

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Ponencia del Magistrado FRANKLIN ARRIECHE G.

En el juicio por indemnización de daños y perjuicios, intentado por la empresa “**23-21 OFICINA TÉCNICA DE CONSTRUCCIONES C.A.**”, mediante sus apoderados Luis Enrique Ruiz Jiménez, Juan Carlos Gutiérrez y Gervis Alexis Torrealba, contra “**BANCO UNION S.A.C.A.**” y “**BANCO HIPOTECARIO UNIDO S.A.**”, representados por sus mandatarios Joaquín Díaz Cañabate B., Carlos Zurita de Rada, Joaquín Díaz Cañabate S., José María Díaz Cañabate, Rafael Díaz Cañabate S., María Pía Pesci Feltri, Mario Pesci Feltri Martínez y Betty Lugo de Fernández; el Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil Bancario con competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, constituido con asociados, conociendo en apelación, dictó sentencia definitiva con fecha 20 de julio de 1999, en la que revocó el fallo apelado dictado por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario de la misma Circunscripción Judicial, que declaró parcialmente con lugar la demanda propuesta.

Contra la anterior sentencia anunciaron recurso de casación los Bancos demandados, habiendo quedado comprendido en el citado anuncio los recursos contra sendas sentencias interlocutorias, de fecha 3 de julio de 1995 y de 18 de abril de 1996, la primera dictada por el Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil Bancario de esta Circunscripción Judicial y la segunda emitida por el mismo Tribunal recurrido. Admitido el recurso, el expediente fue enviado a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en donde se asignó la ponencia al magistrado que con tal

carácter suscribe el presente fallo. El recurso de casación fue formalizado por los bancos demandados, contestado, replicado y contrarreplicado.

Cumplida la tramitación correspondiente, la Sala procede a resolver el recurso de casación en la forma siguiente:

-

PUNTO PREVIO

-

El recurrente ha planteado como punto previo la no admisión del escrito de contestación, porque el abogado firmante GERVIS A TORREALBA no está habilitado ante la Sala para impugnar el Recurso de Casación. Practicada la averiguación correspondiente, informa la Secretaría que el citado abogado fue autorizado para actuar ante la Sala con fecha 30 de mayo de 1990 bajo la matrícula N° 3.589. En consecuencia, se dan por presentados sus escritos de contestación y de contrarréplica. Así se establece.

La Sala primeramente conocerá las denuncias por defecto de actividad contenidas en los escritos de formalización presentados por los apoderados judiciales de los demandados; en caso de no prosperar ninguna de ellas, procederá al análisis de las denuncias contenidas en el recurso por infracción de ley de cada uno de los escritos.

-

RECURSO DE CASACIÓN DEL BANCO UNIÓN
CONTRA LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA
DE FECHA 3 DE JULIO DE 1995

La citada sentencia interlocutoria resolvió una incidencia suscitada con ocasión de la oposición de la cuestión previa señalada por el ordinal 6° del artículo 346 del Código

de Procedimiento Civil, esto es, por haberse hecho la acumulación prohibida en el artículo 78. Ahora bien, según el artículo 357 ibidem, la decisión del juez sobre las defensas previas a que se refieren los ordinales 2º,3º,4º,5º,6º,7º y 8º del artículo 346, no tendrá apelación. Por tanto, siendo inapelable la sentencia interlocutoria de fecha 3 de julio de 1995, por mandato expreso de la ley, es igualmente irrecurrible en casación en virtud del carácter extraordinario de este recurso que obliga a agotar previamente el ejercicio de los recursos ordinarios. Así se establece.

RECURSO DE CASACIÓN
CONTRA LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA
DE FECHA 18 DE ABRIL DE 1996
VICIOS DE ACTIVIDAD
ÚNICO

Con base en lo establecido por el ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se alega la violación del ordinal 5º del artículo 243 ibidem, porque la recurrida incurrió en el vicio de incongruencia negativa al dejar de resolver planteamientos concretos expuestos en el escrito de oposición a la prueba de exhibición de documentos promovida por la actora.

Según el formalizante, en el escrito de oposición a dicha prueba de exhibición se expusieron los siguientes argumentos: que no se presentaron copias de los recaudos cuya exhibición se solicitaba; no se señaló al tribunal dato alguno acerca de los documentos cuya exhibición se solicitaba; que habiendo sido elaborados por la empresa demandante la casi totalidad de los documentos cuya exhibición se solicitaba, correspondía presentarlos a ella

y no intentar traerlos a juicio por la vía de la exhibición; que al negar los bancos demandados que ciertos pagos se hubieren efectuado, era imposible efectuar la exhibición de documentos respectivos. En criterio del recurrente, sobre estos distintos alegatos, no hay en la recurrida decisión expresa, positiva y precisa.

Para resolver, la Sala observa:

En primer lugar, el cumplimiento de los requisitos intrínsecos del fallo, se refiere a la sentencia definitiva que pone fin al proceso y a la sentencia interlocutoria, con fuerza de definitiva, porque también pone fin al proceso. La Sala, respecto de las otras interlocutorias, ha flexibilizado las exigencias legales en relación con el cumplimiento estricto de los requisitos intrínsecos, sobre todo, bajo la vigencia de la nueva Constitución que prohíbe sacrificar la justicia por la exigencia de formalidades no esenciales.

En segundo lugar, ya ha sido establecida la distinción entre el medio de exhibición de documentos contemplado en el nuevo código, y la acción ad exhibendum, y se ha estimado que la exhibición de documentos por no ser un medio sino un mecanismo probatorio tiene previsto un procedimiento breve y sencillo en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, el cual no constituye un juicio propiamente hablando, conforme al cual "...la parte que deba servirse de un documento que según su manifestación se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición en juicio" (SSC, de fecha en G.F. N° 139. 3° etapa. Vol. II, pp 896 y ss).

El fallo recurrido resuelve el alegato referido a que el actor debió indicar los hechos que pretende demostrar con la prueba de exhibición solicitada, y lo niega porque,

según el a-quo el legislador no exige expresamente el cumplimiento de este requisito. Igualmente, decide acerca del alegato sobre el cumplimiento de formas indispensables, previstas en el citado artículo 436, como requisito de admisibilidad de la prueba de exhibición, y reproduce a este respecto, en el fallo recurrido, la transcripción de documentos y datos que, a su vez, ya había verificado la parte actora, para concluir admitiendo la prueba de exhibición solicitada. A juicio de la Sala, la recurrida no incurrió en el vicio de incongruencia negativa, ya que le fue solicitada una prueba de exhibición, y sobre ella emitió un fallo expreso, positivo y preciso, independientemente de que fuese acertado o no. Así se resuelve.

RECURSO DE CASACIÓN CONTRA
LA SENTENCIA DEFINITIVA
DE FECHA 20 DE JULIO DE 1999

Antes de proceder a resolver las denuncias por vicios de actividad, la Sala, para una mejor comprensión de la forma como decidirá dichos cargos, analizará brevemente las distintas posiciones que un demandado puede adoptar frente a las pretensiones del actor en el acto de contestación de la demanda.

En efecto: Convenir absolutamente o allanarse a la demanda, en cuyo caso el actor queda exento de toda prueba.

Reconocer el hecho pero atribuyéndole distinto significado jurídico. Toca al juez aplicar el derecho.

Contradecir o desconocer los hechos y, por tanto, los derechos que de ellos derivan. El actor corre con toda la carga de la prueba y de lo que demuestre depende el alcance de sus pretensiones.

Reconocer el hecho con limitaciones porque opone al derecho una excepción fundada en un hecho extintivo, impeditivo o modificativo. Al demandado le corresponde probar los hechos extintos o las condiciones modificativas o impeditivas.

VICIOS DE ACTIVIDAD

I

Con base en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se alega la infracción del ordinal 5° del artículo 243 ibíd, ya que la recurrida incurre en el vicio de incongruencia cuando resuelve la forma como debían entregarse anticipos de dinero por la sumas de siete millones doscientos veintiún mil bolívares (Bs. 7.221.000,00) y diecinueve millones ochocientos setenta mil cuatrocientos bolívares (Bs. 19.870.400,00), respectivamente.

Según el recurrente, frente al hecho expuesto en el libelo de la demanda, relacionado con la entrega “chucuta” y “arbitraria” de las dos partidas de “anticipo” por los montos citados, surgió la defensa específica de que tales pagos se adelantarían una vez que, de conformidad con el documento de préstamo, se presentaran por parte de la empresa actora las fianzas requeridas. Según el formalizante, sobre este alegato y defensa específicamente hechos valer en el acto de contestación, absolutamente nada dice la sentencia impugnada, dando origen al cargo de incongruencia negativa.

Para resolver, la Sala observa:

Estudiadas brevemente las distintas posiciones que frente a las pretensiones del actor puede adoptar el demandado en el acto de contestación, procedamos a aplicarlas al caso de autos. Los demandados admiten, en su escrito de contestación, tal como lo expresa la motivación de esta denuncia, que hubo los anticipos a los cuales se refiere parte del libelo de la demanda, pero advierten –excepción– que tales anticipos serían pagados previa presentación por parte de la empresa demandante de las correspondientes fianzas de anticipos. En otros términos, queda fuera de toda controversia el hecho de los anticipos, porque la relación procesal se ha desplazado, en cuanto a la carga y riesgo de la prueba: correspondía a los bancos demandados probar las razones para enervar la pretensión de los anticipos por parte de la empresa actora.

Sin embargo, en relación con los denominados “anticipos,” la recurrida funda su decisión en razones diametralmente opuestas, tal como se comprueba de la siguiente transcripción:

“...De los documentos presentados por la parte demandada (Folios 221 al 223 y folios 238 al 243 del expediente) quedó demostrado que los demandados depositaron simultáneamente en la cuenta corriente N° 001-73629-9 a nombre de la actora, las sumas de dinero que por Bs. 7.221.000,00 y 19.870.400,00 que correspondían, respectivamente, a las partidas destinadas al inicio de la construcción de las obras de urbanismo y de las viviendas. También quedó evidenciado del estado de cuenta correspondiente al mes de marzo de 1992, demostrativo de los movimientos de la cuenta corriente antes identificada a nombre de la actora, que allí se reflejan dos notas de crédito por Bs. 7.221.000,00 y Bs. 19.870.400,00, respectivamente, acreditadas en cuenta en fecha 26-03-92. Ahora bien, el derecho de los demandados de entregar de manera controlada las partidas del crédito, no llegaba al extremo de entregarlas arbitrariamente cuando a bien quisieran, sino que debían ceñirse a lo que la diligencia de un buen padre de familia habría dictado en estos casos, es decir, seguir las

estipulaciones del cronograma de obra o flujo de caja, o en su defecto, la prudencia aconsejaba seguir los dictados de la lógica, en el sentido de que si la partida de Bs. 19.870.400,00 era para iniciar la construcción de las viviendas, dicha construcción no podría iniciarse sobre un terreno que no hubiera sido previamente acondicionado mediante las obras de urbanismo respectivas que lo hicieran apto para comenzar a edificar sobre él, acondicionamiento que ameritaba –lógicamente- de un plazo. Adelantar, por tanto, el mencionado anticipo del crédito a una oportunidad no prevista, y retener además las partidas de dinero por el costo de elaboración de los proyectos de urbanismo y viviendas, so pretexto de exigir documentos no ordenados recabar en la fiducia (sic), constituye mala administración de los fondos fideicometidos, y en consecuencia, actos intencionales con el fin de eludir las obligaciones resultantes del fideicomiso, y crear una situación de hecho distinta, capaz de causar agravios al beneficiario del crédito, pues el fiduciario debió observar fielmente las instrucciones que al respecto se le dieron en el fideicomiso sin traspasar las fronteras de sus funciones, como ilícitamente lo hicieron. Así se declara”. (Destacado de la Sala).

Dentro del marco de un recurso por vicios de actividad, no puede la Sala entrar a considerar la manera como resolvió la recurrida sobre los anticipos, uno de los hechos principales expuestos en la demanda como fundamento de la presente acción indemnizatoria, porque la recurrida decidió, en todo caso, sobre tales anticipos, y expresó que la exigencia de “...documentos no ordenados recabar “en la fiducia” constituía actos intencionales con el fin de eludir las obligaciones resultantes del fideicomiso...” (sic). Por consiguiente, no hubo el vicio de incongruencia negativa que alegan los bancos demandados.

Por las razones expuestas, la Sala desecha por improcedente la denuncia del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

II

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la violación del ordinal 5° del artículo 243 ibíd, porque la recurrida incurrió

en el vicio de incongruencia positiva, al extender su decisión mas allá de los límites del problema judicial planteado por las alegaciones de la empresa actora.

Según el impugnante, al aplicar la recurrida el contenido del artículo 15 de la Ley de Fideicomisos al caso concreto, extiende su decisión mas allá de los límites planteados por la empresa demandante en su demanda. En efecto, de acuerdo con el fallo recurrido, la labor de estudio y calificación de los proyectos; la de otorgamiento y liquidación de préstamos; la misión de vigilancia y control en la destinación de los fondos entregados, son todas funciones a cargo del fiduciario y, por ende, indelegables de acuerdo con el texto del artículo 15 de la Ley de Fideicomisos, por lo que habiéndolas delegado el Banco Unión en el Banco Hipotecario Unido ha de declararse que dicha delegación constituye violación del deber general de comportamiento en todo negocio fiduciario. Ahora bien, la recurrida califica tales hechos y comportamientos como ilícitos extra contractuales. De acuerdo con el criterio del formalizante, tales hechos no fueron alegados en ningún momento por la empresa actora, ni en el original libelo de la demanda, ni mucho menos en su escrito de 23 de noviembre de 1994, con el cual se pretendió subsanar los vicios señalados por los bancos demandados sobre acumulación indebida de acciones.

Para resolver, la Sala observa:

Según la recurrida, la cesión de la administración del fondo fideicometido, la cual consta en documento autenticado de fecha 1° de noviembre de 1991 ante la Notaria Quinta de Caracas (N° 49, Tomo 59 de los Libros de Autenticaciones), efectuada entre el Banco Unión y el Banco Hipotecario Unido, sin autorización de FONDUR, que abarcó la aprobación de los proyectos presentados por los promotores o beneficiarios del fideicomiso,

así como el otorgamiento y liquidación a éstos del crédito a corto plazo que había gestionado y obtenido de FONDUR, fue un hecho expresamente alegado por la empresa demandante en el libelo de demanda. Para una mejor comprensión del caso de autos, todo ello se relaciona con una transferencia del “FONDO NACIONAL DE DESARROLLO URBANO (FONDUR)” al “BANCO UNION”, en calidad de fideicomiso, de la cantidad de ciento setenta y cinco millones de bolívares (Bs. 175.000.000,00), para que lo destinara a otorgar a la empresa mercantil actora un préstamo por ciento cincuenta y cinco millones ciento veintiocho mil quinientos bolívares (Bs. 155.128.500,00). El préstamo era a corto plazo, con garantía hipotecaria y, además, estaba destinado a proyectar y construir por la actora las obras de urbanismos y viviendas identificadas en el documento autenticado de fecha 22 de noviembre de 1991, ante la Notaria Pública de Porlamar, Estado Nueva Esparta (N° 36, Tomo 102 de los Libros de Autenticaciones).

Según la recurrida, al hecho de la cesión de la administración del fondo fideicometido también se refieren los bancos demandados en su contestación, para negar que en el contrato de fideicomiso se hubiera prohibido que el Banco Unión delegara lo concerniente al otorgamiento del préstamo a corto plazo, alegando, incluso que cualquiera fuera la interpretación, el presunto incumplimiento de obligaciones por parte del Banco Unión sólo podría ser reclamado por FONDUR, ni mucho menos tales incumplimientos podrían generar hechos ilícitos en la forma como lo reclama la empresa mercantil actora. Niegan expresamente los bancos demandados que el fondo fideicometido se cediera y explican por qué; y aun en el caso de que pudiera existir tal cesión, alegan que cualquier reclamación sólo podría ser formulada por FONDUR. Por consiguiente, el hecho de la

cesión del fondo fideicometido fue expresamente planteado, tanto por el actor en la demanda, como contradicho por los bancos demandados en la contestación.

Nada más lógico entonces que el juzgador debía referirse en su fallo, no sólo a la presunta cesión del fondo fideicometido sino también a sus consecuencias, lo cual efectuó según la siguiente transcripción:

“...Esos hechos, para el caso aquí analizado, tuvieron su génesis en el documento suscrito entre los co-demandados, ante la Notaría Quinta de Caracas, en fecha 01 de noviembre de 1991, anotado bajo el No. 49, tomo 59 de los Libros de Autenticaciones. En dicho instrumento, que ellos denominaron contrato de servicios, se especifican las gestiones de administración que el Banco Hipotecario Unido realizaría a nombre del Banco Unión con motivo de las relaciones fiduciarias que contraería este último con el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR).

Es allí donde, referente a las obligaciones de prohibición de cesión del fondo fideicometido y delegación de las funciones de fiduciario, este Tribunal encuentra que, en verdad, esa convención no contiene un acto de cesión del fondo fiduciario, como señala la demandante, ya que se evidencia de la cláusula quinta del mencionado contrato de servicios que “EL CONTRATANTE (Banco Unión) proveerá de la oportuna provisión de fondos, en las cuentas designadas por EL CONTRATADO (Banco Hipotecario Unido) a estos efectos”, lo cual significa que el co-demandado Banco Unión se reservó mantener en su poder el fondo fideicometido. No se cedió por tanto dicho fondo. En lo tocante a la prohibición de delegar las funciones de fiduciario, este Tribunal observa que, dichas funciones, de acuerdo a lo reglado en el artículo 15 de la Ley de Fideicomisos, no pueden delegarse en ningún caso. Dicho precepto, de manera imperativa dice. “...En ningún caso podrá delegar sus funciones”, lo cual significa que la prohibición dirigida al fiduciario de delegar sus funciones no admite excepciones. No obstante ello, se observa que la preindicada norma consagra la posibilidad de que el fiduciario, bajo su responsabilidad, contrate auxiliares y apoderados que la ejecución del fideicomiso requiere. Empero, examinado detenidamente el contrato de servicios que los demandados suscribieron entre sí, el Tribunal encuentra que en las cláusulas cuarta y quinta de dicho contrato, se estipuló lo siguiente: “CUARTA: EL CONTRATADO (Banco Hipotecario Unido) efectuará con recursos y personal propios el servicio de estudio y calificación de LOS PROYECTOS, presentados por LOS PROMOTORES, así como la concesión, otorgamiento y liquidación de los créditos a corto y largo plazo previstos en el contrato de fideicomiso. QUINTA: Las funciones que ejercerá el CONTRATADO a que se refiere la cláusula

anterior, comprenderá las siguientes áreas: a) Aprobación y calificación de LOS PROYECTOS, presentados por LOS PROMOTORES; b) Otorgamiento y liquidación a LOS PROMOTORES de un crédito a corto plazo, previo estudio y calificación de LOS PROYECTOS, así como el otorgamiento y liquidación de los préstamos a largo plazo a los futuros ADQUIRENTES...; e) A los fines de comprobar y constatar la correcta aplicación de los fondos entregados, EL CONTRATADO podrá contratar los servicios...”.

Se advierte que la labor de estudio y calificación de los proyectos, la del otorgamiento y liquidación de los préstamos y de la misma manera la misión de vigilancia y control en la destinación de los fondos entregados, son funciones inherentes al cargo de fiduciario y, por ende, indelegables de acuerdo al texto legal citado, por lo que habiéndoles delegado el Banco Unión en el Banco Hipotecario Unido, forzosamente ha de declararse que dicha delegación constituye una violación al deber general de comportamiento en todo negocio fiduciario, aun cuando, no obstante ello, medie una relación contractual. Son obligaciones que resultan ex lege y por lo tanto de obligatorio respeto...”.

En cuanto al fondo de la controversia, el fallo recurrido debe recaer sólo sobre aquellas cuestiones de hecho planteadas por el actor en la demanda y por el demandado en la contestación, porque luego de estas actuaciones, precluye la oportunidad para alegar las partes nuevos hechos por mandato del artículo 364 del Código de Procedimiento Civil. El juzgador debe limitar su decisión a sólo lo alegado, para acatar el principio dispositivo que domina la estructura de nuestro proceso civil y, al propio tiempo, está obligado a fallar sobre todo lo alegado, para dar cumplimiento al principio que la moderna teoría procesal ha denominado exhaustividad. Por tanto, un caso de incongruencia positiva, como se alega en esta denuncia, consistiría en examinar de oficio alegatos y argumentos de hechos no alegados por las partes en el libelo y en la contestación. En el caso de autos, la recurrida afirma categóricamente que el Banco Unión se reservó mantener en su poder el fondo fideicometido; no cedió por tanto dicho fondo; sin embargo, en lo relacionado con la prohibición de delegar las funciones de fiduciario, procede a examinar las cláusulas cuarta (4°) y quinta (5°) del contrato suscrito entre los bancos, para inferir que la delegación

efectuadas de determinadas actividades forman parte de las “funciones inherentes al cargo de fiduciario”, las cuales son indelegables, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Fideicomisos. Si bien la recurrida está atada a los hechos alegados por las partes (hubo o no cesión del fondo fideicometido); no acontece así cuando aplica a esos hechos el derecho -iura novit curia- (contenido del significado y alcance del artículo 15 de la Ley de Fideicomisos), porque el juez nunca estará limitado en esta área a las calificaciones jurídicas que las partes efectúen sobre los hechos alegados respectivamente.

Por las razones precedentes, se desecha por improcedente la denuncia del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil contenida en este capítulo.

III

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se alega nuevamente la violación del ordinal 5° del artículo 243 *ibid*, porque la recurrida incurrió en el vicio de incongruencia negativa al dejar de resolver una defensa propuesta con base en el artículo 1.167 del Código Civil, según la siguiente motivación.

En la demanda se aduce que no se cancelaron oportunamente las siguientes cantidades: cuatrocientos treinta y cinco mil bolívares (Bs. 435.000,00), doscientos mil bolívares (Bs. 200.000,00), dos millones ochocientos veinte mil bolívares (Bs. 2.820.000,00) y ciento ochenta mil bolívares (Bs. 180.000,00). En la contestación, a su vez, se expuso como defensa lo siguiente: los pagos reclamados dependían del cumplimiento de obligaciones específicas que la empresa mercantil actora incumplió. Sobre esta defensa guardó silencio la recurrida.

Para resolver, la Sala observa:

La Sala va a transcribir la motivación de esta denuncia para demostrar la falta de claridad y precisión en relación con el necesario requisito de la formalización sobre cuándo, en qué forma y de qué manera aconteció la infracción:

“...En relación a estos pagos, los alegatos por parte de nuestra representada aparecen desplegados a lo largo de la página 18, 19 y 20 de su escrito de contestación. Estos alegatos nuestros son examinados someramente por el Tribunal sentenciador, pero lo que es de señalar en la presente denuncia es que en la página 20 del escrito de contestación se alegó en relación a los pagos en referencia, que la demandante señaló “que los conceptos para los cuales estaban destinados los mencionados pagos, eran presupuestos necesarios para la ejecución de las obras, luego, siendo esto así, nuestra representada podría haberse negado a pagar cualquiera de esos conceptos específicos que hubieran podido pasar a ser exigido por haberse cumplido las condiciones (lo que no es el caso) con base a que no se había dado cumplimiento a las otras obligaciones que implicarían los otros pagos”. Se trata, por consiguiente, de una defensa alegada de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.167 del Código Civil; sin embargo, el Tribunal ignora esa defensa y ni siquiera la recoge, lo cual implica la procedencia de la denuncia invocada, y pedimos así sea acogido...”.

No puede la Sala completar o interpretar las distintas defensas expuestas por los bancos denunciados dentro de los límites de un recurso de casación por defecto de actividad desde luego que ello equivaldría a suplantar al recurrente en la carga procesal de redactar claramente el escrito de formalización pero, en todo caso, el fallo recurrido hace referencia precisa a las entregas de doscientos mil bolívares (Bs. 200.000,00) y cuatrocientos treinta y cinco mil bolívares (Bs. 435.000,00), respectivamente, y en forma indirecta, a las restantes partidas, al analizar el comportamiento de los bancos demandados en relación con las exigencias previas para cancelar genéricamente la entrega de cantidades de dinero.

Por las razones expuestas, se desecha por improcedente la denuncia del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

IV

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la infracción nuevamente del ordinal 5° del artículo 243 *ibid*, ya que la recurrida no contiene decisión precisa sobre el punto de costas, dando origen a dudas e incertidumbre a este respecto.

Para resolver, la Sala observa:

La recurrida resolvió el punto sobre las costas de la manera siguiente: “...Cuarto: como hubo vencimiento recíproco, se condena a cada parte al pago de las costas de la contraria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código de Procedimiento Civil...”. Esta decisión, a juicio de la Sala, es clara y precisa: cada parte está condenada al pago de las costas de la contraria. Por lo demás, ya la Sala ha expresado que el punto relativo a las costas procesales no integra el tema debatido entre las partes, sino una consecuencia del debido pronunciamiento; su imposición o silencio indebido no constituye el vicio de incongruencia positiva o negativa, sino más bien una violación del artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, según el caso, violación esta cuyo examen, como es notorio, no lo puede realizar la Sala de Casación Civil dentro del ámbito de un recurso de forma (SSC, de fecha 8 de junio del 2000). En el caso de autos, la infracción sería del artículo 275 *ibid*, por falsa aplicación o error de interpretación acerca de su alcance y contenido, según el caso.

Por tal motivo, la Sala desecha por improcedente la denuncia del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

RECURSO DE CASACIÓN DEL

BANCO HIPOTECARIO UNIDO S.A.

La formalización es muy similar a la presentada por el Banco Unión; sólo formula a la sentencia definitiva de fecha 20 de julio de 1999 dos cargos distintos, uno por vicio de actividad; y el otro, referido a la casación sobre los hechos.

DEFECTO DE ACTIVIDAD

ÚNICA

Con fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la infracción del ordinal 5° del artículo 243 *ibid*, porque la recurrida incurrió en el vicio de incongruencia negativa.

En sustento de la pretendida infracción, el formalizante sostiene que en el libelo fue alegado que las partidas por siete millones doscientos veintiún mil bolívares (Bs. 7.221.000,00), y diecinueve millones ochocientos setenta mil cuatrocientos bolívares (Bs. 19.470.400,00), fueron entregadas previa una deducción de un monto aproximado de ocho millones de bolívares (Bs. 8.000.000,00), por lo que en criterio del actor “...*los bancos demandados entregaron de manera incompleta las partidas mencionadas*”, lo que fue contradicho por la hoy recurrente en la contestación, con base en que no hubo deducción

alguna y que dichas cantidades fueron entregadas íntegramente. Luego de hacer esta referencia, el formalizante denuncia que el juez de alzada no se pronunció sobre el alegato referido a la deducción y la entrega incompleta de las mencionadas partidas.

La Sala para decidir observa:

El recurrente fundamenta la denuncia de incongruencia negativa en la omisión de pronunciamiento respecto de alegatos formulados en el libelo por su contraparte, los cuales contradijo en la contestación.

Al respecto, la Sala considera que el formalizante carece de interés procesal en efectuar tal planteamiento, pues de ser cierto lo aseverado por el formalizante, la única agraviada sería la demandante y sólo ella tendría interés procesal en denunciarlo ante la Sala.

Por lo demás, la Sala observa que en relación con el pago de las referidas partidas, el juez de alzada dejó sentado:

“...De los documentos presentados por la parte demandada (Folios 221 al 223 y folios 238 al 243 del expediente) quedó demostrado que los demandados depositaron simultáneamente en la cuenta corriente N° 001-73629-9 a nombre de la actora, las sumas de dinero que por Bs. 7.221.000,00 y 19.870.400,00 que correspondían, respectivamente, a las partidas destinadas al inicio de la construcción de las obras de urbanismo y de las viviendas. También quedó evidenciado del estado de cuenta correspondiente al mes de marzo de 1992, demostrativo de los movimientos de la cuenta corriente antes identificada a nombre de la actora, que allí se reflejan dos notas de crédito por Bs. 7.221.000,00 y Bs. 19.870.400,00 respectivamente, acreditadas en cuenta en fecha 26-03-92. Ahora bien, el derecho de los demandados de entregar de

manera controlada las partidas del crédito, no llegaba al extremo de entregarlas arbitrariamente cuando a bien quisieran, sino que debían ceñirse a lo que la diligencia de un buen padre de familia habría dictado en estos casos, es decir, seguir las estipulaciones del cronograma de obra o flujo de caja, o en su defecto, la prudencia aconsejaba seguir los dictados de la lógica, en el sentido de que si la partida de Bs. 19.870.400,00 era para iniciar la construcción de las viviendas, dicha construcción no podría iniciarse sobre un terreno que no hubiera sido previamente acondicionado mediante las obras de urbanismo respectivas que lo hicieran apto para comenzar a edificar sobre él, acondicionamiento que ameritaba –lógicamente- de un plazo.

Adelantar, por tanto, el mencionado anticipo del crédito a una oportunidad no prevista, y retener además las partidas de dinero por el costo de elaboración de los proyectos de urbanismo y viviendas, so pretexto de exigir documentos no ordenados recabar en la fiducia, constituye mala administración de los fondos fideicometidos, y en consecuencia, actos intencionales con el fin de eludir las obligaciones resultantes del fideicomiso, y crear una situación de hecho distinta, capaz de causar agravios al beneficiario del crédito, pues el fiduciario debió observar fielmente las instrucciones que al respecto se le dieron en el fideicomiso sin traspasar las fronteras de sus funciones, como ilícitamente lo hicieron. Así se declara”.

De la precedente transcripción se evidencia que en criterio del juez de alzada, la demanda demostró el pago de las sumas de dinero por Bs. 7.221.000,00 y 19.870.400,00 que “...correspondían, respectivamente, a las partidas destinadas al inicio de la construcción de las obras de urbanismo y de las viviendas...”.

Por consiguiente, en la sentencia recurrida sí consta el pronunciamiento del juez respecto de que las cantidades entregadas por los demandados se corresponde con las partidas acordadas, como fue alegado por el hoy recurrente, pronunciamiento este que en todo caso sólo desfavorece a la parte actora, que no recurrió en casación.

Por las razones expresadas, la Sala desestima la denuncia de infracción del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY
DEL BANCO UNION CONTRA LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE FECHA
18 DE ABRIL DE 1996

I

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la infracción del artículo 398 ibidem, “...al negarle la recurrida aplicación y vigencia...”, porque al admitir la prueba de exhibición no se basó la alzada en norma expresa alguna que así lo ordenara, sino que aplicó la fórmula usual, sugerida por Borjas, de que el Juez debe admitir todas las pruebas promovidas, con lo cual infringe el artículo citado, que ordena admitir solamente las pruebas que el juez considere legales y pertinentes y desechar las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Para resolver, la Sala observa:

Negar aplicación y vigencia a una norma jurídica es la “negación directa del precepto legislativo” o el “desconocimiento de la voluntad abstracta de la Ley”, según lo expresa Calamandrei, y corresponde, en los motivos de casación señalados por el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, “cuando se aplique una norma que no está vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté”. Ocurre, según la doctrina, en todos los casos en que el juez ignora la existencia o se niega a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o considera como norma jurídica una norma que no esté ya o que no haya estado nunca en vigor.

Como bien lo sostiene la impugnación, en el caso concreto de la denuncia, la recurrida no aplicó ninguna norma jurídica que no estuviera vigente o le negó aplicación a

una que lo esté. Por lo demás, en la motivación de la denuncia, el recurrente incurre en un error de cita sobre la naturaleza jurídica del contenido del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, que no es una norma de valoración de prueba, como equivocadamente lo señala, sino una norma de “establecimiento de prueba”, tal como lo sostiene Márquez Añez en el texto que cita el formalizante, porque el concepto de establecimiento de las pruebas alude a un “conjunto de normas jurídicas destinadas a la consagración de los medios de pruebas admisibles según las leyes sustantivas y procesales y a los medios procedimentales de su promoción, admisión y evacuación”. (Márquez Añez. El Recurso de Casación, la Cuestión de Hecho y el Artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. UCAB. Caracas 1998. 2º edición. pp 113).

En criterio de la Sala, el impugnante debió alegar, o la interpretación errónea de la norma jurídica citada, que ocurre cuando se desnaturaliza su sentido y se desconoce su significado; o la falsa aplicación de la misma, cuando hay una errónea relación entre la ley y el hecho. Por consiguiente, negar aplicación y vigencia a una norma jurídica, tal como lo expresa el impugnante, es un caso de muy rara ocurrencia en la práctica, porque sería incurrir el juez en violación de la ley en sentido estricto, o como se expresó, “negación directa del precepto legislativo” o “desconocimiento de la voluntad abstracta de la ley” y nada de esto ocurrió en el fallo recurrido.

Por las razones expuestas, se desecha la denuncia de infracción del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil.

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se arguye la infracción del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, también en relación con el artículo 397 ibíd, al negar la recurrida a aquél “aplicación y vigencia”, ya que el juez de alzada, al admitir la prueba de exhibición, no tomó en consideración la omisión de los hechos que pretendía demostrar la parte actora con la citada prueba, tal como lo expresa de manera categórica el artículo 397 citado.

Para resolver, la Sala observa:

Nuevamente incurre el formalizante en el error de motivar la infracción del artículo 396, porque la recurrida le negó aplicación y vigencia a dicha norma. La Sala reproduce aquí las mismas razones expuestas en el Capítulo precedente para desechar la correspondiente denuncia. Sin embargo, agrega estas razones: la Sala, según reiterada jurisprudencia, no puede suplir de oficio las fallas observadas en el escrito de formalización, porque siempre será carga procesal del recurrente cumplir con ciertos requisitos mínimos, entre los cuales figura, sin lugar a dudas, saber identificar con propiedad y claridad el motivo por el cual procede el recurso de casación correspondiente.

Por lo expuesto, se desecha la denuncia de infracción de los artículos 396 y 397 del Código de Procedimiento Civil.

-

CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS

ÚNICO

Con base en el encabezamiento del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, se alega la comisión del primer caso de suposición falsa, porque la recurrida

“atribuyó a instrumentos del expediente menciones que no contiene” y, en consecuencia, infringió, por falta de aplicación, los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, que son los que establecen el valor de los documentos públicos.

Según el recurrente, cuando decide la recurrida que ha quedado demostrado con documentos públicos que los bancos demandados estaban en posesión de los instrumentos que se señalan en la prueba de exhibición, pero sin identificar cuáles son esos documentos públicos y cuáles es su contenido, obliga al intérprete a identificar cuáles documentos tienen aquel carácter y dónde consta el hecho que tales documentos demuestran la posesión de los instrumentos de la exhibición de los bancos demandados. A renglón seguido, identifica los documentos públicos acompañados al libelo de la demanda, para inferir que de la cláusula 36 del contrato de fideicomiso suscrito entre el “Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR)” y el “Banco Unión C.A.”, se enumeran una serie de recaudos que son los que solicita la empresa actora que exhiban los bancos demandados, pero que de una simple lectura de los mismos se observa que lo que se asume en dicha cláusula es una obligación que deberá cumplirse en el futuro, ya que textualmente se expresa que “...el fiduciario se obliga a anexar al documento de préstamo que suscribirá con el promotor...”, de donde se deduce que cuando se firmó el acuerdo entre FONDUR y el BANCO UNION tales documentos no fueron puestos en posesión de este último, ni de ellos se desprende que tales documentos se encuentren en poder de la parte demandada.

Para resolver, la Sala observa:

Si como afirma el formalizante, la recurrida no identificó los documentos públicos que probaran la posesión por parte de los bancos demandados de los instrumentos

sobre los cuales versaba la prueba de exhibición, la infracción, para el caso de que existiera, sería de otra índole y características, pero nunca configuraría el primer caso de suposición falsa, porque el mismo procede “...cuando el juez afirma falsamente, por error de percepción o por olvido de que la verdad es la meta del proceso, que un documento o acta del expediente contiene determinadas menciones que le sirven para establecer un hecho cuando lo cierto es que esas menciones no existen realmente y han sido creadas por la imaginación o por la mala fe del juzgador”. (SSC, de fecha 15 de octubre de 1975, en Gaceta Forense N° 90, 2° etapa. Pág. 370).

La omisión de la recurrida -en palabras del propio recurrente-, de la identificación de tales documentos públicos imposibilita, desde el punto de vista técnico, la constatación efectiva de esta hipótesis de suposición falsa, que como lo sugiere el fallo de la Sala antes citado, involucra una conducta inexcusable o sospechosa en la actitud del sentenciador, ya que en el campo de la función decisoria no es admisible el error por acción del juzgador en el establecimiento de los hechos. Tampoco permite identificar la causal de suposición falsa llamada de “desviación ideológica” o de “desnaturalización”, que equivale a “...atribuir la existencia en un instrumento o acta del expediente menciones que no contiene, el hecho de desnaturalizar la mención que si contenga, al punto de hacerle producir efectos distintos de los en ella previstos, o al punto de que produzca los efectos que hubiera producido otra mención que el instrumento no contiene”. (Memoria de la Corte Federal y de Casación. Año de 1940, Pág. 400, citado por Duque Sánchez).

Por las razones expuestas, se desecha por improcedente la denuncia de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil. contenida en este Capítulo.

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY
CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DE FECHA 20 DE JULIO DE 1999

I

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la violación del artículo 1.317 del Código Civil, por haber incurrido la recurrida en error de interpretación acerca de su alcance y contenido, según la siguiente motivación.

Al producirse la contestación de la demanda, el Banco Unión opuso la falta de cualidad pasiva para sostener la demanda, fundándola en el hecho de que las obligaciones adquiridas por él con el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano, derivadas del contrato de fideicomiso celebrado con fecha 22 de noviembre de 1991, habían sido cedidas al Banco Hipotecario Unido S.A. mediante documento suscrito entre ambos demandados con fecha 1º de noviembre de 1991. La delegación en cuestión fue un hecho conocido por la empresa demandante, y ella declaró liberar al deudor, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil, ya que la “aceptación expresa de la delegación”, a que se refiere parte del citado artículo, no debe entenderse como una manifestación concebida en una fórmula sacramental que exprese literalmente su aceptación del nuevo deudor.

Sin embargo, para la recurrida no hubo novación, porque no consta que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación, tal como lo señala el artículo 1.317 del Código Civil. En todo caso, la recurrida despachó el asunto de la siguiente manera:

“...El artículo 1.317 del Código Civil señala que “la delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación”.

De esta norma es claro que la voluntad del acreedor debe ser manifiesta. No se admiten, por la rigurosidad del texto, aceptaciones tácitas o sobreentendidas.

En este sentido, tenemos que el BANCO UNION se presenta, a los fines de esta defensa, como deudor de las obligaciones surgidas a raíz de la relación fiduciaria, siendo la actora el acreedor. Siguiendo esta corriente de pensamiento, considera este Tribunal Superior que en ninguno de los documentos citados en la defensa aparece semejante manifestación de voluntad que implique –expresamente- liberación de las obligaciones del BANCO UNION.

Por el contrario, el documento marcado “D” (folios 26 al 40 del expediente), antes que conceder dispensa al BANCO UNON lo mantiene en una posición privilegiada.

Dicen algunos párrafos del mismo:

...Estos fondos son provenientes de recursos fiduciario constituido entre el BANCO UNION S.A.C.A. y el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO URBANO (FONDUR) (folio 26 del expediente)...

...y de conformidad con el contrato de servicio suscrito entre el BANCO HIPOTECARIO UNIDO S.A. y BANCO UNION S.A.C.A. (folio 26 del expediente).

...el BANCO UNION S.A.C.A. verificará el proyecto presentado por mi representada, sus cálculos y cómputos antes de realizar el pago por este concepto... (folios 26 in fine y 27 del expediente).

EL BANCO UNION S.A.C.A verificará que mi representada sólo reciban (sic) financiamiento para el pago de los derechos de las áreas referidas y no admitirá en el cálculo del mismo cualquier otra etapa futura de viviendas o dotación de agua para locales comerciales...(folio 27 del expediente).

...previa la presentación de una fianza de anticipo hasta por la cantidad mencionada, emitida por una Institución Bancaria o Compañía de Seguros a satisfacción de el BANCO UNION S.A.C.A....(folio 27 del expediente).

La referida cantidad le será reintegrada a mi representada a los noventa (90) días naturales y consecutivos siguientes de haber realizado el cien por ciento (100%) de las obras de urbanismo, siempre que el BANCO UNION S.A.C.A. o el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO URBANO, no presenten a mi

representada reclamos sobre la calidad de la obra ejecutada...(folio 28 del expediente).

...fianza de anticipo hasta por la cantidad mencionada emitida por una institución bancaria o Compañía de Seguro a satisfacción de el BANCO UNION S.A.C.A. (folio 28 del expediente).

...sin perjuicio de que el BANCO UNION S.A.C.A. pueda considerar la acreencia de plazo vencido si mi representada incurre en atrasos en la ejecución oportuna del cronograma de construcción de obras que impliquen la necesidad de utilizar un tiempo de ejecución mayor al plazo establecido...(Folio 29 del expediente).

...mi representada habrá de cancelar a el BANCO UNION S.A.C.A. por concepto de daños y perjuicios contractualmente establecidos y derivados del incumplimiento de sus obligaciones las cantidades de dinero que se señalan en la siguiente tabla:...(folio 31 del expediente).

...constituyo en su nombre a favor del BANCO UNION S.A.C.A. anticresis e hipoteca de primer grado hasta por la cantidad de ... (folio 34 del expediente).

Por lo tanto, antes que liberar expresamente al BANCO UNION de sus obligaciones contractuales, la parte actora manifestó clara e indubitablemente que esta institución conservaría una serie de prerrogativas en la negociación. Luego, mal puede decir la defensa que hubo exclusión por novación, acorde con el artículo 1.317 del Código Civil.

Es más, observa esta Superioridad que, a los folios 68 al 78, aparece en copias certificadas un libelo de demanda, mediante el cual el BANCO UNION y el BANCO HIPOTECARIO UNIDO solicitan la ejecución de la hipoteca constituida en el antes mencionado documento marcado "D", arrogándose la cualidad de acreedores hipotecarios en virtud del mencionado contrato de préstamo, con lo que obraba conjuntamente contra la actora 23-21 OFICINA TÉCNICA DE CONSTRUCCIONES, C.A.

Entonces, ¿cómo puede decir ahora la representación del BANCO UNION que no tiene cualidad pasiva en este juicio, habiéndosela atribuido en el otro para accionar en contra de la parte actora por hechos provenientes del mismo negocio que origina esta causa?. Si tenía, según su dicho, legitimidad para ejecutar la hipoteca, pues también la tiene para ser demandada en este juicio, todo lo cual deriva del mismo asunto.

Por último, se observa de la cláusula 21 del documento de fideicomiso, marcado "C" (folios 7 al 22 del expediente) que la delegación de los préstamos y la estructura de cobranza correspondiente a los mismos, no significaba delegar la responsabilidad que el BANCO UNION asumía frente a FONDUR.

En consecuencia, si la delegación no podía liberar al BANCO UNION de sus obligaciones frente a FONDUR, mucho menos lo podía hacer la parte actora, ya que eso era de expresa reserva de FONDUR...”

Para resolver, la Sala observa:

Tiene razón la recurrida. La delegación, en el sentido señalado por el denunciado artículo 1.317 del Código Civil, esto es, en el riguroso y estrechísimo de adjudicación novativa, no es otra cosa que un encargo hecho por el deudor a un tercero de cumplir con obligaciones en su lugar al acreedor; encargo al que se sigue la liberación del deudor frente al acreedor. La delegación no puede obtenerse más que reuniendo el consentimiento del delegante, del delegado y del delegatario, hecho este último admitido por las partes en el presente proceso. Reuniendo estos tres consentimientos, la delegación es perfecta, sin que sea necesario al efecto la manifestación contemporánea de las tres voluntades. En el caso de autos, es un hecho admitido por las partes la delegación efectuada por el Banco Unión al Banco Hipotecario Unido. Por lo demás, la delegación consta en documento autenticado en la Notaria Quinta de Caracas, de fecha 1° de noviembre de 1991, inserto bajo el N° 49, Tomo 59 del libro de autenticaciones, documento éste al cual se han referido ambas partes en los escritos de formalización y de contestación.

En donde las partes no muestran acuerdo, es en relación con la forma como debe declarar expresamente el acreedor su “voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación”, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil. Para el Banco demandado, tal voluntad debe deducirse de la conducta seguida por el Banco Hipotecario Unido; pero para la recurrida, al interpretar rigurosamente el artículo 1.317 del Código

Civil, esta norma es clara en el sentido de que la voluntad del acreedor debe ser manifiesta; y que no se admite, por la rigurosidad del texto, aceptaciones tácitas o sobreentendidas. Por otra parte, según la recurrida, en ninguno de los documentos citados por la defensa aparece la manifestación de voluntad destinada a liberar expresamente al Banco Unión de las obligaciones asumidas. A juicio de la Sala, es correcta la posición asumida por la recurrida al resolver este asunto, ya que ella sigue en el punto lo que al respecto establece la doctrina.

En efecto, según Georgi (Tratado de las Obligaciones. Ed. Reus S.A. Madrid. Tomo VII. Pág. 466) aquí se trata de un típico caso de delegación imperfecta o adjudicación simple, de la cual, si bien no se puede hablar sin destruir todo el título de la novación y su lógica esencia; sin embargo, hay necesidad de comprenderla en el tratado sobre la novación. Así lo exige la doctrina, porque los signos característicos de la delegación imperfecta sirven para circunscribir el límite de la delegación perfecta y para completar su noción. Uno de los artículos que caracteriza la delegación imperfecta, es precisamente el denunciado 1.317 del Código Civil, según el cual, la delegación no produce novación, si el acreedor delegatario no declara expresamente que libera al delegante, de donde la simple indicación, hecha por el deudor, de una persona que debe cumplir las obligaciones en su lugar, no basta legalmente para producir la novación, esto es, así como la *cessio pro soluto* corresponde a la delegación perfecta, *la cessio pro solvendo* responde a la delegación imperfecta, llamada comúnmente adjudicación simple. Por tanto, -en criterio de la recurrida,- de ninguno de los documentos citados por la defensa aparece manifestación de voluntad que implique expresamente liberación de las obligaciones asumidas por el Banco Unión.

Por las razones precedentes, se desecha por improcedente la denuncia del artículos 1.317 del Código Civil, analizada en este Capítulo.

II

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la infracción en la recurrida del artículo 15 de la Ley de Fideicomiso, por error de interpretación acerca de su contenido, en concordancia con la de los artículos 1.133 y 1.159 del Código Civil, por falta de aplicación, según la siguiente motivación.

En el fallo recurrido se asienta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley de Fideicomiso, no puede delegarse en ningún caso las funciones del fiduciario, lo que significa que la prohibición dirigida al fiduciario no admite excepciones. No obstante ello, la expresada norma consagra la posibilidad de que el fiduciario, bajo su responsabilidad, contrate auxiliares y apoderados para la ejecución plena del fideicomiso. La recurrida, sin embargo, una vez que analizó las cláusulas cuarta (4°) y quinta (5°) del contrato celebrado entre el Banco Unión y el Banco Hipotecario Unido, infiere que la labor de estudio y calificación de los proyectos; la del otorgamiento y liquidación de los préstamos y de la misma manera la misión de vigilancia y control en la destinación de los fondos entregados, son funciones inherentes al cargo de fiduciario y, por ende, indelegables de acuerdo con el texto legal citado, por lo que habiéndolas delegado el Banco Unión en el Banco Hipotecario Unido, forzosamente ha de declararse que dicha delegación constituye una violación al deber general de comportamiento en todo negocio fiduciario, aun cuando, no obstante ello, medie una relación contractual. Son obligaciones que resultan *ex lege* y por lo tanto de obligatorio respeto.

Según el recurrente, al atribuir la alzada al artículo 15 de la Ley de Fideicomiso carácter de norma de orden público y considerar la obligación delegada por el Banco Unión en el Banco Hipotecario Unido como una violación de dicho precepto, atribuyendo a la realización de dicha conducta el carácter de hecho ilícito, infringió en el caso concreto dicha norma al atribuirle una interpretación errada, infringiendo de la misma manera el artículo 1.133 del Código Civil, por falta de aplicación, al impedir que dos o más personas constituyan entre ellas vínculo jurídico, que fue lo que hicieron legal y lícitamente el Banco Unión y el Banco Hipotecario Unido, y el artículo 1.159 del citado Código, por omitida aplicación y vigencia (sic), ya que lo convenido entre el Banco Unión y el Banco Hipotecario Unido era ley entre las partes, por lo que dichos comportamientos no puede ser calificado como ilícitos.

Para resolver, la Sala observa:

No son iguales las condiciones de un fideicomiso y las estipulaciones de un contrato de servicio. Esa es la razón por la cual expresa el artículo 15 de la Ley de Fideicomiso, que el fiduciario cumplirá sus obligaciones con el cuidado de un administrador diligente y podrá designar, bajo su responsabilidad, los auxiliares y apoderados que la ejecución del fideicomiso requiera. En cambio, en el contrato de servicio, que fue la fórmula a la cual recurrió el Banco Unión para lograr la ejecución del fideicomiso, bien podía estipular que el contratado, con recursos y personal propios, efectuara el estudio y calificación de los proyectos presentados por los promotores, así como la concesión, otorgamiento y liquidación de los créditos a corto y largo plazo previstos en el contrato de fideicomiso, y luego (cláusula quinta), limitara las áreas de

dichas funciones a la aprobación y calificación de los proyectos presentados por los promotores; al otorgamiento y liquidación a los promotores de un crédito a corto plazo, previo estudio y calificación de los proyectos, así como el otorgamiento y liquidación de los préstamos a largo plazo a los futuros adquirentes. No debe olvidarse que, de acuerdo con el contenido del citado artículo 15 de la Ley de Fideicomiso, la designación del Banco Hipotecario Unido para la ejecución del fideicomiso (con todas sus modalidades) seguía bajo la responsabilidad del Banco Unión, como acertadamente lo expresó la recurrida, cuando razona que el Banco Unión se reservó mantener en su poder el fondo fideicometido; no cedió, por tanto, dicho fondo. Ergo, yerra la recurrida cuando entendió que dichas actividades formaban parte de las funciones específicas del fiduciario; y lo que es mas grave, estimó que tales actividades eran indelegables, y que, sin embargo, habiendo sido delegadas por el Banco Unión, tal conducta constituía ilícitos civiles capaces de originar responsabilidad extracontractual.

Por lo expuesto, se declara procedente la denuncia de los artículos 15 de la Ley de Fideicomiso y 1.133 y 1.159 del Código Civil, contenida en este Capítulo.

III

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se alega la violación de los artículos 1.402 y 1.404 del Código Civil, por falta de aplicación, ya que la recurrida no le otorgó valor de confesión extrajudicial a las declaraciones del Presidente de la empresa mercantil actora, comprendidas en una carta misiva, de fecha 8 de julio de 1992, dirigida al Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR).

Según el impugnante, dicho recaudo fue calificado por la recurrida como una carta misiva, la cual tiene el valor probatorio que le asigna el artículo 1.371 del Código Civil, ya que contiene hechos jurídicos relacionados con los puntos que se controvierten y, además, contó con el acuerdo de ambas partes para su respectiva promoción. Si bien la recurrida le dio valor probatorio para demostrar el inicio de la construcción de las obras de urbanismo, en relación con otras menciones de la carta (se encontraba sin fondos porque había distribuido el dinero que recibió por concepto de anticipos: el Banco Unión le había descontado un monto de ocho millones (Bs. 8.000.000,00) por concepto de la cancelación del terreno; diez millones (Bs. 10.000.000,00) a título de adquisición de unas máquinas; y cinco millones (Bs. 5.000.000,00), destinados a la cancelación de un aseguramiento de precio para los techos de las viviendas), la recurrida no les dio valor probatorio al no existir otras pruebas que reforzaran dichas menciones.

Según el formalizante, se alegó en la contestación que la empresa demandante reconoció por escrito que con el dinero que le fue entregado por los Bancos para financiar las obras de urbanismo y la construcción de viviendas en concepto de anticipos y que tenían el destino específico expresado, había procedido en la forma siguiente: diez millones (Bs. 10.000.000,00) para cancelar el terreno en donde se harían las obras; cinco millones (Bs. 5.000.000,00) para destinarlos a la adquisición de máquinas; ocho millones (Bs. 8.000.000,00) para el costo de un crédito puente; y un millón doscientos mil bolívares (Bs. 1.200.000,00) para asegurarse un precio con la firma Cindu de Venezuela. Se alegó que, por propia confesión de la empresa mercantil actora, había incurrido en “distracción de partidas, tomando las que tenían un destino específico para aplicarlas a otros totalmente

ajenos a dicho destino. Sin embargo, la recurrida no valoró la carta misiva como confesión extrajudicial, infringiendo los artículos mencionados en el encabezamiento de la denuncia.

Para resolver, la Sala observa:

La confesión puede ser judicial, que es aquella hecha por la parte o por su apoderado dentro de los límites del mandato, ante un juez, aunque éste sea incompetente (Art. 1.401 del CC); y la extrajudicial, que es aquella que se hace fuera del proceso, a la parte misma o a quien la representa, o también a un tercero (Art. 1.402 del CC). Si bien por su naturaleza presentan las distintas confesiones algunas semejanzas; en cambio, se diferencian en que no son iguales en relación con su eficacia probatoria: la judicial hace plena prueba del hecho confesado; la extrajudicial produce el mismo efecto si se hace a la parte misma o a quien la representa, pero si se hace a un tercero produce sólo un indicio. Por consiguiente, sería de esta última naturaleza probatoria la rendida por el ciudadano Carlos Romero, en representación de la empresa mercantil actora, al Fondo Nacional de Desarrollo Urbano que, como es obvio, es ciertamente un tercero en relación con la presente acción.

Una norma sobre la apreciación de los indicios ha sido introducida por primera vez en el nuevo Código de Procedimiento Civil. En efecto, el artículo 510 expresa: “los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos.” La regla tradicional en cuanto a la valoración de la prueba de indicios es que los jueces son soberanos en la apreciación de esta prueba, puesto que la ley ha dejado a la prudencia del juzgador ponderar la gravedad, precisión y concordancia de los

indicios que resulten de los autos, sin que pueda Casación censurar las razones de hecho en que se funden los jueces de instancia para estimar o rechazar los indicios, salvo infracción de regla legal expresa de valoración, que en el caso concreto de esta denuncia no la ha formulado el recurrente.

Caben otras consideraciones adicionales. Así, Casación ha establecido que en la formación de la prueba circunstancial –como también se le llama a la de indicios – el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de ley expresa. Estos principios son tres: a) que el hecho considerado como indicio esté comprobado; b) que esa comprobación conste de autos; y, c) que no debe atribuirse valor probatorio a un solo indicio (CFC. Memoria 1946. Tomo II. Pág. 285). En un fallo relativamente reciente, Casación ha expresado lo siguiente: “...en la aritmética procesal, los indicios son quebrados: aislados, poco o nada valen; pero sumados, forman, y en ocasiones exceden, la unidad probatoria plena, pues la característica de los indicios es que ninguno por sí solo ofrece plena prueba; ellos deben apreciarse en conjunto; su eficacia probatoria debe contemplarse con la suma de todos los que den por probados los jueces y no con algunos aisladamente”. (CFC. Memoria 1945. Tomo II. Pág. 107).

En el caso de autos, la recurrida dio valor probatorio al indicio relacionado con el comienzo de la construcción de las obras de urbanismo por parte de la empresa mercantil actora, porque lo relacionó con la confesión de los bancos demandados contenida en la solicitud de ejecución de hipoteca. En relación con las otras menciones, también contenidas en la carta misiva, a las cuales se hizo referencia precedentemente, al no existir otras

pruebas que las refuercen, no les otorgó ningún valor probatorio. A juicio de la Sala, la recurrida obró correctamente en la apreciación de la carta misiva citada, ya que aplicó al respecto lo que la doctrina y la jurisprudencia establecen en relación con la apreciación de la prueba de indicios.

Por las razones expuestas, se desecha por improcedente la denuncia de los artículos 1.402 y 1.404 del Código Civil, examinada en este capítulo.

IV

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la violación del artículo 1.360 del Código Civil, por falta de aplicación, en relación con la forma como la recurrida apreció el documento marcado “D”, acompañado a la demanda, que contiene el contrato de préstamo celebrado entre la empresa mercantil actora y el co-demandado Banco Hipotecario Unido S.A, con base en la siguiente motivación.

En el citado documento, entre otras menciones, figura la forma y las condiciones como serían entregadas las dos partidas por anticipos. Una, por la cantidad de siete millones doscientos veintiún mil bolívares (Bs. 7.221.000,00); y la otra, por la cantidad de diecinueve millones ochocientos setenta mil cuatrocientos bolívares (Bs. 19.870.400,00). Los citados anticipos serían entregados previa la presentación por la empresa actora de una fianza de anticipo, emitida por una entidad bancaria o compañía de seguros a satisfacción del Banco Unión, hasta por las cantidades mencionadas. Según el

formalizante, la recurrida hizo caso omiso de estas menciones contenidas en el citado documento público, pues dio mayor valor a supuestos indicios y deducciones sobre la forma en que debían producirse los pagos en cuestión, como serían el supuesto flujo de caja o la supuesta presencia de documentos exhibidos, ignorando el valor de plena prueba que tiene el instrumento público mencionado.

Para resolver, la Sala observa:

Según la recurrida, con el documento marcado con la letra “D”, acompañado junto con la demanda, la accionante incorporó a los autos el “documento de préstamo con garantía hipotecaria, el cual, siendo un documento registrado, se le otorga el valor probatorio que señalan los artículos 1.924 y 1.359 del Código Civil para los documentos de esta especie. De ahí puede evidenciarse que el Banco Hipotecario Unido, a pesar de no haber sido parte en el contrato de fideicomiso, sin embargo aparece suscribiendo dicho documento de préstamo en calidad de prestamista. Además, el citado Banco acepta la garantía hipotecaria que respaldaba el préstamo, pero con la particularidad de que la hipoteca y anticresis se constituyeron a favor del Banco Unión y no suyo”. Hasta aquí no hay nada reprochable a la recurrida respecto de la valoración de un documento público: ha admitido la fe pública de los hechos jurídicos que el funcionario declara haber efectuado (préstamo con garantía hipotecaria). La discrepancia surge en relación al contenido de las cláusulas referidas a los anticipos que, en criterio del formalizante, no fueron analizadas ni mucho menos valoradas por la recurrida.

En todo caso, si la recurrida estableció hechos distintos a los comprendidos en las cláusulas del citado documento de préstamo, como por ejemplo, que “el anticipo por

obras de urbanismo debía cancelarse en el primer mes”, y en el “tercer mes, por lo que se refiere al anticipo para la construcción de las viviendas”, se trataría, a juicio de la Sala, del tercer caso de suposición falsa, esto es, haber dado por demostrado un hecho cuya inexactitud resulta de actas o instrumentos del expediente mismo, hipótesis ésta que se refiere a la llamada casación sobre los hechos, cuyo contenido y técnica excede en mucho a los límites de un recurso de casación por infracción de ley. Así se establece.

Por las razones que anteceden, se desecha por improcedente la denuncia de infracción del artículo 1.360 del Código Civil, examinada en este Capítulo.

- V -

De conformidad con lo señalado por el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se alega la infracción en la recurrida de los artículos 130 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y 1.363 del Código Civil, ambos por falta de aplicación; denuncia esta que se razona de la siguiente manera:

En materia de cuenta corriente, y especialmente de los estados de dicha cuenta que el banco pasa a su cliente, señala el aparte 4º de dicho artículo un plazo de seis (6) meses, con el fin de que el banco reciba dentro de dicho plazo las observaciones o la conformidad del cliente con el saldo de la cuenta. Pasado este plazo, si el cliente o el banco no han impugnado dicho estado de cuenta, se tendrá por reconocida en la forma presentada y sus saldos deudores o acreedores serán definitivos en la fecha de la cuenta y las firmas estampadas en los cheques se tendrán como reconocidas por el titular de la cuenta. Según el

impugnante, no cabe ahora pretender que se califiquen como indebidos los cargos en cuestión; que se califique como hecho ilícito el que se produjeran los mismos, cuando se dejó transcurrir el lapso de los seis (6) meses y no se formuló dentro del mismo ningún reclamo o impugnación.

Para resolver, la Sala observa:

En ninguna parte del fallo la recurrida ha hecho afirmaciones que contradigan tanto el reconocimiento de las cuentas bancarias en la forma presentada, como en relación con el carácter definitivo de sus saldos deudores o acreedores para la fecha de la cuenta. Lo que la recurrida objeta es la forma como se produjeron las distintas entregas de dinero, las cuales ha calificado como “hechos ilícitos”, revelador de la “intención y propósito” de los bancos demandados en perjudicar o dañar a la empresa mercantil demandante. Por tanto, no ha sido infringido el artículo 130 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como tampoco el artículo 1.363 del Código Civil, ya que tampoco ha consignado afirmaciones que contradigan la fuerza probatoria del instrumento privado.

Por las razones expuestas, se desecha por improcedente la denuncia de infracción de los artículos 130 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y 1.363 del Código Civil, contenida en este Capítulo.

- VI -

De conformidad con lo establecido en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se alega la infracción del artículo 1.185 del Código Civil, en

concordancia con la de los artículos 1.359 y 1.360 del último citado código. La denuncia se razona de la siguiente manera:

La sentencia recurrida pretende llegar a la injusta e ilegal conclusión de que el segundo de los anticipos, por la cantidad de diecinueve millones ochocientos setenta mil cuatrocientos bolívares (Bs: 19. 870.400.00), fue indebidamente entregado a la empresa mercantil actora ya que no se atuvo al “Cronograma de Obras o Flujo de Caja”. En consecuencia, no entregó el anticipo referido en el cuarto (4º), mes contado desde el inicio de la obra, atribuyéndole a esta circunstancia el carácter de “conducta lesiva anticipada con la idea de crear una expoliación que pondría en evidencia la conducta de los bancos”. Si la recurrida hubiera examinado el documento marcado “D”, acompañado al libelo de la demanda, hubiera encontrado que la cantidad arriba mencionada, equivalente al veinte (20%) del financiamiento por anticipo, sería pagada previa la presentación de una fianza de anticipo hasta por la cantidad mencionada. Finalmente, el impugnante cita sentencia de la Sala sobre la prohibición de acumular la responsabilidad contractual con la extracontractual y cita frase de Melich Orsini sobre los dos casos de excepción a esa prohibición: a) que el hecho implique la violación de un deber legal independiente del contrato; y b) que el daño causado por dicho hecho consista en la privación de un bien patrimonial o moral distinto del beneficio mismo que asegura el contrato.

Para resolver, la Sala observa:

Es la denuncia clave en relación con el presente asunto. La exposición sucinta de la doctrina imperante y la cita de expositores versados en las relaciones y diferencias de la culpa contractual y la aquiliana se hace oportuna. Para De Page, las relaciones entre la

responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana deben tratarse por separado, porque la responsabilidad aquiliana no debe presentarse si las partes aparecen vinculadas entre sí por un contrato, ya que la cualidad de parte contratante y de tercero son incompatibles: o se es uno o se es otro. Por tanto, desde que existe un contrato, la responsabilidad de derecho común (es decir, la aquiliana) se encuentra en alguna forma novada; es rechazada por la responsabilidad contractual, que la excluye, y la cual desecha, de pleno derecho, a la responsabilidad delictual. (Tratado Elemental de Derecho Civil Belga. Tomo 2°. Pag 846).

Josserand, al preguntarse si podía yuxtaponerse en una misma relación obligatoria las dos responsabilidades, responde: esto equivale a preguntarse si las partes contratantes son al mismo tiempo terceros. La 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, no puede sumarse cualidades contradictorias que se excluyen recíprocamente; hay que elegir entre la una o la otra; la responsabilidad contractual excluye de pleno derecho a la responsabilidad delictual (Derecho Civil. Tomo II. Vol. 368). Para Giorgi, si bien el concepto jurídico de la culpa es siempre el mismo, ya que consiste en la falta de diligencia, la tradición antiquísima ha distinguido, en el derecho civil, las dos especies de culpa: la culpa contractual y la culpa no contractual o aquiliana (Teoría de las Obligaciones. Editorial Reus S.A. Tomo 2. pág 56).

El tratadista venezolano José Melich Orsini, -citado también por el formalizante,- enfoca el asunto desde otro ángulo. En efecto, para que la concurrencia de la responsabilidad contractual con la extracontractual pueda darse sería necesario que una

culpa dañosa distinta se juntara a aquella que consiste en la mera violación de la obligación contractual. Esto supondría dos condiciones: 1) que el hecho implique la violación de un deber legal independiente del contrato y 2) que el daño causado por dicho hecho consista en la privación de un bien patrimonial o moral distinto del beneficio mismo que asegura el contrato. La primera condición excluye toda idea del concurso de acciones (por actividad contractual y por hecho ilícito), cuando el demandado no ha violado ningún deber distinto de sus deberes contractuales, aunque tales deberes violados no sean de los expresamente pactados sino de los que se refutan implícitos de acuerdo con el texto del artículo 1.160 del Código Civil, y ésto aunque la violación sea dolosa. La segunda idea excluye toda aplicación de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, cuando el daño sufrido por la víctima se limita a la pérdida de las ventajas derivadas del contrato (Responsabilidad Contractual. Edición Marzo de 1975. pág 276 y ss).

Pero quizá la diferencia mas notable exista desde el punto de vista de la graduabilidad de la culpa. En efecto, cuando hay un contrato precedente, pudiendo las prestaciones convenidas ser ventajosas a todos o uno solo de los contratantes, y siendo también un pacto entre estos últimos la medida de la diligencia convenida, se deduce que la culpa contractual se dividió en grados correspondientes a la diligencia que el deudor era llamado a prestar en razón de la utilidad o del pacto. En cambio, dicha graduabilidad no es concebible en la culpa extracontractual o aquiliana, porque faltan los criterios de la correlatividad y del pacto precedente. He aquí porqué las leyes comenzando desde el texto romano hasta los últimos códigos, y la doctrina antigua y moderna, han dado acerca de la culpa contractual una multitud de reglas referentes a la graduabilidad, a diferencia de la

culpa aquiliana; diferencia que explica la necesidad de tratar separadamente ambas especies de culpa (Giorgi. Ob cit. pág 56).

La Sala, en relación con la figura jurídica que los autores denominan indistintamente “cúmulo de responsabilidades”, acumulación de responsabilidades” o “concurso acumulativo de responsabilidades”, ha expresado lo siguiente: no obstante la existencia de una relación contractual entre las partes, puede surgir colateralmente un hecho ilícito que origine daños materiales y morales, concurrentes o exclusivos (SCC. 25-6-1981. GF N° 112. 3° etapa. Vol. II. pp. 1.765 y ss). Consecuente con esta posición doctrinaria, ha estimado como ilícito el hecho de que un banco, en el cual el actor abrió una cuenta corriente bancaria, haya devuelto cheques girados por su titular librador a pesar de existir suficiente provisión de fondos, debido dicha conducta culposa a “errores internos de dicho instituto bancario, tanto a nivel de su agencia en Valencia como a nivel central” (SCC. 19-9-1981. GF N° 113. 3° etapa. Vol I. pp 1.162 y ss). Igualmente, en el caso de un contrato de aprendizaje, estimó como ilícita la conducta imprudente de un patrono al poner a manejar a un aprendiz una máquina troqueladora, a los pocos días de haber ingresado éste a la fábrica, lo cual ocasionó un accidente laboral en el cual perdió las falanges (SSC. 1-12-1983. GF N° 122. 3° etapa. Vol II. pp 1.267 y ss). En estos dos últimos casos, es evidente que no obstante la vinculación contractual entre las partes (contrato de cuenta corriente y de aprendizaje), surgió colateralmente un hecho ilícito, con ocasión o en relación con dicho contrato, que originó daños materiales y morales reclamados por uno de los contratantes en contra del otro. En ambos casos, coincidentalmente, la principal defensa de los demandados fue que la existencia del contrato excluía la responsabilidad extracontractual.

Aplicado al caso de autos los anteriores conceptos, las partes admiten su vinculación contractual a través de tres documentos: 1) un contrato de fideicomiso suscrito entre FONDUR y el BANCO UNION, celebrado el día 22 de noviembre de 1991, en la Notaría Pública de Porlamar, Estado Nueva Esparta, anotado bajo el N° 36, tomo 102, del libro de autenticaciones, acompañado marcado con la letra “B” al libelo de la demanda; 2) un contrato de servicios celebrado con fecha 01 de noviembre de 1991, entre el Banco Unión y el Banco Hipotecario Unido, anotado bajo el N° 49, tomo 59 del Libro de autenticaciones, marcado con la letra “C”; y 3) otro documento, esta vez de préstamo, firmado entre la empresa mercantil actora y el BANCO HIPOTECARIO UNIDO, ante la Notaría Pública Vigésima de Caracas, el 16 de marzo de 1992, bajo el N° 78, Tomo 4 de los libros de autenticaciones, y luego, registrado en la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Mariño del Estado Nueva Esparta, el día 17 de marzo de 1992, bajo el N° 232 al 242, Tomo 16, Protocolo 1°, Primer Trimestre de 1992. Por tanto, es notorio la vinculación contractual entre las partes en lo relacionado con el presente asunto.

La recurrida comienza el desarrollo de su tesis sobre los actos ilícitos en el presente asunto haciéndose las siguientes preguntas:¿ qué sucede cuando el contrato se utiliza como arma para obtener un fin distinto al del contrato; cuando se usa para causar daño a una de las partes del mismo o un tercero;? ¿ los incumplimientos de quién así actúa deberán considerarse de naturaleza contractual o extracontractual.? Y a renglón seguido continúa el desarrollo de su tesis de la manera siguiente: “.... quién utiliza los contratos con el fin premeditado de estafar, cuando logra su fin no está incumpliendo el contrato, sino que está cometiendo un delito y por ende un hecho ilícito..Los incumplimientos al contrato tienen que ser apreciados en cuanto al fin que con ellos se persigue, si la voluntad que

existe es la de dañar a la otra parte o a un tercero, caso en el cual el negocio no es sino un instrumento para causar daño..”.

Penetrado de esta tesis, infiere los presuntos “actos ilícitos”, sin excepción alguna, de prestaciones contractuales; unas, emanadas del contrato de fideicomiso; otras, derivadas del contrato de servicio celebrado entre los bancos demandados; y las restantes, provenientes del contrato de préstamo, con garantía hipotecaria y anticresis, suscrito entre la empresa actora y el Banco Hipotecario Unido. En consecuencia, la culpa, el daño y la relación de causalidad derivan todas ellas de incumplimientos contractuales.

La culpa contractual supone un contrato válido anterior. La culpa extra contractual, como antes se expresó, constituye una variedad de la culpa. Puede verificarse esta variedad, según Giorgi, cuando el deudor contrae una obligación imposible y ocultó o disimuló esta imposibilidad al acreedor. La imposibilidad de cumplimiento ha impedido que se forme el contrato, y por consiguiente, en este caso 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. Puede existir también *culpa in contrahendo*, cuando el contrato sea inútil o inválido debido a otras especies de vicios objetivos o subjetivos que puedan afectarle; pero que, en todo caso, sean imputables a mala fe u ocultación del deudor. Finalmente, si el contrato es nulo, como no se puede hablar de una obligación contractual que no ha surgido, o se anula o rescinde, tampoco se puede decir que haya incumplimiento imputable de la obligación misma, porque cualquiera que sea la responsabilidad que recaiga sobre el pretendido deudor en razón de su comportamiento, será siempre una culpa de naturaleza extracontractual. (ibib. p. 57). A estos casos, bien

podríamos agregar las dos hipótesis aludidas precedentemente por Melich Orsini, para comprobar lo delicado y complejo del asunto.

Como corolario de todas las ideas anteriormente explanadas, considera la Sala que en el presente caso no cabía 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.

Por las razones expuestas, se declara procedente la denuncia de infracción de los artículos 1.185, 1.359 y 1.360 del Código Civil, analizada en este capítulo.

- VII -

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se arguye la violación del artículo 275 ibid, por falsa aplicación, infracción en que habría incurrido la recurrida al imponer condena recíprocas a las partes en el presente proceso, cuando la norma aplicable era el artículo 274 eiusdem, que prescribe la condenatoria en costas sólo cuando haya habido vencimiento total.

Para resolver, la Sala observa:

Ciertamente en la recurrida están presentes las violaciones delatadas, porque siendo que la pretensión deducida no prosperó en su totalidad, -varias de las partidas

peticionadas en el libelo fueran negadas-, es claro que no hubo un vencimiento total; pero ello no puede asimilarse a que haya habido un vencimiento reciproco pues este, sólo puede presentarse en caso de mediar una reconvención, lo que no aconteció en autos.

La Sala ya tiene fijada doctrina sobre la materia. En este sentido se pronunció en sentencias de 16 de noviembre de 1995, 10 de agosto de 1999 y 20 de octubre de 1999, esta última que se cita a continuación:

“...El sistema en el que sienta sus bases las costas procesales, es el llamado por la doctrina y jurisprudencia, sistema objetivo de la condenatoria en costas el cual consiste en imponer las costas procesales a la parte totalmente vencida en el proceso o en una incidencia, sin posibilidad para el juez de exonerar a la parte vencida del cumplimiento de tal obligación con la parte vencedora.

El concepto de vencimiento total fue expresado en forma sencilla, pero con palabras sabias, en sentencia de la Corte de Casación de fecha 26 de julio de 1934, de la siguiente manera:

El vencimiento total consiste en la declaración con lugar de todas las pretensiones del actor, que en su conjunto constituyan la acción, o a la inversa, en la negativa de todo lo que se pide, que al no ser así el vencimiento no es total sino parcial”.Omissis.

“En esta oportunidad, la Sala reitera su sentencia de 16 de noviembre de 1995, en la que se estableció :

El concepto de vencimiento total es objetivo, y se refiere al dispositivo del fallo y no a los diferentes fundamentos de una misma pretensión, o a las defensas o excepciones que oponga el demandado.

Por lo que, reiterando el criterio sostenido por este Alto Tribunal, a tenor de lo expresado en las citas supra transcritas, la condenatoria en costas encuentra su asidero en el dispositivo del fallo, dependiendo única y exclusivamente de la acción, ejercida, y no de los diferentes fundamentos de una misma pretensión; es decir, “el vencimiento total no es afectado por el hecho de que alguno o algunos de los fundamentos o medios defensivos empleados por la parte que los opone haya prosperado. Por lo que, si luego del examen de la pretensión procesal ejercida mediante la interposición de la acción correspondiente, el juez la declara con lugar, habrá vencimiento total y debe condenar en costas de

conformidad con el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil”. (Sent. de 5-5-99 exp. 99-006).

Por las razones expuestas, se declara procedente esta denuncia de infracción de los artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Civil.

VIII

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la infracción del artículo 1.185 del Código Civil, por falsa aplicación, al ordenar la recurrida la corrección monetaria de la cantidad mandada a pagar por concepto de lucro cesante.

Según el formalizante, la suma cuyo pago se ordenó, a título de lucro cesante, es consecuencia de supuestos hechos ilícitos cometidos por los bancos demandados en ejecución de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, celebrado entre la empresa actora y el Banco Hipotecario Unido, al cual se ha hecho referencia precedentemente. En el propio libelo original y, posteriormente, en su reforma, el actor no estimó en cantidad alguna los daños y perjuicios, pues exigió una experticia complementaria del fallo para fijarlos definitivamente.

Por tanto, si se considera que los daños y perjuicios nunca fueron reclamados extrajudicialmente y el monto de los mismos era desconocido por la empresa mercantil actora. Resulta evidente que en el caso concreto no existía una acreencia de plazo vencida cuyo pago hubieran omitido los bancos demandados; de manera que la moratoria en cuestión, que es lo que la recurrida considera un hecho ilícito causante de la indemnización

acordada, no se pudo verificar en el caso de autos, por lo que la alzada no ha debido aplicar la norma que se denuncia infringida en el presente capítulo.

Para resolver, la Sala observa:

No puede establecer la Sala la relación que pueda existir entre el contenido y alcance del denunciado artículo 1.185 el Código Civil, que consagra la responsabilidad extracontractual debida a hechos ilícitos, y la orden de la recurrida de que se verifique la corrección monetaria de la cantidad mandada a pagar en el presente caso por concepto de lucro cesante. El legislador, en todo caso, efectúa una tasación legal de los daños y perjuicios. Tal es el caso de la disposición del artículo 1.277 del Código Civil, según el cual “a falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten en el pago legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora, sin que el acreedor esté obligado a probar ninguna pérdida”. El legislador ha considerado, con sobrada razón, que quien debe una cantidad de dinero, le causa un daño a su acreedor –en todo caso- cuando se demora en el cumplimiento de su obligación.

Por su parte, el artículo 1.277 del Código Civil no impide que el acreedor –en materia civil- que no recibió de su deudor el pago oportunamente, pueda exigir resarcimientos de daños mayores, de todos los que se le hayan causado. La limitación es la establecida en el artículo 1.746 del Código Civil, si el contrato ha sido de préstamo a interés, pero tal limitación no se extiende a otros campos de la contratación civil. En cualquier contrato de carácter civil, distinto al préstamo a interés, el acreedor puede reclamar al deudor todos los mayores daños sufridos, sin límite alguno. Así lo estableció

una sentencia de la extinta Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 9 de febrero de 1981 (Gaceta Forense N° 111. Vol. I, Tercera Etapa, pág. 267 y ss.). En una economía inflacionaria, como es la venezolana de los últimos tiempos, los daños consecuenciales a la demora en el pago de las obligaciones dinerarias son previsibles, y esa previsibilidad de los daños, producto de la falta de pago oportuno de las obligaciones dinerarias, constituye, a juicio de la Sala, una máxima de experiencia, según la definición dada a este concepto por la esta Sala en decisión de fecha 30 de septiembre de 1992, caso: Franklin y Paúl S.R.L.

Por las razones expuestas, se desecha por improcedente la infracción del artículo 1.185 del Código Civil, contenida en este capítulo.

CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS

La Sala va a reunir las cinco denuncias de Casación sobre los hechos, porque todas ellas no constituyen hipótesis de suposición falsa, de acuerdo al criterio de la doctrina y de la jurisprudencia acerca de los casos de suposición falsa.

En la primera denuncia (novena, según el escrito de formalización), se expresa que la afirmación de la recurrida, en el sentido de que no hubo cesión del fondo fiduciario, constituye un caso de suposición falsa; en la segunda denuncia (décima, según el escrito de formalización), se alega que hay suposición falsa en la “argumentación” que sirve de apoyo al juzgador para ordenar la procedencia del pago por concepto de lucro cesante; en la tercera denuncia (décima primera, según el escrito de formalización), se aduce que hay suposición falsa cuando la recurrida analiza y valora una prueba de informes rendida por FONDUR, en la cuarta denuncia (décima segunda, según el escrito de formalización), se

arguye que hay suposición falsa cuando la alzada analiza y valora una demanda por ejecución de hipoteca intentada por el Banco unión contra la empresa mercantil actora; y en la quinta denuncia (décima tercera, según el escrito de formalización), se alega que hay suposición falsa al analizar y valorar la recurrida el contrato de préstamo celebrado entre la empresa mercantil actora y el Banco Hipotecario Unido.

Para resolver, la Sala observa:

La afirmación de que el “fondo fiduciario no fue cedido”, es consecuencia del análisis y apreciación que la recurrida efectuó de cláusula quinta (5ª) del contrato de servicios celebrado entre el Banco Unión y el Banco Hipotecario Unido, fechado el 1º de noviembre de 1991, ante al Notaría Quinta de Caracas, el cual quedó anotado bajo el N° 49, Tomo 59 del libro de autenticaciones.

Para ordenar el pago del lucro cesante, y especialmente calcular la ganancia dejada de percibir por la empresa actora, la recurrida se apoya en el documento llamado “Cuadro de Análisis del Costo de Producción”, “Utilidad del Promotor”, que incorporó el Banco Unión a los autos mediante una prueba de exhibición.

Al analizar la prueba de informes rendida por el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR), la recurrida infiere que el contrato de fideicomiso había sido rescindido y devuelto el fondo fiduciario. Además, hace constar que FONDUR informa que según una carta de fecha 04 de marzo de 1993, comunicó al Banco Unión sus instrucciones en relación al contrato de fideicomiso celebrado el 22 de noviembre de 1992, con el objeto de dar apoyo financiero a la empresa actora “23-21 Oficina Técnica de Construcciones, C.A.”.

Al analizar y valorar el contenido de la demanda que por ejecución de hipoteca intentó el Banco Unión contra la empresa actora infiere sobre la parte actora, entre otras circunstancias, que ha mantenido y mantiene la paralización de la obra y que no ha terminado de construir la obra en los diez (10) meses acordados.

Cuando analiza y valora el documento de préstamo suscrito entre el Banco Hipotecario Unido y la empresa mercantil actora, la recurrida advierte que no aparece incorporado como anexo el “flujo de caja”, por lo que para los juzgadores el único presentado es el de la parte actora, al cual se hace referencia en el libelo de ejecución de hipoteca.

La suposición falsa tiene como premisa el establecimiento por parte del juez de un hecho positivo y concreto, sin respaldo probatorio en el expediente. Esa es y ha sido la doctrina tradicional y constante de la Sala mantenida hasta el día de hoy. Incurriría el juez en suposición falsa por atribuir a un acta o documento menciones que no contiene (primer caso), o por haber dado por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en los autos (segundo caso), o cuya inexactitud resulta de actas o instrumentos del expediente mismo (tercer caso). En síntesis, la doctrina de los procesalistas sobre el concepto de falso supuesto (suposición falsa), presenta una constante o denominador común que ha sido categórico: el falso supuesto consiste siempre en la afirmación o establecimiento de un hecho por parte del juez, mediante una prueba inexistente, falsa o inexacta (SCC. 12-11-1975. GF. N° 90. Pág. 525).

En razón de que el comentado vicio de apreciación probatoria sólo puede cometerse en relación con un hecho establecido en el fallo, quedan fuera del concepto de

suposición falsa las conclusiones a que el juez llegue con respecto a las consecuencias jurídicas del hecho, porque en tales hipótesis se trataría de una conclusión de orden intelectual que, aunque fuere errónea, no configuraría lo que la ley y la doctrina siempre han entendido por suposición falsa.

En el caso de las cinco (5) denuncias de casación sobre los hechos, se presentan como premisas de la suposición falsas afirmaciones de la recurrida, producto de su análisis del material probatorio suministrado por las partes. Es evidente que con estos pronunciamientos el sentenciador no estableció hecho alguno, sino que infirió conclusiones que, de acuerdo con los conceptos expuestos, no podrían ser impugnadas por la vía de la suposición falsa.

Por las razones expuestas, se desechan por improcedentes las cinco (5) denuncias de casación sobre los hechos. Así se declara.

CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS
DEL RECURSO DE CASACIÓN
DEL BANCO HIPOTECARO UNIDO S.A.
ÚNICA

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el encabezamiento del artículo 320 ibid, se alega la comisión del tercer caso de suposición falsa, al asentar la recurrida haber efectuado el Banco Hipotecario Unido descuentos indebidos en las sumas de dinero cuyo destino final debía administrar, obligación ésta señalada tanto por la Ley de Fideicomiso, como en el contrato de

fideicomiso mismo, afirmación ésta que aparece desvirtuada con el “estado de cuenta N° 001-73629-9, que la empresa mercantil actora mantenía en el citado Banco.

Para resolver, la Sala observa:

El ad quem analiza en el fallo respectivo el estado de la cuenta corriente N° 001-73629-9, correspondiente al mes de marzo de 1992, abierta en el Banco Hipotecario Unido a nombre de la actora, y establece que en la misma aparecen depositadas “simultáneamente” las partidas destinadas al inicio de la construcción de las obras de urbanismo y de las viviendas, cuyos montos son siete millones doscientos veintiún mil bolívares (Bs. 7.221.000,00) y diecinueve millones ochocientos setenta mil cuatrocientos bolívares (Bs. 19.870.400,00), respectivamente. A renglón seguido, hace referencia a cinco (5) notas de débito, que imputa efectuadas por el Banco Unión, para finalmente calificar como grave la conducta de efectuar débitos para cancelar pagarés o cualquier otra acreencia con sumas de dinero que tenían asignadas una finalidad determinada. Por tanto, la recurrida no ha afirmado el hecho que le imputa el formalizante y que aparece como inexacto al examinar y apreciar la cuenta corriente mencionada.

Por las razones expuestas, se desecha por improcedente la denuncia analizada en este Capítulo.

DECISIÓN

-

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado

por la representación judicial de las co-demandadas BANCO UNIÓN S.A.C.A. y BANCO HIPOTECARIO UNIDO S.A., contra sentencia definitiva de fecha 20 de julio de 1999, dictada por el Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil Bancario, con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, constituido con asociados. En consecuencia, declara nula dicha decisión y ordena al Juez Superior competente dictar nuevo fallo, con sujeción absoluta a la doctrina vinculante de la Sala contenida en la presente decisión.

Publíquese y regístrese. Bájese el expediente al Tribunal Superior de origen, de conformidad con el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, en Caracas, a los CINCO (05) días del mes de FEBRERO de dos mil dos. Años: 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Presidente de la Sala-Ponente,

FRANKLIN ARRIECHE G.

El Vicepresidente,

CARLOS OBERTO VÉLEZ

Magistrado,

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

La Secretaria,

ADRIANA PADILLA ALFONZO

Exp. N° 99-973
AA20-C-1999-000034