

Situaciones jurídicas válidamente creadas

Anna María Tambasco B.

Sumario: I. Situaciones jurídicas válidamente creadas. II. Sistema venezolano. A. Fuentes internacionales. B. Fuentes internas: La Ley de Derecho Internacional Privado. C. Jurisprudencia venezolana.

I. Situaciones jurídicas válidamente creadas

Considerada en un principio, como fundamento de nuestra disciplina, la figura de los derechos adquiridos hoy es entendida como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto¹.

Esta doctrina no puede desempeñar un papel importante cuando los problemas son resueltos exclusivamente a través de normas bilaterales de Derecho internacional privado, porque si este método es seguido en forma estricta, un derecho subjetivo sólo puede considerarse debidamente adquirido cuando ha sido creado por la legislación competente por mandato de la norma de conflicto. Carece de sentido hablar de derechos adquiridos en estos casos, pues el derecho no tiene existencia por sí y sólo nace como consecuencia del funcionamiento de la regla de conflicto del *forum*.

Esta institución tiene relevancia para nuestra disciplina, cuando se acepta que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable; o bien, cuando la *lex fori* ha consagrado una norma de conflicto especial con el único propósito de facilitar el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero. Así entendida, podría ser utilizada esta teoría como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro².

Resulta adecuada, esta posibilidad, para los supuestos de hecho que fueron nacionales para el momento de su nacimiento, por encontrarse vinculados con una sola legislación, pero que con posterioridad se internacionalizan y

¹ Abogada, UCAB. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesora de Derecho Internacional Privado, UCV.

² Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en: *RFCJPUCV*, 2000 No. 117, p. 128.

³ Parra-Aranguren, Gonzalo, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, FCJPUCV, 3ª ed. revisada, 1998, p. 195.

deben ser resueltos en otro Estado; y, para aquellas situaciones completamente ajenas al foro al tiempo de su nacimiento, pero conectadas con varias legislaciones extranjeras³.

Esta es la interpretación actual y el sentido que debe conferírsele a esta doctrina, así entendida podría utilizarse como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro. El juez debe constatar que determinada situación jurídica ha sido creada válidamente tanto en la forma como en el fondo conforme a un sistema jurídico distinto del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio Derecho⁴.

La terminología de los “derechos adquiridos” ha sido superada por el empleo del término “situaciones jurídicas válidamente creadas”, originada por la necesidad de incluir no sólo los actos jurídicos sino también cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo del Derecho⁵. El cambio del término empleado para identificarla y las condiciones que se imponen, se deben al justificado temor de que en las futuras interpretaciones pueda convertirse en otra institución negativa para el normal funcionamiento de la norma de conflicto y, con ello en una inaceptable justificación del rechazo de la aplicación del Derecho extranjero⁶.

Si bien se acepta la doctrina de los derechos adquiridos, no se insiste en la adquisición del derecho sino en la falta de vínculos entre el supuesto de

³ En este sentido, Francescakis señala que la situación que origina el problema se ha constituido en el extranjero con apoyo en una ley reputada como competente y sin ningún contacto con el orden jurídico foral, éste es el elemento sobre el cual descansa la inaplicabilidad de las reglas de conflicto del sentenciador. Francescakis citado por Bonnemaison W., José Luis, La cuestión incidental en la problemática del Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, FDUCV, 1975, p. 38. De la misma opinión participan Aguilar Navarro y Carrillo Salcedo. Ver: Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, Madrid, Edit. Tecnos, 3ª ed., 1982, Vol. I, T. II, pp. 64-65; y Carrillo Salcedo, Juan A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Edit. Tecnos, 2ª ed., 1976, p. 244.

⁴ Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho Internacional Privado, en: B. de Maekelt (Coord.), *Derecho Internacional Privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*, Caracas, FCJPUCV, 2005, T. I, p. 295.

⁵ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 208.

⁶ Francescakis citado por B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 304.

hecho y el forum en el momento de tiempo relevante⁷, de manera que representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe ningún motivo valedero para justificar su intervención.

II. Sistema venezolano

Las fuentes internacionales e internas contienen normas que consagran los derechos adquiridos y, de cierta manera, todas nuestras fuentes tienen algo de cada una de las diferentes doctrinas que dieron origen a esta institución⁸.

A. Fuentes internacionales

Dos instrumentos internacionales regulan la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas y la aplicación de las soluciones contenidas en ellos tendrá preferencia frente a la solución interna por mandato del artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana⁹. El primer instrumento o fuente internacional es el Código Bustamante en el artículo 8.

Esta norma consagra la solución propuesta por Pillet de que sólo puede considerarse válidamente adquirido un derecho cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del foro. De acuerdo con esta redacción, los derechos legítimamente adquiridos carecen de eficacia *ex proprio vigore*, porque un derecho solamente puede considerarse válidamente adquirido cuando ha sido creado de acuerdo con las normas de conflicto consagradas en este Código¹⁰.

Esta solución no agrega nada nuevo al método clásico para resolver tales problemas, pues el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto del foro, y no el

⁷ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 210.

⁸ Madrid Martínez, *Instituciones generales en la Ley de Derecho...* ob. cit., p. 296

⁹ Artículo 1 LDIPV: "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados".

¹⁰ Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 195.

reconocimiento de derechos adquiridos al amparo de soluciones extranjeras, que deberían estar conformadas tanto por normas de conflicto como por normas materiales¹¹, en el entendido que las normas de conflicto no consagran derechos subjetivos, estos derechos derivan del Derecho que resulte aplicable por mandato de las normas formales.

El segundo instrumento es la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que adopta en su artículo 7 la solución sugerida por Meijers para los casos de conflicto positivo, al referirse a las situaciones jurídicas que se hayan constituido de acuerdo con “todas las leyes” con las cuales la relación haya tenido contacto al momento de su creación.

La norma emplea el término “situaciones jurídicas”, la cual constituye una noción más amplia, como hemos dicho, que la de “derechos adquiridos” y que la de “relaciones jurídicas”, “porque comprende no sólo los actos, sino también los hechos jurídicos que produzcan efecto en un derecho”¹². Alude, al problema de la retroactividad e irretroactividad de la ley para estos casos. El análisis de la validez de las situaciones jurídicas debe realizarse “de acuerdo con todas las leyes “vigentes” con las cuales tengan una conexión al momento de su creación”, ello en la práctica podría implicar el estudio de una legislación extranjera ya derogada, pero evitaría la aplicación retroactiva e inconstitucional, desde la perspectiva venezolana, de una nueva legislación o normativa extranjera posterior¹³. Por último, consagra como excepción a la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas, la institución general del orden público internacional, al igual que el Código Bustamante y la Ley venezolana.

Debemos señalar que la solución “todas las leyes” podría conducir a un resultado opuesto al perseguido, es decir, lograr la validez de las situaciones jurídicas analizadas. Pareciera mucho más correcto señalar la alternabilidad de las leyes aplicables, es decir, baste con que uno cualquiera de los

¹¹ Guerra Hernández, Víctor Hugo, Derechos adquiridos. Artículo 5, en: T.B. de Maekelt / I. Esis Villarroel / C. Resende (Coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, UCV, 2005, T. I, p. 236; Parra-Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., p. 196

¹² La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979). En: Parra-Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, FCJPUCV, 1982, p. 471.

¹³ Guerra Hernández, Derechos adquiridos...ob. cit., p. 238.

Derechos vinculados con la situación realizada en el extranjero la considere válida o eficaz para que a su vez en nuestro foro tal situación se considere como una “situación jurídica válidamente creada”¹⁴.

Esta institución, según aparece consagrada por la Convención Interamericana, constituye tan sólo una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto. La legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación jurídica válidamente creada de acuerdo con todos los sistemas con los cuales tenía vínculos en el momento de su creación; solución particularmente satisfactoria en las hipótesis de situaciones jurídicas relativamente internacionales, es decir, nacidas de una única legislación, pero que con posterioridad desbordan las fronteras nacionales¹⁵.

B. Fuentes internas: La Ley de Derecho Internacional Privado

El artículo 5 de nuestra Ley de Derecho internacional privado la consagra y la disposición hace referencia al término “situaciones jurídicas”, acoplándose a la tendencia que se corresponde con la doctrina moderna de abarcar un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos¹⁶.

En segundo lugar, mejora las disposiciones de las fuentes internacionales, al no ordenar el respeto de los derechos adquiridos conforme a sus propias normas como ocurre con el Código Bustamante. La institución concebida en la norma de la Ley representa una verdadera excepción al normal funcionamiento de sus normas de conflicto y, prescribe el reconocimiento de esas situaciones jurídicas válidamente creadas por una ley distinta de la seleccionada por sus normas de Derecho Internacional Privado, con las reservas en ella indicadas. Esto se traduce en una importante contribución para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería¹⁷.

El requisito “de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles” va a ayudar al juez a determinar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual,

¹⁴ Guerra Hernández, Derechos adquiridos...ob. cit., p. 238.

¹⁵ Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho...*, ob. cit., p. 473.

¹⁶ B. de Maekelt, Tatiana, Antecedentes y Metodología del Proyecto. Parte general del Derecho Internacional Privado, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996): comentarios*, Caracas, BACPS, Serie Eventos No. 11, 1998, p. 35.

¹⁷ Madrid Martínez, Instituciones generales en la Ley de Derecho..., ob. cit., p. 298.

debe apreciarse la debida constitución de la situación jurídica. La doctrina señala que la Ley se refiere a reglas tales como la *lex rei sitae* o la *locus regit actum* o a la aplicación de la ley nacional o domiciliar al estado y capacidad de las personas físicas¹⁸. Sería incorrecto afirmar que esos criterios son los contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando la Ley adopta algunos de ellos, pues así se estaría aplicando nuestras propias normas de conflicto y desnaturalizando la esencia de esta institución¹⁹. En todo caso, el juez deberá orientar siempre su decisión al reconocimiento de las situaciones jurídicas, considerando las limitaciones contenidas en la propia norma.

A pesar de la flexibilidad que caracteriza a esta norma, ello no implica el menoscabo de los intereses del foro, los cuales quedan resguardados con la inclusión expresa de tres excepciones: 1) “que no se contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto”, esta mención es similar a la fórmula del artículo 2 de la Ley, referente a la aplicación del Derecho extranjero²⁰ pero en este artículo sirve para rechazar el reconocimiento de situaciones perfeccionadas según un Derecho extranjero en caso de que contradiga esos objetivos; 2) “que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva”, por ejemplo, el caso de los inmuebles situados en Venezuela los cuales siempre se van a regir por el Derecho venezolano; 3) la inclusión expresa de la excepción del orden público; en este sentido, la redacción de la norma exige la condición de que las situaciones jurídicas no sean “manifiestamente incompatibles” con los principios esenciales del orden público venezolano, con lo cual se restringe la aplicación de esta

¹⁸ Madrid Martínez, Instituciones generales en la Ley de Derecho..., ob. cit., p. 298. En materia de obligaciones extracontractuales, las disposiciones alemanas prevén la no intervención de la *lex loci delicti* en una serie de supuestos: si ambas partes tienen en el momento del evento dañoso su residencia habitual en el mismo Estado, este derecho será el aplicable; si ya existía un vínculo entre las partes antes de que naciese la relación obligacional, se somete el vínculo extracontractual al derecho aplicable a la relación previa y se permite que las partes elijan el derecho regulador de su relación jurídica extracontractual. Todos criterios internacionalmente admisibles distintos a los contemplados en nuestro sistema positivo para esa materia. Ver: Fach, Katia, Obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. Tendencias actuales y perspectivas de futuro en el Ámbito europeo, en: *XXX Curso de Derecho Internacional*, Washington D.C., Organización de Estados Americanos, 2004, pp. 317-334. Consultado en: https://www.academia.edu/953032/Obligaciones_extracontractuales_en_DIPr_Tendencias_actuales_y_perspectivas_de_futuro_en_el_%C3%A1mbito_europeo

¹⁹ Madrid Martínez, Instituciones generales en la Ley de Derecho..., ob. cit., p. 298

²⁰ B. de Maekelt, Tatiana, *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*. Discurso y Trabajo de Incorporación a la ACPS, Caracas, ACPS, 2002, p. 80.

excepción, consagrándose así el orden público como verdadera excepción, tal y como se establece, en forma general, en el artículo 8 de la Ley²¹. Mientras el orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero, la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas constituye una excepción a la aplicación del Derecho venezolano o Derecho del foro y, específicamente, al normal funcionamiento de las normas de conflicto del foro²².

La Ley consagra además dos supuestos típicos en el Derecho comparado en materia de conflictos móviles, relacionados con la capacidad de las personas físicas y con los derechos reales sobre bienes muebles, en los artículos 17 y 28 respectivamente. En ambos supuestos la ley procura la validez de la situación jurídica que podría verse menoscabada por el cambio en el factor de conexión, es decir, la capacidad adquirida aun cuando opere un cambio en el domicilio de la persona física, y la eficacia de los derechos reales sobre bienes muebles válidamente constituidos, los cuales para que surtan efectos frente a terceros deberán cumplir con los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación²³.

De igual modo en el artículo 18 prevé que la persona que es incapaz de acuerdo con el Derecho de su domicilio, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto. Se trata de la excepción especial en materia de leyes personales, de la excepción a la ley del domicilio, conocida como la *lex in favore negotii*. Esta figura guarda cierta relación con la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas pues, procura la validez de dichas situaciones a partir del análisis de la capacidad de la persona física.

En la *lex in favore negotii* se prevé la aplicación alternativa del Derecho del domicilio de la persona física, o del Derecho que se corresponda con la *lex causae*, cualquiera de las dos que consagre la validez de la capacidad de la persona física deberá brindar una respuesta al caso planteado. En estos supuestos no se trata de una excepción a la aplicación de las normas de

²¹ B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit. p. 80.

²² Guerra Hernández, *Derechos adquiridos...*ob. cit., p. 233.

²³ Guerra Hernández, *Derechos adquiridos...*ob. cit., p. 241.

conflicto del foro, ni de la determinación de un Derecho extranjero competente de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles²⁴.

Con la inclusión de esta norma y, de lo dispuesto en el artículo 17 y, en el artículo 28 referente al conflicto móvil en materia de bienes muebles, en el cual se respetan los derechos válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior, se consagra expresamente la protección de las situaciones jurídicas creadas de acuerdo al Derecho extranjero, sin la exclusión expresa de las situaciones creadas según la norma de conflicto foránea²⁵.

C. Jurisprudencia venezolana

Para concluir con el análisis de esta institución general, voy a referirme a las decisiones emanadas de los tribunales venezolanos que tocan esta institución y cómo fue analizada.

1. Decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1633 del 14 de diciembre del 2004²⁶, caso Enrique E. Alvarez C. contra las sociedades mercantiles Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A., por cobro de derechos laborales derivados de la relación de trabajo de un empleado extranjero con las mencionadas compañías.

Observa la Sala: Abbott Laboratories y Abbott Laboratories S.A. son parte de un grupo internacional conformado por múltiples empresas en el cual Abbott Laboratories es la casa matriz; además, estima que existió una sola relación laboral que comenzó en Argentina, continuó en Guatemala y luego finaliza en Venezuela; la relación laboral presenta elementos de extranjería que imponen su consideración bajo las reglas del Derecho Internacional Privado, y conforme al artículo 1 de la LDIP aplica el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, suscrita y ratificada

²⁴ Guerra Hernández, Derechos adquiridos...ob. cit., p. 242

²⁵ B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit. p. 80.

²⁶ TSJ/SCS, Sent. No. 1633, 14 de diciembre de 2004 (*Enrique Emilio Álvarez Centeno c. Abbott Laboratories y Abbott Laboratories, C.A.*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/1099-090805-041213.htm> Ver posterior aclaratoria <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/1099-090805-041213.HTM>

por Venezuela, Argentina y Guatemala, que consagra la institución de “las situaciones jurídicas válidamente creadas”.

En conformidad con este artículo, Venezuela puede reconocer los derechos adquiridos del trabajador por los servicios prestados en el exterior, por aplicación de otros ordenamientos jurídicos, siempre que no sean contrarios a los principios de orden público. En consecuencia la Sala, a falta de indicación del derecho aplicable por las partes, aplica la legislación laboral de Argentina y de Guatemala sobre la terminación de la relación laboral, por el tiempo de servicio prestado en esos países y, la venezolana sobre el servicio prestado en Venezuela.

La Sala busca resolver el tema del derecho aplicable a un contrato laboral que se convino en Argentina y se ejecutó en Argentina, luego en Guatemala y finalmente en Venezuela, por falta de determinación de las partes de acuerdo al artículo 29 de la Ley de Derecho internacional privado.

De esta forma la Sala aprecia que como las disposiciones legislativas extranjeras no son contrarias al orden público, “los derechos adquiridos por el trabajador por el tiempo de servicio prestado en Argentina y en Guatemala son reconocidos”.

Creemos pertinente realizar las siguientes observaciones: en primer lugar, emplea el término de “los derechos adquiridos” ya superado en la doctrina moderna y no el de “situaciones jurídicas válidamente creadas” utilizado por la Convención; en segundo lugar, no analiza la institución en su esencia, es decir, reconoce las situaciones jurídicas válidamente adquiridas porque las legislaciones extranjeras no son contrarias al orden público pero no de acuerdo a la solución adoptada por la Convención para evaluar la validez de esas situaciones jurídicas, de acuerdo a “todas las leyes con las cuales tengan conexión al momento de su creación”, cumpliendo con todas las condiciones impuestas por esa ley o leyes, que surtirá efectos en el país siempre que no se esté en presencia de alguna de las tres excepciones consagradas en la norma, y que esta institución constituye una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto del foro. En consecuencia, baste con que todos los Derechos vinculados (argentino y guatemalteco) con la situación realizada en el extranjero, en este caso la relación laboral objeto de esta decisión, la consideran válida o eficaz para que a su vez en nuestro

foro tal situación se considere como una “situación jurídica válidamente creada”.

La Sala no consideró el factor de conexión de los vínculos más estrechos y aplicó la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas para aplicar Derecho argentino y guatemalteco a la porción de la relación laboral prestada en cada uno de sus territorios. No procedía aplicar la institución general de situaciones jurídicas válidamente creadas prevista en el artículo 7 de la Convención Interamericana, ya que para ello era necesario que se produjera el desconocimiento de una situación jurídica, sin embargo la solución a la que arribó la Sala fue la misma de si hubiese utilizado el factor de conexión vínculos más estrechos²⁷.

2. Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, No. EXEQ. 00707²⁸, solicitud exequátur de sentencia que declaró la disolución del vínculo matrimonial entre María de L. Marelzit C. y David Denovellis, dictada en fecha 14 de junio de 2001, por el Tribunal de Circuito del Onceavo Circuito Judicial, en y por el Condado de Dade en Miami Florida, Estados Unidos de América, del acuerdo matrimonial integrado a dicha sentencia, de fecha 16 de mayo de 2001; así como del acuerdo matrimonial modificado de fecha 24 de septiembre de 2002. En este supuesto se aplica el artículo 5 en sede de reconocimiento²⁹.

El primer acuerdo relativo al menor, la Sala observa que establece lo referente a guarda, custodia y otros aspectos relacionados con el menor hijo nacido durante el matrimonio y, su contenido no atenta contra principios esenciales del orden público venezolano, protegido expresamente en el artículo 5 de la Ley de Derecho internacional privado, en consecuencia, la

²⁷ Carrasquero Stolk, Andrés, Relaciones de trabajo internacionales: problemas resueltos y por resolver, en: C. Madrid Martínez (Coord.), *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Caracas, ACPS, Serie Cuadernos No. 1, 2011, pp. 77-78.

²⁸ TSJ/SCC, Sent. No. 0707, 27 de noviembre de 2009, (*María de Lourdes Marelzit Corona Chuecos y David Denovellis Blanco*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/EXEQ.00707-271109-2009-08-690.HTML>.

²⁹ Madrid Martínez, Claudia, Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje No. 12, 2003, p. 380.

Sala concluye que el mencionado acuerdo reúne los requisitos establecidos en el artículo 53 de la Ley en concordancia con el artículo 5 *eiusdem*.

En lo atinente al “segundo acuerdo modificado” a que se refiere la solicitud, éste tiene por objeto la modificación del acuerdo relativo al menor, contenido en el texto de la sentencia e integrante de la misma, según el cual, el padre cede en forma exclusiva a la madre, la patria potestad, la autoridad y control, derechos y responsabilidades absolutos en lo que se refiere a la toma de decisiones referentes a la salud, educación y bienestar del menor. La Sala observa que “dichas afirmaciones contradicen un principio esencial del estado, (el cual radica en que ambos padres deben compartir la patria potestad del menor), y por lo tanto atenta contra el orden público venezolano; y viola expresamente lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Derecho internacional privado”.

Refiere el artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que señala las normas y disposiciones que ella contiene son de orden público, irrenunciables e intransigibles y, por lo tanto, no pueden relajarse mediante la autocomposición procesal. “...teniendo en cuenta la violación de un principio esencial del orden público venezolano, como lo es la materia de patria potestad, esta Sala debe forzosamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Derecho internacional privado, negar el pase al denominado Acuerdo No. 2, firmado ante el Tribunal de Circuito del Onceavo ...condado de D. en Miami Florida, de los Estados Unidos de América. De esta manera se concedió fuerza ejecutoria a parte de la sentencia y se negó el reconocimiento del acuerdo mediante el cual las partes pretendían ceder la patria potestad a favor de uno sólo de los progenitores (madre) utilizando la institución de las situaciones jurídicas válidamente constituidas por un Derecho extranjero en sede de reconocimiento para rechazar parte de la sentencia extranjera.

3. En el mismo sentido nos encontramos con la decisión tomada por la Sala de Casación Civil, EXE. 065³⁰ con ocasión de la solicitud de exequátur de una sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Primera Instancia de

³⁰ TSJ/SCC, Sent. No. 0065, 18 de febrero de 2011 (*María Julia Méndez Casal c. Domingo José Rodríguez Polanco*), en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/EXE.000065-18211-2011-09-464.HTML>

Alingsås, Suecia el 16 de septiembre de 2008, mediante la cual se declara disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio y se le otorga a la madre la patria potestad exclusiva del hijo, privando al padre del ejercicio de la patria potestad en Suecia y en Venezuela, considerando que la ex cónyuge y el hijo están residenciados en Suecia.

La Sala indica que “lo planteado en la decisión emanada del tribunal sueco, se refiere a la imposibilidad que tiene el padre domiciliado en... Venezuela, de ejercer todos los atributos y facultades que forman parte de la patria potestad, considerando la distancia existente entre éste y su hijo por la ubicación de sus domicilios como un impedimento que pone en riesgo la seguridad del infante a la hora de tomar decisiones sobre su salud, escolaridad y circulación, lo cual está acorde con el interés superior del niño domiciliado en Suecia.” ... “al otorgarle la patria potestad a la madre que vive con el infante en Suecia y que la ejerce, se refiere al otorgamiento del ejercicio de la patria potestad y no a la privación de la patria potestad del padre.”

La Sala otorga fuerza ejecutoria parcial de la sentencia extranjera sólo a la parte mediante la cual se declara el divorcio pero niega la ejecución del fallo extranjero en lo que respecta al ejercicio “...**exclusivo**...” de la patria potestad por la madre en el territorio venezolano, pues “resultaría violatorio del principio esencial de Estado “...**del interés superior del niño**...” (Aun cuando ésta está acorde con las necesidades que tiene el infante en Suecia), pretender ejecutar un fallo que establece, que sólo la madre sea la única que la ejerza cuando el niño se encuentre en este país (Venezuela), pues al estar el padre domiciliado aquí (presente) resulta natural su ejercicio, pues, desaparece el impedimento que lo excluye del ejercicio de la patria potestad en Suecia” y señala que “los padres del niño ejercen la patria potestad en...Venezuela”.

Se fundamenta en la excepción de orden público internacional establecido en el artículo 5 de la Ley de Derecho internacional privado para negar el reconocimiento de una situación jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero presente en la decisión extranjera.

4. Sentencia expediente No. AP71-S-2014-000067³¹ entre Demian Peña S. y Adriana C. Bracamonte M., en la cual se solicita exequátur de sentencia emanada del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Hospitalet de Llobregat, Barcelona Reino de España que decretó el divorcio de los consortes³². De esta decisión se resaltan las siguientes afirmaciones: 1) La sentencia señala “En la actualidad ...se ha empleado el término “situaciones válidamente creadas” por “derechos adquiridos”, en tal sentido cuando una decisión que contenga elementos de extranjería deba ser aplicada en el territorio de la República debe el Juzgador celosamente antes de darle el pase verificar que ambas legislaciones sean compatibles, pues la excepción que prevé la norma es que en primer lugar se cumplan los objetivos de las normas Venezolanas de conflicto, que el derecho Venezolano no reclame la competencia exclusiva en la materia respectiva y que se considere la excepción del orden público internacional”, refiriéndose a la sentencia judicial de divorcio como una situación jurídica válidamente creada; 3) con el artículo 5 de nuestra LDIP, observa éste sentenciador que el legislador del año 1998 le otorgó una protección especial al derecho del foro que en definitiva es lo que se busca proteger, pues para que puedan coexistir armónicamente dos ordenamientos jurídicos los mismos no deben ser contrapuestos en extremo.

Esta referencia al orden público internacional evidenciado en nuestra normativa se debe a que en ambos derechos debe existir una relación de identidad a los fines de ser aplicado internamente y así poder generar un acto jurídico válido”; 2) Alude a los artículos 6 del Proyecto de Ley de aplicación del Derecho internacional privado de 1912 (P.M. Arcaya) y al artículo 8 del Código Bustamante, reafirmando que éste no se encuentra vigente entre Venezuela y España, países vinculados a la controversia, para resaltar que “se acoge al criterio del maestro Parra-Aranguren en el sentido que dicha norma lo que hace es dar una solución y evaluar la validez de los derechos de acuerdo con el derecho que resulte aplicable y que en consecuencia el

³¹ Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. Expediente No. AP71-S-2014-000067, 8 de abril de 2015 (*Adriana Coromoto Bracamonte Márquez y Demián Peña Salazar*), en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/ABRIL/2144-8-AP71-S-2014-000067-.HTML>

³² Ver: Madrid Martínez, Claudia, Venezuela: el examen de los derechos adquiridos en sede de exequátur, en: <https://cartasblogatorias.com/2015/11/05/venezuela-el-examen-de-los-derechos-adquiridos-en-sede-de-exequatur/#more-962>

derecho subjetivo derivara del que resulte aplicable y que el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto del foro (que en nuestro caso es el artículo 185-A del CCV) ¿es una norma de conflicto? 3) “En definitiva se puede afirmar que la sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Hospitalet de Llobregat Barcelona, Reino de España, se armoniza con la norma Venezolana de conflicto ya que observa este sentenciador que en ambos países es válido y aceptado el divorcio por solicitud voluntaria de los cónyuges lo cual a todas luces no vulnera el orden público internacional, pues el divorcio es admitido en ambos derechos”.

De esta decisión concluyo que al hacer referencia al proyecto Arcaya y al Código Bustamante, el tribunal no toma (o no entiende) la posición de nuestra Ley, al considerar que sólo son válidas las situaciones jurídicas que nacen de la aplicación de las normas de conflicto del foro (Arcaya) (o de las normas de conflicto del Código Bustamante) y sólo son objeto de protección aquellas creadas como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto del foro (Venezuela), considerando como norma de conflicto al art. 185-A del Código Civil venezolano. Analiza la sentencia extranjera y concluye que es una situación jurídica válidamente creada en el extranjero porque no contradice el orden público venezolano que es en definitiva lo que persigue el legislador con el art. 5 al otorgarle “una protección especial al derecho del foro” y porque existe una “relación de identidad” del Derecho extranjero con el venezolano “a los fines de ser aplicado internamente” para “así poder generar un acto jurídico válido”. También se utiliza la figura de las situaciones jurídicas válidamente creadas en sede de reconocimiento de sentencias extranjeras.