



Magistrado Ponente: **HADEL MOSTAFÁ PAOLINI**  
**Exp No 14867**

Por escrito presentado en fecha 16 de junio de 1998, los abogados Juan Andrés Wallis Brandt y Augusto Pérez Gómez, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 26.283 y 30.021 respectivamente, actuando con el carácter de apoderados judiciales de la sociedad mercantil **KRACKERTON CORPORATION, N.V**, domiciliada en Curazao, Antillas Neerlandesas, e incorporada de conformidad con las leyes de esa localidad el día 27 de octubre de 1992, bajo el N° 2835/NV y registrada en el Registro de Comercio de Curazao el día 14 de septiembre de 1993, bajo el N° 61560, interpusieron demanda por indemnización de daños y perjuicios, contra la República de Venezuela (ahora República Bolivariana de Venezuela) por órgano del **MINISTERIO DE LA DEFENSA**.

En fecha 21 de julio de 1998 se dio cuenta en Sala y se ordenó pasar el expediente al Juzgado de Sustanciación.

Por auto de fecha 6 de agosto de 1998, el Juzgado de Sustanciación admitió la demanda cuanto ha lugar en derecho, ordenando la citación del Procurador General de la República.

En fecha 19 de noviembre de 1998, el alguacil del Juzgado de Sustanciación consignó constancia de la citación efectuada al Procurador General de la República.

Por escrito presentado en fecha 3 de marzo de 1999, los apoderados judiciales de la República, abogadas María Eugenia Lazo y Carmen Jolene Goncalves promovieron la cuestión previa contenida en el ordinal 5° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

En fecha 18 de marzo de 1999, el apoderado judicial de la parte actora rechazó la cuestión previa opuesta por la parte demandada.

Por escrito de fecha 20 de abril de 1999, el apoderado judicial de la parte actora promovió escrito de pruebas en la incidencia de cuestiones previas.

En fecha 20 de abril de 1999, el Juzgado de Sustanciación dictó auto por medio del cual admitió las pruebas promovidas por la parte actora.

Por auto de fecha 21 de abril de 1999, el Juzgado de Sustanciación remitió el expediente a la Sala por cuanto ya se encontraba vencida la articulación probatoria prevista en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil.

En fecha 27 de abril de 1999 se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Héctor Paradisi León a los fines de decidir la cuestión previa opuesta.

Por auto de fecha 20 de marzo de 2000 en virtud del cambio en la estructura y denominación de este Máximo Tribunal, se designó ponente al Magistrado José Rafael Tinoco, ordenándose la continuación de la causa en el estado en que se encontraba.

El 12 de julio de 2000, el apoderado judicial de la parte actora consignó sentencia dictada por esta Sala, de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el juicio seguido por su representada contra la República, donde fue declarada sin lugar la cuestión previa prevista en el ordinal 5º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en base a los mismos hechos y alegatos.

En virtud de la designación de los Magistrados Hadel Mostafá Paolini y Yolanda Jaimes Guerrero, y la ratificación del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, por la Asamblea Nacional en sesión de fecha 20 de diciembre de 2000, publicada en Gaceta Oficial N°. 37.105 del día 22 del mismo mes y año, se reconstituyó la Sala Político Administrativa el 27 de diciembre de dicho año y se reasignó la ponencia al Magistrado Hadel Mostafá Paolini, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

En fecha 23 de enero de 2001, el abogado Carlos Eduardo Mariño Thompson, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 20.601, actuando como apoderado judicial de la sociedad mercantil Delpre C.A., inscrita en el Registro de Comercio llevado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal, bajo el N° 750, Tomo 3-A de fecha 27 de junio de 1950 y el 21 de febrero de 1974, bajo el N° 47, Tomo 13-A, por ante el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, consignó copia simple del documento de cesión de derechos de crédito, valuaciones de obras no pagadas, presupuestos pendientes, así como reclamaciones de daños y perjuicios, efectuadas por la sociedad mercantil Krackerton Corporation N.V, a la sociedad mercantil Delpre C.A.

Por escrito de fecha 8 de febrero de 2001, el apoderado judicial de la sociedad mercantil Delpre C.A. solicitó a los fines de tratar un arreglo amistoso con la parte demandada, suspender el presente juicio por un término de cuarenta (40) días, contados a partir de la aceptación de ésta.

En fecha 13 de marzo de 2001, la apoderada judicial de la parte actora, solicitó se dictase decisión en relación con la cuestión previa opuesta.

El 16 de junio de 2001, las apoderadas judiciales de la parte actora, solicitaron se desestimase el escrito presentado por la sociedad mercantil Delpre C.A. por no poseer la cualidad e interés para actuar en el presente juicio.

Por diligencia de fecha 10 de julio de 2001, la abogada Ana Cristina Núñez Machado actuando en su carácter de apoderada judicial de la parte actora, sustituyó, reservándose su ejercicio, el poder que le fuera concedido por la sociedad mercantil Krackerton Corporation N.V., a los abogados Nelly Herrera, Ornella Benabei y María Verónica Espino.

El 14 de agosto de 2001, la apoderada judicial de la parte actora solicitó se dictase decisión en relación a las cuestiones previas opuestas.

## **I FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA**

En el escrito libelar, expusieron los apoderados judiciales de la parte actora lo siguiente:

Que la sociedad mercantil Delpre C.A. celebró con el Despacho del Ministerio de la Defensa un contrato de obra identificado con el N° CP-70-710-85-131 de fecha 31 de diciembre de 1985 por un precio de diecinueve millones setecientos cuarenta y cuatro mil setecientos ochenta y seis bolívares con cuarenta céntimos (Bs. 19.744.786,40) para la ejecución de la obra “Conclusión de la Clínica Aeronáutica (Unidad de entrenamiento fisiológico) Maracay, Estado Aragua, que en lo sucesivo dicho contrato se denominará “contrato 131”.

Que dicho contrato fue aprobado previamente por la Contraloría General de la República, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, quedando sometido a las “Condiciones Generales para la

Ejecución de Obras Civiles”, contenidas en el Decreto N° 1.802 de fecha 20 de enero de 1983, publicadas en la Gaceta Oficial N° 3.111 de fecha 18 de marzo de 1983.

Indican que el referido contrato fue completamente ejecutado por la sociedad mercantil Delpre C.A., habiéndose expedido su correspondiente “Acta de Terminación” en fecha 26 de febrero de 1988.

Alegan, que no obstante haber cumplido con sus obligaciones contractuales, la situación de incumplimiento de la República respecto a los pagos adeudados a Delpre C.A., obligó a dicha sociedad a hacer uso del derecho que le acuerda el artículo 8 de las aludidas “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras Civiles”, a fin de ceder todos los derechos de crédito habidos y por haber derivados del “contrato 131” a favor de la sociedad mercantil Societe Anonyme de Construcciones Metros S.A., según documento autenticado por ante la Notaría Pública Décimo Novena de Caracas en fecha 1° de junio de 1992, bajo el N° 56, Tomo 50.

Explicaron que, posteriormente en fecha 16 de junio de 1992, la sociedad mercantil Societe Anonyme de Construcciones Metros S.A., cedió todos los derechos y acciones que recibiera de Delpre C.A., a favor de la sociedad mercantil Araven Finance Limited, según documento autenticado el 16 de junio de 1992 ante la Notaría Pública Trigésima Primera de Caracas, bajo el N° 32 del Tomo 63.

Luego mediante documento autenticado por ante la Notaría Pública Décima Novena de Caracas en fecha 30 de marzo de 1993, bajo el N° 63, Tomo 37 de los libros llevados por esa Notaría, la referida sociedad mercantil Araven Finance Limited, cedió los derechos derivados del “contrato 131” a su representada Krackerton Corporación N.V.

Que como consecuencia de lo anterior la sociedad mercantil Krackerton Corporación N.V. es titular de todos los derechos que le correspondieron a la sociedad mercantil Delpre C.A., en razón del “contrato 131”.

Señalaron que desde que fueron concluidos todos los trabajos previstos en el “contrato 131” se realizaron varios esfuerzos de cobro ante el Ministerio de la Defensa. Así, en fecha 11 de mayo de 1993, la sociedad mercantil Araven Finance Limited, quien fuera la cedente de los derechos de los que es titular su representada, presentó un escrito contentivo de un antejuicio administrativo, de conformidad con lo previsto en los artículos 30 al 37 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Posteriormente, en fecha 15 de abril de 1996 su representada consignó un nuevo escrito ante ese Despacho a fin de precisar los alcances de la reclamación presentada por su cedente en fecha 11 de mayo de 1993.

Que los escritos anteriormente mencionados contenían reclamos relacionados con el “contrato 131” así como con otros dos contratos que suscribiera la sociedad mercantil Delpre C.A. con ese Despacho, tales como el contrato N° CP-70-751-78-222 de fecha 11 de octubre de 1978 y el contrato N° CP-70-710-80-273 de fecha 11 de noviembre de 1980.

Adujeron que para facilitar al Ministerio de la Defensa el manejo de las reclamaciones derivadas de los referidos contratos, su representada decidió formular las reclamaciones derivadas de cada uno de ellos por separado.

En virtud de lo anterior en fecha 21 de octubre de 1996, fue presentada ante el Ministerio de la Defensa, la solicitud de antejuicio administrativo a los fines de dar cumplimiento con los artículos 30 al 37 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, limitándose a plantear las reclamaciones con el “contrato 131”.

Asimismo expresaron que una vez celebrado el contrato en cuestión, la obra no pudo iniciarse en el plazo estipulado para ello, en razón de las modificaciones hechas al proyecto original por parte del Servicio de Ingeniería de las Fuerzas Armadas, tal como consta en Acta de no inicio suscrita entre la contratista y ese Despacho en fecha 30 de enero de 1986; posteriormente tal como consta en el Acta de Inicio suscrita en fecha 18 de agosto de 1986, se dio inicio a las obras.

Sostienen que en virtud del retraso ocasionado por las modificaciones al proyecto inicial contratado, en fecha 7 de marzo de 1987 fue necesario que la contratista Delpre C.A., presentara una solicitud de reconsideración de los precios unitarios de una serie de partidas consideradas en el presupuesto original, en razón de haberse producido no sólo un considerable incremento de los costos de los componentes nacionales entre la fecha en que se inicio la tramitación del presupuesto inicial ante la Contraloría General de la República (6-10-86) y la fecha de su aprobación (12-2-87), sino además por haberse modificado por disposición gubernamental de fecha 6 de diciembre de 1986, el tipo de cambio del dólar de los Estados Unidos de Norteamérica, llevándose su nuevo valor de Bs. 7,50 por unidad de dólar a la cantidad de Bs. 14,50, de manera que el precio de este contrato se incrementó en

un millón doscientos veintinueve mil ochocientos cincuenta bolívares con cuatro céntimos (Bs. 1.229.850,04).

Expresaron igualmente que en fecha 22 de abril de 1987 Delpre C.A. tuvo que rectificar la solicitud antes indicada, solicitando la reconsideración de otras partidas del presupuesto original y la aprobación de un presupuesto por un conjunto de obras complementarias por un valor total de tres millones ciento cuarenta y seis mil seiscientos ocho bolívares con doce céntimos (Bs. 3.146.608,12).

Igualmente señalan que todas las valuaciones relacionadas con el presupuesto original fueron debidamente pagadas por el Ministerio, por lo que la acreencia de su representada deriva de cantidades no contempladas en el presupuesto original, cuya erogación fue necesaria por parte de su mandante para la ejecución total de la obra, así como de obras que fueron solicitadas y recibidas por el referido Ministerio.

Asimismo alegan que las obras extras ejecutadas en la realización de dicho contrato fueron el resultado de todas las modificaciones que sufrió dicha construcción, desde su inicio hasta su conclusión, por exigencia de distintos órganos de las Fuerzas Armadas, siendo que en interés de no retardar la ejecución de las obras requeridas, su representada en coordinación con la inspección de obras, efectuó la totalidad de las obras originalmente previstas en el contrato, así como las obras extras requeridas.

Indican que las solicitudes de reconsideración de precios y pago de obras extras anteriormente indicadas, fueron formuladas de conformidad con lo previsto en las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, aplicables a este contrato. (Decreto 1.802 20-1-83).

Señalan que una vez concluida la obra en fecha 26 de febrero de 1988, fue emitida la correspondiente Acta de Terminación y que en fecha 4 de marzo de 1988 y 6 de mayo de 1988, fueron emitidas Acta de Recepción Provisional, y el Acta de Recepción Definitiva respectivamente.

Que a pesar de las solicitudes dirigidas por la contratista a ese Despacho en fecha 7 de marzo de 1987, 22 de abril de 1987 y 29 de julio de 1988, el Ministerio de la Defensa en ningún momento respondió dichas solicitudes, ni tramitó ni obtuvo la correspondiente autorización por parte de la Contraloría General de la República, por lo que no se pudo tramitar el pago correspondiente a los montos ya señalados.

Que en el presente caso el supuesto ocurrido es el de la absoluta negligencia de la Administración, respecto a su respuesta y al trámite de aprobación por parte de la Contraloría General de la República de las solicitudes presentadas por la contratista, en razón del necesario aumento ocurrido por la modificación del tipo de cambio del dólar vigente para el momento de la elaboración del presupuesto inicial, y por el requerimiento de una serie de obras extras necesarias por la modificación del proyecto inicial de la obra, por lo que resulta aplicable la responsabilidad civil de la administración por hecho ilícito, es decir, la contemplada en el artículo 1.185 del Código Civil.

Agregan que su representada como causahabiente de la contratista tiene la condición de acreedora frente a la República por la negligencia de la Administración y el consecuente daño patrimonial que le fuera ocasionado.

Señalan igualmente que los daños causados a la contratista deben determinarse en base a las cantidades a que se refieren tales solicitudes, es decir, cuatro millones doscientos cincuenta y cuatro mil novecientos diez bolívares con seis céntimos (Bs. 4.254.910,06) por reconsideración de precios y cuatro millones doscientos cincuenta y un mil quinientos noventa y dos bolívares con veintiséis céntimos (Bs. 4.251.592,26) por Obras Extras.

Por último señalan que demandan a la República de Venezuela con fundamento en el artículo 1.185 del Código Civil y el artículo 42 ordinales 14 y 15, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para que convenga o en su defecto sea condenada al pago de las siguientes cantidades:

- 1) 1) Ocho millones quinientos seis mil quinientos dos bolívares con treinta y dos céntimos (Bs. 8.506.502,32), que corresponde al capital inicial adeudado por la reconsideración de precios y las obras extras.
- 2) 2) Los intereses moratorios causados sobre el capital antes demandado, desde el 26 de febrero de 1988 a la tasa del 12% anual, según lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio, los que alcanzan a la cantidad de diez millones doscientos siete mil ochocientos dos bolívares con setenta y ocho céntimos (Bs. 10.207.802,78), al 26 de febrero de 1998, así como aquellos que se sigan causando hasta la fecha de ejecución de la sentencia definitiva.
- 3) 3) La cantidad que resulte de aplicar la correspondiente corrección monetaria sobre las cantidades demandadas en el punto primero de este capítulo, hasta el día en que sea

ejecutada la sentencia, en base a la aplicación del Índice de Precios al Consumidor de la ciudad de Caracas publicado por el Banco Central de Venezuela, cantidad ésta que al 28 de febrero de 1998 es la cantidad de bolívares quinientos setenta millones doscientos treinta y ocho mil doscientos cuarenta y dos bolívares con sesenta y nueve céntimos (Bs. 560.238.242,79).

Asimismo solicitaron que el monto derivado del ajuste por inflación se determine mediante experticia complementaria del fallo. Finalmente estiman la presente demanda en la cantidad de quinientos setenta y ocho millones novecientos cincuenta y dos mil quinientos cuarenta y siete bolívares con ochenta y nueve céntimos (Bs.578.952.547,89).

## II DE LA CUESTIÓN PREVIA OPUESTA

En la oportunidad legal para dar contestación a la demanda, las apoderadas judiciales de la parte demandada opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 5º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la falta de caución o fianza necesaria para proceder al juicio. Al respecto señalaron:

*“El artículo 36 del Código Civil Venezolano prevé:*

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

*...(omissis)...*

*En el caso que nos ocupa, este requisito de procedencia de las demandas ejercidas por personas no domiciliadas en Venezuela, es claramente aplicable respecto de la empresa KRACKERTON CORPORATION N.V, pues, tal como la misma parte actora se identifica en el propio libelo de demanda, dicha compañía está domiciliada en ‘Curazao, Antillas Neerlandesas’.*

*En este sentido, es de observar, que la referida obligación del demandante no domiciliado en el país de prestar caución es el principio general, el cual sólo admite dos excepciones que también se encuentran previstas en el citado artículo 36 del Código Civil; siendo las mismas:*

- a. a. Que el demandante tuviese bienes suficientes en el país, o*
- b. b. Que alguna Ley especial disponga lo contrario.*

*En lo atinente a la primera excepción (suficiencia de bienes en el país), es obvio que ésta no se ha configurado en el presente caso, dado que en el libelo de demanda la actora omite toda referencia a bienes de su propiedad, así como tampoco señala si posee en el país bienes suficientes para garantizar las resultas del juicio incoado.*

*Y en cuanto a la segunda excepción (existencia de una disposición legal que exima la presentación de caución), es menester destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se exceptúa al demandante no domiciliado en Venezuela de presentar caución para proceder en juicio únicamente en materia mercantil, de acuerdo con lo pautado en el artículo 1.102 del Código de Comercio, el cual dispone:*

*‘En materia comercial no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado’.*

*En este caso, tal excepción tampoco puede ser aplicada al juicio que nos asiste, toda vez que la demanda por indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la empresa KRACKERTON CORPORATION, N.V, se basa estrictamente en la supuesta responsabilidad civil de la República de Venezuela por órgano del Ministerio de la Defensa, en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que derivan del Contrato de Obra identificado con el N° CP-70-710-711-85-131 de fecha 31 de diciembre de 1985, para la ejecución de ‘Conclusión de la Clínica Aeronáutica (Unidad de Entrenamiento Fisiológico) Maracay, Estado Aragua’.*

*La naturaleza estrictamente civil, no comercial, de la materia discutida en el presente caso, se deduce con absoluta claridad del propio libelo de demanda, cuando en el Capítulo IV ‘De la Responsabilidad Civil de la República’, la empresa actora sostiene:*

*‘...Siendo que en el presente caso el supuesto ocurrido es el de la absoluta negligencia de la administración, respecto a su respuesta y al trámite de aprobación por parte de la Contraloría General de la República de las solicitudes presentadas por la contratista, en razón del necesario aumento ocurrido por la modificación del tipo de cambio del dólar vigente para el momento de la elaboración del presupuesto inicia (sic), y por el requerimiento de una serie de obras extras necesarias por la modificación del proyecto inicial de la obra, y siguiendo el criterio establecido por la doctrina antes referida, resulta aplicable la exigencia de la responsabilidad civil de la administración por hecho ilícito, es decir, la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1185 (sic) del Código Civil.*

*La consecuencia fundamental del establecimiento de la responsabilidad civil antes referida es el pago de la correspondiente indemnización del daño ocasionado...’*

*Por las razones antes expuestas, resulta evidente que en el presente juicio no concurre ninguno de los supuestos de excepción examinados, de manera que la empresa demandante (KRACKERTON CORPORATION, N.V.), al no estar legalmente domiciliada en el país y siendo una causa que no encuadra dentro del fuero comercial, está en la obligación de afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado”.*

### **III**

#### **DE LA CONTRADICCIÓN DE LA CUESTIÓN PREVIA OPUESTA**

Por escrito de fecha 18 de marzo de 1999, el apoderado judicial de la parte actora procedió a contradecir la cuestión previa opuesta por la parte demandada, contenida en el ordinal 5º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil y, al respecto expresó:

*“1.- Conforme lo previsto en el artículo 36 del Código Civil, ‘el demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país una cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales’.*

*2.- En el presente caso, resulta aplicable la norma de carácter especial prevista en el artículo 1.102 del Código de Comercio, el cual expresamente señala que en materia comercial no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fue juzgado y sentenciado.*

*Esta norma constituye una excepción prevista en una norma de carácter especial al principio general del artículo 36 del Código Civil.*

*3.- La comercialidad de la reclamación judicial planteada por mi representada deriva de varios elementos, a saber:*

*3.1. La empresa que celebró el contrato del cual deriva la reclamación planteada en este juicio, es una sociedad mercantil por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Comercio, es un comerciante.*

*3.2. La empresa que suscribió el contrato que ha dado origen a la reclamación judicial planteada en este juicio, es decir, DELPRE, C.A. es una sociedad mercantil cuyo objeto fundamental es la actividad de construcción, por lo que conforme lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 2 del Código de Comercio, los actos de dicha empresa son actos objetivos de comercio. En efecto, el artículo segundo de los Estatutos Sociales vigentes de VELPRE, C.A., señala que dicha sociedad ‘tiene por objeto ejecutar trabajos de construcción, proyectos, estudios, supervisión, administración de bienes, compra y venta de inmuebles, materiales y equipos, transporte e importación de los mismos, movimientos de tierra, edificación y venta, fraccionamiento y urbanización de inmuebles, y en general, todo lo relacionado con la Industria de la Construcción, pudiendo dedicarse a toda actividad de lícito comercio’.*

*3.3. Por otra parte, nuestra representada, KRACKERTON CORPORATION, N.V. es una sociedad mercantil extranjera, por lo que también goza de la calificación e (sic) comerciante prevista en el artículo 10 del Código de Comercio.*

*4. El carácter comercial de la reclamación judicial ejercida por mi representada, deriva igualmente de lo dispuesto en el artículo 1.092 del Código de Comercio, el cual señala: ‘si el acto es comercial aunque sea para una sola de las partes, las acciones que de él se deriven correspondería a la jurisdicción comercial’.*

*Adicionalmente, el ordinal 1º del artículo 1.090 del Código de Comercio establece que corresponde a la jurisdicción comercial el conocimiento de toda controversia sobre actos de comercio entre toda especie de personas.*

*...(omissis)...*

5. *La naturaleza de la pretensión procesal planteada por mi representada en nada desvirtúa el carácter comercial del proceso, es decir, no altera la naturaleza comercial de la reclamación el hecho de que se pretenda obtener el establecimiento de la responsabilidad civil del demandado.*

*...(omissis)...*

6. *Es igualmente importante señalar que el hecho de que nos encontremos ante situaciones derivadas de un contrato administrativo en nada afecta la presencia del carácter comercial del contrato para la empresa contratista, DELPRE, C.A. quien es la cedente de los derechos derivados de dicho contrato y de los que mi representada es actualmente titular.*

*...(omissis)...*

*En conclusión, la presencia del elemento comercial para nuestra representada, KRACKERTON CORPORATION, N.V., como cesionaria de los derechos de la empresa contratista original, DELPRE, C.A., permite la aplicación de la excepción prevista en el artículo 1.102 del Código de Comercio”.*

#### **IV DE LAS PRUEBAS APORTADAS EN LA INCIDENCIA**

Por escrito de fecha 20 de abril de 1999, el representante judicial de la parte actora, abogado Augusto José Pérez Gómez, promovió pruebas en la incidencia de cuestiones previas en los siguientes términos:

1. *1. Copia de los Estatutos aprobados por la Asamblea de accionistas de DELPRE, C.A., celebrada el 15 de enero de 1970, los cuales constan en el Acta que fuera inscrita en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 08 de mayo de 1970, bajo el N° 17, Tomo 47-A. Dicha copia se promueve de conformidad con lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil y se acompaña marcada A.*
2. *2. Copia del documento constitutivo de KRACKERTON CORPORATION, C.A., otorgado ante Henry Albert Sperwer, Notario Civil de Curacao, Antillas Neerlandesas, el 13 de octubre de 1992, bajo el N° 2835/NV, con su correspondiente traducción al castellano. Dicha copia se promueve de conformidad con lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil y se acompaña marcado B.*
3. *3. Reproduzco el mérito favorable que deriva del propio instrumento poder que fuera acompañado al propio libelo de demanda, ya que en el mismo se deja constancia del carácter mercantil de mi representada, el cual en ningún momento fue cuestionado por la representación de la demandada.*
4. *4. Reproduzco el mérito favorable que deriva del propio contrato acompañado al libelo, ya que en el mismo se deja constancia del carácter mercantil de DELPRE, C.A. , el cual en ningún momento fue cuestionado por la representación de la demandada”.*

## V FUNDAMENTOS DEL FALLO

En el caso bajo análisis, la presente controversia está referida a establecer si la parte actora debe o no afianzar las resultas del juicio para determinar la procedencia de la cuestión previa prevista en el ordinal 5º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, opuesta por los representantes de la República.

En efecto, alude dicha representación que el artículo 36 del Código Civil establece que el demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, estableciendo como únicas excepciones a tal exigencia, que el actor posea en el país bienes en cantidad suficiente, o que sea exonerado de hacerlo por ley especial.

Según los representantes de la República, la parte actora no se encuentra en ninguna de las excepciones previstas en el artículo 36 del Código Civil, por cuanto no consta en autos referencia alguna de que existan bienes en Venezuela propiedad de la actora suficientes para garantizar las resultas del presente juicio, y por otra parte, en lo referente a la excepción legal, la única existente es la que se encuentra contenida en el artículo 1.102 del Código de Comercio, que establece que en materia comercial el demandante no domiciliado en Venezuela no está obligado a afianzar el pago de lo que le fuere juzgado y sentenciado, lo cual -a juicio de la República- no puede aplicarse, toda vez que la pretensión deducida en autos es civil.

Por su parte la representación de la actora alega que se encuentra sometido al supuesto del artículo 1.102 del Código de Comercio, que establece que en materia comercial el demandante no domiciliado en Venezuela no está obligado a afianzar el pago.

Establecido lo expuesto por ambas partes, considera la Sala que es necesario determinar el alcance de la disposición contenida en el artículo 36 del Código Civil. Al efecto, el artículo 36 del Código Civil expresa: *“El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales”*.

Sobre el anterior particular, ya esta Sala se pronunció en la sentencia dictada en fecha 11 de julio de 2001, expediente 15.261, señalando respecto de la mencionada norma, lo siguiente:

*“La disposición transcrita regula el caso de lo que se denomina en doctrina cautio judicatum solvi, la cual consiste en que el demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado.*

*Esta figura comporta dos excepciones, las cuales consisten en que la caución no procede cuando el actor demuestre que posee en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales.*

*La primera de las excepciones se refiere al caso de que el demandante a pesar de no estar domiciliado en el país, demuestre que tiene bienes suficientes para responder de las resultas del juicio, caso en el cual corresponderá a éste la carga de probar esta circunstancia a los fines de excluir el requisito de la fianza.*

*La otra excepción se refiere a lo que dispongan las leyes especiales, ello en armonía con lo expresado en el mismo Código Civil en su artículo 14, en donde se aplica el criterio de especialidad, respecto de la ley general.*

*Estima la Sala que las excepciones mencionadas no tienen carácter concurrente, es decir, que la existencia de una sola de ellas hace innecesaria la existencia de la otra.”*

A la luz del mencionado criterio, se observa que en el caso que nos ocupa, los alegatos de la parte actora se fundamentan en la segunda de las excepciones del artículo 36 del Código de Procedimiento Civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.102 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

*“Artículo 1.102.- En materia comercial, no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado”.*

En el caso bajo estudio, se hace necesario examinar la condición de comerciante, la cual se encuentra prevista en el artículo 10 *eiusdem*, cuyo texto expresa: *“Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles”.*

Asimismo, el artículo 200 del Código de Comercio expresa:

*“Las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen uno o más actos de comercio.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre el carácter mercantil, cualquiera sea su objeto...”*

Expuesto lo anterior, debe esta Sala en primer lugar pronunciarse sobre uno de los alegatos del demandante para oponerse a la cuestión previa, esto es, el hecho de que la empresa que suscribió el contrato que dio origen a la presente reclamación, es una sociedad

mercantil y que la actividad que generó la obligación del pago de la República era mercantil.

A los fines de resolver lo anterior, debe determinarse preliminarmente si la condición mercantil del cedente, así como la actividad que vinculaba a ésta con la demandada es susceptible de transmitirse al cesionario (sociedad mercantil Krackerton Corporation N.V.), mediante las sucesivas cesiones de crédito que se efectuaron.

Al respecto, considera este Máximo Tribunal que la cesión de créditos es un mecanismo de transmisión de las obligaciones, en el cual el cesionario sustituye al acreedor originario en las mismas condiciones, permaneciendo todas las garantías (cauciones, privilegios e hipotecas) que lo protegen; y el deudor cedido conserva las defensas y excepciones que tenía originalmente.

Ahora bien, lo que es transmisible es todo aquello que se encuentre vinculado al crédito, pero no las peculiaridades y privilegios que derivan de la naturaleza personal del sujeto que hace la transmisión, que pudiera derivar de su naturaleza jurídica, su carácter público o privado, su forma de constitución.

De allí, que en el caso que nos ocupa, la cesión de créditos no puede trasladar al sujeto cesionario la condición de nacional o mercantil. Así se decide.

Siendo ello así, el análisis que debe efectuar esta Sala para verificar la cuestión previa opuesta de falta de caución, estará circunscrita a la condición del demandante y a la naturaleza de la pretensión.

Por lo que atañe a este último supuesto aludido, esto es, la naturaleza de la pretensión, observa esta Sala que el libelo de demanda se fundamentó en el artículo 1.185 del Código Civil y en el artículo 42 ordinales 14º y 15º en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, demandándose al efecto, el monto del capital adeudado inicialmente por la reconsideración de precios y obras extras, los intereses moratorios causados sobre el capital a la tasa del 12% anual, y la cantidad que resulte de aplicar la correspondiente corrección monetaria sobre las cantidades demandadas.

Ahora bien, estima esta Sala que efectivamente de conformidad con el artículo 1.102 del Código de Comercio si el demandante lo fuera en materia comercial sería irrelevante la naturaleza de la pretensión, por cuanto la acción judicial de indemnización de

daños y perjuicios no implicaría la pérdida del carácter comercial de la reclamación, si ésta lo tuviere originalmente.

Al efecto se observa que en los estatutos sociales (folios 202 y 203 del expediente) se establece que la señalada empresa tiene por objeto:

- “1. El adquirir, poseer, administrar, vender, trocar, ceder, enajenar, emitir y la negociación de acciones, y otros certificados de participe (sic) y obligaciones, valores, vales, reconocimientos de deuda, letras y otras obligaciones y de otros efectos públicos incluido pero sin limitación a la venta (sic) a la baja de efectos públicos, la compra de valores con garantía de valores públicos, el empeño (sic) de efectos públicos, la dedicación a transacciones de arbitraje...”*
  - 2. el contraer empréstitos y el préstamo de dinero y prestar garantías a favor a favor de terceros.*
  - 3. el adquirir de:*
    - a. a. bienes gananciales provenientes en la enajenación o la cesión del derecho al uso de derechos de autor, de patentes, de modelos, de procedimientos o recetas secretas, de marcar comerciales y negocios similares;*
    - b. b. licencias, bajo las cuales se comprenden alquileres, en cuanto a películas o al caso del uso de instalaciones industriales, comerciales o científicas...”*
    - c. c. recompensas para asistencia técnica;*
  - 5. 5. el colocar directamente o indirectamente los recursos en bienes raíces y derechos que están situados y establecidos fuera de las Antillas Neerlandesas, el obtener, poseer, administrar, alquilar, arrendar, parcelar, desecar, desarrollar, cultivar, enajenar, gravar, explotar los bienes raíces, incluso los bienes raíces destinados a la empresa agricultura y ganadera...”*
- (omissis)*
- 6. 6. la representación y la atención a los intereses de terceros;*
  - 7. 7. el ejecutar, como principal, encargado de negocios, comisionista director y/o administrador de todo o que tenga cualquier relación con lo anterior o que pueda ser útil o necesario,...”*

Conforme a lo expuesto, esta Sala puede observar que la empresa extranjera demandante Krackerton Corporation N.V., es una empresa mercantil. Sin embargo, de las actas que conforman el presente expediente, de los alegatos y demás pruebas aportadas por las partes, esta Sala pudo constatar que la causa incoada versa en la reclamación proveniente del incumplimiento de las obligaciones contraídas con la República por órgano del Ministerio de la Defensa, en virtud de un contrato que tenía por objeto la ejecución de la obra “Conclusión de la Clínica Aeronáutica” (Unidad de entrenamiento fisiológico) Maracay, Estado Aragua.

De acuerdo con lo explicado, la Sala pasa a analizar si en efecto estamos en presencia de un contrato administrativo o por el contrario nos encontramos en presencia de una relación meramente mercantil; para ello nos remitimos a la reiterada jurisprudencia de la Sala, la cual ha señalado como características esenciales de los contratos administrativos: 1) Que una de las partes en el contrato sea un ente público; 2) La presencia en el contrato de las llamadas cláusulas contractuales exorbitantes; y 3) La finalidad y utilidad de servicio público o de interés públicos en el contrato.

En el caso *sub júdice* se observa que una de las partes en el contrato es La República, así como que el objeto del mismo es la ejecución de la obra “Conclusión de la Clínica Aeronáutica” (Unidad de entrenamiento fisiológico) Maracay, Estado Aragua, es decir, se demuestra que la finalidad del contrato es la realización de una obra de servicio público, por lo cual es evidente los intereses generales o colectivos en su ejecución.

**Por lo tanto, aun cuando en este caso la parte actora es una sociedad mercantil, como se estableció *supra*, no es menos cierto que el objeto de la presente demanda está vinculado con un contrato de naturaleza administrativa, razón por la cual la excepción contenida en el artículo 1.102 del Código de Comercio, referida a la materia comercial, en la cual solo se tienen en cuenta intereses privados, no resulta aplicable al presente caso. Así se declara.**

**En consecuencia, al no constar en autos ni haber demostrado en este proceso la parte actora, la existencia de bienes suficientes en el territorio de la República que puedan garantizar las resultas del juicio, la cuestión previa opuesta debe prosperar. Así se declara.**

Dada la exigencia de la fianza, conforme al análisis expuesto, esta Sala pasa a determinarla en su monto y para ello observa que, en el petitorio de la demanda se solicitó el pago de las siguientes cantidades:

1.- Ocho millones quinientos seis mil quinientos dos bolívares con treinta y dos céntimos (Bs. 8.506.502,32), que corresponde al capital inicial adeudado por la reconsideración de precios y las obras extras.

2.- Los intereses moratorios causados sobre el capital antes demandado, desde el 26 de febrero de 1988 a la tasa del 12% anual, según lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio, los que alcanzan a la cantidad de diez millones doscientos siete mil ochocientos

dos bolívares con setenta y ocho céntimos (Bs. 10.207.802,78), al 26 de febrero de 1998, así como aquellos que se sigan causando hasta la fecha de ejecución de la sentencia definitiva.

3.- La cantidad que resulte de aplicar la correspondiente corrección monetaria sobre las cantidades demandadas en el punto primero de este capítulo, hasta el día en que sea ejecutada la sentencia, en base a la aplicación del Índice de Precios al Consumidor de la ciudad de Caracas publicado por el Banco Central de Venezuela, cantidad ésta que al 28 de febrero de 1998 es la cantidad de bolívares quinientos setenta millones doscientos treinta y ocho mil doscientos cuarenta y dos bolívares con sesenta y nueve céntimos (Bs. 560.238.242,79).

4.- Asimismo solicitaron que el monto derivado del ajuste por inflación se determine mediante experticia complementaria del fallo. Estimando la demanda en la cantidad de quinientos setenta y ocho millones novecientos cincuenta y dos mil quinientos cuarenta y siete bolívares con ochenta y nueve céntimos. (578.952.547,89).

En el escrito de oposición de cuestiones previas, las apoderadas judiciales de la parte demandada expusieron lo que a continuación se expresa:

*“El artículo 36 del Código Civil Venezolano prevé:*

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

*...(omissis)...*

*En el caso que nos ocupa, este requisito de procedencia de las demandas ejercidas por personas no domiciliadas en Venezuela, es claramente aplicable respecto de la empresa KRACKERTON CORPORATION N.V, pues, tal como la misma parte actora se identifica en el propio libelo de demanda, dicha compañía está domiciliada en ‘Curazao, Antillas Neerlandesas’.*

*En este sentido, es de observar, que la referida obligación del demandante no domiciliado en el país de prestar caución es el principio general, el cual sólo admite dos excepciones que también se encuentran previstas en el citado artículo 36 del Código Civil...”*

**Ahora bien, visto lo que se desprende del libelo de demanda, el accionante ha estimado la demanda en la cantidad de quinientos setenta y ocho millones novecientos cincuenta y dos mil quinientos cuarenta y siete bolívares con ochenta y nueve céntimos (Bs. 578.952.547,89); y visto igualmente, que la parte demandada solicita la garantía exigida en el artículo 36 del Código Civil, esta Sala considera que el 30% del monto**

**del capital es suficiente para garantizar los resultados del juicio, por lo que la parte demandante deberá constituir la fianza o la caución de ciento setenta y tres millones seiscientos ochenta y cinco mil setecientos sesenta y cuatro bolívares con treinta y seis céntimos (Bs. 173.685.764,36). Así se decide.**

## **VI DECISIÓN**

En virtud de las consideraciones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR** la cuestión previa prevista en el ordinal 5° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, opuesta por la representación de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, la causa permanecerá suspendida hasta que la parte actora consigne ante la Sala, la fianza necesaria para proceder al juicio, lo cual deberá hacer dentro de los cinco días de despacho siguientes a la notificación que se haga de la presente decisión, de conformidad con el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil.

Se condena en costas a la parte actora, sociedad mercantil Krackerton Corporación, N.V., de conformidad con los artículos 357, 276 y 274 del Código de Procedimiento Civil, disposición que resulte aplicable por remisión expresa que hace el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintiun (21) días del mes de febrero del año dos mil dos. (2002). Años 191° de la Independencia y 143° de la Federación.

El Presidente,

**LEVIS IGNACIO ZERPA**

El Vicepresidente-Ponente,

**HADEL MOSTAFÁ PAOLINI**

Magistrada,

**YOLANDA JAIMES GUERRERO**

La Secretaria,

**ANAÍS MEJÍA CALZADILLA**

**Exp. Nro. 14867**

En veintiseis (26) de febrero del año dos mil dos, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 00339.