

## §20. DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO EN EL DERECHO MERCANTIL

*Alfredo Morles Hernández*

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello

### I. INTRODUCCIÓN

Una aproximación histórica a “lo público” y a “lo privado” -y a conceptos afines- ha sido intentada desde una perspectiva pluridimensional, subrayándose que tales nociones “sólo se pueden aprehender y comprender con propiedad, si se tiene clara su emergencia en la historia y sus andanzas por ella”<sup>1</sup>. Los pasos de ambas nociones desde la Antigüedad hasta el presente han sido seguidos y sus peculiaridades resaltadas, tomando en cuenta sus manifestaciones y sus relaciones en cada uno de los campos de la realidad, entre ellos el jurídico<sup>2</sup>. Una lectura de algunos de los trabajos discutidos en el Seminario convocado por la Fundación Manuel García-Pelayo es provechosa para entender mejor las fronteras que existen entre ambos términos, así como las que existen entre los términos conexos: lo común y lo particular, lo individual y lo colectivo, lo personal y lo social<sup>3</sup>. Es también útil para comprender que los términos público-privado “no conviven pacíficamente el uno al lado del otro: como si uno de ellos tuviera que estar siempre a la sombra del otro”<sup>4</sup>. En muchos ámbitos contractuales, por no decir en todos, se presenta hoy un fenómeno que ya ha sido experimentado en otros campos, tal como ha ocurrido en el derecho del trabajo<sup>5</sup>: la incorporación de normas de derecho público que reducen el reino de la autonomía de la voluntad.

Los criterios de separación entre derecho público y derecho privado que le conceden a las relaciones del derecho privado un signo de igualdad entre los participantes, por contraste ante el *imperium* de una de las partes que distingue la relación entre desiguales del derecho público, criterios siempre controvertidos, encuentran un desmentido en el hecho de que muchas relaciones de derecho privado están caracterizadas por unas importantísimas desigualdades, “tal vez tan relevantes como las que antes existieron respecto del Estado”<sup>6</sup>. El desarrollo del tratamiento de estas desigualdades ha sido descrito así:

---

1 SORIANO DE GARCIA-PELAYO, Graciela, “Aproximación histórica a “lo público” y a “lo privado”, a otras nociones afines y a sus mutuas relaciones, desde una perspectiva pluridimensional”, en *Lo público y lo privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y de la Sociedad*, Tomo I, (libro editado por la autora y por Humberto NJAIM); Fundación Manuel GARCÍA-PELAYO, Caracas 1996, p. 27.

2 SORIANO DE GARCIA-PELAYO, *Ibidem*, pp. 28 y ss.

3 SORIANO DE GARCÍA-PELAYO, *Ibidem*, p. 17.

4 NJAIM, Humberto: “A manera de relatoria final”, en la obra citada en las notas anteriores, p. 20.

5 ITURRASPE, Francisco, “Lo público y lo privado en el derecho del trabajo en Venezuela (¿A favor de quien interviene el Estado)”, en la obra citada en las notas anteriores, pp. 299 y ss.

6 LORENZETTI, Ricardo L., “Nuevos paradigmas del derecho privado”, en *Derechos y Garantías en el siglo XXI*; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y M. LÓPEZ CABANA (Directores); Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1999, p. 135.

Primero fueron las distancias entre obreros y patronos, que motivaron una norma protectoria imperativa que desmintió el voluntarismo de la contratación laboral. Luego las distancias económicas en el consumo, que dieron lugar a las normas protectorias del Derecho consumerista. Finalmente, las distorsiones en el plano del conocimiento entre el experto y el profano, que causan deberes imperativos de información que apuntan a mejorar el discernimiento en el acto voluntario<sup>7</sup>.

La enumeración anterior de situaciones típicas de desigualdad corregidas por la acción legislativa que pueden ser consideradas emblemáticas es apenas indicativa de las numerosas relaciones contractuales afectadas por la intervención pública dirigida a equilibrar las prestaciones recíprocas. A medida que se ha consolidado el principio de la libertad económica propio de la economía de mercado, en forma paralela aparecen restricciones cada vez más numerosas al principio de la libertad de contratación.

La corrección de las desigualdades en el derecho privado se lleva a cabo a través de normas de orden público, es decir, por medio de limitaciones infranqueables por la voluntad de las partes. A la idea de *orden público económico* se le asignan modernamente estas características; a) atañe a las relaciones económicas; b) toma en cuenta “el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos”; c) agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente, y procura “imponer de manera positiva cierto contenido contractual”(Ghestin)<sup>8</sup>. Dentro del orden público económico la doctrina distingue tres categorías: el de *dirección*, el de *protección* y el de *coordinación*. Por el de *dirección*, los poderes públicos se proponen realizar ciertos objetivos económicos, a cuyo efecto somete los contratos a una apreciación previa, dándose la aprobación cuando el Estado no objeta el contrato pero quiere controlarlo; el de *protección*, que tiende a resguardar a una de las partes y a mantener el equilibrio interno del contrato (Ghestin); y el de *coordinación*, mediante el cual el Estado cumple una función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado<sup>9</sup>.

Este fenómeno produce un traslado de la relación contractual. Esta deja de estar ubicada exclusivamente en el ámbito del derecho privado y pasa a estar regida también por normas de derecho público y por entes de derecho público. El orden público, entendido como “conjunto orgánico de principios y valores ordenadores de una institución jurídica dada y, en definitiva, de un íntegro sistema de derecho positivo” es la base racional en que se apoya la legislación protectora de los *débiles jurídicos* (trabajadores, arrendatarios, pacientes, clientes de los bancos, asegurados, viajeros, inversionistas, consumidores) y el pretexto que invoca la Administración Pública para desarrollar sus competencias de regulación y control sobre ciertas actividades empresariales (la banca, los seguros, la bolsa, el transporte, la producción, distribución y consumo de bienes)<sup>10</sup>.

Cómo se manifiesta y qué efectos produce este traslado en el campo del derecho venezolano y, específicamente, en el área del derecho mercantil, es el objeto del presente trabajo.

---

7 LORENZETTI, *Ibidem*, p. 135.

8 ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría General*; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, p. 47.

9 ALTERINI, *Ibidem*, pp. 48 y 49.

10 MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Los contratos mercantiles*, Tomo IV; UCAB, Caracas 2004, p. 2202.

## II. LAS MODALIDADES DE REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

Si se toma como punto de partida la clasificación de los contratos mercantiles que los agrupa en contratos de financiamiento de la actividad empresarial; contratos de asistencia técnica, de suministros y de cobertura de los riesgos de la empresa; contratos de distribución de los productos y de los servicios de la empresa; y contratos de venta y permuta de los bienes y contratos de prestación de servicios<sup>11</sup>, se facilita el examen de la específica modalidad que adopta la intervención pública, dirigida a procurar que las empresas cumplan su rol, sus funciones y su responsabilidad en una economía de mercado, a que se produzcan términos equitativos de intercambio y a impedir que la empresa traslade los riesgos de su actuación a los consumidores y a sus trabajadores, peligro que se incrementa cuando la empresa se *regionaliza* o se *globaliza*<sup>12</sup>.

### 1. El sistema en los contratos de financiamiento de la actividad empresarial

En el campo de la actividad financiera concurren dos disciplinas netamente distinguibles, una de definido perfil público (el derecho administrativo bancario) que regula un sujeto administrativo y una actividad estimada como servicio público, cuyo control es minuciosamente reglamentado; y otra de predominante aspecto privado, el régimen de las operaciones de crédito en las cuales aparecen los particulares como participantes. Ambas disciplinas se entrecruzan frecuentemente.

El objeto del control de las instituciones financieras es el de tutelar el ahorro de la colectividad y el de procurar que el ejercicio del crédito sea una actividad ordenada<sup>13</sup>. Al cumplimiento del primer objetivo están dirigidas las instituciones que procuran la estabilidad del intermediario a través de la garantía de la suficiencia de los medios líquidos para atender la restitución de los capitales recibidos de terceros y la aptitud de los medios patrimoniales para cumplir todas las obligaciones asumidas ante la clientela. Persiguen el segundo objetivo, por su parte, los instrumentos dirigidos a asegurar una organización empresarial adecuada a la complejidad de la actividad bancaria o financiera y a la magnitud de los intereses comprometidos en su desarrollo, así como a garantizar una sana y prudente gestión<sup>14</sup>.

Para la delimitación del perfil privado de la actividad de intermediación bancaria hay que partir del concepto de banco y de actividad bancaria. El concepto declarado en la legislación venezolana y manejado por la doctrina nacional es el universalmente reconocido de ente que desarrolla una actividad de captación de ahorros del público para dirigir éstos a la concesión de crédito<sup>15</sup>. En cuanto al elenco de operaciones de crédito (los contratos bancarios), la banca venezolana se caracteriza por el funcionamiento del principio de la liberalización<sup>16</sup>: puede realizar cualquier operación de intermediación financiera

11 Es la clasificación seguida en la obra citada en la nota anterior. V. pp. 2269-2274.

12 GHERSI, Carlos A., "Funciones y responsabilidad de la empresa", en *Derecho Privado Económico* (colección de estudios dirigidos por el autor); Editorial Universidad, Buenos Aires 2000, p. 36.

13 MOLLE, Giacomo; DESIDERIO, Luigi, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milán 1997, p. 8.

14 MOLLE y DESIDERIO, *Ibidem*, p. 8.

15 Artículo 1º de la Ley de Bancos; CHANG MORA, Kimlen; NEGRON CHACIN, Emilio Antonio: *Instituciones Financieras*, Vadell Hermanos, Caracas 2000, p. 370; MUCI FACCHIN, Gustavo; MARTIN PONTE, Rafael, *Regulación Bancaria*, UCAB, Caracas 2004, p. 120.

16 CHANG MORA y NEGRON CHACIN, *Ibidem*, p. 342

que no esté prohibida por la ley. En los contratos bancarios el cliente ocupa el lugar de un usuario protegido por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: los contratos en los cuales interviene (contratos de adhesión) se interpretan a su favor (artículo 86 de la citada Ley). En algunos casos, los contratos han de ser previamente autorizados por el órgano de control bancario y el banco ha de mantener un sistema de atención de las reclamaciones de los clientes, sobre las cuales ha de informar a la Superintendencia de Protección al Consumidor y al Usuario. Se puede apreciar aquí “cómo el contenido de los casos y problemas iusprivatísticos trascienden hacia lo público, convocando normas constitucionales”<sup>17</sup>. El artículo 117 de la Constitución obliga a otorgar al consumidor un tratamiento *equitativo*; por su parte, la Ley de Protección al Consumidor estima que es abusiva la cláusula contractual que imponga condiciones *injustas* de contratación (ord. 8º, art. 87). Dentro de este marco puede ser considerada nula cualquier estipulación que transfiera al consumidor los riesgos propios de la empresa bancaria, tales como las falsificaciones de cheques, los fraudes con las tarjetas de crédito, el uso indebido de las tarjetas de débito en los cajeros automáticos, etc. Las transferencias de riesgos de las empresas al mercado o a los consumidores contrarían la lógica de la economía de mercado, puesto que el acceso al mercado tiene como contrapartida la asunción de responsabilidad por la actividad que en él se desarrolla. Esta tesis ha sido ampliamente aplicada por la doctrina y por la jurisprudencia alemanas a los casos de subcapitalización de las sociedades de capital, haciendo ilimitadamente responsables a los socios cuando no han aportado un capital congruente con el objeto social, privándolos del beneficio de la responsabilidad limitada por haber pretendido hacer responsable al mercado, o sea, a los terceros, de riesgos que a éstos no les son imputables<sup>18</sup>.

Cuando la actividad de financiamiento de la empresa se ubica en el campo del mercado de capitales, es decir, en las situaciones de acceso directo de las empresas al ahorro del público, dos principios se erigen en las columnas sobre las cuales descansa la organización del control público y la actuación de los particulares en sus transacciones: la *transparencia* y la *protección del inversor*. El primer principio, contenido dentro de la noción de *disclosure* de los norteamericanos, tiene que ver con la obligación de suministrar al público la más amplia información acerca de la oferta de captación de recursos y de la identidad del oferente; el segundo principio, si bien no llega al extremo de equiparar al inversor con el depositante de fondos en el banco, porque los riesgos son distintos, le acuerda un tratamiento de tutela contra los fraudes, los engaños y el abuso de parte de quien tiene experiencia y conocimientos frente a quien no los tiene<sup>19</sup>. El estatuto protector de la Ley de Mercado de Capitales ha de ser articulado con las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Esto significa que el inversor tiene que recibir en los contratos un tratamiento *equitativo* y que son nulas las cláusulas que impongan condiciones *injustas*, entre ellas las transferencias de riesgos, tal como ocurre en la contratación bancaria.

---

17 LORENZETTI, *Ibidem*, p. 137.

18 PORTALE, Giuseppe B., “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, en *Rivista delle Società*, Año 36/1991, enero-febrero 1991, Giuffrè, Milán, pp.32 y ss.

19 MORLES HERNANDEZ, Alfredo, *Régimen legal del mercado de capitales*, reimpresión de la segunda edición; UCAB, Caracas 2002, p. 92.

## 2. El sistema en los contratos de asistencia técnica, de suministros y de cobertura de los riesgos de la empresa

En el grupo de los contratos de asistencia técnica se destaca el contrato de suministro de información, caso en el cual existen disposiciones constitucionales (artículos 19 a 31) dirigidas a preservar los derechos humanos, la vida privada, la intimidad y la imagen. Cualquier manifestación de voluntad en este campo tiene como límite el respeto de las declaraciones constitucionales, interpretadas con frecuencia por la jurisprudencia en el derecho comparado de forma amplia en favor del sujeto protegido. En el orden extracontractual, llaman la atención las groseras e impunes violaciones gubernamentales de estos derechos.

En los contratos de equipamiento industrial, cuando existe transferencia de tecnología, licencias de marcas o de patentes extranjeras, existe la obligación del registro de los contratos ante el organismo nacional competente, el cual debe evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada, el precio de los bienes que incorporen tecnología u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada (artículos 12 a 15, Capítulo IV de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena). Se trata de una intervención gubernamental, proveniente de los órganos comunitarios, dirigida a controlar un interés nacional (la independencia tecnológica) y a evitar abusos de los suplidores de tecnología y de los titulares de marcas y patentes para colocar el contrato en un nivel de equilibrio.

En los contratos publicitarios, una abundancia de normas constitucionales y de disposiciones relacionadas con la tutela de los menores, de la sociedad y de los consumidores, forman una red de preceptos que establecen limitaciones a esta actividad, así como a la actividad de los medios de comunicación. Se está en presencia de una contratación en la cual la autonomía de la voluntad está también severamente limitada.

En los contratos electrónicos e informáticos, la doctrina ha construido un principio según el cual la desigualdad entre el conocimiento del experto y la ignorancia del profano obliga a compensar el desequilibrio favoreciendo a este último. Para este usuario, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario ha dispuesto una tutela específica que incluye el derecho de arrepentimiento.

La actividad aseguradora está sometida a una intensa actividad de policía administrativa, porque en ella convergen intereses de la economía de los particulares y de la economía nacional junto a factores de confianza pública. Las empresas aseguradoras manejan enormes cantidades de dinero, provenientes de la acumulación de las primas pagadas por los asegurados, masa monetaria cuyas oscilaciones dependen de la frecuencia de los siniestros a pagar y cuyo uso no debe ser desviado por el asegurador<sup>20</sup>. Los contratos de seguros forman una categoría especial. Su régimen es similar al de los contratos bancarios, aunque es todavía más protector del asegurado que el aplicable al más favorecido de los clientes de los bancos, el depositante de fondos. El seguro es una institución esencial de la economía moderna, invaluable para mantener la integridad del patrimonio de las personas, compensar la pérdida de la vida y atender las contingencias de la salud de los ciudadanos. El órgano de control de la actividad aseguradora tiene a su cargo el examen y autorización del texto de los contratos de las aseguradoras con los asegurados, contratos que deben conceder al asegurado un tratamiento equitativo y que no pueden

---

20 STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros I*, tercera edición; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2001, pp. 50 y 51.

contener cláusulas abusivas o imponer condiciones injustas, pues se está ante un usuario protegido por la ley genérica aplicable a éste, además de un sujeto tutelado por la ley especial correspondiente. El órgano de control debe precaver al asegurado contra la incorporación de cláusulas *claims made* en las pólizas de responsabilidad civil, consideradas por la doctrina norteamericana como una fórmula de transferencia indebida de riesgos del asegurador al asegurado, contraria a las *expectativas razonables* del asegurado. La cláusula *claims made* requiere que el hecho generador (siniestro) se produzca durante la vigencia de la póliza, pero, además, exige que la reclamación también se haga durante la vigencia del seguro (en algunos casos hasta el vencimiento del lapso de prescripción para efectuar el reclamo)<sup>21</sup>. Es una cláusula que las reaseguradoras inventaron e imponen a las aseguradoras para protegerse de situaciones similares al *agent orange*, a la *asbestosis* y a la *talidomida*, que dieron origen a importantes reclamaciones varios años después de ocurridos los hechos. Ha sido considerada como una cláusula intrínsecamente injusta<sup>22</sup> y su nulidad ha sido pronunciada en varios países<sup>23</sup>. Un tratamiento similar debería ser otorgado por el órgano de control a la *condición precedente*, cláusula que le permite a las compañías de seguros excluir de cobertura e indemnizaciones a los titulares de seguros médicos cuando, a pesar de que el asegurado disfrutaba de buena salud al someterse a los exámenes previos para poder ser asegurado, resulta que el médico tratante *supone* que la enfermedad ya existía al momento de contratarse el seguro. Las compañías de seguro, en perjuicio del asegurado, le dan más valor a una *presunción* posterior del médico tratante que a la *declaración simultánea con la contratación del seguro* hecha por el médico escogido por la propia aseguradora para certificar la buena salud del candidato a ser asegurado. Si se llegara a probar, cosa prácticamente imposible, que el médico que examinó al candidato al momento de contratar el seguro se equivocó, el error es atribuible a la compañía de seguros, pues el médico es escogido por ella y ella debe responder del error de su delegado y de su propia negligencia. La cláusula de exclusión de responsabilidad del asegurador en base a una *condición precedente* ha de ser considerada abusiva, porque desnaturaliza el contrato de seguro de enfermedad, es contraria a la buena fe y restringe severamente los derechos del asegurado. Una alternativa que evitaría controversias es que los aseguradores calculen el riesgo que supone que alguien ya enfermo o con una enfermedad incubada, de buena fe contrate un seguro, incorporen esta eventualidad en los cálculos actuariales y cobren el incremento correspondiente de la prima. Los datos estadísticos deberían ser suficientes para que esta alternativa se aplicara.

### 3. El sistema en los contratos de distribución de los productos y de los servicios de la empresa

Los contratos a través de los cuales el empresario hace llegar sus productos o sus servicios al mercado asumen modalidades diversas. Unos son muy antiguos, como la comisión; otros son recientes, como la franquicia. Son contratos entre empresarios, a los cua-

---

21 SOBRINO, Augusto, "Derecho de seguros. La cláusula *claims made*: una peligrosa inclusión en las pólizas de responsabilidad civil", en *Derecho Privado Económico* (colección de estudios dirigido por GHERSI. V., nota 10 supra), p. 256.

22 SOBRINO, *Ibidem*, quien cita a San Agustín y a Santo Tomás en respaldo de la tesis de que "una norma jurídica injusta no es una norma jurídica", p. 271, nota 64.

23 STIGLITZ, *Ibidem*, pp. 474-487.

les se agregan el corretaje, la agencia y la concesión. En algunos contratos, como la exposición y la edición, una de las partes es un no empresario. También sucede igual, ocasionalmente, con la correduría.

Algunos contratos de correduría están sometidos a un régimen de control administrativo, como es el caso de los corredores de bolsa, de los corredores de seguros y de los corredores o agentes de viajes, porque el interés público involucrado en la actividad principal (el mercado de capitales, el seguro y el turismo) justifica la vigilancia de la conducta de quienes actúan por cuenta de los empresarios que dirigen sus ofertas al mercado, conducta que tiene que ajustarse a reglas legales, a exigencias gremiales de la profesión y a códigos morales.

#### **4. El sistema en los contratos de venta y permuta de los bienes y en los contratos de prestación de servicios**

Los contratos de venta, los contratos de transporte terrestre, marítimo y aéreo y los contratos turísticos tienen un alto componente de intervención pública.

Los contratos de venta mercantil son, por regla general, típicos actos en masa concertados a través de contratos de adhesión, tutelados por el régimen de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, a cuyos principios generales se ha hecho ya referencia. La misma ley se extiende a los contratos de transporte y a los contratos turísticos. En todos ellos aparece un débil jurídico: el comprador, el pasajero o el viajero. Los contratos de transporte y los contratos turísticos tienen, además, una regulación proveniente de acuerdos bilaterales e internacionales muy numerosos.

### **III. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES**

En la interpretación y ejecución del contrato sometido a un régimen de derecho público cabe discernir la presencia de varios conjuntos de normas, cada uno de ellos con origen distinto:

1. El principio general que rige la contratación en el derecho privado es el de la libertad de pactos. La condición dispositiva de las normas contractuales es una regla clásica, pero esta regla tiene limitaciones derivadas de las corrientes de moralización del contrato, de modo que sin que el contrato escape de su ámbito natural iusprivatista, se han creado varias líneas de ruptura de la regla: en primer lugar, la moral, concretada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6º del Código Civil, según el cual el orden público y las buenas costumbres no pueden relajarse por convenios particulares; en segundo lugar, el fortalecimiento del requisito de la causa, expresado en el artículo 1158 del Código Civil, conforme al cual si bien la causa se presume, la prueba contraria es posible y lleva a la conclusión de que las obligaciones sin causa no son válidas; el contrato es válido aunque no exprese la causa, pero no puede dejar de tener causa (artículo 1157 del Código Civil). Esta exigencia restringe el campo de los negocios abstractos en los cuales se pueden ocultar relaciones ilegítimas; en tercer lugar, el funcionamiento eficaz del principio de la buena fe, según el cual los derechos subjetivos de naturaleza económica tienen que ser ejercitados de acuerdo con la buena fe y las obligaciones deben también ser cumplidas de buena fe. Es un principio que figura en el artículo 1160 de

nuestro Código Civil y alcanza especial relevancia en la materia mercantil, porque la lealtad en los tratos, el proceder honesto, la fidelidad a la palabra, no abusar de la confianza y conducirse como cabe esperar de quienes intervienen habitualmente en el tráfico jurídico han sido, históricamente, pautas de la conducta de los comerciantes<sup>24</sup> (*equitas mercatorum*).

La doctrina ha elaborado, además, un enfoque de las normas dispositivas del derecho privado, según el cual todo apartamiento del cuadro regulador legalmente definido debe ser justificado por una corresponsabilidad específica, es decir, por un intercambio de beneficios, sin el cual ha de aplicarse la norma soslayada. Este enfoque limita aún más la regla de la libertad de pactos.

2. La Constitución de 1999, en el artículo 2º, define a la República como un *estado social de derecho* y en el artículo 299 consagra como sistema económico constitucional a la *economía de mercado*. Estas son proclamaciones generales que adquieren perfil definido con el auxilio de la doctrina y de la jurisprudencia. El sistema de economía de mercado tiene su propia lógica y para poder acceder al mismo el empresario (i) no puede efectuar transferencias indebidas de riesgos (cada quien debe asumir los riesgos propios de su función); (ii) debe respetar la regla de la corresponsabilidad o del equilibrio de las prestaciones.

3. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en concordancia con la Constitución de 1999, articula unos principios de moralización del contrato que obligan a dar al consumidor y al usuario un tratamiento de equidad y proscriben la imposición de estipulaciones injustas. Otras leyes (banca, seguros, mercado de capitales) contienen disposiciones similares.

#### IV. EFECTOS DEL TRASLADO

Bien se arranque de una concepción amplia o bien de una noción restringida del principio de la autonomía de la voluntad, el traslado del contrato al campo del derecho público sujeta cualquier manifestación de voluntad contractual a la realización de los fines contenidos en los principios justificativos de la intervención pública. Cualquier contradicción con los señalados principios afecta la relación de derecho privado. Salvo que otra cosa se disponga expresamente, será necesario estimar nula cualquier cláusula que constituya una infracción: nulidad de la estipulación y no nulidad del contrato, en aplicación de las reglas *utile per inutile non viciatur*; y entre dos soluciones, una contraria y otra favorable a la preservación del contrato, ha de preferirse esta última (*favor negotii*).

El ingreso del contrato al mundo del derecho público, además, coloca a los contratantes en el ámbito del derecho administrativo, cuya “estructura básica descansa sobre dos principios capitales -la teoría del contencioso-administrativo contra las decisiones de la Administración y la de la responsabilidad patrimonial de ésta por los daños que de su actividad puedan resultar para los particulares”<sup>25</sup>.

24 MORLES HERNANDEZ, Alfredo, *Curso, Tomo IV*, pp. 2213 y 2214.

25 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, segunda edición; Civitas, Madrid 1984, p. 481.

La actuación de la Administración en el terreno de los contratos de derecho privado sujetos a su control ha de ajustarse al principio de legalidad que gobierna la conducta de la Administración Pública, según el cual los actos del Estado deben conformarse a los precisos límites establecidos legalmente, límites dentro de los cuales se encuentra la actuación discrecional, mas no arbitraria, de la Administración<sup>26</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. Una revisión de la contraposición entre lo privado y lo público es siempre conveniente cada vez que se vaya a decidir en torno al ámbito al cual se adscribe una relación contractual.

2. En el área de los contratos mercantiles hay una tendencia a la aplicación de normas imperativas, unas que tienen su origen en la propia dimensión que tiene modernamente el principio de la autonomía de la voluntad; otras que guardan relación con la naturaleza constitucional de economía de mercado que tiene el sistema económico venezolano; y otras que derivan de principios de orden público (de dirección, de protección o de coordinación) declarados en diversas leyes.

3. El efecto de la infracción del régimen público aplicable a un contrato privado es la nulidad de la estipulación contractual y no la nulidad del contrato.

4. Uno de los efectos del traslado del contrato al campo del derecho público es el de someter a los contratantes a un régimen del derecho administrativo.

5. El concepto de *estado social de derecho* es una trinidad. No sólo se trata de Estado Social sino que la trinidad está compuesta también por el Derecho y la Democracia. El Estado democrático y social debe ser de derecho para no caer en el totalitarismo, dice Njaim, quien agrega: ese aspecto democrático no puede permitir que ningún movimiento, fuerza o doctrina, por muy "social" que sea, destruya al Estado de derecho<sup>27</sup>. Esta trinidad, además, es un límite para las potestades de interpretación de la Administración y de los magistrados y, sobre todo, para una peligrosa y perversa interpretación de dos normas constitucionales: del artículo 2º, conforme al cual se pretende derivar una contraposición entre Derecho y Justicia de la declaración según la cual "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia"; y del artículo 257, conforme al cual "No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales". Este último precepto no puede ser sacado de su contexto procesal y ser generalizado para atribuir un carácter de formalidad no esencial a normas jurídicas sustantivas.

---

26 BREWER-CARIAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*. Tomo I: *Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado*, UCV, Caracas 1975, pp. 15-20.

27 NJAIM, Humberto: "¿Evolución o desaparición del Estado Social de Derecho?", en la colección de estudios citada en la nota 1, editada por el autor y por Graciela Soriano DE GARCIA-PELAYO.