

Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado

Tatiana B. de Maekelt
Haydée Barrios

SUMARIO

Introducción • 1. Origen, objetivos y características de la norma. 2. Ubicación en el Código Civil de la "*cautio iudicatum solvi*" • 3. Concepto de domicilio en el Derecho Internacional Privado • 4. Aplicación general del domicilio en el ámbito del Derecho Internacional Privado • 5. Alcance de la derogatoria contenida en el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado • 6. Importancia práctica de la "*cautio iudicatum solvi*" a la luz del cambio del concepto de domicilio en el Derecho Internacional Privado • 7. Derogatoria de la "*cautio iudicatum solvi*" en el Derecho mercantil y en el Derecho laboral • 8. El Debido Proceso • 9. Equilibrio de los intereses de las partes • 10. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El artículo 36 del Código Civil es, sin duda alguna, una norma de Derecho Internacional Privado de carácter especialísimo, y cuya derogatoria a la luz de la Ley de Derecho Internacional Privado está en discusión.

En efecto, el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una derogatoria, de carácter general, de todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley. Su característica de ley general coadyuva a plantear dudas sobre el alcance de las diversas derogatorias frente a las disposiciones especiales contenidas en los códigos y leyes.

En las consideraciones que siguen pretendemos aclarar estas dudas en lo que concierne al artículo 36 del Código Civil, y formular las consiguientes conclusiones respecto a la vigencia del mencionado artículo.

1. ORIGEN, OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA

El artículo 36 del Código Civil venezolano de 1982, establece:

El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales.

A partir del Código Civil de 1867 encontramos en los códigos sucesivos la misma disposición, que exige al demandante extranjero¹ o no domiciliado afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea bienes suficientes en el país. La última parte de la norma se agregó en el Código de 1873. Como fuentes probables de esta disposición se citan el Código Napoleón y el proyecto de Código Civil de García Goyena. El Código Civil venezolano de 1942 agrega "y salvo lo que dispongan leyes especiales". Este añadido permanece en la reforma del Código Civil de 1982.²

Es evidente que la norma tiene por objeto proteger al demandado, asegurándole el pago de posibles costos y resultados del proceso, incoado por una persona no domiciliada en el país y sin bienes en el mismo, que pudieren garantizar dichos costos y resultados.

El artículo 36 contiene una norma material de Derecho Internacional Privado, que aun cuando no indica derecho aplicable, se refiere a un supuesto con elementos extraños que caracteriza la relación jurídica propia de esta materia.

¹ Solamente el Código de 1867 se refiere al "extranjero" demandante, todos los demás Códigos se refieren al "no domiciliado en Venezuela".

² Código Civil de Venezuela. Artículos 19-40. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 479-480.

Efectivamente, se trata de la situación de los demandantes no domiciliados en Venezuela que, según la norma mencionada, deberán cumplir con el pago de la llamada *cautio iudicatum solvi*, para poder demandar en la República.

2. UBICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA CAUTIO IUDICATUM SOLVI

El artículo 36 está ubicado en el Libro Primero, Título II del Código Civil, referente al domicilio. Esta ubicación subraya la relación del contenido de la disposición con el concepto de domicilio, consagrado en el artículo 27 del mismo Título II del Código Civil, que reza: "El domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses".

Esto lleva a la conclusión de que si el demandante está domiciliado en Venezuela, debe tener en ella negocios e intereses con los que responderá por las resultas de la demanda.

Si la persona no posee en el país este asiento principal de sus negocios e intereses, ni bienes con los que pueda responder para cubrir los costos del proceso, se le exige la respectiva caución.

En todo caso, debido al contenido procesal del artículo, la ubicación de la norma en el Código Civil no es la más adecuada.

3. CONCEPTO DE DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Ley de Derecho Internacional Privado se aleja del concepto del domicilio previsto en el artículo 27 del Código Civil e introduce la calificación especial del domicilio de la persona física: se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual (artículo 11). Pudiera pensarse que este nuevo concepto sustituye el contenido del artículo 27 del Código Civil, cuando de la materia conflictual se trate. Sin embargo, el artículo 15 de la misma Ley de Derecho Internacional Privado parece querer limitarlo a su propio contenido, es decir, al domicilio utilizado en el articulado de la Ley, ya sea como elemento indicador (factor de conexión) del derecho aplicable o como criterio atributivo de jurisdicción. Ninguno de estos supuestos es el del artículo 36 del Código Civil.

4. APLICACIÓN GENERAL DEL DOMICILIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En consecuencia de las consideraciones anteriores se podrá concluir que el artículo 36 del Código Civil no está derogado por la Ley de Derecho Internacional Privado, debido a que es una norma material aplicable a un supuesto conectado con elementos extraños, de carácter específico, que amerita ser ubicada en una ley especial. Esta norma está relacionada estrechamente con el concepto del domicilio consagrado en el artículo 27 del Código Civil y, además, con franco propósito de proteger al demandado. Sin embargo, estas conclusiones deben analizarse a la luz de otras consideraciones.

Es evidente la intención del legislador de modificar el concepto del domicilio en el ámbito de Derecho Internacional Privado, e imprimirle un carácter amplio, por cuanto no tendría razón alguna el utilizar varios conceptos de domicilio en la misma rama jurídica. Además, la calificación del domicilio como residencia habitual, responde a la tendencia universal de flexibilizar este concepto, a los fines de su fácil comprobación.

La Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, suscrita pero no ratificada por Venezuela por razones netamente formales, ya que nuestro país participó activamente en su discusión y aprobación,³ también califica, en primer lugar, el domicilio como residencia habitual; en segundo, como centro principal de los negocios; a falta de estas circunstancias, como lugar de la simple residencia y, en su defecto, el lugar donde se encontrare la persona (artículo 2). El artículo demuestra la tendencia fáctica de la residencia que se observa en las legislaciones comparadas.

Resultaría inconveniente mantener calificaciones diferentes del domicilio para aplicarlas en el campo de Derecho Internacional Privado. Cada vez que se requiriera acudir al domicilio, habría que preguntarse de qué domicilio se trata y, cada caso se convertiría en objeto de una exhaustiva investigación, lo cual afectaría la unificación de soluciones, uno de los objetivos de la materia en su concepción actual, crearía inseguridad jurídica y propiciaría el fraude.

Es significativo el contenido del artículo 20, único aparte del numeral 2 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, que expresamente

³ Gonzalo Parra-Aranguren: *Codificación de Derecho Internacional Privado en América*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 430-431.

excluye la aplicación en el ámbito del Derecho Conflictual de las disposiciones del Código Civil relativas al domicilio y a la residencia, para evitar la posible confusión propia de la utilización en la misma materia de diversos "conceptos de domicilio".⁴

5. ALCANCE DE LA DEROGATORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 63, incluye una derogatoria expresa de todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley, lo cual, en principio, debería conducir a la derogatoria del artículo 36 del Código Civil que, como ya se ha dicho, contiene una norma de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, dado el carácter general de esta Ley, la regulación de las materias específicas podría ser competencia de leyes especiales. Efectivamente, la norma contenida en el artículo 36 del Código Civil consagra una regulación de carácter especial que interesa al Derecho procesal y no tendría que ser derogada por la Ley de Derecho Internacional Privado.

6. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* A LA LUZ DEL CAMBIO DEL CONCEPTO DE DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aunque el artículo 36 del Código Civil contiene una norma especial que podría considerarse no derogada por el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la aplicación del concepto del domicilio, propio de esta materia, entendido como residencia habitual, afecta la finalidad de dicha norma, que consiste en proteger los intereses del demandado.

Efectivamente, si el domicilio es la simple residencia, no constituye garantía alguna de que existan bienes en el territorio del Estado donde se encuentre dicho domicilio, por lo cual no se podrán cubrir las resultas del juicio que se intentare.

⁴ Tatiana B. de Maekelt y colaboradores: *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, cuarta edición, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 376.

Es decir, tenga el demandante domicilio en el país o no lo tenga, resulta absolutamente irrelevante a los fines de la caución prevista en el artículo 36 del Código Civil, motivo por el cual la norma deja de cumplir el objetivo para el cual fue concebida. En forma aguda, Aníbal Dominici entendió el problema al referirse al Código Civil de 1896, y lo expresó con las siguientes palabras: "...si bastase la mera residencia, la disposición (equivalente al artículo 36 del Código Civil vigente) sería nugatoria, y quedaría despojado el demandante de la garantía sobredicha".⁵

7. DEROGATORIA DE LA CAUTIO IUDICATUM SOLVI EN EL DERECHO MERCANTIL Y EN EL DERECHO LABORAL

El legislador venezolano no parece preocuparse en todos los casos por la defensa de los intereses del demandado frente al demandante no domiciliado en el país y sin responsabilidad suficiente para cubrir las resultas del juicio. Desde hace ya muchos años el artículo 1.102 del Código de Comercio establece una excepción a la *cautio iudicatum solvi* en materia comercial: el demandante no está obligado en esta materia a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado. Los comentaristas patrios justifican esta excepción con la necesidad de favorecer al demandante extranjero, no domiciliado en Venezuela, que reclama en la República el cumplimiento de obligaciones contraídas por alguien que si está domiciliado en ella.⁶ Este argumento no parece suficiente o, por lo menos, circunscrito a ciertas situaciones del siglo XIX. Y, si en materia mercantil el legislador abolió la *cautio iudicatum solvi* para favorecer al comerciante extranjero, con más razón debería protegerse al demandante civil a quien se le impide el ejercicio de su legítimo derecho de demandar al deudor domiciliado en Venezuela y con bienes suficientes en el país.

Asimismo, en materia laboral la interpretación de los Tribunales del Trabajo, exige al trabajador de prestar caución o fianza suficiente para reclamar sus derechos aun cuando no esté domiciliado en el país, debido a que "...se ha considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y

⁵ Código Civil de Venezuela, *Op. cit.*, p. 483.

⁶ Arcaya, Mariano. Código de Comercio, Tomo III. Veneprint Editores, Caracas, 1964, pp. 547-549.

extranjera, que el trabajador se entiende domiciliado en el territorio donde tenga lugar la prestación de sus servicios".⁷

La decisión citada califica el domicilio de una manera distinta a la prevista en el artículo 27 del Código Civil a los fines de favorecer al trabajador demandante, excepcionándolo de la aplicación del artículo 36 del Código Civil.

8. EL DEBIDO PROCESO

Si bien es cierto que el objeto del artículo 36 del Código Civil es proteger los intereses del demandado, también es cierto que crea una desigualdad entre las partes, sobre todo en aquellos casos de un demandante no domiciliado en Venezuela, que no tiene recursos para prestar la *cautio iudicatum solvi* y los tribunales venezolanos son los únicos que tienen jurisdicción para conocer de la respectiva acción. En tales casos, indudablemente se crea no sólo una desigualdad procesal, sino se impide a este demandante el acceso a la justicia y, en general, al debido proceso.

Este concepto del debido proceso tiene una importancia especial para la legislación y jurisprudencia venezolanas, sobre todo a partir de la Constitución de 1999 que, en su artículo 49 encabezamiento y numeral 1, se refiere a este concepto. La sentencia del Tribunal Supremo, en su Sala Constitucional, de fecha 1º de febrero de 2001, aclara el alcance de tal concepto así: "...el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las de ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos..." (destacado nuestro).

Al exigirse una fianza cuyo monto podría ser considerable, y estar fuera del alcance económico del demandante, se le impide al mismo el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el acceso a la justicia, condenándosele de antemano y sin haberle permitido siquiera tratar de restablecer el equilibrio de una situación que afecta en forma directa sus intereses.

⁷ Sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal del 09-01-1953. Ver extracto en: Tatiana B. de Maekelt: *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, 3a. edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995, p. 468.

La sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, insiste en que la función última del debido proceso es "...garantizar el ejercicio de otros derechos materiales mediante la tutela judicial efectiva, por ello, su ejercicio implica la concesión para ambas partes en conflicto, de la misma oportunidad de formular pedimentos ante el órgano judicial. De manera que la violación del debido proceso podrá manifestarse: 1) cuando se prive o coarte alguna de las partes (sic) la facultad procesal para efectuar un acto de petición que a ella privativamente le corresponda por su posición en el proceso (destacado nuestro); 2) cuando esa facultad resulte afectada de forma tal que se vea reducida, teniendo por resultado la indebida restricción de las partes de participar efectivamente en plano de igualdad, en cualquier juicio en el que se ventilen cuestiones que les afecte..."

La sentencia hace referencia a que el derecho al debido proceso pudiere resultar afectado por un instrumento normativo (como lo es el Código Civil), con el cual se llegue a "...privar al ciudadano de la mínima posibilidad de invocar la protección judicial de sus derechos e intereses, mediante la instauración de un adecuado proceso, atentando así contra los principios fundamentales de libertad y justicia, que yacen en la base de todas las instituciones civiles y políticas del Estado de Derecho".

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el contenido del artículo 36 del Código Civil no se ha considerado de orden público, ya que, como se ha dicho anteriormente, el mismo tiene por objeto sólo proteger los intereses del demandado.⁸ Por tal motivo, corresponde al demandado el exigir o no la *cautio iudicatum solvi*, con lo cual se introduce un elemento aleatorio para el demandante, ya que el acceso a la justicia para él, en última instancia, dependerá de la voluntad del demandado.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que el requisito de *cautio iudicatum solvi* es violatorio del derecho fundamental del demandante al debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución y, en consecuencia, la decisión del Juez ante el cual se interponga tal caución, deberá estar enmarcada en lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que reza:

Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

⁸ Sentencia N° 355-1, de fecha 14-08-64 del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en JTR, Vol. XII, p. 94.

9. EQUILIBRIO DE LOS INTERESES DE LAS PARTES

Si aceptamos la tesis de que la exigencia del artículo 36 del Código Civil viola los derechos fundamentales del demandante, se presenta el problema de la situación del demandado frente a la posibilidad de que se burle el fallo legal por falta de fondos para cubrir lo juzgado y sentenciado. ¿Atenta esta situación contra la igualdad de las partes ante la justicia? No lo creemos así. Puestos en una balanza, la imposibilidad de acceder a la justicia pareciera causar un daño mayor que el que pudiera producirse por falta de la caución. En todo caso, corresponde al juez de la causa apreciar debidamente los elementos particulares de cada caso, a efectos de establecer el equilibrio entre los intereses de ambas partes. A estos fines, el demandante deberá aportar en su escrito todos los elementos de juicio, que permitan evidenciar la afectación a su derecho al debido proceso, en especial la concurrencia en el territorio venezolano de los criterios atributivos de jurisdicción, por ejemplo: la residencia habitual del demandado, la sede de sus negocios, la ubicación de los bienes en litigio, etc.

En el Derecho Internacional Privado actual el rol del juez es especialmente relevante para la búsqueda de las soluciones acordes a la justicia del caso concreto, sobre todo cuando la legislación aplicable no protege, en forma equitativa, los intereses de ambas partes.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Ley de Derecho Internacional Privado, por su carácter general, no deroga el artículo 36 del Código Civil.

SEGUNDA: Por cuanto el artículo 36 es una norma de Derecho Internacional Privado, el concepto del domicilio en ella contenido debe calificarse de acuerdo con la Ley de Derecho Internacional Privado, ya que la utilización de diferentes conceptos de domicilio en esta materia ocasionaría inseguridad jurídica y propiciaría el fraude.

TERCERA: La interpretación del concepto de domicilio al cual alude el artículo 36 del Código Civil como residencia habitual hace nugatoria esta disposición.

CUARTA: La *cautio iudicatum solvi* puede convertirse en un peligroso instrumento de violación del debido proceso, por la imposibilidad de acceso a la

justicia de una de las partes y la consiguiente desigualdad de las mismas para lograr la protección de sus intereses.

QUINTA: Al juez le corresponde, en todos los casos, encontrar la solución de equidad y equilibrio para las partes involucradas en la controversia, tomando en cuenta el contenido del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.