medios se pacta sin pensar en el resultado, y ninguna obligación de resultado se pacta sin tener en cuenta los medios de realización. El *quid* del asunto está en la consideración que, dentro de la órbita contractual se haga del resultado. De manera que si se le considera incluido en la prestación su no obtención generará incumplimiento y no así en caso contrario.

Así las cosas, incluso frente a las obligaciones de resultado, la diligencia del prestador del servicio aparece como preponderante. De allí la importancia de la *Lex artis*, definida como una regla de valoración de la conducta, sobre la base de criterios objetivos de naturaleza técnica y cuyo contenido se establecerá en función del acto concreto de la actividad profesional cuya diligencia se trata de calibrar, así como las demás circunstancias personales y de lugar y tiempo en que el *facere* haya de llevarse a cabo. Es ésta la regla para encontrar a nuestro buen padre de familia, convertido hoy en una persona razonable. No sin olvidar, desde luego, la presunción absoluta de culpa establecida por el legislador venezolano en el artículo 1.271 del Código Civil.

Si, por el contrario, nos encontrásemos ante un contrato celebrado por quien nuestro sistema ha calificado como un débil jurídico, es decir, el consumidor o usuario del servicio, hemos de recurrir, necesariamente, al Derecho de consumo. Sistema especialmente diseñado para promover y proteger jurídicamente los derechos e intereses económicos y sociales de los usuarios (Art. 7,4 DLDPABS). Su presencia en la relación llama al Estado a intervenir para equilibrar ese dispar poder de negociación entre las partes. Aparece entonces la función protectora de los contratos de adhesión, como mecanismos que buscan, sino garantizar la igualdad entre las partes, al menos evitar los abusos por parte del fuerte jurídico.

Buena intención, mas desprovista de un plan acucioso que considere todos los posibles supuestos. De hecho, el terreno extracontractual parece fuera de este marco protector. Ello, a pesar de las opiniones que consideran al régimen del Decreto Ley como exclusivamente extracontractual, por tratarse de daños derivados de la violación de una norma legal.

Por tal razón, y considerando los supuestos de daños sufridos por quien no es parte en un contrato, hemos analizado también el régimen de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho común. En esta materia hemos tomado partido por la aplicación de la regla general contenida en el artículo 1.185 del Código Civil. No creemos que, a pesar de la solución jurisprudencial, la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por las cosas que se tienen bajo guarda –*ex* artículo 1.193 CCV– pueda dar una respuesta satisfactoria en materia de servicios. Recordar que el servicio es, fundamentalmente, un hacer, justifica este razonamiento. Esto nos conduce a afirmar que, a diferencia de lo que ocurre con los productos, en materia de servicios la responsabilidad es esencialmente subjetiva.

No hemos dejado de lado dos problemas sin cuyo tratamiento este Trabajo luciría incompleto. Nos referimos al tema de la responsabilidad civil precontractual y la concurrencia de responsabilidades. Justificado el primero por la complejidad de las relaciones contractuales modernas y el segundo por la dualidad de regímenes que ha adoptado nuestro sistema para regular la responsabilidad civil. Ambos problemas fueron examinados a través del Derecho de las obligaciones y del Derecho internacional privado.

En todo caso, la amplia gama de supuestos que, como consecuencia de la incesante actividad del hombre, ha de cubrir la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios, obliga sin duda al legislador a dar una respuesta especial. En efecto, el ideal en materia de responsabilidad civil es lograr una regla que produzca un incentivo para obrar de buena fe y con la menor lesión posible de la libertad de comercio y de la competencia<sup>1137</sup>. Pero tampoco dejemos de reconocer que los postulados básicos del Derecho de las obligaciones son útiles para dar algunas soluciones de carácter general pues, mientras no exista una absoluta mutualización de los daños, seguirá siendo necesario determinar quién debe indemnizar a la víctima de estos perjuicios.

En materia de Derecho internacional privado, hemos llegado a una primera conclusión que reafirma la importancia de esta rama del Derecho, mirada aún con desconfianza por quienes desconocen, por un lado sus postulados

---

<sup>1137</sup> Lorenzetti, Los servicios en la economía global..., ob. cit., p. 176.

fundamentales, y por otro la realidad del mundo de hoy. Tal conclusión es el carácter naturalmente internacional del servicio. El “*sentido ecuménico de la vida humana*”<sup>1138</sup> potenciado por la globalización hace impensable una vida sin asomarse del otro lado de la frontera. El curso de inglés que, siendo impartido por una compañía con sede en Nueva York, es tomado por una persona a través de Internet desde Caracas, no requiere siquiera pisar un aeropuerto.

Por esta naturalidad del carácter internacional de la relación, hemos partido de una concepción amplia para calificar la internacionalidad del servicio, al admitir tanto el criterio jurídico –aceptado por el Derecho positivo– como el económico –aceptado jurisprudencialmente. Mas no termina aquí la cuestión de las calificaciones. Tal como hicimos en el Derecho interno, se impone en Derecho internacional privado determinar el carácter contractual o extracontractual de la relación, en orden a determinar las normas que sobre la jurisdicción y sobre el Derecho aplicable darán una respuesta al problema. Operación que hemos llevado a cabo dando preferencia, en concordancia con nuestro sistema, a la calificación *ex lege fori*.

Por lo que respecta a la jurisdicción, es necesario –aunque lamentable– apuntar que los criterios para su atribución están particularmente diseñados para las relaciones paritarias. El juez debe asumir un rol protagónico en el caso de las relaciones de consumo, mientras el Derecho positivo se pronuncia al respecto. A tal efecto cuenta con la regulación que en materia de inderogabilidad convencional de la jurisdicción le brinda el sistema venezolano. Así, argumentando el orden público, el juez podrá asumir jurisdicción y evitar con ello que el usuario sea arrastrado por el proveedor del servicio a litigar en un foro totalmente extraño a él y al cual puede ser que incluso, por razones económicas, no pueda tener acceso, violentándose con ello el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva. Sugerimos, en pocas palabras, que el juez justifique a través de los foros inderogables, la procedencia de los llamados foros de protección.

En todo caso, confiamos en los resultados que puedan obtenerse en la VII Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Ello, sin perjuicio que nuestro país regularice su situación ante el Mercosur y ratifique, entre otros instrumentos, el Protocolo de Santa María, lo cual facilitaría considerablemente la labor del juez al permitirle que, incluso en los casos que involucren a Estados no parte de este sistema de integración, sus postulados puedan ser asumidos como principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados (Art. 1 LDIPV).

---

<sup>1138</sup> Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 22.

La determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios, por su parte, pasa necesariamente por la determinación del Derecho aplicable al contrato y al hecho ilícito, ambos respondiendo a sus características propias pero olvidando al consumidor, quien sólo cuenta, dentro del sistema venezolano, con las excepciones generales a la aplicación del Derecho extranjero. En efecto, sea que entendamos estar frente a una relación de carácter contractual, dominada por el Derecho elegido por las partes o, en su defecto, por el ordenamiento más vinculado con el contrato, sea que estemos en terreno extracontractual, signado por la aplicación de la *Lex loci delicti commissi*, estamos ante conexiones diseñadas para relaciones paritarias.

La participación en la relación de un débil jurídico, sea el usuario en el contrato de servicios, sea la víctima como tercero perjudicado por la prestación del servicio, altera necesariamente la aplicación del régimen general. El desequilibrio en el poder de negociación entre las partes hace necesaria la participación del Estado, en protección del débil e, indirectamente, en protección de la sociedad. La protección de este protagonista olvidado que es el usuario exige la atención del Derecho internacional privado.

No dejamos de admitir que muchas son las ventajas que entre iguales reporta la aceptación de la autonomía de las partes; pero tales ventajas se invierten frente al consumidor. Tal como ocurre con la jurisdicción, la imposición por parte del fuerte jurídico de un sistema desconocido por el usuario ha ocasionado la reacción del Derecho comparado en orden a suprimir o limitar la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Pero la aplicación del Derecho del domicilio del usuario, aunque conveniente, tampoco es la panacea. Quizá sea, en este caso, más favorable la *Lex loci delicti commissi*, al plantearse como una alternativa, en manos de la víctima del daño, que le permite elegir entre el Derecho del lugar de la causa generadora y aquel donde se ha verificado el efecto dañoso.

Ambas conexiones, en todo caso, están limitadas por las normas de aplicación necesaria, cuya intervención, en protección de consumidores y usuarios, enerva el funcionamiento del sistema conflictual. Hemos manifestado, en tal sentido, la conveniencia de reconocer la posibilidad de tomar en consideración las normas de seguridad, de manera de tener también en cuenta los intereses del prestador del servicio, cuya conducta deberá ajustarse a la normativa de seguridad vigente en el lugar en el cual lleve a cabo su actividad.

A lo largo de este estudio, hemos podido constatar la utilidad que el auxilio de nuestro Derecho común –entiéndase por tal las normas generales que sobre la materia brindan el Derecho de las obligaciones y el Derecho internacional privado– presta en estos supuestos, mas consideramos necesario establecer un régimen autónomo y claro que garantice la efectiva reparación a la víctima

y, ante la inactividad de nuestro legislador, ha de ser el juez quien asegure, a través de una cabal interpretación de la escasa y poco clara normativa especial del Derecho venezolano, su efectiva protección.

Esta protección debe considerar tanto las situaciones jurídicas paritarias, como aquellas dispares. Siendo las primeras atendidas por el sistema jurídico, han sido descuidadas las segundas, y no olvidemos que es necesario –y con ello comenzamos y cerramos este recorrido– aprender a encarar todas las cosas desde el punto de vista del consumidor.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle* (Dir. R. Rodière). Paris, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris II, Centre National de la Recherche Scientifique, Editions A. Pedone, 1981.
- AA.VV.: *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*. Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- Obra Código Civil de Venezuela, Antecedentes, Comisiones Codificadoras, Debates Parlamentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Concordancias*, (Relator: C. Madrid Martínez), Caracas, EBUC, 1989, T. 1.185.
- ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en Derecho venezolano, comparado con los Derechos francés e italiano*. Caracas, EJV, 1993.
- ADAME GODDARD, Jorge: *El contrato de compraventa internacional*. México, UNAM, McGraw-Hill, 1999.
- AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Contratos y Garantías (Derecho civil IV)*. Caracas, UCAB, Manuales de Derecho, 6ª ed. revisada y puesta al día, 1987.
- \_\_\_\_\_: *Cosas, bienes y derechos reales (Derecho civil II)*. Caracas, UCAB, Manuales de Derecho, 2ª ed. puesta al día, 1991.
- \_\_\_\_\_: *Derecho civil. Personas*. Caracas, Edit. Ex Libris, UCAB, Manuales de Derecho, 9ª ed., 1987.
- AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho internacional privado*. Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Sección de Publicaciones, 2ª reimp. de la 4ª ed., 1982, Vol. I, T. I, Introducción y Fuentes.
- \_\_\_\_\_: *Derecho internacional privado*. Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, reimp. de la 3ª ed., 1979, Vol. I, T. II, Parte Primera.

- AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho internacional privado*. Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª reimp. de la 3ª ed., 1982, Vol. I, T. II, Parte Segunda.
- ALARCÓN CARACUEL, José Ramón: La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, pp. 499 ss.
- ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho civil*. Barcelona, Bosch, 10ª ed., 1997.
- ALFONSÍN, Quintín: *Teoría del Derecho privado internacional. Introducción. Elaboración del Derecho privado internacional. Funcionamiento del Derecho privado internacional*. Montevideo, Ediciones Idea, 1982.
- ALFONZO-GUZMÁN, Rafael: *Nueva didáctica del Derecho del trabajo*. Caracas, Edit. Melvin, 11ª ed., 2000.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE: *Derecho del trabajo*. Madrid, Civitas, 18ª ed., 2000.
- ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. Barcelona, Bosch, 1997.
- ALPA, Guido: *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, (Trad. J. Espinoza Espinoza). Perú, Gaceta Jurídica, 2001.
- \_\_\_\_\_: Il sovrindebitamento del consumatore. En: *Compendio del nuovo Diritto privato*, Torino, Utet, 2ª ed. 2000, pp. 81 ss.
- ALTERINI, Atilio Aníbal: La responsabilidad por productos defectuosos en el MERCOSUR: Esquema de situación. En: *RFDUCM*, 1998-1999, N° 91, pp. 97 ss.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho constitucional*. Madrid, Tecnos, 3ª ed., 1999.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa. En: *RDP*, 1995, N° 718, pp. 768 ss.
- \_\_\_\_\_: La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español. En: *REDI*, 1990, Vol. XLII, N° 1, pp. 125 ss.
- AMIRANTE, Luigi: Locazione: in generale (Diritto romano). En: *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1963, T. IX, pp. 991 ss.
- AMORES CONRADI, Miguel: Obligaciones extracontractuales. En: González Campos, Julio, *Derecho internacional privado. Parte especial*. Madrid, Eurolex, 1995, pp. 201 ss.
- \_\_\_\_\_: *Proyecto docente e investigador*. Presentado al concurso de provisión de una cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad de Cádiz, convocado el 26 de enero de 1993.

- ANCEL, Bertrand: Le principe de bonne foi et les conflits de lois. En: *Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1217 ss.
- \_\_\_\_\_: Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México. En: *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2002, T. II, pp. 33 ss.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo: *Istituzioni di Diritto romano*. Napoli, E. Juvene, Editore, 14<sup>a</sup> ed., 1987.
- ARAUJO-JUÁREZ, José: *Manual de Derecho de los servicios públicos*. Caracas, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2003.
- ARNAU MOYA, Federico: La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en el Derecho privado español. En: *Estudios de Derecho, Estudios de Derecho Privado, Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, (Coord. A. Baumeister Toledo y C. Guardia de Bracho). Caracas, UCAB, 2004, T. I, pp. 107 ss.
- ARRIGHI, Jean-Michel: La protección de los consumidores y el Mercosur. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la República Oriental del Uruguay*, Julio-Diciembre 1991, pp. 149 ss.
- AUBY, Jean-Marie et Robert DUCOS-ADER: *Grands services publics et entreprises nationales*. Paris, Presses Universitaires de France, 1969.
- BACACHE-GIBEILI, Mireille: *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris, LGDJ, 1996.
- BADELL MADRID, Rafael, David QUIROZ RENDÓN y José Ignacio HERNÁNDEZ: *Régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela*. Caracas, 2002.
- BARBERO, Domenico: *Sistema del Diritto privato italiano*. Torino, UTET, 6<sup>a</sup> ed., 1965, Vol. II, Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte.
- BARRIOS, Haydée: Del domicilio. En: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 41 ss.
- \_\_\_\_\_: La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado. En: *Libro Homenaje a José Mélich Orsini*. Caracas, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1982, Vol. I, pp. 15 ss.
- BATIFFOL, Henri y Paul LAGARDE: *Droit international privé*. Paris, LGDJ, 6<sup>a</sup> ed., 1976, T. II.
- BAYÓN CHACÓN, G.: El contrato de intercambio de servicios. En: *Revista del Derecho del Trabajo*, 1957, pp. 33 ss.
- BENDA, Ernesto: El Estado social de Derecho. En: Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse, Heyde: *Manual de Derecho constitucional*. Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2<sup>a</sup> ed., 2001, pp. 487 ss.

- BERNHÖFT, Kauf: *Mieth und verwandte Verträge*, cuad. XII. En: *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs einer BGB für das deutsche Reich* [Dir. Bekker und Fischer], Berlín, 1889, pp. 17 ss.
- BETTI, Emilio: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, (Trad. J. L. de los Mozos). Madrid, Edit. RDP, 1975.
- \_\_\_\_\_: *Teoría general de las obligaciones*, (Trad. J. L. de los Mozos). Madrid, Edit. RDP, 1969, T. I
- \_\_\_\_\_: La interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, (Trad. B. Sansó). En: *Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*. Caracas, FDUCV, 1967, pp. 677 ss.
- \_\_\_\_\_: *Teoría general del negocio jurídico*, (Trad. A. Martín Pérez). Madrid, Edit. RDP, s/f, 2ª ed.
- BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 1980, T. I.
- BIN, Marino: La circolazione internazionale dei modelli contrattuali. En: *Contratto e Impresa*, 1993, N° 2, pp. 475 ss.
- BLANCHIN, Catherine: *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?* Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris II, 1995.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. La problemática en Derecho sustantivo español*. Madrid, Dykinson, 1999.
- BOGGIANO, Antonio: *Derecho internacional privado*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed. actualizada, 2001, T. II, Derecho mercantil internacional.
- \_\_\_\_\_: The contribution of the Hague Conference to the development of private international Law in Latin America: universality and *genius loci*. En: *R. des C.*, 1992 II, T. 233, pp. 99 ss.
- BONNEMAISON, José Luis: *Instituciones y normas de Derecho internacional privado (Comentarios a la Ley de Derecho internacional privado de 1998)*. Caracas, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2002.
- \_\_\_\_\_: *Derecho internacional privado*. Valencia, Vadell Hermanos Editores, 3ª reimp., 1997.
- BOSKOVIC, Olivera: *La réparation du préjudice en Droit international privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 407, 2003.
- BOUREL, Pierre: Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé. En: *R. des C.*, 1989 II, T. 214, pp. 251 ss.
- \_\_\_\_\_: *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 22, 1961.

- BOURGOIGNE, Thierry et Françoise MANIET: La proposition de Directive CEE sur la responsabilité du prestataire de services : les raisons, le fondement et le contenu de l'initiative communautaire. En: *Consommation. La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé. Une proposition de Directive européenne* (Edit. N. Fraselle), Louvain-la-Neuve, Centre de Droit de la Consommation, Université Catholique de Louvain, Academia Bruylant, 1992, pp. 9 ss.
- BOUZA VIDAL, Nuria: La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003). En: *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1309 ss.
- BREBBIA, Roberto: *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1987.
- BRILMAYER, Lea: Posmodernism in America choice of Law. En: *Liber Memorialis François Laurent, 1810-1870*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 695 ss.
- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho mercantil*. Madrid, Tecnos, 9ª ed., 1991.
- BROOK, S.: Sales-service hybrid transactions: a policy approach. En: *Southwestern Law Journal*, 1974, pp. 575 ss.
- BUCHER, Andreas y Andrea BONOMI: *Droit international privé*. Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2001.
- BUCHER, Andreas: Les actes illicites dans le nouveau Droit international privé suisse. En: *Le nouveau Droit international privé suisse*, Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du Droit de L'entreprise, les 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne, Lausanne, 1988, pp. 107 ss.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Casa Edit. Bosch, 1993.
- CAGNASSO, Oreste en: *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, (Dir. F. Galgano), Padova, Cedam, 1991, Vol. 16.
- CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires, Ad-Hoc, SRL, 1993.
- CALAMANDREI, Piero: *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, EJE, Colección Ciencia del Proceso, 1982.
- CALVÃO DA SILVA, João: *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Almedina, 1990.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003.

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho internacional privado*. Granada, Comares, 3ª ed., 2002, Vol. I.
- \_\_\_\_\_: El Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980. En: *Contratos Internacionales*, (Dir. A. L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara). Madrid, Edit. Tecnos, 1997, pp. 41 ss.
- CARBALLO MENA, César: *Delimitación del contrato de trabajo. Franquicias, teletrabajo, invenciones laborales y fronteras del contrato de trabajo*. Caracas, UCAB, 2001.
- CARBALLO PIÑEIRO, Laura: Obligaciones de no hacer y competencia judicial internacional (La STJCE de 19 de febrero de 2002, Besix vs. Wabag Plafog y sus consecuencias). En: *Diario La Ley*, año XXIII, Nº 5534, 30/04/2002, pp. 1 ss.
- CARELLA, Gabriella: La disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni da fatto lecito nella proposta di regolamento "Roma II". En: *RDIPP*, 2005, Anno XLI, Nº 1, pp. 25 ss.
- CARNELUTTI, Francesco: *Teoría general del Derecho*, (Trad. F. Javier Osset). Madrid, Edit. RDP, 1955.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y Pilar BLANCO MORALES-LIMONES: Capítulo XXV. Contratos internacionales (II), Algunos contratos. En: Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y otros, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, Vol. II, pp. 437 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*. Madrid, Monografías Civitas, 1992.
- CARRILLO SALCEDO, Juan A.: *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*. Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1976.
- CARVAL, Suzanne: *La responsabilité civile en sa fonction de peine privée*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 250, 1995.
- CASTIGLIA, G.: Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio). En: *Rivista di Diritto Civile*, 1979 II, p. 397 ss.
- CAVALLO BORGIA, Rossella: *Il contratto di engineering*. Padova, Cedam, 1992.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1995.
- CAVANILLAS MUJICA, Santiago: Las prestaciones propias de cada producto o servicio (Art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). En: *Aranzadi Civil*, enero 1993, Nº 2, pp. 6 ss.

- CERVILLA GARZÓN, María D.: *La prestación de servicios profesionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, Monografias, 2001.
- CHACÓN GÓMEZ, Nayibe: La protección de dos derechos constitucionales: El arbitraje de los contratos de consumo: En: *Tendencias actuales del Derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, (Coord. J.M. Casal, A. Arismendi, C.L. Carrillo). Caracas, UCV, UCAB, 2007, T. II, pp. 545 ss.
- CHESHIRE and NORTH: *Private international Law*. London, Edimburg, Dublin, Butterworths, 13<sup>a</sup> ed., 1999.
- CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando Merino Merchán: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid, Civitas, 2<sup>a</sup> ed., 1991.
- CLARK, A.: *Product liability*. London, Sweet & Maxwell, 1989.
- CLARK, Colin: *Les conditions du progrès économique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1960.
- CONFORTI, M.: *L'esecuzione delle obbligazioni in Diritto internazionale privato*, Naples, 1962.
- CORSI, Luis: *La responsabilidad decenal*. Caracas, Distribuidora de Libros El Guay, 2<sup>a</sup> ed. revisada, aumentada y puesta al día, 1998.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Vicente GIMENO SENDRA y Víctor MORENO CATENA: *Derecho procesal civil. Parte general*. Madrid, Colex, 5<sup>a</sup> ed., 2003.
- CORTÉS, Edgar: *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- COTTINO, Gastone: *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*. Milano, Giuffrè, 1955.
- COVA ARRIA, Luis: *El nuevo régimen de la navegación en Venezuela y la Ley de Comercio Marítimo*. Caracas, Arauco Editores, 2002.
- COZIAN, Maurice: *L'action directe*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. XCII, 1969.
- CREIMER, Israel: *El derecho del consumidor en el Mercosur*. En: <http://www.zamudio.bioetica.org/comercial4.htm>
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El pago o cumplimiento de la obligación*. Madrid, Tecnos, 1986.
- \_\_\_\_\_: *Curso de Derecho romano (Derecho de obligaciones)*. Caracas, FDU-CV, Cursos de Derecho, s/f.
- CRUZ PEREYRA, Luis: Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios. Su aprobación por la República Argentina. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, N° 3, pp. 49 ss.
- CUENDET, Jean: *La faute contractuelle et ses effets*. Berne, Université de Lausanne, Imprimerie Staempfli & Cie. SA, 1970.

- DAVID, Rene: *Le Droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain*. Paris, 1982.
- DE AGUIAR DIAS, José: El daño moral. En: *Del daño*, (compilador J. N. Duque Gómez). Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 2001, pp. 483 ss.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: La responsabilidad civil de los suministradores. En: *Estudios de Deusto*, julio/diciembre 2004, Vol. 52/2, pp. 11 ss.
- \_\_\_\_\_: *La responsabilidad civil*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2ª ed., 1989.
- DE ARAUJO, Nadia: *Direito internacional privado. Teoria e pratica brasileira*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, Renovar, 3ª ed. atualizada e ampliada, 2006.
- DE BOER, Th. M.: *Beyond lex loci delicti. Conflicts methodology and multistate torts in american case Law*. Deventer, Antwerp, London, Frankfurt, Boston, New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.
- DE CASTRO CID, Benito: *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. España, Universidad de León, 1993.
- DE CASTRO, Federico: La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado. En: *RDP*, 1933, pp. 217 ss.
- DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *El dolo en el Derecho civil*. Madrid, Edit. RDP, 1955.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio: *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*. Valencia, Tirant lo Blanch, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Tirant Monografías, N° 156, 2000.
- DE MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel: *Da qualificação em Direito internacional privado*. Lisboa, Edit. Império, Ltd., 1964.
- DE NOVA, Goirgio: *Nuovi contratti*. Torino, UTET, 2ª ed., 1994.
- DE SALVO VENOSA, Sílvio: *Direito civil. Contratos em espécie*. São Paulo, Edit. Atlas, S.A., 2ª ed., 2002, Vol. 3.
- DEBY-GÉRARD, France: *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*. Paris, Dalloz, 1973.
- DELAUME, George R.: *Transnational contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A study in conflict avoidance)*. New York, Oceana Publications, Inc., DOBBS FERRY, 1988-1990, BOOKLET 4.
- DEMOGUE, Rene: *Traité des obligations en général*. Paris, Arthur Rousseau, 1925, T. V.
- DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, Calixto: *La resolución unilateral del contrato de servicios*. Granada, Comares, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES: *Los principios del Derecho europeo de los contratos*. Madrid, Civitas, 2002.

- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- \_\_\_\_\_: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid, Civitas, 5ª ed., 1999, Vol. II, Las relaciones obligatorias.
- \_\_\_\_\_: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid, Civitas, 5ª ed., 1996, Vol. I, Introducción. Teoría del contrato.
- \_\_\_\_\_: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1973, T. I.
- DiMATTEO, Larry: *The Law of international contracting*. The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000.
- DOMAT, Jean: *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le Droit public, et Legum delectus*. Paris, Pierre-François Emery, 1713.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio: Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma. En: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, T. I, pp. 879 ss.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: La sede jurídica. En: *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 14, 2004, pp. 449 ss.
- DOS SANTOS P., Olga María: Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo. En: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, FCJPUCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, T. II, pp. 3 ss.
- \_\_\_\_\_: *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas, Valencia, FCJPUCV, Vadell Hermanos Editores, 2000.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, Amalia URIONDO DE MARTINOLI y María Blanca NOODT TAQUELA: Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños. En: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 137 ss.
- DUBLER, César E.: *Les clauses d'exception en Droit international privé*. Ginebra, Librairie de l'Université, Études Suisses de Droit International, publiées par la Société Suisse de Droit International, Vol. 35, 1983.
- DUMONT, F.: La gratuité du mandat en Droit romain. En: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953, T. II, pp. 307 ss.
- EHRENZWEIG, Albert: Towards a theory of enterprise liability under foreseeable and insurable Laws. En: *Yale.L.J.*, 1959-1960, T. 69, pp. 595 ss.; 794 ss.; 978 ss.

- ESPINAR VICENTE, José María: *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*. Madrid, Monografías Civitas, 1997.
- \_\_\_\_\_: *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional. Competencia judicial internacional. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjerías*. Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, 1993.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: Derecho internacional privado. En: AA.VV., *Introducción al Derecho*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, pp. 161 ss.
- FARNSWORTH, Allan: Negotiation of contracts and precontractual liability: General report. En: *Conflicts et harmonisation / Kollision und Vereinheitlichung / Conflicts and harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg, Suisse, Éditions universitaires, 1990, pp. 657 ss.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte: *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 272, 1996.
- FEKETEKUTY, Gesa: *Comercio internacional de servicios. Panorama general y modelo para las negociaciones*. México, Ediciones Gernika, 1990.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, María Blanca NOODT TAQUELA y Jorge R. ALBORNOZ: Modalidades contractuales específicas. En: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados de Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 1027 ss.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego: Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional. En: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 137 ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y Alfonso Luis CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional*. Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1995.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, Madrid, Thomson, Civitas, 3ª ed., 2004.
- \_\_\_\_\_: *Curso de Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas, 2ª ed., 1993.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: Un nuevo mundo jurídico: La *Lex mercatoria* en América Latina. En: *Estudios sobre la Lex mercatoria*, (Coord. J. A. Silva). México, UNAM, 2006.
- FERRARI BRAVO, Luigi: Les rapports entre les contrats et les obligations délicieuses en Droit international privé. En: *R. des C.*, 1975 III, T. 146, pp. 341 ss.
- FERRER CORREIA, A.: La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit comparé). En: *Estudios varis de Derecho*. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1982, pp. 108 ss.

- FISCHER, H.: Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung. En: *Jennings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerliches Recht*, 1898, N° 37, pp. 236 ss.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL: *Manual de Balanza de Pagos*, Washington, 5ª ed., 1993.
- FONTAINE, Marcel: Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques. En: *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, 1998 / 2-3, Vol. III, pp. 405 ss.
- FOURASTIE, Jean: *Le Grand Espoir du XXe siècle. Progrès technique, progrès économique, progrès social*. Paris, Presses Universitaires de France, 1949.
- FOX, William F.: *International commercial agreements a primer on drafting, negotiating and resolving disputes*. The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 3ª ed., 1998.
- FRANESCAKIS, Phoción: Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois. En: *RC de DIP*, 1966, N° 55, p. 1 ss.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: Obligaciones extracontractuales, en: *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, (Coord. D. Fernández Arroyo). Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 1157 ss.
- FROSSARD, Joseph: *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*. Paris, LGDJ, 1965, Bibliothèque de Droit Privé, T. LXVII.
- GABALDÓN, Frank: *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas, Livrosca, 1999.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, (Trad. F. Blasco Gasco y L. Prats Albertosa). Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- GARAY, Juan y Miren GARAY: *Ley del Iva del año 2006*. Caracas, Ediciones Juan Garay, 2006.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: Las transformaciones del Estado contemporáneo. En: *Obras Completas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1968, T. II, pp. 1586 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: El contrato mercantil de servicios. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997 1, pp. 291 ss.
- GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español. En: *AEDIP*, 2000, T. 0, pp. 159 ss.
- GARRIDO, Roque Fortunato y Jorge Alberto ZAGO: *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires, Edit. Universidad, 1988, T. II, Parte especial.

- GEBAUER, M.: *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*. Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998.
- GHERSI, Carlos: La estructura contractual postmoderna o posfordista. El contrato sin sujeto y la contratendencia. En: *Jurisprudencia argentina*, 1993, pp. 620 ss.
- GHESTIN, Jacques, Christophe JAMIN y Marc BILLIAU: *Les effets du contrat*, (Dir. J. Ghestin). Paris, LGDJ, 2001.
- GIORGIANNI, Michelle: *L'inadempimento*. Milano, Giuffrè, 1959.
- GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: *Ley contra los ilícitos cambiarios y contratos en moneda extranjera*. Caracas, Los Libros de El Nacional, Serie Jurídica, 2006.
- \_\_\_\_\_: *El contrato internacional*. Caracas, EJV, 1999, Colección Estudios Jurídicos N° 71.
- \_\_\_\_\_: Derecho internacional privado sustantivo de los títulos de crédito en Venezuela. En: *RFCJPUCV*, 1996, pp. 83 ss.
- GIULIANO, M. y P. LAGARDE: Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. En: *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992, pp. 1 ss.
- GIULIANO, M.: *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1970.
- GOLDMAN, B.: Nouvelles réflexions sur la Lex mercatoria. En: *Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 241 ss.
- GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*. Buenos Aires, De Palma, 8ª ed., 1997.
- \_\_\_\_\_: El proyecto venezolano de Derecho internacional privado. En: *RMJ*, 1964, N° 50, pp. 77 ss.
- GOLDSTEIN, Gérald y Ethel GROFFIER: *Droit international privé*. Canadá, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, T. I.
- GOMÉZ CALERO, Juan: *Los derechos de los consumidores y usuarios*. Madrid, Dykinson, 1994.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros: *Derecho internacional privado*. Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 4ª ed. revisada, 1991.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio: El paradigma de la norma de conflicto multilateral. En: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, Vol. IV, pp. 5239 ss..
- GREENFIELD, Harry: A note on the goods/services dichotomy. En: *The Services Industries Journal*, 2002, Vol. 22, N° 4, pp. 19 ss.

- GRELON, Bernard: *Les entreprises de services*. Paris, Economica, 1978.
- GRIGERA NAÓN, Horacio: Choice of Law problems in international commercial arbitration. En: *R. des C.*, 2001, T. 289, pp. 9 ss.
- GUASP, Jaime: *Derecho procesal civil*. Madrid, Civitas, 4ª ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por P. Aragoneses, 1998, T. I, Parte general y procesos declarativos y de jurisdicción ordinarios.
- GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo: Artículo 32. Obligaciones no convencionales. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 833 ss.
- \_\_\_\_\_: *La responsabilidad civil extracontractual por productos en el Derecho internacional privado*. Caracas, FCJPUCV, FDUACB, 2002.
- \_\_\_\_\_: La jurisdicción venezolana en materia extracontractual y la doctrina del *forum non conveniens*. En: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 6, 2002, pp. 429 ss.
- \_\_\_\_\_: La aplicación del Derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional. En: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*. Caracas, BACPS, 1998, Serie Eventos N° 11, pp. 109 ss.
- GUILLOUARD, L.: *Traité du contrat de louage*. Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1891, T. 2.
- HARTLEY, Trevor: Mandatory rules: the Common Law approach. En: *R. des C.*, 1997, T. 266, pp. 339 ss.
- HAY, Peter: Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current European and United States conflicts Law. En: *R. des C.*, 1991 I, T. 226, pp. 281 ss.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de obligaciones*. Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”. En: *Contratos internacionales* (Dir. A. L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara). Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1743 ss.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio: La responsabilidad civil y administrativa del proveedor en la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. En: AA.VV., *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, Caracas, EJV, Colección Textos Legislativos N° 33, 2005, pp. 9 ss.
- \_\_\_\_\_: *Introducción a la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2004.

- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio y Uxúa OJER: Multipropiedad y Tiempo Compartido. En: *SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República, 135° Aniversario*. Caracas, Procuraduría General de la República, 1998, pp. 481 ss.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio: *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*, (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales). Caracas, ACPS, 2007.
- \_\_\_\_\_: Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional. En: *AHLADI*, 2005, N° 17, pp. 11 ss.
- \_\_\_\_\_: *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*. Caracas, Edit. Sherwood, Colección Cuadernos, N° 8, 2004.
- \_\_\_\_\_: An attempt to regulate the problem of “characterization” in private international law. En: *Sonderdruck aus der Festschrift für Erik Jayme*. Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 331 ss.
- \_\_\_\_\_: Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. En: *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss.
- \_\_\_\_\_: Domicilio a los fines de la cautio iudicatum solvi. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 189 ss.
- \_\_\_\_\_: El domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado venezolano actual. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 147 ss.
- \_\_\_\_\_: Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho internacional privado. En: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 27 ss.
- \_\_\_\_\_: Hipoteca de valor constante. En: *RFCJPUCV*, 1999, N° 113, pp. 39 ss.
- \_\_\_\_\_: Contratación internacional y autonomía de las partes: Anotaciones comparativas. En: *RPGR*, 1995, N° 12, pp. 18 ss.
- \_\_\_\_\_: La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994). En: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1998, pp. 39 ss.
- \_\_\_\_\_: Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola. En: *RFCJPUCV*, 1998, N° 109, pp. 141 ss.

- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio: Uso inapropiado de la doctrina extranjera y desconocimiento del Derecho internacional (público y privado): aportes para un estudio de la derogación del convencional de la jurisdicción (Art. 2 CPCV). En: *RPGR*, 1993, N° 8, pp. 41 ss.
- \_\_\_\_\_: Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado. En: *RFCJPUCV*, 1988, N° 71, pp. 378 ss.
- \_\_\_\_\_: El régimen de las obligaciones en el Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965). En: *RFCJPUCV*, 1988, N° 69, pp. 321 ss.
- HEUZÉ, Vicent: La notion de contrat en Droit international privé. En: *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1995-1998, Paris, Editions A. Pedone, 2000, pp. 26 ss.
- HILL, T.P.: On goods and services. En: *Review of Income and Wealth*, 1977, N° 4, pp. 315 ss.
- HINESTROSA, Fernando: *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2003.
- HUNG VAILLANT, FRANCISCO: *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*. Caracas, EJV, 2001, Colección Estudios Jurídicos N° 74.
- JAYME, Erik: Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionrecht zwischen Postmodern und Futurismus. En: *IPRAX-Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht*, 2000, pp. 165 ss.
- \_\_\_\_\_: Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne. En: *R. des C.*, 1995, T. 251, pp. 9 ss.
- JITTA, Daniel Josephus: *Método de Derecho internacional privado*, (Trad. J.F. Prida). Madrid, Edit. La España Moderna, s/f.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La responsabilidad contractual*. Madrid, Civitas, 1987.
- JOSSERAND, Louis: *Derecho civil*, (Trad. S. Cunchillos y Manterola). Buenos Aires, EJE, 1950, T. II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones.
- JUENGER, Friedrich: *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández Arroyo y C. Fresnedo de Aguirre). México, Edit. Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2006.
- \_\_\_\_\_: How do you rate a century? En: *Willamette.L.Rev.*, 2001, Vol. 37:1, 89 ss.
- \_\_\_\_\_: El Derecho aplicable a los contratos internacionales. En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1994, N° 23, pp. 49 ss.

- JUENGER, Friedrich: Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos. En: *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*. Madrid, Cuartas jornadas de Derecho internacional privado, 4-5 de junio de 1993, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, pp. 36 ss.
- KAHN-FREUND, O.: La notion anglaise de la “proper law of the contract” devant les juges et devant les arbitres. En: *RC de DIP*, 1973, pp. 607 ss.
- \_\_\_\_\_: Delictual liability and the conflicts of law. En: *R. des C.*, 1968 II, T. 124, pp. 1 ss.
- KEGEL, Gerhard: *Derecho internacional privado*, (Trad. M. Betancourt Rey). Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982.
- KROPHOLLER, J.: Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut. En: *RabelsZ*, 1969, pp. 601 ss.
- KUMMEROW, Gert: Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano. En: AA.VV., *Indemnización de daños y perjuicios*. Caracas, Edit. Fabreton, 1999, pp. 261 ss.
- \_\_\_\_\_: *Compendio de bienes y derechos reales*. Caracas, Paredes Editores, 3ª ed., 1992.
- \_\_\_\_\_: *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho privado*. Caracas, FDUCV, 1956
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho civil, II Derecho de obligaciones*. Madrid, Dykinson, 1999, 3ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Vol. I, Parte General, Doctrina General del Contrato.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Manual de Derecho civil*. Barcelona, Librería Bosch, 2ª ed., 1984.
- LAGARDE, Paul: Le nouveau Droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980. En: *RC de DIP*, 1991, N° 2, T. 80, pp. 287 ss.
- \_\_\_\_\_: Cours générale de Droit international privé. En: *R. des C.*, 1986 I, T. 196, pp. 9 ss.
- \_\_\_\_\_: The European convention on the Law applicable to contractual obligations: an apologia. En: *Virginia Journal of International Law*, 1981, pp. 91 ss.
- LAGRANGE, Enrique: *Report concerning the Law of Venezuela*. Caracas, 16 de junio de 2003.
- \_\_\_\_\_: *El principio del “commodum repraesentationis” (Estudios sobre el artículo 1.345 del Código Civil)*, (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales). Caracas, ACPS, 2001.

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1993.
- LANDO, O. y, H. BEALE (Eds.): *Principles of European Contract Law Parts I and II*. The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- LANDO, Ole: The conflict of laws of contracts: general principles (general course on private international law). En: *R. des C.*, 1984 VI, T. 189, pp. 225 ss.
- \_\_\_\_\_: The EC draft convention on the Law applicable to contractual and non contractual obligations. En: *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss.
- LAPERTOSA, Flavio: *L'engineering*. Milano, Giuffrè, 1993.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa e Isabel REIG FABADO: Novedades en la resolución extrajudicial de controversias en los contratos internacionales de ingeniería (De la función cuasi-arbitral del ingeniero a una modalidad de ADR: el *Dispute Adjudication Board*). Las cláusulas 67 y 20 del libro rojo de la FIDIC). En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001, pp. 317 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael y Juan Miguel ECHAIDE IZQUIERDO: *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados de Derecho de consumo*. Madrid, ESIC, 2006.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, (Trad. E. Gimbernat Ordeig). Barcelona, Ariel, 1966.
- \_\_\_\_\_: *Derecho de obligaciones*, (Trad. J. Santos Briz). Madrid, Edit. RDP, 1958.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho administrativo*. Caracas, FCJPUCV, 11ª ed. revisada y puesta al día, 1998.
- LARROUMET, Christian: L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels. En: *Jurisclasseur Périodique (Semaine juridique) Édition générale*, 1988, Nos. 9-10.
- LAURENT, F.: *Droit civil français*. Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Comp., 1877, T. 25.
- LE TOURNEAU, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris, Dalloz, 2004.
- \_\_\_\_\_: *La responsabilidad civil*, (Trad. J. Tamayo Jaramillo). Colombia, Legis, 2004.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Socialización*. Madrid, Civitas, 1964.
- LEGSTANG, Ph.: Le nouveau système français des nomenclatures d'activités et de produits. En: *Economie et Statistiques*, 1973, diciembre, pp. 20 ss.
- LETE DEL RÍO, José M.: *Derecho de obligaciones*. Madrid, Edit. Tecnos, 3ª ed., 1995, Vol. I.
- LIMA MARQUES, Cláudia: A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo.

En: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*. Córdoba (Argentina), Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss.

LIMA MARQUES, Cláudia: La propuesta de una teoría general de los servicios con base en el Código de Defensa del Consumidor. La evolución de las obligaciones vinculadas a los servicios remunerados directa o indirectamente. En: Lorenzetti, Ricardo Luis y Cláudia Lima Marques: *Contratos de servicios a los consumidores*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 131 ss.

\_\_\_\_\_: O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior. En: *DeCita*, 04.2005, pp. 261 ss.

LLAMAS POMBO, Eugenio: La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños). En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, Thomson, Civitas, 2003, T. II, Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, pp. 2203 ss.

LOBATO GÓMEZ, J.M.: Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. En: *ADC*, 1992, N° XLV-1-2, pp. 651 ss.

LOMBARD, Richard S.: *American-Venezuelan private international law*. New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, Bilateral Studies in private international Law N° 14, 1965.

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay*. Madrid, Tecnos, 1996.

LÓPEZ FRÍAS, Ana: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1994.

LÓPEZ HERRERA, Francisco: El contrato en el Derecho internacional privado. En: *RFDUCV*, 1954, N° 1.

LÓPEZ JACOISTE, J. J.: La profesión, condición civil de la persona. En: *ADC*, 1999, pp. 915 ss.

LÓPEZ MESA, Marcelo: Responsabilidad civil de los profesionales. En: López Mesa, Marcelo y Félix Trigo García, *Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 15 ss.

LORENZETTI, Ricardo Luis: Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2006, N° 5, pp. 153 ss.

\_\_\_\_\_: Contrato de obra y servicios. En: Lorenzetti, Ricardo Luis y Cláudia Lima Marques, *Contrato de servicios a los consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 103 ss.

- LORENZETTI, Ricardo Luis: *Contratos. Parte especial* (Colaborador G. Sozzo). Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, T. I.
- \_\_\_\_\_: *Contratos. Parte especial*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, T. II.
- \_\_\_\_\_: *Consumidores*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- \_\_\_\_\_: Esquema de una teoría sistémica del contrato. En: A.A. Alterini, J.L de los Mozos y C.A. Soto: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2000, pp. 13 ss.
- \_\_\_\_\_: Redes contractuales y contratos conexos. En: A.A. Alterini, J.L de los Mozos y C.A. Soto: *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*. Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2000, pp. 113 ss.
- \_\_\_\_\_: *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1986.
- LORETO, Luis: Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad. En: *Ensayos Jurídicos*. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, EJV, 2ª ed. ampliada y refundida, 1987, pp. 177 ss.
- \_\_\_\_\_: La sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequátur. En: *Ensayos Jurídicos*. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, EJV, 2ª ed. ampliada y refundida, 1987, pp. 609 ss.
- LOUSSOUARN, Yvon y Pierre BOUREL: *Droit international privé*. Paris, Précis Dalloz, 4ª ed., 1993.
- LOVELOCK, Christopher: *Marketing services*, Englewood Cliffs, NJ, 1984.
- LUPINI, Luciano: La responsabilidad precontractual en Venezuela. En: *RCADF*, julio-diciembre 1991, Nos. 19-22, pp. 10 ss.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, FCJPUCV, Serie Trabajos de Ascenso N° 10, 2007.
- \_\_\_\_\_: El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional. En: *RFCJPUCV*, 2006, N° 126, pp. 79 ss.
- \_\_\_\_\_: Artículo 4. Reenvío. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 213 ss.
- \_\_\_\_\_: Artículo 6. Cuestiones incidentales. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 247 ss.
- \_\_\_\_\_: Artículo 8. Orden público. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 289 ss.

- MADRID MARTÍNEZ, Claudia: Artículo 10. Normas de aplicación necesaria. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 337 ss.
- \_\_\_\_\_: Artículo 151 de la Constitución de la República ¿inmunidad? ¿exclusividad? O ¿las dos cosas? En: *BOACPS*, enero/diciembre 2005, N° 143, pp. 423 ss.
- \_\_\_\_\_: Orden público: del artículo 6 a nuestros días. En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Caracas, ACPS, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005, pp. 371 ss.
- \_\_\_\_\_: *La norma de Derecho internacional privado*. Caracas, FCJPUCV, 2004, Serie Trabajos de Grado N° 2.
- \_\_\_\_\_: Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el Estado social de Derecho y la sentencia sobre los créditos indexados. En: *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 14, 2004, T. I, pp. 757 ss.
- \_\_\_\_\_: Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. En: *Temas de Derecho internacional privado, Libro Homenaje a Juan María Rouvier*. Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje N° 12, 2003, pp. 361 ss.
- \_\_\_\_\_: *El orden público en el Derecho internacional privado venezolano*, (Trabajo de Ascenso a la Categoría de Asistente). Caracas, FCJPUCV, inédito, 2003.
- \_\_\_\_\_: Breves consideraciones sobre el Derecho aplicable a la capacidad procesal de las personas jurídicas. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Caracas, TSJ, 2002, Colección Libros Homenaje N° 1, *Addendum*, pp. 241 ss.
- \_\_\_\_\_: Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en el Derecho internacional privado venezolano. En: *Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 5, 2002, pp. 671 ss.
- \_\_\_\_\_: Responsabilidad civil en la compraventa internacional de mercaderías. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje N° 1, 2001, Vol. II, pp. 297 ss.

- MADRID MARTÍNEZ, Claudia: Responsabilidad civil por infortunios en el medio ambiente de trabajo. En: *Libro Homenaje a Fernando Parra-Aranguren*. Caracas, FCJPUCV, 2001, T. II, pp. 55 ss.
- \_\_\_\_\_: Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana. En: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 107 ss.
- MADURO LUYANDO, Eloy y Emilio PITTIER SUCRE: *Curso de obligaciones Derecho civil III*. Caracas, UCAB, Manuales de Derecho, 11ª ed., 1999, T. I.
- MADURO LUYANDO, Eloy: *Curso de obligaciones. Derecho civil III*. Caracas, Manuales de Derecho de la UCAB, Edit. Texto, 8ª ed., 1993.
- MAEKELT, Tatiana y Claudia MADRID MARTÍNEZ: Al rescate del arbitraje en Venezuela. En: *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela, Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. Caracas, UCAB, Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, 2003, T. II, pp. 719 ss.
- MAEKELT, Tatiana y Haydée BARRIOS: Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 297 ss.
- MAEKELT, Tatiana y otros: *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y concordancias*. Caracas, ACPS, 5ª ed. actualizada, 2009, p. 59.
- MAEKELT, Tatiana: Aplicación práctica de los Principios de Unidroit en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. En: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*. Mérida, Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, 2005, T. I, Derecho internacional privado, pp. 209 ss.
- \_\_\_\_\_: *Teoría general del Derecho internacional privado*. Caracas, ACPS, 2005.
- \_\_\_\_\_: *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales). Caracas, ACPS, 2002.
- \_\_\_\_\_: La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. En: *Dimensão Internacional do Directo. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, (Coord. P. Borba Casella), Sao Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss.
- \_\_\_\_\_: Ley de Derecho internacional privado. Comentarios generales. En: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 143 ss.
- \_\_\_\_\_: Antecedentes y Metodología del Proyecto. Parte General del Derecho Internacional Privado. En: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional*

- Privado (1996). Comentarios.* Caracas, BACPS, 1998, Serie Eventos N° 11, pp. 15 ss.
- MAEKELT, Tatiana: Fuentes del Derecho internacional privado: la costumbre internacional y la nueva *Lex mercatoria*. En: *VII Curso de Derecho Internacional*. Washington, D.C., Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, agosto de 1980, pp. 439 ss.
- MALAUURIE, Phillipe, Laurent AYNÈS y Philippe STOFFEL-MUNCK: *Les obligations*. Paris, Defrénois, 2004.
- MARCANO RODRÍGUEZ, Rafael: *Apuntaciones Analíticas*. Caracas, Edit. Bolívar, 1941, T. II.
- MARÍN CASTÁN, Francisco (Dir.): *El objeto del proceso civil*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio: Las normas de aplicación necesaria en Derecho internacional privado. En: *REDI*, 1970 I, Vol. XXIII, pp. 17 ss.
- MARKOVITS, Yvan: *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, Collection Droit Privé, T. 211, 1990.
- MARTINE, Edmond Noël: *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. VI, 1957.
- MARTÍNEZ, Jaime: Anotaciones sobre los Principios Unidroit. En: *RFDUCAB*, 1997, N° 51, pp. 199 ss.
- MATERO, Osvaldo: *Estudio sobre la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*. Caracas, UCAB, 1988.
- MAZEAUD, Denis: *La notion de clause pénale*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. 223, 1992
- MAZEAUD, Henri y Lèon y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, (Trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires, EJE, 1960, Parte Segunda, Vol. II.
- MAZEAUD, Henri, Lèon y Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie Générale*. Paris, Montchrestien, 1985.
- MAZEAUD, Henri: Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence. En: *RTDC*, 1936, N° 35, pp. 1 ss.
- MÉLICH ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. Caracas, ACPS, Centro de Investigaciones Jurídicas, 4ª ed. corregida y ampliada, Serie Estudios N° 61, 2006.
- \_\_\_\_\_ : La lesión extracontractual del daño. En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código*

- Civil francés de 1804*. Caracas, ACPS, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005, pp. 573 ss.
- MÉLICH ORSINI, José: *La prescripción extintiva y la caducidad*. Caracas, BACPS, Serie Estudios N° 58, 2002.
- \_\_\_\_\_: La responsabilidad civil por daños causados por productos o servicios defectuosos. En: *BOACPS* (Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado [Brisbane, Australia], 2002), enero/julio 2002, N° 139, Año LXIV, pp. 143 ss.
- \_\_\_\_\_: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*. Caracas, BACPS, Serie Estudios Nos. 45-46, 2ª ed. actualizada de la jurisprudencia y legislación, 2001.
- \_\_\_\_\_: *El pago*. Caracas, UCAB, 2000.
- \_\_\_\_\_: El resarcimiento del daño moral en materia contractual y el problema del cúmulo de la responsabilidad contractual y extracontractual. En: AA.VV., *Indemnización de daños y perjuicios*. Caracas, Edit. Fabreton, 1999, pp. 83 ss.
- \_\_\_\_\_: Las particularidades del contrato con consumidores. En: *RFCJPUCV*, 1999, N° 111, pp. 83 ss.
- MENGGONI, Luigi: Responsabilità contrattuale. En: *Enciclopedia del Diritto*, 1988, Vol. XXXIX, pp. 1072 ss.
- MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho civil y comercial*, (Trad. S. Sentís Melendo). Buenos Aires, EJE, 1955, T. IV, Derecho de las Obligaciones. Parte General.
- \_\_\_\_\_: *Doctrina general del contrato*, (Trad. R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra). Buenos Aires, EJE, 1952, T. I.
- MEZGRAVIZ, Andrés: La unidad de la jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano. En: *RFCJPUCV*, 1998, N° 108, pp. 259 ss.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho internacional privado*. Madrid, Atlas, 11ª ed., 1987, T. II.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y Guillermo P. TINTI: Consideraciones sobre el consumo y el Derecho del consumidor. En: <http://www.acader.unc.edu.ar/aartconsideracionesobreroconsumoyderechoconsumidor.pdf>
- MONTERO AROCA, Juan, Manuel Ortells Ramos, Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Monton Redondo: *Derecho jurisdiccional, II, Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 7ª ed., 1997.
- MONTERO TRABEL, José Pedro: *Análisis del Impuesto al Valor Agregado. Evolución, estructura, liquidación, estudio comparativo entre Uruguay y Venezuela*. Valencia, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2000.

- MOREAU-BOURLÈS, Marie-Agne: *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*. Paris, tesis, 1985.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio: La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos. En: [http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIP\\_VII\\_proteccion\\_consumidor\\_jose\\_moreno\\_rodriguez-pdf](http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIP_VII_proteccion_consumidor_jose_moreno_rodriguez-pdf)
- MORRIS, J.: The proper law of a tort. En: *Harvard.L.Rev.*, 1951, Vol. 64, pp. 881 ss.
- MOSSET ITURRASPE, J.: Los profesionales. En: *Revista de Derecho de Daños*, 2000, N° 8, pp. 3 ss.
- MUCI-ABRAHAM, José: Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío. En: *RFDUCV*, 1955, N° 3, pp. 120 ss.
- MUIR WATT, Horatia: Reliance et définition du contrat. En: *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du Droit Économique*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 57 ss.
- NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: *Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios*, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington, 2003.
- NÉRET, Jean: *Les sous-contrats*. Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, T. CLXIII, 1979.
- NEUHAUS, Paul H.: Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho internacional privado. Observaciones de Derecho comparado. En: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*. Caracas, FCJPUCV, 1975, pp. 55 ss.
- OCHOA MUÑOZ, Javier: Artículo 7. Adaptación. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 265 ss.
- \_\_\_\_\_: Artículo 31. Aplicación de la *Lex mercatoria*. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 805 ss.
- \_\_\_\_\_: La expresión “salvo el derecho local contrario” en las normas sobre competencia procesal internacional del Código Bustamante. En: *DeCita*, 04.2005, pp. 67 ss.
- OLIVER, Peter: Goods and services: two freedoms compared. En: *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruselas, Bruylant, 1999, T. II, pp. 1377 ss.

- OWEN, D.G.: A punitive damages overview: functions, problems and reform. En: *Villanora Law Review*, 1994, Vol. 39, pp. 363 ss.
- PÁEZ PUMAR, Oswaldo: Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002, en relación con los créditos indexados. En: *Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002, en relación con los créditos indexados*. Caracas, Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía, 2003, pp. 289 ss.
- PALACIOS HERRERA, Oscar: *Apuntes de obligaciones* (Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela, año 1950-51). Maracaibo, Ediciones Centro de Estudiantes Universidad del Zulia, 1982.
- PALAO MORENO, Guillermo: *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, Universitat de València, 2008.
- \_\_\_\_\_: Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa. (Una visión crítica del anteproyecto de propuesta de reglamento “Roma II”). En: *Derecho patrimonial europeo*, (Coord. G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa, M.J. Reyes López), Navarra, Thomson, Aranzadi, 2003, RdP Monografía, N° 10, pp. 271 ss.
- \_\_\_\_\_: La Ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en Derecho internacional privado español, en: *ADC*, 1998, T. L, Fasc. IV, pp. 1793 ss.
- \_\_\_\_\_: La responsabilidad civil por servicios: estudio de Derecho comparado en Europa con especial referencia a España. En: *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 1996, enero-abril, Vol. XXX, N° 2, pp. 217 ss.
- \_\_\_\_\_: *Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios*. Granada, Edit. Comares, 1995.
- \_\_\_\_\_: *Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios*. Granada, Comares, 1995.
- \_\_\_\_\_: *El régimen jurídico de la responsabilidad derivada de servicios en Derecho internacional privado*. Tesis doctoral, Valencia, 1994.
- PANTALEÓN, Fernando: *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1996.
- PARRA LUCÁN, María A.: La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales. En: AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 1.175 ss.
- PARRA RODRÍGUEZ, Carmen: *El nuevo Derecho internacional de los contratos*. Barcelona, José Miguel Bosch, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*. Caracas, FCJPUCV, 3ª ed. revisada, 1998.
- \_\_\_\_\_: La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Cidip V, México 1994). En: *Codificación del Derecho internacional privado en América*. Caracas, FCJPUCV, 1998, Vol. II, pp. 367 ss.
- \_\_\_\_\_: Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. En: *Monografías selectas de Derecho internacional privado*, Caracas, BACPS, Serie Estudios, 1984, N° 21, pp. 553 ss.
- PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá, Temis, 3ª ed., 1981.
- PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho administrativo*. Caracas, TSJ, Colección Estudios Jurídicos N° 9, 2006, T. 3.
- PERALES VISCASILLAS, Mª del Pilar: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- PÉREZ VERA, Elisa y otros: *Derecho internacional privado*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª ed., 2000.
- PETIT DA COSTA, Jesús: Dictamen 4211 de 19 de diciembre de 1996. En: *RFCJPUCV*, 1997, N° 102, pp. 295 ss.
- PETIT, Eugene: *Tratado elemental de Derecho romano* (Trad. y anotaciones J. Fernández González). Buenos Aires, Edit. Albatros, 1980.
- PILLET, Antoine: *Principios de Derecho internacional privado*, (Trad. N. Rodríguez Aniceto y C. González Posada). Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, T. 2.
- PINTOS AGER, Jesús: *Baremos, seguros y Derecho de daños*. Madrid, Monografías Civitas, 2000.
- PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT: *Derecho civil* (Trad. L. Péreznieta Castro). México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- PLANIOL, Marcel: Classification synthétique des contrats. En: *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1904, pp. 470 ss.
- PLANTEY, Alain: El arbitraje internacional en un mundo en cambio. En: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, abril 1995, Suplemento Especial, El arbitraje comercial internacional, pp. 7 ss.
- POCAR, Fausto: Le Droit des obligations dans le nouveau Droit international privé italien. En: *RC de DIP*, 1996, N° 1, pp. 41 ss.
- \_\_\_\_\_: Quelques remarques sur la Loi applicable au contrat de sous-traince. En: *Études de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Basilea, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 155 ss.

- POCAR, Fausto: La protection de la partie faible en Droit international privé. En: *R. des C.*, 1984 V, T. 188, pp. 339 ss.
- PODETTI, Humberto: *Contrato de construcción*. Buenos Aires, Astrea, 2004.
- POMMIER, Jean-Christophe: *Principe d'autonomie et Loi du contrat en Droit international privé conventionnel*. Paris, Economica, 1992.
- POTHIER, R.J.: *Oeuvres*. Paris, Béchet, 1825, T. III, Traité du contrat de constitution de rente. De change. De louage. De **société**. Des cheptels.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República, 1962-1981*. Caracas, Procuraduría General de la República, 1984, T. IV, Vol. II.
- PRYLES, Michael: Tort and relates obligations in private international law. En: *R. des C.*, 1991 II, T. 227, pp. 9 ss.
- RABEL, Ernst: *The conflicts of Law. A comparative study*. Ann Arbor, University of Michigan, 2ª ed., 1958-1960, Vol. II.
- \_\_\_\_\_: Das Problem der Qualification. En: *RabelsZ*, 1931, N° 5, pp. 241 ss.
- RAMOS, Francisco: *Arbitraje y proceso internacional*. Barcelona, Librería Bosch, 1987.
- REESE, Willis: The influence of substantives policies on choice of law. En: *Festschrift für Frank Vischer*, Zum 60, Geburtstag, Zurich, 1983, pp. 287 ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: Conceptos generales y elementos de delimitación. En: *Tratado de responsabilidad civil*, (Coord., L.F. Reglero Campos). Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 45 ss.
- REIG FABADO, Isabel: *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería*, Valencia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003.
- RENGEL ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*. Caracas, Edit. Arte, 1994, Vol. II, Teoría general del proceso.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: Tessili y Concorde, De Bloss y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: Un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fiel a sí mismo, veintitrés años después. En: *Diario La Ley*, año XXI, N° 4967, 11/01/2000, pp. 1 ss.
- RODNER, James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Caracas, ACPS, AVDP, Serie Eventos, 2008, N° 77.
- \_\_\_\_\_: Contratos enlazados (El grupo de contratos). En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, (Coord. I de Valera). Caracas, ACPS, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 253 ss.

- RODNER, James Otis: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Caracas, ACPS, 2ª ed. concordada con la jurisprudencia venezolana y los Principios de Unidroit, 2005.
- \_\_\_\_\_: La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho venezolano. En: *Estudios de Derecho civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronдона*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje N° 5, 2002, Vol. II, pp. 405 ss.
- \_\_\_\_\_: *La globalización, un proceso dinámico*. Caracas, Edit. Anaucó, 2001.
- \_\_\_\_\_: Precios de transferencia, en: *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta*. Caracas, BACPS, 2000, pp. 117 ss.
- \_\_\_\_\_: *El crédito documentario*. Caracas, Edit. Arte, 2ª ed., 1999.
- \_\_\_\_\_: *El dinero, la inflación y las deudas de valor*. Caracas, Edit. Arte, 1995.
- RODRÍGUEZ CARRERA, Luis: Artículo 47. Inderogabilidad convencional de la jurisdicción. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, FCJPUCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 1043 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: *Punitive damages* y orden público ¿comunitario? En: *Pacis Artes, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Eurolex, 2005, T. II, pp. 1741 ss.
- RODRÍGUEZ ROJAS, Leonardo Andrés: Asegurabilidad de las indemnizaciones previstas en el artículo 33 de la Lopcymat. En: *Dossier sobre Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, CYMAT*. Caracas, Cuadernos Electrónicos, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1999, pp. 111 ss.
- ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel: *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974.
- ROMERO, Fabiola: Derecho aplicable al contrato internacional. En: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, FCJPUCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, T. I, pp. 203 ss.
- \_\_\_\_\_: Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de Derecho internacional privado. En: *RFCJPUCV*, 2000, N° 117, pp. 163 ss.
- \_\_\_\_\_: La norma de aplicación necesaria o inmediata. En: *RFCJPUCV*, 1999, N° 112, pp. 125 ss.
- ROPPO, Vincenzo: *El contrato del dos mil*. (Trad. M. Koteich). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ensayos de la Revista de Derecho Privado, N° 1, 2005.

- ROPO, Vincenzo: La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi. En: *Contratto e Impresa*, 1993, N° 3, pp. 891 ss.
- ROSENFELD, Carlos: Profesiones liberales en la responsabilidad extracontractual. En: *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (Coord. A. Murillo Villar). Burgos, Universidad de Burgos, 2001, pp. 707 ss.
- ROSSI, P.: Les services : notion économique et juridique. En: *Diritto Commerciale e degli Scambi Internazionale*, 1985, pp. 563 ss.
- SALEILLES, Raymond: De la responsabilité précontractuelle. En: *RTDC*, 1907, N° 3, pp. 697 ss.
- SAMTLEBEN, Jürgen: El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho internacional privado. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, N° 1, 2002, *Addendum*, pp. 355 ss.
- SÁNCHEZ COVISA, Joaquín: Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta. En: *Obra jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, ECGR, 1976, pp. 377 ss.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio: *Derecho internacional privado*. La Habana, Cultural, S.A., 3ª ed., 1947, T. II.
- SÁNCHEZ FERRI, Remedio: *Estudio sobre las libertades*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1995.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: Postmodernismo y Derecho internacional privado. En: *REDI*, 1994, pp. 557 ss.
- SÁNQUIZ PALENCIA, Shirley: *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano*. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, UCAB, 2005.
- \_\_\_\_\_: El Derecho aplicable al concurso internacional en el sistema de Derecho internacional privado venezolano. En: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Caracas, TSJ, 2002, Colección Libros Homenaje N° 1, *Addendum*, pp. 459 ss.
- SANSÓ, Benito: El problema del cúmulo de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. En: *Estudios Jurídicos*. Caracas, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1984, pp. 17 ss.
- \_\_\_\_\_: La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la Ley extranjera aplicable. En: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*. Caracas, FDUCV, 1967, pp. 677 ss.
- SANTINI, Gerardo: *I servizi. Nuovo saggio di economia del Diritto*. Bologna, Società Editrice il Mulino, 1987.

- SANTOS BELANDRO, Rubén: *El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*. Argentina, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., 1998.
- \_\_\_\_\_: La *Lex mercatoria* en el corazón de la nueva normativa en materia de contratación internacional. En: *RDCE*, 1993, N° 61/62, pp. 37 ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Temas actuales*. Madrid, Edit. Montecorvo, 2001.
- \_\_\_\_\_: Unidad de concepto de la culpa civil. En: *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (Coord. L. Martínez-Calcerrada y Gómez). Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, T. II, pp. 1643 ss.
- \_\_\_\_\_: Unidad del concepto de la culpa civil. En: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, (Coord., J.A. Moreno Martínez). Madrid, Dykinson, 2000, pp. 585 ss.
- SAUVEPLANE, J. G.: Consumer protection in private international Law. En: *Netherland Law Review*, 1985, pp. 100 ss.
- SAVATIER, Rene: La vente des services. En: *Dalloz Chronique*, 1971, pp. 223 ss.
- SAVIGNY, Federico Carlos: *Sistema de Derecho romano actual* (Trad. J. Mesía y M. Poley). Madrid, F. Góngora y Cía., 2ª ed., 1879, T. 8º de la ed. alemana, 6º de la española.
- SCHWAMM, Henri y Patricio MERCIAI: *Les entreprises multinationales et les services*. Genève, Dossier de l'Institut de Recherche et d'Information sur les Multinationales, 1985.
- SCOLES, Eugene y Peter HAY: *Conflict of laws*. Minnesota, West Publishing Co., Hornbook series, 2ª ed., 1992.
- SEGUI, Adela: Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones (Especial referencia al Proyecto de Código Civil de 1998 y a las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, setiembre de 1999). En: A.A. Alterini, J.L de los Mozos y C.A. Soto: *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2000, pp. 181 ss.
- SHEPPARD, Hale: La internacionalidad de los mercados, la responsabilidad objetiva y la comercialización de productos defectuosos provenientes de Chile. En: *Revista de Derecho Privado* (Universidad de Concepción), julio-diciembre, 1999, N° 206, año LXVII, pp. 43 ss.
- SIQUEIROS, José Luis: Los nuevos Principios de Unidroit 2004 sobre contratos comerciales internacionales. En: *RDP*, mayo-agosto 2005, nueva época, año IV, N° 11, pp. 129 ss.
- SIQUEIROS, José Luis: Ley aplicable en materia de contratación internacional. En: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en*

- Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31/07/1991.
- SOLE RESINA, Judith: *Arrendamiento de obras o servicios. Perfil evolutivo y jurisprudencial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- STOFFEL, Walter A.: Le rapport juridique international. En: *Conflicts et harmonisation / Kollision und Vereinheitlichung / Conflicts and harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg, Suisse, Éditions universitaires, 1990, pp. 421 ss.
- STRENGER, Irineu: *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo, Editora LTR, 1996.
- STRÖMHOLM, Stig: *Torts in the conflicts of Law*. Stockholm, 1961
- SUÉ MACHADO, Alejandro: La responsabilidad civil delictual ordinaria. En: *Anuario del Colegio de Abogados del Estado Aragua*, 1978, N° 77, pp. 209 ss.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier: *De la responsabilidad civil*. Bogotá, Temis, 1999, T. I, Teoría general de la responsabilidad. Responsabilidad contractual.
- \_\_\_\_\_: *El contrato de transporte (Terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional)*. Bogotá, Colombo Editores, 1996.
- \_\_\_\_\_: *La culpa contractual*. Bogotá, 1990.
- TELLECHEN SOLÍS, Antonio: Medios alternativos para la solución de conflictos bancarios, Mediación y Arbitraje. En: *Memorias del XX Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario*. Federación Latinoamericana de Bancos, Asunción, Octubre, 2001.
- TEYSSIÉ, Bernard: *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, T. CXXXIX, 1975.
- THUROW, Lester: *La guerra del siglo XXI*. Buenos Aires, Vergara, 1992.
- TOUBIANA, Annie: *Le domaine de la loi du contrat en Droit international privé (Contrats internationaux et dirigisme étatique)*. Paris, Dalloz, 1973.
- TREBILCOCK, Michael J. y Robert HOWSE: *The regulation of international trade*, London and New York, Routledge, 2<sup>nd</sup> ed., 1999, 3th reimp., 2002.
- TRIGO GARCÍA, María Belén: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*. Granada, Comares, 1999.
- TUNC, André: La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence. En: *Jalons, dits et écrits d'André Tunc*. Paris, 1991, pp. 135 ss.
- UNIDROIT: *Unidroit Principles of international commercial contracts 2004*. Rome, 2004.
- URDANETA FONTIVEROS, Enrique: Orientaciones modernas en el Derecho de daños. En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, (Coord. I de Valera), Caracas, ACPS, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 605 ss.

- VALLADÃO, Haroldo: *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, S.A., 1977, Vol. II.
- VAQUERO PINTO, María José: *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. Granada, Comares, Colección Estudios de Derecho Privado, Nº 42, 2005.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto: Las obligaciones emergentes del contrato y la tutela del consumidor: las prestaciones propias de cada producto o servicio. En: *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*. Lima, Palestra, Bogotá, Temis, 2001, pp. 479 ss.
- VEGA MERE, Yuri: El Derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. En: *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*. Lima, Palestra, Bogotá, Temis, pp. 515 ss.
- VILLANI, Ugo: *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile al Contratti*. Bari, Cacucci Editore, 1997.
- VINEY, Geneviève: *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité*, (Dir. J. Ghestin). Paris, LGDJ, 2ª ed., 1995.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel y FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Madrid, Civitas, 2000.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel: *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*. Madrid, Tecnos, Colección Ciencias Jurídicas, 1989.
- VISCHER, Frank: The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts. En: *R. des C.*, 1974 II, T. 142, pp. 1 ss.
- VON GIERKE, Otto: *Las raíces del contrato de servicios* (Trad. y comentario crítico G. Barreiro González). Madrid, Cuadernos Civitas, 1982.
- VON IHERING, Rudolf: Culpā in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen. En: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 1861, Vol. 4, pp. 1 ss.
- VON OVERBECK, Alfred: L'irrésistible extension de l'autonomie en Droit international privé. Nouveaux itinéraires en Droit. En: *Hommage a Françoise Rigaux*. Bruselas, 1993, pp. 619 ss.
- WEBER, Gerald: *Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag*. München, 1977.
- YUKIO GOTANDA, John: *Supplemental damages in private international Law*. The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998.
- ZUBILLAGA SILVA, Francisco: *Consideraciones sobre el contrato de obras en el Derecho venezolano*. Caracas, EJV, 1991.