

**DERECHO COMPARADO,
PRIVADO Y ARBITRAJE
AUTOR: LUCIANO LUPINI BIANCHI**

Durante este trimestre fue publicada la señalada obra del profesor Lupini. Dado que dicho libro no fue objeto de presentación formal en la Academia, dejamos aquí reseñada su edición, la cual consta de doscientos cincuenta ejemplares, en físico. Para divulgar su propósito y contenido, así como para facilitar su lectura, sustituimos a las palabras de presentación de rigor, con su prólogo, elaborado por el actual Presidente de esta Corporación, el cual reproducimos a continuación:

PRÓLOGO

Es para nosotros motivo de especial satisfacción el poder compartir con los lectores de la obra de Luciano Lupini, algunas reflexiones acerca de esta segunda compilación de la suma que nos brinda el autor. El compromiso adquiere mayor relevancia por la amistad de vieja data que nos une con Luciano. En efecto, nos conocimos en la Universidad Católica Andrés Bello en los años setenta del siglo pasado. Compartimos una época del desarrollo académico de la disciplina que ambos cultivamos en la cual parecía que estaban por definirse cambios importantes. Los mismos estaban sujetos, como siempre sucede, a los nuevos requerimientos impuestos por la situación político-social del país. De alguna manera, tiene razón Roger Cotterrell cuando señala que la tarea del Derecho es de “*ingeniería social*”.¹

En todo caso, en el país en el cual vivíamos, las dictaduras habían quedado atrás temporalmente, como los tiempos recientes han demostrado, y el gobierno de Rafael Caldera se adentraba en la ardua labor de tratar de gobernar con respeto al Estado de Derecho y a las instituciones, sin el apoyo de la mayoría del Congreso, de las asambleas

¹ Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992. p. 156.

legislativas y de los concejos municipales. Sin embargo, la mayoría del país tenía la esperanza de buscar en el Derecho las soluciones de coordinación social que este podía aportar. Del lado de los estudiantes entendíamos que estábamos formándonos para proporcionar algo que la sociedad venezolana requería y que estaba dispuesta a aceptar antes de recorrer otro tipo de camino. Lo anterior no quiere decir que la libertad presente en el ambiente del país y del mundo no exigiera a los estudiantes una firme expresión de la misma en exigencias académicas que habían quedado abandonadas frente a los momentos históricos vividos. Los estudiantes de nuestra época exigían una mayor participación en la toma de decisiones académicas que definieran la forma de, en el caso nuestro, enseñar el Derecho. Lo anterior podía ser objeto de diferencias drásticas que la comunidad universitaria fue capaz de dirimir dentro de un ambiente de convivencia y tolerancia.

Después de la Universidad, a lo largo de los años tuvimos la oportunidad de coincidir con Luciano, a pesar de desarrollar nuestra actividad profesional en ramas diferentes. No obstante, nuestra amistad se consolidó gracias a una estrecha y duradera relación de afecto y respeto entre nuestros familiares. Unamuno estaba en lo cierto cuando decía que *“cada nuevo amigo que ganamos en la carrera de la vida nos perfecciona y enriquece, más aun que por lo que él mismo nos da, por lo que de nosotros mismos nos descubre”*.² Lo anterior nos genera un compromiso de exigencia absoluta, lo cual nos recuerda a un autor que Luciano conoce bien por estar relacionado con Montaigne, Étienne de la Boétie, quien afirmaba que: *“Nuestra naturaleza es tal que los comunes deberes de la amistad se llevan una buena parte del curso de nuestra vida”*.³ Dispongámonos pues, a ocupar en esta grata actividad parte del curso de nuestra vida.

Como punto de partida y con el objeto de comprender el universo del conocimiento que inspira al autor del libro objeto de nuestro prólogo, debemos resaltar que el profesor Lupini, posee algunas de las características que Benedetto Croce, citado por Ferrone, destaca de la

² Miguel de Unamuno, *El secreto de la vida*, Clásicos de la Literatura Universal, Círculo de Lectores, Barcelona, 1969. p. 117.

³ Étienne de la Boétie, *Discurso de la servidumbre voluntaria*, Editorial Trotta, Madrid, 2008. p. 26.

forma de pensar del hombre de la Ilustración. Croce, en su obra *La Storia come pensiero e come azione* menciona acerca de la Ilustración: “*es de alguna manera una forma perpetua del espíritu humano y una de sus armas necesarias, y de la otra ha dado su nombre a una época vigorosa y productiva de la vida europea*”.⁴

Al final Croce trata de ampliar el tiempo histórico en el cual se produce la Ilustración, para hablarnos de ella, no solo como un período de la historia del pensamiento, sino también en la capacidad de algunos pensadores de mantener el espíritu de esa idea en la cual se combina la filosofía con la historia. En el caso del profesor Lupini se entrelazan un racionalismo exigente con un conocimiento detallado de la evolución del Derecho en las distintas legislaciones, lo cual le permite llegar a comparaciones útiles que soportan claras y precisas conclusiones. Todo ello acompañado de explicaciones a través de casos concretos que nos permiten no perder la relación necesaria con la realidad práctica del jurista. Por ello en sus escritos podemos contar, como lo han hecho muchos de los obligacionistas a lo largo de la historia, con personajes como Ticio, Caio y Octavia que ilustran la posición de los seres humanos frente a las interpretaciones que los juristas generan con respecto a los casos que los afectan. Lupini nos recuerda, lo cual a veces muchos olvidan, que el Derecho se hace para solucionar los problemas de las personas. Esta dimensión de igualdad frente a la ley, de justicia conmutativa, a veces parece perderse frente a la intromisión del Derecho público en todos los ámbitos de la vida social.

En otro orden de ideas, la compilación de ensayos que el autor nos propone muestra un enlazamiento temático a lo largo de la misma, que proporciona una idea holística del conjunto. Ello la hace leíble como un todo en el cual se repiten conceptos básicos del autor, los cuales se interconectan a pesar de la variedad de los temas asumidos. En realidad, estamos frente a un trabajo que permite revisar todo un proceso de interpretación en un período de tiempo determinado. Ello da la oportunidad, una vez más, de rescatar en el contexto de lo jurídico, el valor de los trabajos individuales de los autores, los cuales constituyen

⁴ Vincenzo Ferrone, *The Enlightenment. History of An Idea*, Princeton University Press, Princeton University and Oxford, 2015. p. XV.

expresión de un Derecho vivo, que cambia todos los días, frente a las imposiciones de una realidad ineludible. Lo anterior supone evaluar en el tiempo, más en una época supuesta a cambios imprevistos, la forma de comunicar el Derecho. No solo en lo relativo a lo legislado sino también en el caso que nos ocupa, a lo estrictamente académico.

Particularmente sentimos que el prólogo que hoy hemos asumido da continuidad al realizado por el Académico José Mélich Orsini, en la oportunidad de prologar en 2010 la obra titulada *Estudios de Derecho privado* del profesor Lupini. Sea propicia la oportunidad, tal como lo hace Luciano en el Liminar de esta obra, para recordarlo con admiración y respeto. Los comentarios del académico Mélich son particularmente importantes para entender la obra de Luciano, desde la perspectiva de un especialista, en muchos de los temas planteados. No voy a caer en la tentación, como lo hizo el Dr. Mélich en su prólogo “*de manifestar mis preferencias*”, aunque si las tengo, por los distintos trabajos presentados en el libro que hoy prologamos.⁵ Sólo quiero aprovechar la oportunidad, lo cual también fue ampliamente comentado por Luciano en el Liminar, para mencionar la visión de Mélich de entender la importancia del trabajo de este relativo a “*La responsabilidad precontractual en Venezuela*” (1991). Mélich comprendió que era una obra pionera en el Derecho civil venezolano, la cual no debía ser incorporada al libro prologado por él por cuanto Luciano estaba en el proceso “*de expandirla y modificarla tomando en cuenta los desarrollos recientes de la doctrina nacional y extranjera sobre el tema de la buena fe y de los tratos preliminares*”.⁶

No se equivocó el gran maestro. En efecto, “*La responsabilidad precontractual en el Derecho comparado moderno y en Venezuela*” constituyó el Trabajo de incorporación de Luciano Lupini Bianchi a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.⁷ Tal como lo ha expresado Luciano en el Liminar ya señalado, tal obra fue objeto de especial

⁵ José Mélich-Orsini, “Prólogo” en Luciano Lupini Bianchi, *Estudios de Derecho Privado*, Serie Estudios N° 85, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010. p. XI.

⁶ José Mélich-Orsini, ob.cit., p. XII.

⁷ Luciano Lupini Bianchi, *La responsabilidad precontractual en el Derecho Comparado. Trabajo de Incorporación*, Serie Discursos N° 5, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014.

consideración en la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 20 de julio de 2015, en materia de contratos preliminares.

A continuación, haremos algunos comentarios breves acerca del material contenido en esta obra objeto de nuestro prólogo. No podemos dejar de mencionar, al igual que en la obra de compilación anterior, la presencia de principios que se repiten constantemente en el pensamiento del autor. Eso constituye un factor que otorga claridad a su pensamiento. Descartes lo señalaba así:

*“Que no me atribuyan jamás opinión alguna a no ser que expresamente la hallen en mis escritos, y que jamás acepten como verdadera ninguna, ni en mis escritos ni en los de ningún otro, a no ser que vean muy claramente cómo se deduce a partir de los principios verdaderos.”*⁸

En su trabajo acerca de *“Limitaciones estatutarias a la transmisión de acciones: las cláusulas de consentimiento”*, el profesor Lupini ahonda un tema como es el de los mecanismos estatutarios existentes en las compañías anónimas para limitar la posibilidad de circulación de las acciones. Asunto que ha sido ignorado tanto por el legislador venezolano como por la mayoría de la doctrina. Lupini, recurriendo a principios de orden público consagrados en la Constitución, trata de darnos luz acerca de cómo resolver *“a nivel de interpretación, el conflicto existente entre el interés social (o el de la mayoría que controla la sociedad) y el Derecho a la libre transmisión de los bienes en general, tutelado por el artículo 545 de nuestro Código Civil y por los artículos 112 y 115 de la Constitución Nacional”*. Las reflexiones del profesor Lupini lo llevan a afirmar que *“el meollo del asunto no reside tanto en seguir debatiendo acerca del tipo o calidad de motivación requeridos, sino en entender que, para aceptar la validez de la cláusula, los requisitos a los cuales se supedita la transferencia de las acciones no pueden desmejorar sustancialmente la posición del accionista que desea salir de la sociedad”*. Lupini procura defender la posición sostenida por Garrigues

⁸ Citado por: Gabriel Albiac, *La sinagoga vacía*, Tecnos, Madrid, 2013. p. 209.

y Uria de que el accionista no puede ser efectivamente “*prisionero de sus acciones*”, quedando sujeto a los caprichos de los administradores.

En todo caso, el autor cuya obra prologamos, aumentando el alcance de la protección al accionista, indica que debe establecerse necesariamente, que la empresa o los demás accionistas, ejerzan el Derecho de adquirir las acciones para el caso de rechazo del *placet* (autorización para transferir las acciones). Lupini coincide con el profesor Morles, citado varias veces en su trabajo, en el sentido de que “*No se podría llegar a establecer la prohibición absoluta de transmitir. Tal pacto, seguramente, sería estimado nulo, por contrariar principios de orden público económico*”.⁹

Sobre el tema en estudio Lupini aborda cuestiones capitales como: la inadmisibilidad del rechazo inmotivado o puramente discrecional del *placet*; la posibilidad de introducir la cláusula en una reforma posterior de los estatutos o eliminarla; su aplicabilidad a los casos de transmisiones de acciones *mortis causa* y a los supuestos de ejecución forzosa o remate de las acciones. Como en otros trabajos suyos, el profesor Lupini nos introduce en temas poco estudiados o que requieren ampliar el horizonte de análisis. Creo firmemente que el profesor Morles agradeció como mercantilista este trabajo de Lupini en su Libro Homenaje.

En otro de sus trabajos relativo a “*Consideraciones críticas acerca de una reciente Sentencia en materia de ejecución de hipoteca y resolución de contrato de compraventa*”, Lupini realiza un detenido análisis de una Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo con el objeto de “*verificar si el criterio asentado en este fallo ..., al adoptar una peculiar interpretación y aplicación del artículo 660 del Código de Procedimiento Civil conduce, en los casos de contratos sinalagmáticos en donde se haya garantizado la obligación de una de las partes con garantía hipotecaria, a una solución ajustada de Derecho o si, por el contrario, se traduce en una franca violación de principios trascendentales de Derecho sustantivo en materia de contratos y de obligaciones*”. Dentro del desarrollo del artículo de Lupini son centrales, en mi opinión, a destacar: el análisis de los principios que rigen en materia de

⁹ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles*, Tomo I-A, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, p. 1241.

cumplimiento del contrato bilateral y la acción resolutoria; los efectos económicos que se producirían como consecuencia del rechazo de la acción resolutoria y las violaciones de la Constitución en materia de debido proceso y tutela judicial efectiva.

En el trabajo del autor es digno resaltar la claridad con la cual aborda la explicación del “mote” sinalagma funcional. Tal como indica el profesor Lupini:

“Es sabido que, en el marco de la llamada teoría general de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, existen tres mecanismos o institutos que son propios de la misma. Nos referimos a la excepción de incumplimiento (Exceptio non adimpleti contractus); a la acción resolutoria y a la teoría de los riesgos.

Este género de contratos se caracteriza porque en ellos se genera una interdependencia entre las recíprocas prestaciones de las partes, de tal manera que los sacrificios u obligaciones que una de las partes asume, tienen su fundamento o contrapartida en las ventajas que ella espera obtener de la otra parte, y viceversa.

La interdependencia señalada, que se suele caracterizar con el mote de sinalagma funcional, explica precisamente el motivo por el cual es preciso recurrir a particulares remedios en estos casos, cuando una de las partes no cumple, o deja de cumplir, con sus obligaciones, bien sea por su culpa o por una causa extraña no imputable (teoría de los riesgos)”.

Lupini siguiendo una tradición doctrinal patria que tiene ejemplo en los comentarios de Carlos Morales al Código Civil de 1922, y en autores extranjeros como Henri de Page y Sophie Stinys, sostiene que es el acreedor a quien compete el derecho de elegir entre acción de cumplimiento o resolución del contrato. En términos más contundentes señala el autor que venimos prologando: “Ni el juez, ni el deudor pueden imponerle su escogencia al acreedor, quien es el dueño de su opción”.

De una forma absolutamente lógica Lupini resalta lo que llama “caracteres más grotescos” cuando en el caso del contrato de compraventa (si aplicamos la sentencia comentada) no se le permite al vendedor recuperar el bien enajenado, frente a la falta de pago del precio. Lupini concluye que:

“...el criterio establecido en el caso concreto por la sentencia criticada, se ha producido en violación del Derecho constitucional que tenían los vendedores demandantes a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Cabría pronunciar efectivamente la resolución del contrato solicitada con los correspondientes daños y perjuicios y no dejarlos en un estado de indefensión que, además desmejoró sustancialmente sus derechos patrimoniales...”

En materia de arbitraje Lupini nos aporta un estudio que lleva por título *“Naturaleza, efectos, requisitos y modalidades del laudo arbitral”*. Su trabajo constituye un esfuerzo denso que aborda temas que siguen sobre el tapete en la consideración de los juristas que se ocupan de ellos. Lupini comienza afirmando que *“las tesis que asignaban una naturaleza meramente contractualista al procedimiento arbitral, olvidan que este procedimiento no es un método autocompositivo de controversias o litigios conforme al cual las partes resuelven por sí solas sus diferencias, tal como es el caso de la transacción, sino que se trata de una fórmula de heterocomposición de las mismas”*.

El profesor Lupini acude a opiniones como la del recordado académico Arístides Rengel Romberg para resaltar lo señalado por este en el sentido de que *“en el arbitramento no se pueden separar las dimensiones de lo contractual y lo jurisdiccional”*. Apoyado por autores nacionales, entre los cuales están los académicos Alberto Baumeister y James Otis Rodner, Lupini se introduce en la discusión de las definiciones del laudo arbitral. En este sentido resalta la del profesor Baumeister al señalar al laudo como aquel *“pronunciamiento o providencia dictada por los árbitros, con fuerza de cosa juzgada, culminación del proceso arbitral, por lo tanto, el acto más trascendente de ese modo en que se manifiesta la actividad jurisdiccional cumplida por ellos”*. Lupini resalta que el laudo es la expresión final de la jurisdicción convencional.

Tomando en cuenta las nociones básicas que rodean al laudo, Lupini, con una afirmación de gran vigencia hoy, señala:

“Si se tienen en mente estas nociones básicas (intangibilidad, inmutabilidad y coercibilidad), se comprenderá cómo ciertas argumentaciones dirigidas a sustentar la posibilidad de impugnar el laudo arbitral, por vías distintas del recurso de nulidad prevista de

manera exclusiva y excluyente por el legislador; atentan contra la institución del arbitraje y su perfil funcional. Esta es la conclusión a la cual ineludiblemente se debe llegar; si se consideran las bases conceptuales del arbitraje.”

Lupini finaliza esta parte de su compilación con la mención del mecanismo de “remisión” y de “rescate” del laudo arbitral los cuales no están regulados por la ley venezolana. Es un tema a pensar en una futura reforma de la legislación en la materia.

En otro de sus trabajos que lleva por título *“La reducción de las donaciones en caso de violación de la legítima en las sucesiones intestadas”* el académico Lupini realiza un análisis acerca de una obra del profesor Rafael Bernard Mainard dedicada al estudio de los contratos especiales en el Derecho civil venezolano. En el estudio que comentamos, en contra de la opinión de Mainard, Lupini expresa, a través de un análisis histórico y evolutivo de la institución, que es un error pensar que la acción de reducción por donaciones lesivas de la legítima, tan solo procede en caso de sucesiones testamentarias. Acudiendo a lo que él denomina *“la distribución topográfica”* Lupini nos aporta una explicación capital del origen del error ya señalado. En tal sentido expresa: *“Es esta distribución topográfica de la disciplina de la legítima, incluida por los italianos y por el legislador venezolano en el capítulo de las sucesiones testamentarias, la que quizás indujo al profesor Bernard Mainard en el ‘error... ya señalado’”*. Adicionalmente, reforzado con los argumentos propuestos por Degni y Coviello señala el autor:

“...cabe concluir que carece de fundamento el argumento formal del profesor Bernard Mainard, dado que no es relevante la ubicación de la materia de la legítima para excluir la acción de reducción de las donaciones lesivas de la misma cuando no haya testamento. Maxime cuando tanto el legislador italiano de 1865, como el venezolano, regulan claramente, de manera separada, la reducción de las disposiciones testamentarias y lo relativo a la acción de reducción de las donaciones, a diferencia de lo que ocurría en el Código de Napoleón.”

Lupini en su argumentación comenta el tema de los criterios basados en principios, los cuales no siempre son verdaderos. Mencionando

al francés Merlin, citado por Julián Viso, nos aporta la siguiente frase: *“la ciencia del Derecho consiste tanto en la refutación de los falsos principios, como en el conocimiento de los verdaderos”*. Por cierto, como dato digno de recordar en la materia que nos ocupa podemos señalar que Philippe-Antoine Merlini (1754-1838) llevó a cabo una legislación para la abolición de la primogenitura; aseguró la igualdad de herencia entre parientes del mismo grado y consagró la igualdad entre hombres y mujeres.

Volviendo a Lupini, este nos proporciona un resumen que concentra a las instituciones involucradas en su análisis:

“...creemos haber sentido los precedentes y principios que permiten sin lugar a dudas, afirmar que, a la ley de la institución de la legítima, la restricción de la libertad de disponer a título gratuito no se refiere solamente a las disposiciones testamentarias, sino también a las donaciones. Todo cuanto hemos expuesto, permite concluir que efectivamente en las sucesiones intestadas, procede la acción de reducción de las donaciones por violación de la legítima. Pero ahora, cabe agregar que, en las sucesiones intestadas, también procede la colación de las donaciones, la cual es un hito en el proceso de partición de la herencia, al igual que la colación de deudas”.

De cualquier manera, es patente el esfuerzo del autor por ubicar al principio de la legítima, en materia sucesoral, en la categoría de institución de orden público para la legislación venezolana.

En otro trabajo relativo a *“La reforma de 2016 de Código Civil Francés en materia de contratos, obligaciones y pruebas (con especial referencia a la responsabilidad precontractual y a la formación de los contratos)”* Lupini nos da una clara visión del contenido de la reforma realizada con un enfoque particular en temas largamente trabajados por él, como son la responsabilidad precontractual y la formación de los contratos. Para el académico Lupini el Código presenta una novedosa distribución de la materia de forma más clara y sencilla ya que el legislador francés ahora distingue entre las fuentes de las obligaciones, el régimen general de las mismas y su prueba. Para el profesor Lupini en el Código Civil francés se había presentado una inmutabilidad en mate-

ria de contratos y obligaciones que contrastaba con las numerosas modificaciones producidas en áreas como personas, familias y sucesiones.

Para el autor que comentamos en este prólogo, en Francia en los últimos dos siglos, se había producido una fuerte “fuga” de la letra del Código en la materia que nos ocupa. Vacío que había sido de cierta forma subsanado con una *“jurisprudencia pretoriana que desarrolló soluciones casuísticas que permitieron resolver los problemas centrales en la materia”*. La anterior inercia francesa contrastaba con todo un esfuerzo europeo encaminado a la reforma del Derecho de las obligaciones. Lupini nos reporta en su trabajo que, en el año 2005, motivado en parte por la publicación de diversos proyectos europeos, se produce un anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones bajo la dirección del profesor Pierre Catalá. El intento de Catalá de modificar el sistema en el Derecho francés, preservando algunas instituciones clásicas (como la causa), con el objeto de generar el interés del Derecho europeo no llegó a feliz término. El proyecto descrito no es sino un eslabón, en el largo proceso legislativo francés, narrado con gran conocimiento y precisión por el profesor Lupini, que culmina con la reforma del Código Civil descrita por el autor que prologamos.

No podemos en estos comentarios referirnos a la reforma en toda su amplitud. Pero visto desde la óptica del profesor Lupini y de los trabajos realizados por él, es lógico que enfatice algunos temas en particular. En tal sentido el autor nos indica que el legislador francés codifica el principio de la buena fe que debe regir la conducta de las partes, incluso en la fase precontractual. En materia de contratos preliminares de compraventa el Código comentado guardó silencio y se mantuvo el artículo 1589 del Código civil francés, según el cual la *“promesa de venta equivale a venta”*. Entre los comentarios de Lupini es interesante, en lo relativo a las fuentes de las obligaciones, referirse el nuevo código francés a la obligación natural como *“un deber de conciencia”* descartando la concepción clásica de la misma como una obligación civil imperfecta. Pareciera que el Código francés vuelve al tema de la conciencia presente en el Derecho natural y en algunos racionalistas como Adam Smith. También es interesante, según reporta el autor, que para el Código comentado *“los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad destinados a producir efectos jurídicos”*. Pueden ser conven-

cionales o unilaterales. Le son aplicables, en cuanto a su validez y efectos las reglas que gobiernan a los contratos.

Por otra parte, los hechos jurídicos son “*actuaciones o eventos a los cuales la ley atribuye efectos jurídicos. Las obligaciones que nacen de ellos se rigen por la responsabilidad civil extracontractual u otras fuentes de las obligaciones*”. Según nos cuenta el autor objeto de este prólogo, el Código civil francés parte, en materia de definición y tipos de contrato, de una norma novedosa:

“Cualquiera es libre de contratar o de no contratar; de escoger a su contratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites fijados por la ley. La libertad contractual no puede derogar las normas que conciernen el orden público.” (art. 1102).

Con respecto al principio de buena fe, el cual es esencial en el pensamiento del profesor Lupini, el Código francés señala: “*los contratos deben ser negociados, formados, y ejecutados conforme a la buena fe. Esta disposición es de orden público*” (art. 1104). Tal como señala Lupini “*el principio de que las partes deben conducirse conforme a la buena fe en la fase de las negociaciones preliminares y la formación del contrato se abrió paso muy lentamente*”.¹⁰ En tal sentido el legislador francés sigue la tendencia, en materia de buena fe en la fase precontractual, de los principios de Unidroit y los proyectos de unificación europeos.

En otro orden de ideas el Código civil francés, en la clasificación de los contratos, regula los de adhesión. Al propio tiempo que se eliminó la tradicional distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, se consagran normas que regulan instituciones conocidas en la práctica, más no contemplados en el Código de 1804, tales como los relacionados con oferta, promesa unilateral de contrato y pacto de preferencia. También se regula, en el código comentado por el profesor Lupini, la figura de la reticencia dolosa y el llamado dolo incidental cuando se prevé que, con independencia de la anulación del contrato, la parte pue-

¹⁰ Ver Luciano Lupini Bianchi, *La responsabilidad precontractual*, ob. cit., pp. 192 y ss.

de pedir el resarcimiento de daños y perjuicios conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

En un tema que supone un cambio trascendental en la regulación civil francesa, comenta Lupini, que en lo relativo a los requisitos de validez del contrato se menciona: consentimiento de las partes, la capacidad de contratar y un contenido cierto y lícito. El concepto de contenido de contrato viene a sustituir tanto la causa como al requisito del objeto, en su acepción clásica. Para el académico Lupini de la causa originaria, la de la obligación como elemento del contrato, recogida por el Código de 1804, nada queda. Lo anterior es especialmente matizado por el autor que prologamos con la siguiente afirmación:

“Por otro lado, más parece que, frente a las novedosas normas que se adoptaron expresamente en materia de contenido del contrato y proporcionalidad, carecen ahora de sentido los malabarismos de una jurisprudencia que manejaba a su antojo el elemento de la causa, distorsionando muchas veces su concepción histórica y aumentando con ello la inseguridad jurídica.”

Probablemente, muchos de los elementos señalados por la reforma marcarán futuras maneras de regular instituciones que en el pasado se generaron por la influencia francesa. Lupini, en este sentido, nos aportó un material fundamental para la revisión requerida de nuestras formas de regular las obligaciones en la legislación nacional.

En un terreno donde lo jurídico se combina con la literatura, filosofía y política, el profesor Lupini nos brinda, en un libro homenaje al académico Eugenio Hernández Bretón, un artículo que involucra, con gran agudeza y conocimiento, las áreas referidas. Su título: *“Aporías y paradojas en literatura, filosofía y política”*. De entrada, Lupini nos destaca el concepto de la justicia en el Quijote Cervantino. En el mismo se pone a prueba el buen juicio de Sancho Panza de elegir qué hacer con el hombre que diciendo la verdad se puede salvar, aunque su salvación convierta su verdad en mentira, lo cual lo condenaría. La primera solución de nuestro personaje, algo salomónica, conduce a resultados absurdos. Frente a ello Sancho se decanta por recurrir a un argumento extraído de la equidad y del Derecho natural. Para Luciano: *“La bús-*

queda de una justicia distinta, opuesta a la rigidez, arbitrariedad y despotismo con que operaban los jueces y autoridades en los tiempos de Cervantes, impregna la obra que comentamos". Es lo que Marta Sosa llama una justicia "*para los condenados de la tierra*".¹¹

Para ilustrar el tema de las paradojas el académico Lupini recurre a la controversia entre Protágoras, el gran sofista griego, y su discípulo Evathlo. Como acertadamente menciona Kenny:

*"Protágoras estaba preparado para argumentar en cualquier lado de la cuestión que le plantearan, presumía que él siempre podía convertir el peor argumento en el mejor... sus críticos como Aristófanes y Aristóteles decían que él podía hacer que lo equivocado pareciera lo correcto."*¹²

De cualquier forma, Lupini nos informa en su trabajo, que en el caso que nos ocupa, "*los jueces, por el temor de incurrir en contradicciones, se abstuvieron de decidir*". Es decir, llegaron a un *non liquet*. Semejante solución choca con el espíritu moderno de la justicia. Lo anterior da pie a que el autor que prologamos se refiera a "*el problema de las contradicciones y ambigüedades: la prohibición de denegación de justicia en los ordenamientos modernos y el valor de los principios generales del Derecho*".

Luego el profesor Lupini, utilizando lo señalado por el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, aporta conceptos interesantes en materia de aporías, paradojas, dilemas y antinomias. De alguna manera comienza a prepararnos para la paradoja jurídico-constitucional reciente en Italia, comentada por Alberto Sacchi y el "*Caso de los llamados magistrados express en Venezuela*". Pero antes de llegar al núcleo de su trabajo, nos habla de las primeras paradojas clásicas representadas por Epiménides y Eubúlides; Zenón de Elea y la más reciente del filósofo australiano John Leslie Mackie. No podemos mencionar, por razones de espacio, a todos los filósofos citados por Lupini en esta parte de su

¹¹ Joaquín Marta Sosa, "Donde se viene a decir que cualquier lectura es la primera en la Calle del Caballero del Triste Libro" en *El Quijote en Tierra de Gracia*, Fundación para la Cultura Urbana, Caracas, 2005, p. 12.

¹² Anthony Kenny, *A New History of Western Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2010, p. 34.

trabajo. Comentemos a J.L. Mackie el cual ha originado interesantes discusiones como las señaladas por Lupini con respecto a la omnipotencia de Dios y la permisión del mal; y la paradoja de la soberanía (Lupini menciona el caso de si puede un parlamento inglés dictar una ley que prohíba a cualquier futuro parlamento estatizar la banca y que, al mismo tiempo, prohíba la derogatoria de dicha ley). En realidad, el filósofo señalado por el académico Lupini ha desarrollado una línea de pensamiento particular. Sus trabajos han tenido gran relevancia a raíz de obras como *The Miracle of Theism* y la mencionada por el profesor Lupini en su trabajo (*Evil and omnipotence*). Mucho de su obra se refiere a lo que los filósofos llaman “*El Dios de los Filósofos*”.¹³

Con respecto a Zenón de Elea, en la carrera entre Aquiles y la tortuga y el vuelo de la flecha, el autor que prologamos plantea “*que se trata de dos argumentos que pretenden corroborar la ausencia del movimiento, mediante el empleo de razonamientos que envuelven una reductio ad absurdum*” (Lupini fundamenta el desarrollo de su explicación en Russell, Störing y Bergson). En realidad, como señala Kenny: “*Tuvieron que pasar muchos siglos para que los temas levantados por Zenón aportaran soluciones que complacieran tanto a los filósofos como a los matemáticos*”.¹⁴

Jorge Luis Borges nos aporta un comentario muy particular al señalar:

“...Zenón es incontestable, salvo que confesemos la idealidad del espacio y del tiempo. Aceptemos el idealismo, aceptemos el crecimiento concreto de lo percibido, y eludiremos la pululación de abismos de la paradoja.”

“**¿Tocar nuestro concepto del universo por ese pedacito de tiniebla griega? Interrogará mi lector.**”¹⁵

El profesor Lupini en la última parte de su estudio *in comento* se refiere a la paradoja jurídico-constitucional planteada en Italia con mo-

¹³ Ver Roger Scruton, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1994, pp. 128 y ss.

¹⁴ Anthony Kenny, ob. cit., p. 22.

¹⁵ Jorge Luis Borges, *La perpetua carrera de Aquiles y la tortuga*, Obras completas, Emecé Editores, Buenos Aires, 1974, p. 248.

tivo de la anulación parcial de la ley Porcellum por parte de la Corte Constitucional italiana. La anulación en cuestión se refería al premio a la mayoría de escaños en el parlamento para la coalición más votada, así como la presencia de listas cerradas. No es el caso en este prólogo, entrar en el análisis de las leyes electorales italianas, lo cual podría compararse –para un no especialista en la materia– como una visita al infierno de Dante sin haber leído la *Divina Comedia*. En todo caso, la argumentación del ingeniero Sacchi, mencionado por Lupini, pone de relieve lo permanente de lo lógico frente a las pretendidas necesidades de “*el principio de la continuidad del Estado*”.

Por ello menciona Sacchi, que: “*La aclaratoria del 12-01-2014 convierte en ineficaz operativamente la paradoja que deriva de la Sentencia. Paradoja que, por otro lado, subsiste lógicamente aun cuando no tenga eficaz aplicación*”. En definitiva, no es complicado entender que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley electoral sólo podía ser producida por una Corte Constitucionalmente constituida, lo cual ya no era posible por haber sido nombrados sus miembros por un Parlamento elegido de acuerdo con una ley inconstitucional. El análisis del académico Lupini nos hace comprender (aportando en tal sentido una valiosa opinión del ilustre constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelski) que la necesidad de resolver las contradicciones creadas por la política y el Derecho se resuelvan acudiendo a principios, monstruosos para algunos, como el de la continuidad y orden institucional. Realidad que refleja lo que un amigo me decía: “*el Derecho no es un esposo fiel de la lógica*”.

El estudio que venimos comentando del profesor Lupini nos describe con lujo de detalles el caso de los “*magistrados express*”. Sobre este tema concluye el autor *in comento*:

“En el contexto de nuestro análisis filosófico, ... resulta obvio que si el Tribunal Supremo está inconstitucionalmente conformado y adolece de fallas graves de nulidad absoluta que le han sido atribuidas, mal puede haber pronunciado las diversas sentencias que ha expedido, anulando actos de la Asamblea Nacional, leyes y alterando, de hecho, el principio de la separación de poderes en nuestro país. ¿Por qué? Porque sólo y si es Constitucional el Tribunal Supremo

de Justicia, puede pronunciar la inconstitucionalidad de leyes en general, y en particular, acuerdos de la Asamblea Nacional elegida conforme a la voluntad popular. De lo contrario, incurrimos en la paradoja descrita antes por el citado ingeniero Alberto Sacchi. Para llegar a esta conclusión, desde el punto de vista estrictamente lógico y filosófico, no es necesario acudir a la navaja de Guillermo de Ockham. Basta con la podadora del jardinero.”

Ciertamente la comparación que hace Lupini de la navaja de Ockham con la podadora da una idea de lo que ocurre cuando las cosas se hacen de tal forma que no importa la justificación de las mismas. El poder incontrolado, producto de la falta de instituciones de control en una sociedad, produce resultados nefastos que van más allá de las acciones realizadas y se proyectan en el futuro con daños difíciles de calcular. Es significativamente valioso que un jurista con la amplia formación de Luciano, se involucre en uno de los temas importantes para la filosofía como son las paradojas. Como señala Scruton *“las paradojas ocupan un puesto importante en la filosofía. Es gracias a ellas que logramos reconocer ciertas pautas cercanas a nosotros; y el esfuerzo de evitarlas constituye el primer movimiento del argumento lógico”*.¹⁶ De cualquier manera Lupini nos lleva a pensar, como diría Borges, cómo *“eludir la pululación de abismos de la paradoja”*.

El último trabajo a comentar del libro de Lupini se refiere a *“Recientes desarrollos de la mediación y otros mecanismos de resolución alternativa de controversias en Europa”*. En un momento en que los juristas venezolanos de empiezan a ocupar con interés de la mediación, el artículo del profesor Lupini constituye un importante aporte. Según el autor *in comento*: *“Se ha despertado en la Unión Europea la conciencia del fenómeno de expansión de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil”*. Para el mismo Lupini conceptualmente, cuando se habla de conciliación como un medio alternativo –o extrajudicial– de arreglo de controversias, la misma es equiparable a la mediación, tal como es el caso de la Ley modelo de la CNUDMI del 2018 (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Lupini se refiere con detalle

¹⁶ Roger Scruton, ob. cit., p. 412.

a la regulación italiana del tema, por ser este país de la Comunidad europea, en donde el mecanismo de la mediación ha tenido mayor éxito como fórmula alternativa de resolución de controversias. El autor que comentamos, con lujo de detalles, analiza el Derecho interno de Italia con especial referencia al Decreto Legislativo N° 28 de 2010.

Sobre este y su evolución es particularmente significativo el tema referente a la mediación obligatoria la cual inicialmente fue anulada por inconstitucional por la Corte Constitucional italiana y reintroducida por la Ley N° 98 del 9 de agosto de 2013. Sin entrar en los detalles de la legislación italiana, tal como los desarrolla el profesor Lupini, sí queremos comentar lo señalado por él con respecto a los resultados producidos en ese país, luego de la información suministrada por la Dirección General de Estadística del Ministerio de Justicia. En tal sentido, señala el académico Lupini:

“Se trata de cifras de gran importancia, que permiten apreciar que este mecanismo responde efectivamente al propósito de aligerar la carga de trabajo de los tribunales, a través de la desjudicialización de las controversias entre particulares, en materia de derechos disponibles.”

Refiriéndose al caso de la mediación en España (Real Decreto-Ley 5/2012 del 5 de marzo) Lupini indica que dentro de los principios que informan el sistema de mediación en España, se encuentra el respeto a la libertad de las partes. Esto hace que el legislador español no haya concebido, inicialmente, a la mediación como un mecanismo obligatorio a diferencia del modelo italiano. Lupini nos aporta dos elementos significativos de la legislación española citada: se ratifica en la conducta de las partes el principio de la buena fe y existe responsabilidad por parte de los mediadores. Si bien, en opinión de Lupini, el régimen luce equilibrado, sin embargo, se lo ha juzgado como ineficaz, por no contemplar, como en Italia, la mediación obligatoria. Lo anterior ha llevado al Consejo de Ministros español a la aprobación de un Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación (11 de enero de 2019). El mismo pretende subsanar algunas de las carencias presentadas por la legislación anterior, teniendo siempre a la vista la experiencia italiana. Lupini nos

proporciona un detallado análisis de este anteproyecto donde resalta que se acoge la mediación delegada de los italianos, que los españoles llaman “*mediación por derivación judicial*” y analiza la constitucionalidad de la mediación obligatoria.

A continuación, en su trabajo, el profesor Lupini nos introduce en el tema relativo a “*la negociación asistida por los abogados*” para lo cual realiza un análisis de la legislación francesa (Ley N° 2010-1609 del 22 de diciembre de 2010). Las reflexiones comparativas del académico Lupini Bianchi llegan en un momento oportuno para el país, más cuando los juristas deliberan acerca de las recomendaciones a hacer para incorporar en nuestra legislación lo que ya es un hecho en el Derecho comparado relativo a la mediación.

He tenido el privilegio de ser de los primeros lectores del trabajo del profesor Lupini y de continuar el ciclo de reflexión comenzado por el siempre recordado académico José Mélich Orsini. Sólo me resta comentar, como diría el ilustre mercantilista argentino Rafael Mariano Manóvil, que:

*“Un sencillo prólogo no puede ni debe ser un análisis crítico de la obra, ni tampoco erigirse en tribuna para expresar opiniones propias o para debatir con el autor, por más tentado que se halle el prologuista en una materia tan fascinante.”*¹⁷

En todo caso, serán los lectores de esta obra, que hemos pretendido esbozar con nuestros comentarios, los que emitirán el juicio final acerca de ella.

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

¹⁷ Rafael Mariano Manóvil, “Prólogo” en Leandro Javier Caputo, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p. X.