



SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Nº **10**
CARACAS, 2023

HOMENAJE AL
Dr. Hugo Mármol Marqués

COLABORADORES:

Ramón Escovar León
Claudia Madrid Martínez
Nayibe Chacón Gómez
Daniel Pérez Pereda
Diego Tomás Castagnino
Liliana Vaudo
Andrea I. Rondón García
Sabrina M. Gomes Soto
Nasly Ustáriz Forero
Marianela Zubillaga
Edgar Eduardo Berroterán
Walther Elías García S.

Jesús Dávila
Maria Paola Gomez S.
Alexander Ocanto Portillo
Kimberly K. González Rojas
Génesis Daniela Gutiérrez
Marith Fernanda Rosales
Samuel Dávila
Deysi Carolina Labrador Oliveros
Joaquím Gonçalves do Espirito Santo
Alejandro Ramírez Padrón
Patricia Ugueto Solorzano

© REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777

ISSN: 2739-0020

La Revista Venezolana de Derecho Mercantil es una publicación de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela, de carácter científica, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, especializada en el área del derecho mercantil, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua de la Revista.

La Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en esta obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.

Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 10 / Junio 2023

Publicación de la convocatoria: 16/3/2023

Recepción de artículos: 16/3/2023 al 29/5/2023

Todos los trabajos fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego

Editores: Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, A.C. RIF: J-41167976-3

Web site: www.sovedem.com

E-mail: sociadadderechomercantil@gmail.com

Diseño y diagramación: www.megaeditorial.com

E-mail: info@megaeditorial.com

La Revista Venezolana de Derecho Mercantil forma parte del Directorio de Latindex y es signataria de la Declaración de San Francisco sobre Evaluación de la Investigación (DORA)

Caracas, Venezuela.



Signatory of





SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

X EDICIÓN

COLABORADORES:

Ramón Escovar León	Jesús Dávila
Claudia Madrid Martínez	Maria Paola Gomez S.
Nayibe Chacón Gómez	Alexander Ocanto Portillo
Daniel Pérez Pereda	Kimberly K. González Rojas
Diego Thomás Castagnino	Génesis Daniela Gutiérrez
Liliana Vaudo	Marith Fernanda Rosales
Andrea I. Rondón García	Samuel Dávila
Sabrina M. Gomes Soto	Deysi Carolina Labrador Oliveros
Nasly Ustáriz Forero	Joaquím Gonçalves do Espirito Santo
Marianela Zubillaga	Alejandro Ramírez Padrón
Edgar Eduardo Berroterán	Patricia Ugueto Solorzano
Walther Elías García S.	

Caracas - Venezuela
Junio 2023



**SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL**

Presidente Honorario
Alfredo Morles Hernández (†)

Comité Ejecutivo 2022 - 2023

Director General
Mario Bariona G.

Secretaria General
Nayibe Chacón Gómez

Tesorero
Pedro A. Rengel Núñez

Director
Diego Castagnino

Director
Daniel Pérez Pereda

Coordinador Internacional
Carlos Domínguez

**Comité Editorial
de la Revista Venezolana
de Derecho Mercantil**

Director-Editor
Diego Castagnino

Asesor Académico
Kimlen Chang de Negrón

Coordinador
Daniel Pérez Pereda

Estilo y Diagramación
Juan Marcano

Sumario

<i>Presentación y agradecimientos</i>	VII
Nayibe Chacón Gómez, Kimlen Chang, Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda	

<i>Semblanza homenaje al Dr. Hugo Mármol Marquís</i>	XI
Daniel Pérez Pereda	

ARTÍCULOS

<i>Ejecución de laudos en el extranjero: especial referencia a los anulados en la sede</i>	23
Ramón Escovar León	

<i>Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato</i>	41
Claudia Madrid Martínez	

<i>La función registral y las sociedades anónimas venezolanas</i>	63
Nayibe Chacón Gómez y Daniel Pérez Pereda	

<i>La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo</i>	79
Diego Thomás Castagnino	

<i>Responsabilidad extendida y cumplimiento corporativo en empresas de producción</i>	109
Liliana Vaudo	

<i>¿La función social de la propiedad privada? -Otra forma de violar el derecho de propiedad privada-</i>	129
Andrea I. Rondón García y Sabrina M. Gomes Soto	

<i>El rol de las instituciones a la luz de la Teoría de la Opción Pública y del Análisis Económico del Derecho</i>	143
Nasly Ustáriz Forero	

<i>La empresa familiar y la necesidad de su regulación a nivel legislativo</i>	173
Joaquím Gonçalves do Espírito Santo	
<i>Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial</i>	207
Marianela Zubillaga	
<i>Exclusión de socios en la sociedad anónima: Comentarios para su regulación en Venezuela</i>	233
Edgar Eduardo Berroterán	
<i>Abogando por el rescate de una exclusiva competencia mercantil</i>	249
Walther Elías García S.	
<i>El contrato de cesión de datos personales y sus implicaciones de derecho mercantil</i>	277
Jesús Dávila y Maria Paola Gomez S.	
<i>La constitución de compañías anónimas en la era digital</i>	297
Alexander Ocanto Portillo	
<i>Consideraciones sobre la validez y eficacia del Arbitraje Comercial en controversias derivadas de Smart Contracts</i>	317
Kimberly K. González Rojas y Génesis Daniela Gutiérrez	
<i>La legalidad de la cláusula de exclusividad en el contrato de distribución</i>	339
Marith Fernanda Rosales y Samuel Dávila	
<i>Consecuencias de la constitución de sociedades anónimas unipersonales en el ordenamiento jurídico venezolano</i>	351
Deysi Carolina Labrador Oliveros	
<i>La debida diligencia en la contratación mercantil</i>	375
Alejandro Ramírez Padrón y Patricia Ugueto Solorzano	

Presentación y agradecimientos

Desde el Comité Ejecutivo y el Comité Editorial de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) nos complace presentar con una inmensa satisfacción la décima edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

Se ha vuelto una tradición (que esperamos perdure) que cada edición de la revista se la dedicamos a un destacado jurista que a través de sus obras y/o enseñanzas hayan aportado significativamente al derecho mercantil. Esta ocasión no podía ser la excepción, por lo que, el Comité Ejecutivo de la SOVEDEM acordó por unanimidad dedicar la décima edición a un destacado abogado, el doctor Hugo Mármol Marqués.

En primer lugar, queremos dejar constancia de las múltiples muestras de afecto, respeto y admiración que hemos recibido hacia nuestro homenajeado, lo cual no es de sorprendernos. Por un lado, porque el Dr. Mármol Marqués nos dejó una vasta y valiosa obra que sigue siendo consulta obligada en el ámbito mercantil por estudiantes, profesionales y jueces, pero también, por que formó a varias generaciones de abogados a quienes no solo les compartió sus conocimientos y experiencias, sino que los contagió con la profunda pasión que sentía por el derecho mercantil, dejando una huella imborrable en todos aquellos que tuvieron la dicha de pasar por sus aulas.

Como de costumbre, contamos con una breve pero significativa semblanza del homenajeado, en esta ocasión preparada por el Prof. Daniel Pérez Pereda, con la colaboración de la hermana del Dr. Mármol Marqués, la Sra. Dora Mármol de Briquet, y de su hija Valentina Mármol, a quienes les agradecemos por sus aportes y esperamos que esta obra sea de su agrado. Para el Comité Ejecutivo de la SOVEDEM es un honor reconocer la destacada labor del Dr. Hugo Mármol Marqués en esta edición de su revista.

La Convocatoria para esta edición fue publicada en las redes sociales y página web de la SOVEDEM (www.sovedem.com), el dieciséis (16) de abril de 2023, en donde, el Comité Editorial de la revista invitó a académicos, investigadores y estudiantes, nacionales y extranjeros, así como a la comunidad jurídica en general a presentar trabajos con miras a su publicación.

De acuerdo con los términos de la Convocatoria, se recibieron artículos hasta el veintinueve (29) de mayo de 2023.

En esta oportunidad recibimos en total 19 trabajos, que fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego. De los cuales, 16 fueron aprobados, y 3 rechazados. Así mismo, contamos con un trabajo del Dr. Ramón Escovar León, quien participó como invitado especial de esta edición.

Queremos agradecer a los 23 revisores que nos apoyaron durante el proceso de evaluación en esta edición, su aporte contribuye con la calidad académica de nuestra revista.

De tal manera que en esta edición contamos con los siguientes artículos:

1. “Ejecución de laudos en el extranjero: especial referencia a los anulados en la sede”. Ramón Escovar León.
2. “Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato”. Claudia Madrid Martínez.
3. “La función registral y las sociedades anónimas venezolanas”. Nayibe Chacón Gómez y Daniel Pérez Pereda
4. “La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo”. Diego Castagnino.
5. “Responsabilidad extendida y cumplimiento corporativo en empresas de producción”. Liliana Vaudo Godina.
6. “¿La función social de la propiedad privada? -Otra forma de violar el derecho de propiedad privada-”. Andrea I. Rondón García y Sabrina M. Gomes Soto.
7. “El rol de las instituciones a la luz de la Teoría de la Opción Pública y del Análisis Económico del Derecho”. Nasly Ustáriz Forero.
8. “La empresa familiar y la necesidad de su regulación a nivel legislativo”. Joaquím Gonçalves do Espirito Santo.
9. “Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial”. Marianela Zubillaga.
10. “Exclusión de socios en la sociedad anónima: Comentarios para su regulación en Venezuela”. Edgar Berroterán.
11. “Abogando por el rescate de una exclusiva competencia mercantil”. Walther Elías García Suárez.
12. “El contrato de cesión de datos personales y sus implicaciones de derecho mercantil”. Jesús Dávila y Maria Paola Gomez S.
13. “La constitución de compañías anónimas en la era digital”. Alexander Ocanto
14. “Consideraciones sobre la validez y eficacia del Arbitraje Comercial en controversias derivadas de Smart Contracts”. Kimberly K. González Rojas y Génesis Daniela Gutiérrez.
15. “La legalidad de la cláusula de exclusividad en el contrato de distribución”. Marith Fernanda Rosales A. y Samuel Dávila.

16. “Consecuencias de la constitución de sociedades anónimas unipersonales en el ordenamiento jurídico venezolano”. Deysi Carolina Labrador Oliveros.
17. “La debida diligencia en la contratación mercantil”. Alejandro Ramírez Padrón y Patricia Ugueto Solorzano.

Agradecemos a los autores por su contribución.

Nuevamente ofrecemos a la comunidad jurídica una revista adaptada a las recomendaciones de la Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (Dora) y que cumple con nuestro Código de Ética.

Con la publicación de esta décima edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, seguimos cumpliendo nuestra promesa de ser una revista de carácter científico, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, especializada en el área del derecho mercantil.

La presente obra estará disponible en versión impresa de tapa blanda, cuya comercialización generará fondos, los cuales serán destinados a la mejora continua de nuestras publicaciones; y con una versión digital, de acceso abierto y gratuito que se podrá descargar en www.sovedem.com.

Queremos agradecer inmensamente a nuestro Miembro Incorporado, el abogado y diseñador gráfico, Juan Marcano, quien amablemente nos apoyó con la diagramación de la presente edición.

Esperamos que esta obra sea de utilidad para la comunidad jurídica en general.

Caracas, junio de 2023

Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil

Prof. Dra. Nayibe Chacón
Secretaria General

Prof. Diego Castagnino
Director-Editor

Prof. Daniel Pérez Pereda
Coordinador

Prof. Dra. Kimlen Chang
Asesor Académico

Semblanza homenaje al Dr. Hugo Mármol Marqués (1938-1988)

Daniel Pérez Pereda*

Esta décima edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil por decisión unánime del Comité Ejecutivo de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil rinde tributo a un destacado abogado, el doctor Hugo Mármol Marqués, quien, a pesar de su prematuro fallecimiento, realizó valiosos aportes a los estudios del derecho mercantil, especialmente en materia de seguros en nuestro país y cuya bibliografía aún sigue siendo referente en los estudios del derecho tanto a nivel de pregrado como de postgrado.

Profunda alegría y un gran compromiso me han llevado a escribir estas líneas porque en ellas no solo estoy plasmando la vida y obra de un insigne jurista; hablar del doctor Mármol Marqués, inevitablemente, me obliga a conectar un vínculo afectivo y fraternal entre mi familia paterna y los Mármol Marqués, el cual fue reafirmado de una forma muy especial por su hermana, Dora Mármol de Briquet, a quien acudí para conocer de primera fuente un poco más de nuestro homenajeado.

El doctor Hugo Mármol Marqués nació en Caracas el 8 de febrero de 1938, hijo primogénito del doctor Francisco Manuel Mármol, quien fue abogado e individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y de Dora Marqués de Mármol. El resto de la familia la conformaban su hermana Dora quien fue una persona clave para la elaboración de esta semblanza y su hermano Francisco, destacado jurista, quien falleció en el año 2016.

Inició sus estudios primarios en el Colegio La Salle de Caracas y sus estudios secundarios en el Liceo Andrés Bello también de la ciudad capital; sus estudios académicos los realiza en la Universidad Central de Venezuela, donde obtiene el título de Abogado. Una vez culminados sus estudios de pregrado decide continuar su formación académica y viaja a París a cursar estudios en la prestigiosa *Sorbonne Université*, donde obtiene el título de Doctor en Derecho, presentando su trabajo de grado titulado “El Seguro de Vida”, tesis que fue posteriormente publicada en Venezuela por la Universidad Central de Venezuela en el año 1964.

* *Abogado*, Universidad Central de Venezuela. *Especialista en Derecho Mercantil*, Universidad Central de Venezuela. *Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho*, Universidad Central de Venezuela. *Profesor de Derecho Mercantil*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador y Director de la *Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)*. Email: danielperezpereda@gmail.com

A su regreso a Venezuela en el año 1964 contrae nupcias con Esther Cordero, de cuyo enlace nacieron 4 hijos, Valentina, Laura, Juliana y Hugo Miguel, todos profesionales universitarios exitosos, siendo Valentina la que tomó la decisión de emular a su padre y aventurarse al estudio del derecho en la Universidad Católica Andrés Bello, y contar con él como profesor en las cátedras de derecho mercantil I y II.

Desde el comienzo de su carrera profesional la docencia, la investigación y la escritura fueron su gran pasión, oficio que continuó hasta su temprana partida a los casi 50 años el 28 de enero de 1988, contando entre sus trabajos más destacados libros dedicado al estudio del derecho mercantil como lo son sus obras sobre Fundamentos de Derecho Mercantil, parte general, títulos valores y Fundamentos del Seguro Terrestre, publicaciones editadas por la Universidad Católica Andrés Bello. Al momento de su fallecimiento se encontraba trabajando en un libro dedicado al estudio de las sociedades mercantiles, el cual lamentablemente no pudo culminar.

No solamente destacó como profesor en la asignatura de derecho mercantil, también lo hizo con gran pasión y minuciosidad en la cátedra de lógica jurídica, ambas en la Universidad Católica Andrés Bello; en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad de Los Andes dictó cursos de postgrados especialmente en el área de seguros.

En el campo profesional dedicó parte de su vida a la función pública, aceptando responsabilidades únicamente en atención a las peticiones que cercanos amigos y destacados profesionales le hiciesen, como lo fue el caso de su desempeño Abogado en la Procuraduría General de la República durante el primer gobierno del doctor Rafael Caldera; como Consultor Jurídico de la Corporación Nacional de Hoteles y Turismo, CONAHOTU, durante el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez, en donde acompañó en su gestión a su amigo y para aquel entonces Ministro de Turismo Frank Briceño Fortique, y en donde tuvo una importante participación en la redacción de la Ley de Playas; en la Comisión Nacional de Valores se desempeñó como Consultor Jurídico durante la gestión del doctor Enrique Urdaneta Fontiveros y junto al doctor Alfredo Morles trabajaron en la reforma de la Ley de Mercado de Capitales, antes de su fallecimiento se desempeñaba como relator de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el despacho del Magistrado René Plaz Bruzual.

Desde el momento que fue publicada la convocatoria a esta edición de la revista, fueron muchas las muestras de afecto expresadas, por quienes fueron alumnos, por lo que no quisiera dejar pasar esta oportunidad para transcribir algunas de ellas, ya que, constituyen un reflejo de las virtudes como docente y profesional del doctor Hugo Mármol Marquís.

Simón Gómez, alumno del doctor Mármol, en breves palabras resaltó sus cualidades como docente:

El profesor Hugo Mármol le hizo honor a su título todas y cada una de las veces que entró a nuestro salón de clases, no sólo por sus vastos conocimientos en materia de derecho mercantil sino también por su talento innato para expresar complejos escenarios jurídicos en términos simples, sin restarles sustancia.

El testimonio de Kurt Nagel, gran amigo de la familia, refleja de manera sincera sus consideraciones y recuerdos sobre el doctor Mármol:

Hugo Mármol Marqués, extraordinario profesor. Lamentablemente no lo conocí personalmente y debo confesar que me parecía un poco distante. Una persona que no intimaba con cualquiera, pero pocos profesores recuerdo con un mayor dominio de su materia como él, sino el de mayor dominio de todos los profesores de mi carrera. Excelente escritor de derecho mercantil. Su libro sigue siendo una fuente invaluable de consulta obligatoria. Extraordinario didacta que tenía la extraña cualidad de ser profundo y a la vez fácil de entender aún en los temas más complejos. Su muerte, creo que, siendo nuestro profesor de mercantil, fue y sigue siendo un total shock. Sentir el dolor profundo de la tristeza de Valentina, pero a la vez, al mismo tiempo, su fortaleza ante acontecimientos sorprendidos, inesperados e indeseados como ese, todavía siguen siendo para mí una gran lección de vida. A riesgo de que mis recuerdos me jueguen una mala pasada, salió a trotar y cuando llegó a su casa en la Lagunita, falleció de un infarto. Hace un tiempo conseguí su fecha de nacimiento en alguna publicación, saque la cuenta y creo recordar que falleció de 49 años de edad. Esos son 10 años menos de lo que tenemos algunos de nosotros al día de hoy. Que injusta es la vida y el destino, especialmente con sus seres más queridos.

María Elena Arcia, quien fue su alumna durante el período académico 1985-1986 en la Universidad Católica Andrés Bello, destacó con profunda alegría:

Tuve la gran dicha de ser su alumna en la asignatura de derecho mercantil en tercer año de la carrera, en el año 1985-1986. Era un gran reto por cuánto era al papá de mi mejor amiga y eso suponía un compromiso conmigo y con él. Era un hombre muy serio, sencillo y tímido, pero en el salón de clase lograba transformar esa timidez en gran elocuencia para transmitir con muchísima claridad sus enormes conocimientos logrando mantener al salón y a mí, atentos. Recuerdo la facilidad para describir con ejemplos sencillos figuras que para mí eran abstractas como la letra

de cambio, y que hasta hoy recuerdo perfectamente. Tenía un estilo muy práctico y pedagógico que me permitió entender muy bien el contenido de la materia y afortunadamente pude obtener muy buena calificación. Como alumna y amiga de la familia lo recuerdo con mucho cariño y admiración.

En esta edición de nuestra revista contaremos con un artículo de Marianela Zubillaga, pariente de la familia y alumna del doctor Mármol, titulado “Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial”, quien no quiso perder la oportunidad de ser parte de este homenaje a su maestro y familiar.

Finalmente, quiero hacer un agradecimiento especial a Valentina Mármol, quien, con sus aportes sobre su la vida y obra de su padre, alimentó sustancialmente estas líneas que con mucho aprecio he tenido la oportunidad de escribir sobre su padre.

ARTÍCULOS

*Ejecución de laudos en el extranjero: especial referencia a los anulados en la sede**

Ramón Escovar León**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-23-40

Resumen: El objetivo de este trabajo es examinar la ejecución de laudos extranjeros haciendo énfasis en la ejecución de los llamados “laudos zombies”, es decir, aquellos laudos que han sido anulados por los tribunales judiciales del Estado sede del tribunal arbitral. Esta posibilidad está autorizada en el artículo I. 1. de la Convención de Nueva York de 1958 para aquellos Estados que han ratificado la Convención. Se realiza una breve referencia a tres instrumentos legales: la Convención de Nueva York, Convención de Panamá y la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Así mismo, se reflexiona sobre la noción de orden público arbitral.

Palabras clave: arbitraje, laudos zombies, ejecución.

Enforcement of foreign arbitral awards: special reference to those annulled at the arbitration seat

Abstract: The objective of this paper is to examine the execution of foreign arbitral awards, emphasizing the execution of the so-called “zombie awards”, that is, those awards that have been annulled by the judicial courts of the State where the arbitral tribunal is located. This possibility is authorized in article I. 1. of the New York Convention of 1958 for those States that have ratified the Convention. A brief reference is made to three legal instruments: the New York Convention, the Panama Convention, and the model law of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Likewise, it reflects on the notion of arbitration public order.

Keywords: Arbitration, zombie awards, enforcement.

Autor invitado

* Este trabajo fue inicialmente publicado en el libro *Estudios jurídicos en homenaje a José Gabriel Sarmiento* (Editorial jurídica venezolana, Caracas-Madrid, 2023). Esta versión contiene algunas correcciones y añadidos en relación con la publicación original.

** Abogado *summa cum laude* UCAB (1974). Doctor en Derecho UCV (1990). Magister en Administración de Empresas, mención finanzas, UCAB (1997). Licenciado en Letras *magna cum laude* UCV (2016). Profesor titular jubilado de la UCV y UCAB. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Venezolano de Derecho Social. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Ejecución de laudos en el extranjero: especial referencia a los anulados en la sede*

Ramón Escovar León**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-23-40

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *La Convención de Panamá*. 2. *La ley modelo de la CNUDMI*. 3. *La noción de orden jurídico arbitral*. 4. *La ejecución de laudos anulados en la sede: Laudos zombies*. 5. *Ejecución de laudos venezolanos en el extranjero*. 5.1. *El caso Roche*. 5.2. *Caso Venfruca*. 6. *Laudos dictados en el extranjero y anulados en Venezuela: el caso Castillo Bozo*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo voy a examinar la ejecución de laudos extranjeros. Haré énfasis en la ejecución de los llamados “laudos zombies”, es decir, aquellos laudos que han sido anulados por los tribunales judiciales del Estado sede del tribunal arbitral. Esta posibilidad está autorizada en el artículo I. 1. de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY)¹ para aquellos Estados que han ratificado la Convención.

La Convención de Nueva York es considerada como uno de los tratados más exitosos en el derecho internacional privado² y como “el evento más importante en materia de arbitraje comercial internacional”³. También se afirma que la Convención ha sido “un instrumento internacional altamente efectivo”⁴ porque permite la ejecución

* Este trabajo fue inicialmente publicado en el libro Estudios jurídicos en homenaje a José Gabriel Sarmiento (Editorial jurídica venezolana, Caracas-Madrid, 2023). Esta versión contiene algunas correcciones y añadidos en relación con la publicación original.

** Abogado *summa cum laude* UCAB (1974). Doctor en Derecho UCV (1990). Magister en Administración de Empresas, mención finanzas, UCAB (1997). Licenciado en Letras *magna cum laude* UCV (2016). Profesor titular jubilado de la UCV y UCAB. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Venezolano de Derecho Social. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Véase: *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958), Naciones Unidas, Uncitral, 2015, pp 8-14. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

² Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1981, pp. 8-10. Igualmente, y del mismo autor, “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. En: *Audiovisual Library of International Law*, United Nations, Codification Division, 2021, Disponible en: <https://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html>.

³ James Otis Rodner, “El arbitraje abreviado bajo las Reglas CNUDMI (UNCITRAL); el arbitraje sumario; el arbitraje digital”, en *Anuario venezolano de arbitraje nacional e internacional*, Asociación venezolana de Arbitraje, N° 2, *Asociación venezolana de arbitraje*, Caracas, 2021, pp. 100-101.

⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, sixth edition, 2015, p.624.

de acuerdos y laudos arbitrales en cualquier jurisdicción, más allá del país en el cual se dictó el laudo⁵. Y esto ha significado una contribución a la internacionalización del arbitraje comercial⁶.

La posibilidad señalada en el párrafo anterior depende, en primer lugar, de la interpretación de las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958⁷; y, en segundo lugar, de la admisión de la noción de *orden jurídico arbitral*, defendida por el jurista francés Emmanuel Gaillard⁸. A estas dos razones hay que agregar otra: la credibilidad y prestigio del Poder Judicial del país en el cual se anula el laudo. Sobre estos aspectos es que voy a presentar las reflexiones que expondré a continuación.

En el desarrollo de este ensayo haré, en primer lugar, una breve referencia a tres instrumentos legales: la Convención de Nueva York, Convención de Panamá y la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En segundo lugar, reflexionaré sobre la noción de orden público arbitral. En tercer lugar, me referiré a los laudos zombies, tanto internacionales como nacionales. Y, por último, consignaré las conclusiones.

La posibilidad de ejecutar laudos en el extranjero es un logro relevante en la vida jurídica global, lo que corresponde a una evolución histórica⁹. En efecto, en 1923 la Cámara de Comercio Internacional crea su primer sistema de arbitraje¹⁰. Pero hubo dudas e inconvenientes con la posibilidad de ejecutar laudos en el extranjero, porque, entre otras cosas, el procedimiento era muy engorroso.

Para superar los inconvenientes señalados, surge la necesidad de impulsar un tratado, cuyo primer resultado fue la Convención de Ginebra de 1927. Esta Convención nace con una poderosa falla en su origen, por cuanto requería un “doble exequatur”: uno de los jueces del Estado sede; y uno segundo, por parte del Estado de la ejecución. Este esquema alambicado evolucionó hasta la aprobación de la Convención de Nueva

⁵ Rodner, *Ob. Cit.*, p. 101.

⁶ *Ibid.* Redfer, Hunter et al anuncian que posiblemente la Convención de Nueva York será sustituido por la Ley Modelo de CNUDMI.

⁷ Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, cit, p. 395.

⁸ Emmanuel Gaillard, *El orden jurídico arbitral*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Cátedra Bancolombia de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores, Serie Arbitraje Internacional, N° 13, tr. Claudia Patricia Cáceres Cáceres y Sebastián Mantilla Blanco. Este gran jurista francés falleció el 1 de abril de 2021, dejando un vacío en el campo del arbitraje internacional. Entre los arbitrajes en los que participó se puede mencionar el caso *Yukos vs la Federación Rusa*, en el cual el laudo arbitral condenó a Rusia al pago de 50 billones de EUA \$ por concepto de daños.

⁹ Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practices*, second edition, Wolters Kluwer, 2016, p. 17-20 Eduardo Silva Romero, *El Laudo arbitral: su ejecución en el exterior*: Foro organizado por la Cámara de Caracas el día 6 de mayo de 2021. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3AxdGLhEB2Y&t=2447s>

¹⁰ Van den Bert, *The New York Arbitration Convention of 1958*, cit, p. 6.

York¹¹. Además, se requería que tanto la constitución del tribunal como el procedimiento arbitral tenían que haber sido regulados de acuerdo con la ley del procedimiento arbitral. Y esto fue lo que acicateó el cambio para liberar la ejecución del laudo de la ley del país sede del arbitraje¹².

Debido a las deficiencias señaladas se va configurando la necesidad de una nueva regulación que cristaliza con la Convención de Nueva York. Este instrumento normativo, resuelve las trabas y facilita la ejecución de los laudos en el extranjero. Con fundamento en la CNY se han podido ejecutar laudos arbitrales previamente anulados en la sede. De esa manera, la distinción entre arbitraje nacional e internacional pierda importancia práctica, puesto que los laudos se pueden ejecutar en cualquier país independientemente de si el caso era inicialmente internacional o no¹³.

En la práctica, la característica señalada se traduce en una ventaja importante del arbitraje con respecto al sistema regular de ejecución de sentencias judicial extranjeras. A diferencia del régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras, de acuerdo con la CNY, los laudos arbitrales tienen reconocimiento automático y su ejecución solo puede ser denegada si el tribunal del Estado en que se solicita su ejecución determina que se cumplen los extremos de las causales taxativas establecidas en la propia Convención para que dicho laudo no se ejecute.

Por otra parte, y de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1927, era posible negar la ejecución de los laudos sino se había cumplido con la ley del país sede, tanto en lo que atañe a la composición del tribunal arbitral, como de sus leyes procesales. Se requería, entonces, el acuerdo de partes y la aplicación de la ley local. Esto cambió con la CNY que privilegia la voluntad de las partes; y a falta de ellas se aplica la ley del Estado sede¹⁴.

La Convención ofrece el marco jurídico para la ejecución de laudos extranjeros, es decir, aquellos dictados por tribunales con sede en un país diferente a aquel en el que se solicita la ejecución. Sin embargo, se mantienen trabas para la ejecución debido a las distintas interpretaciones que se hacen de la CNY. Buscar una interpretación uniforme es uno de los retos que se presentan para poder impulsar aún más la aplicación de la CNY. En este sentido, siempre debe tenerse presente la interpretación más favorable para la ejecución.¹⁵

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹² *Ibid.*

¹³ Rodner, *Ob. Cit.*, cita 6, p. 101-

¹⁴ Redfern et all, *Ob. Cit.*, p. 632.

¹⁵ Aquí cabe citar el artículo 74 del Decreto Legislativo peruano N° 1071 que señala el orden de normas aplicables así:

“1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:

1. La Convención de Panamá

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, también conocida como Convención de Panamá (CP), fue suscrita en 1975 ratificada por los Estados Unidos y por la mayor parte de los países de América Latina. Al igual que la CNY, es un instrumento de apoyo al arbitraje y facilita la ejecución de los laudos¹⁶.

Su artículo 3 contiene una disposición prevista en la CNY, al señalar que, “A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”. Esta norma ofrece la posibilidad de aplicación de estas reglas en caso de que las partes no hayan señalado el derecho aplicable. Entonces, si las partes no indican las reglas para al arbitraje, se aplican las de la Convención de Panamá¹⁷. Igualmente, el artículo V de la Convención de Panamá es semejante al artículo V de la CNY, lo que es expresión de la influencia de esta sobre aquélla.

La Convención de Panamá contiene reglas muy parecidas a las reglas de arbitraje de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en adelante “Ley Modelo”)¹⁸, a la cual me voy a referir de manera sucinta en la sección siguiente.

2. La ley modelo de la CNUDMI

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial internacional es de influencia determinante sobre la mayoría de las leyes de arbitraje de América Latina, entre ellas la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC). Esa influencia se advierte al recoger nuestra ley el principio *kompetenz-kompetenz*, la separabilidad del acuerdo de arbitraje, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral y el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros¹⁹.

-
- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
 - b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
 - c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte del Perú.

Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero”.

¹⁶ Born, *Ob. Cit.*, p.20

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ Véase, Yosely Bermúdez Abreu e Ivette Esis Villaroel, “La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su Impacto en el Ordenamiento Jurídico Venezolano “. En: *Revista de Derecho, Universidad del Norte Colombia*, núm 29, junio 2008, pp. 237-266. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513565>.

En lo que atañe al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana admite la ejecución de laudos extranjeros sin necesidad de exequátur. Y esta ejecución se puede denegar por las razones equivalentes a las previstas en la Convención de Nueva York. En este sentido conviene comparar los artículos 48 y 49 de la ley venezolana con los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo, así como con el artículo V de la CNY para ponderar la influencia de esta última sobre la Ley Modelo²⁰, y, por vía de consecuencia, sobre nuestra ley.

Conviene hacer referencia al artículo 34 de la Ley Modelo²¹ que admite la validez de los laudos arbitrales internacionales sujetos a causales de nulidad, semejantes a los previstos en la Convención de Nueva York. Esto evidencia, una vez más, la importancia de la CNY porque una apropiada interpretación facilita la ejecución de laudos arbitrales dictados en cualquier país. Para eso –hay que insistir– su interpretación uniforme es fundamental.

²⁰ Born, ob cit, p. 24

²¹ Dice así el mencionado artículo 34:

- “ 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
- 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
- a) la parte que interpone la petición pruebe:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
 - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
- 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
- a) la parte que interpone la petición pruebe:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
 - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
- 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
- a) la parte que interpone la petición pruebe:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
 - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.
- 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.

La Ley Modelo pretende la armonización de las distintas leyes nacionales en materia de arbitraje comercial internacional. Sus normas han sido adoptadas por más de 100 legislaciones; entre ellas, Singapur, Hong Kong, Alemania, Rusia, algunos estados de los Estados Unidos, Canadá, Corea del Norte y, como se dijo, Venezuela²². Pero para que esta legislación uniforme arroje resultados es necesario también la interpretación uniforme de estas leyes.

3. La noción de orden jurídico arbitral

El arbitraje descansa en la autonomía de la voluntad y en su origen contractual. De ahí que es posible pensar que el laudo se desprende de la jurisdicción de los estados, porque pertenece a un orden transnacional²³, llamado “orden jurídico arbitral”. Este concepto, como se señaló, fue utilizado por Emmanuel Gaillard, quien aclara que el primero en acuñar el concepto fue el profesor Daniel Cohen²⁴. Entonces, el poder de los árbitros nace del acuerdo arbitral y no del Estado.

El asunto se presenta porque el arbitraje internacional está ligado a varios ordenamientos jurídicos: el de cada una de las partes, el del acuerdo de arbitraje, el del fondo de la controversia, el de la sede del tribunal arbitral y del lugar de ejecución del laudo. A esto se le debe añadir la dimensión anacional de normas jurídicas aplicables que se manifiestan cuando las partes o el tribunal arbitral aplican derecho anacional o la *lex mercatoria* al fondo de la controversia. Las fuentes de este derecho son las prácticas y usos comerciales internacionales, los contratos internacionales elaborados por los escritorios jurídicos y la jurisprudencia de los arbitrajes internacionales²⁵.

Gran parte de las prácticas y usos comerciales están “recogidas por la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC) a través de sus formas de reglas y usos uniformes, comentarios y códigos de conducta, incluyendo las que regulan créditos documentarios, transacciones electrónicas, documentos de embarque relativos al transporte marítimo, y otras”²⁶. Los contratos que regulan la relación entre las partes, elaborados por abogados y escritorios jurídicos, van constituyendo “la costumbre mercantil inter-

²² *Ibid* pp 22-24.

²³ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de Droit International de La Haye, Les livres de poche, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.65. Según Gaillard el primero en utilizar la expresión «orden jurídico arbitral» fue Daniel Cohen en su libro *Arbitrage en société* (Paris, LGDI, 1993, p. 21) (loc. cit.). Del libro de Emmanuel Gaillard hay traducción al español: *Teoría Jurídica del arbitraje internacional*, tr. María Esmeralda Moreno, La Ley Paraguaya, Cedep, Thomson Reuters, Asunción, Paraguay, 2010.

²⁴ Gaillard, *Aspects philosophiques*cit, p. 65; *Teoría jurídica*p. 46.

²⁵ Rodner, *La Globalización*, cit, p. 230.

²⁶ *Ibid*

nacional o *Lex Mercatoria*”²⁷. Al momento de decidir una controversia suele aplicarse las disposiciones que han plasmado las partes en estos contratos como fundamento jurídico de las decisiones arbitrales. Esto no excluye, desde luego, que se puedan aplicar supletoriamente las reglas de derecho positivo de la ley aplicable escogida por las partes. La jurisprudencia arbitral, por su parte, va enriqueciendo el elenco de reglas y usos derivados del comercio internacional.

De acuerdo con la doctrina francesa, el laudo se dicta al amparo de un orden jurídico arbitral y no de un orden jurídico estatal. Es decir, el laudo no es dictado con fundamento al derecho de un Estado específico sino con fundamento a ese orden jurídico arbitral. Este último es distinto al orden jurídico de los estados²⁸. Y esto lo que permite explicar por qué si un laudo es anulado en la sede puede ser ejecutado en otra jurisdicción. Si un laudo arbitral es anulado por un juez de un Estado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno, ese laudo no produce efectos en el Estado en el que fue anulado, pero sigue existiendo en el orden jurídico arbitral y puede ser ejecutado en otros estados.

4. La ejecución de laudos anulados en la sede: laudos zombis

Como señalé antes, se entiende por laudo zombi aquel que ha sido anulado por un tribunal del país de la sede del arbitraje, pero se ejecuta en otro país. La ejecución de laudos zombis descansa en la interpretación de la Convención de Nueva York, en la noción de orden jurídico arbitral, pero también en la credibilidad y prestigio del sistema judicial del país sede. Asimismo, se facilitará la ejecución si el tribunal en el exterior que va a decidir sobre la ejecución encuentra que el juez de la sede que anuló el laudo violó “nociones básicas de justicia”, es decir, si la sentencia anulatoria contiene errores inexcusables de derecho.

La ejecución de un laudo anulado por un tribunal de la sede es una de las consecuencias de lo que se denomina *deslocalización* del arbitraje. Este concepto se refiere a la autonomía transnacional del arbitraje, al amparo de la noción de orden jurídico arbitral. En efecto, el ordenamiento jurídico del país sede no es la única fuente del arbitraje; también lo es la del estado de la ejecución²⁹. Esta teoría, si bien cuenta con apoyos, como el señalado de Emmanuel Gaillard, también es visto con prudencia. En este sentido, Redfern Hunter examinan la conjugación del verbo poder (*may*) que emplea el artículo V de la Convención, en el cual se dice *may* y no *must* (puede y no deberá) al

²⁷ *Ibid*

²⁸ Eduardo Silva Romero, foro citado: <https://www.youtube.com/watch?v=3AxdGLhEB2Y&t=2447s>

²⁹ Emmanuel Gaillard, «L'exécution des sentences annulés dans leur pays d'origine», en: *Journal du Droit International*, Editions du Juris-Classeur, N° 125, N° 3, 1998, p. 645-646.

referirse a la negativa de reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. En todo caso, en la ejecución de laudos en el extranjero, anulados en la sede, se busca aplicar la ley local más favorable³⁰.

Esta posibilidad –hay que insistir– de ejecución dependerá de la manera cómo los tribunales interpretan la Convención de Nueva York. Hay sistemas judiciales, como el francés, que tienen una interpretación a favor de la ejecución y en relación con la noción del orden público arbitral.

En lo que atañe los laudos zombis, tanto la doctrina comparada³¹ como la nacional³² examinan varios casos de laudos anulados en la sede que se van a comentarr a continuación.

1. En Francia, se puede mencionar el caso *Hilmarton*, en el cual la corte de Casación ratificó la sentencia recurrida (que, a su vez, había confirmado una sentencia de primera instancia) que declaró válido el proceso de ejecución de un laudo dictado en Suiza y anulado por un tribunal de ese país. La Corte de Casación señaló que ese laudo dictado en Suiza no integra el sistema suizo y, por consiguiente, mantiene su validez, aunque haya sido anulado por un tribunal suizo³³.
2. También los tribunales de Estados Unidos han autorizado la ejecución de laudos anulados en la sede. Así ocurrió en el caso *Chromalloy*. En este caso la Corte Federal del Distrito de Columbia autorizó la ejecución de un laudo anulado por un tribunal de Egipto.
3. En el caso *Putrabali* las Cortes francesas autorizaron la ejecución de un laudo que fue anulado en Inglaterra³⁴. La tesis para esta declaratoria es la noción de “orden jurídico arbitral”, que ha sido invocado en varias oportunidades por los tribunales de Francia. De acuerdo con lo señalado, hay que insistir, un laudo internacional, “no perteneces a un sistema legal en particular”³⁵, sino al orden jurídico arbitral.

³⁰ Redfern, Hunter et all, Ob. cit, núm 11.93, p. 636.

³¹ Jose Ignacio Garcia Cueto, Juan Soriano Llobera y Jaume Roig Hernando: “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje”. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Biblioteca e-Revistas. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3021>

³² Hernando Díaz Candia, “Ejecución en USA de laudos arbitrales anulados en Venezuela y el significado de las normas de las Convenciones de Panamá y New York sobre laudos anulados”. En: Venamcham, Comité de Arbitraje, 12 Edición, 2014. Disponible en: http://www.cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje12.pdf

³³ Así lo expuso la Corte de Casación francesa: “...el laudo dictado en Suiza es un laudo internacional que no está integrado en el sistema legal de ese Estado, de manera que permanece válido aun si es anulado y su reconocimiento en Francia no es contrario a la política pública internacional”: (Caso *Hilmarton* citado por Redfern y Hunter *Ibid*).

³⁴ También reportado por Redfern y Hunter, *Ibid*.

³⁵ Véase Redfern, Hunter, *Ibid*

4. En el caso *Commisa vs Pemex* también la Corte Federal para el Distrito Sur de Nueva York ordenó la ejecución de un laudo dictado en México y anulado por un tribunal mexicano. Esta vez el fundamento fue la Convención de Panamá³⁶. La razón esgrimida por la corte mexicana es que los tribunales arbitrales carecían de competencia para conocer reclamaciones contra empresas del Estado mexicano, como es el caso de Pemex. Y este fundamento se basó en una ley dictada con posterioridad a la fecha en que las partes suscribieron el contrato que las unía. Según la Corte del Distrito Sur de Nueva York, el tribunal mexicano en su decisión violó nociones básicas de justicia, al aplicar una ley que no existía para la fecha en la que se dictó el laudo arbitral; así dejó a la reclamante (*Commisa*) sin posibilidades de reclamar sus derechos³⁷.
5. A los cuatro casos señalados –comentados por Redfern y Hunter –hay que agregar un quinto. Se trata del caso de *Yukos Capital SARL v OJSC Rosneft Oil Company*³⁸, ocurrido en el Reino Unido, el cual se refiere a la ejecución de cuatro laudos dictados por tribunales arbitrales ubicados en Moscú y anulados por tribunales de la misma ciudad en el año 2014. Los jueces ingleses decidieron que sus tribunales no están vinculados por la sentencia que haya declarado la nulidad de un laudo declarada por un tribunal de la sede en el cual se dictó el laudo³⁹.

Pese a los mencionados casos, la posibilidad de ejecutar laudos anulados en la sede no está libre de obstáculos. En efecto, existen asuntos en que se ha negado la ejecución sobre la base de que el laudo fue anulado en la sede, lo que ocurre generalmente por asuntos de aplicación de leyes procesales. Y esto suele ser lo más probable, salvo en los casos, como los señalados anteriormente, en los que se ha autorizado la ejecución.

Es necesario examinar casos concretos para ponderar si el juez de la sede que anuló el laudo que se pretende ejecutar ha violado o no “nociones básicas de justicia”, o cometido algún error que, por su protuberancia, permite la interpretación extensiva de la Convención de Nueva York. Pero siempre, como quedó señalado, tiene un peso importante la credibilidad del Poder Judicial de la sede del arbitraje.

³⁶ El artículo 5 de esta Convención señala *in verbis*:

“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...) e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia”.

³⁷ *Ibid.*, pp. 637-638.

³⁸ Jose Ignacio Garcia Cueto, Juan Soriano Llobera y Jaume Roig Hernando: “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje”. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Biblioteca e-Revistas. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3021>

³⁹ *Ibid.*

5. Ejecución de Laudos venezolanos en el extranjero

En Venezuela no se conocen hasta el momento casos de ejecución en el extranjero de laudos arbitrales anulados por los tribunales, pero sí ha habido arbitrajes que tienen interés por su conexión con el derecho venezolano. Son ellos los casos Roche, Venfruca y Castillo Boza que paso a comentar a continuación.

5.1. El caso Roche

La ejecución de un laudo arbitral venezolano en el exterior⁴⁰ presenta en el caso Roche un buen ejemplo de un laudo que sin recurso de nulidad fue ejecutado en el exterior, pese a la oposición que se le hizo en el tribunal extranjero de la ejecución.

De manera sucinta presento a continuación los hechos relevantes para la comprensión de este asunto:

1. Productos Roche SA propone demanda arbitral contra *IUTUM Services Corporation* y contra Gerardo José Guarino, sobre la base de un contrato de compraventa de varios equipos. El procedimiento fue tramitado en rebeldía, de acuerdo con las leyes venezolanas, porque así lo acordaron las partes en la cláusula octava del contrato suscrito de fecha 17 de junio de 2015⁴¹.
2. El tribunal arbitral condenó solidariamente a *IUTUM Services Corporation* y a Gerardo José Guarino “al pago de la cantidad de Ciento Setenta y Seis Mil Setecientos Ochenta y Cinco Dólares de los Estados Unidos de América con 95/100 (US \$176.785,95), por conceptos de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual.”
3. Luego la demandante solicita la ejecución del laudo en la ciudad de Miami, Estado de Florida.
4. El codemandado, Gerardo Guarino, se presenta para hacer oposición a la ejecución. Alega que el acuerdo arbitral no fue hecho en forma escrita, que no fue suficientemente notificado y que el reconocimiento del laudo viola el “orden público”. Estos pedimentos no fueron acogidos por el tribunal de primera instancia y Guarino apela.

⁴⁰ En el caso Roche se trata de la ejecución de un laudo venezolano en el extranjero. Para la situación contraria, es decir, el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en Venezuela. véase Henry Torrealba, “El Reconocimiento y la ejecución del Laudo Arbitral”, en: *El Arbitraje en Venezuela*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Caracas, 2013, pp. 473-502.

⁴¹ Dicha cláusula reza así: “El arbitraje será conducido en idioma castellano, en la ciudad de Caracas y de acuerdo a la ley venezolana, conforme a las disposiciones contenidas en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas que estuviere vigente”.

5. La Corte de Apelaciones del Circuito 11 del Estado de Florida⁴² admite la ejecución y reconoce la validez internacional del proceso en rebeldía llevado a cabo en Venezuela.

La decisión de fecha 15.12.2020 de la Corte de Apelaciones del Circuito 11 del Estado de Florida merece unos comentarios adicionales:

1. Deja constancia que IUTUM había sido disuelta para el momento de la solicitud de la ejecución del laudo arbitral.
2. También reconoce la Corte del Estado de Florida la validez de las notificaciones realizadas por correo electrónicos y desestima en lenguaje limpio y preciso los alegatos de violaciones al debido proceso invocados por Guarino y al orden público.
3. La sentencia se fundamenta tanto en la Convención de Nueva York como en la Convención de Panamá.
4. Hace una referencia a la responsabilidad solidaria de Guarino sobre la base del artículo 357 del Código de Comercio venezolano. Esta norma dispone lo siguiente:

“Todos los que contraten en nombre de compañías constituidas en el extranjero y no registradas debidamente en Venezuela quedan sujetos a responsabilidad personal y solidaria por todas las obligaciones contraídas en el país, sin perjuicio de que los terceros puedan demandar a la compañía misma, si así les conviniere, y pedir la ejecución de los bienes que figuren en nombre de ella.”

La sentencia de la Corte de Apelaciones ratificó el criterio de la Corte de Distrito (primera instancia) que, a su vez, había acogido la postura del tribunal arbitral de aplicar el dispositivo técnico del artículo 357 citado. En efecto, dicha norma establece la solidaridad personal por las obligaciones contratadas a nombre de empresas constituidas en el extranjero y no registradas en Venezuela. Fue lo que ocurrió en el caso que se examina en relación con las responsabilidades de Guarino sobre la base del consentimiento expresado solidariamente de la sociedad mercantil no domiciliada en Venezuela y de su representante, al suscribir una cláusula arbitral.

Lo señalado anteriormente constituye un aporte del panel arbitral del caso Roche al impulso del arbitraje en Venezuela.

⁴² Véase decisión en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/20-11420/20-11420-2020-12-15.html>

5.2. Caso Venfruta

El arbitraje propuesto por Venezolana de Frutas, C.A, C.A. Alkes Corp S.L:U., Alkes Corp S.A, Atalaia Inversiones Turísticas, S.A., Industrias El Caimán S.A contra Pacific Sky Corp S.L:U.y BTP Distribuciones S.A. ha recorrido un camino distinto al caso Roche, debido a malabarismos burocráticos. Sin embargo, al momento de escribir este trabajo, el caso está en proceso de ejecución en un enredo de interpretaciones procesales de parte de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Este caso se puede resumir de la manera siguiente:

1. El proceso se tramitó en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y el Laudo fue dictado por el tribunal arbitral el 1 de julio de 2019.
2. El laudo fue recurrido en nulidad y esta fue declarada sin lugar por falta de caución suficiente y eficaz.
3. Ese laudo condena a la demandada *Pacific Sky Corporation*, empresa constituida y domiciliada en España. La ejecución, como se dijo, se lleva a cabo en Madrid.
4. Diana Trias en representación del CACC autenticó ante Notario la certificación del laudo.
5. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo inadmitió porque, según su parecer, en lugar de la certificación de Diana Trias se requería el laudo y su *addendum* apostillados.
6. Fundamentan su decisión en su interpretación de la Convención de New York, artículo IV.
7. En febrero del año 2021. Venfruta presentó el laudo apostillado y la ejecución está en su trámite⁴³.

Se aprecia en este caso una interpretación literal de la CNY, al tiempo que se privilegian trabas burocráticas. De ahí la importancia de que los distintos países adopten criterios uniformes de esta convención al amparo del principio proarbitraje.

⁴³ Esta es la situación del caso hasta el momento de escribir estas líneas.

6. Laudos dictados en el extranjero y anulados en Venezuela: el caso Castillo Bozo

Este caso constituye una situación inversa a las anteriores. Se trata de un laudo dictado en el Estado de Florida, de acuerdo con las Reglas de la *American Arbitration Association* (AAA), y que pretendió ser anulado en Venezuela con un amparo. No se trata, entonces, de un laudo zombie, pero, por su conexión con la CNY, se incluye en este examen.

El asunto se refiere a una disputa entre tres hermanos accionistas de un grupo financiero (Grupo Banvalor). Uno de ellos se separa de la sociedad y, en consecuencia, se suscribe un acuerdo de arbitraje. Por las desavenencias entre los hermanos accionistas se inicia el procedimiento arbitral a instancia de uno de los hermanos quien demanda a los otros dos. (Esto coincide con la intervención del grupo Grupo Banvalor, del que los hermanos eran socios).

Posteriormente, en noviembre de 2012, se dictó el laudo arbitral en el procedimiento que se había iniciado y se condena a dos de los accionistas (los demandados) a pagar al actor el precio demandado, más intereses causados hasta la fecha del pago definitivo.

Pese a que este laudo no sería ejecutado en Venezuela, los condenados a pagar propusieron un amparo, el cual fue conocido por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área metropolitana de Caracas,⁴⁴ y el 27 de diciembre de 2012 lo declaró con lugar al estimar que hubo “violación de normas de orden público Venezolano, y de los derechos Constitucionales al Juez natural y a la Tutela Judicial Efectiva, por cuanto el contrato celebrado el 07 de Marzo de 2008, se realizó sin contar con las autorizaciones previas de las autoridades venezolanas correspondientes”.

La decisión del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, antes citado, aplicó, entonces, su noción de orden público para declarar inarbitrable la controversia objeto del laudo, por tratarse de materias de orden público. Y ello porque las reclamaciones estaban relacionadas con la legislación bancaria, de seguros y de mercado de capitales de Venezuela. De acuerdo con esta decisión, estas disposiciones fueron violadas al faltar las respectivas autorizaciones para tramitar el arbitraje en el extranjero.

Por otra parte, la sentenciadora que decidió el amparo dictó otro pronunciamiento de proyección internacional, al exhortar a las autoridades judiciales extranjeras “a no ejecutar ni reconocer el contenido del Laudo Arbitral dictado en fecha 13 de noviembre

⁴⁴ [http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/diciembre/2138-27-AP71-O-2012-000042-12.942-INT\(CONS\)-CIV.html](http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/diciembre/2138-27-AP71-O-2012-000042-12.942-INT(CONS)-CIV.html), la cual ordenó la suspensión de los efectos del laudo en Venezuela.

de 2012, por el Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, conforme a las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD)⁴⁵.

Y este último pronunciamiento se hizo pese a que no estábamos ante un caso de jurisdicción universal. Se trata de un intento de frustrar la ejecución de un laudo dictado en el extranjero y que no estaba destinado a ser ejecutado en Venezuela, sino en el Estado sede del arbitraje. En el caso de que la parte interesada hubiese pretendido ejecutar el laudo en Venezuela, el mecanismo de que disponían las partes era la oposición a la ejecución de acuerdo con las causales previstas en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial⁴⁶.

Vale la pena señalar que la decisión del 23.05.2013 de la Corte del Distrito Sur del Estado de Florida⁴⁷, que decidió esta disputa, no acogió las razones expuestas en el amparo, sino que las rechazó una tras una con argumentos jurídicos. Esta decisión destaca la interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York en la decisión del asunto. Entre otras cosas ratificó que la jurisdicción del arbitraje fue la ciudad de Miami en el Estado de Florida y que el derecho procesal aplicable es del de ese Estado⁴⁸.

También declaró que la decisión del tribunal superior venezolano no califica como tribunal competente y, por consiguiente, no se le podía dar valor. Ello porque la decisión arbitral no fue dictada en Venezuela ni era aplicable el derecho procesal venezolano. Al contrario, y, de acuerdo con la CNY, la jurisdicción de los Estados Unidos es la “jurisdicción primaria” porque la sede del tribunal arbitral fue la ciudad de Miami.

⁴⁵ El Centro Internacional de Resolución de Disputas es la división internacional de la *American Arbitration Association*.

⁴⁶ Dicha norma señala lo siguiente:

“El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público;
- g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido”.

⁴⁷ United States District Court Southern District of Florida, *Case No. 1-12-CV-24174-KMW*

⁴⁸ “Creating a ‘strong presumption’ that the applicable procedural law in this case is United States law”

La referida sentencia de la Corte del Estado de Florida significa una valiosa referencia para los jueces venezolanos para que decidan con prudencia las peticiones de amparo, dirigidas a evitar la ejecución de un laudo dictado en jurisdicción extranjera. También enseña lo que los jueces no deben hacer.

CONCLUSIONES

La exposición anterior permite extraer el compendio de conclusiones siguientes:

1. La convención de Nueva York es uno de los tratados más importantes, tanto en el campo del derecho internacional privado, como en el arbitraje comercial internacional. Permite la ejecución de acuerdos y laudos en cualquier jurisdicción, más allá de la legislación del país en el cual se dictó el laudo.
2. También permite la ejecución internacional de laudos que han sido anulados en el país sede del arbitraje. Es lo que se denomina laudos zombies.
3. La posibilidad de que un laudo nacional sea ejecutado en cualquier jurisdicción ha contribuido con el desarrollo del arbitraje. La posibilidad de ejecutar los laudos internacionalmente, gracias a la CNY, le da un carácter internacional al arbitraje local. En este sentido se atenúan las diferencias entre estos dos tipos de arbitraje: el nacional y el internacional.
4. En la interpretación de la CNY es fundamental admitir la noción de orden jurídico arbitral. Este concepto, de raigambre francesa, quiere decir que el laudo arbitral se desprende de la jurisdicción de los estados y se incorpora a un orden jurídico transnacional o anacional.
5. El laudo, por una parte, se desprende de la jurisdicción del arbitraje y, por la otra, está vinculado necesariamente a dos ordenamientos jurídicos: el de la sede y el del lugar de ejecución. La deslocalización del arbitraje implica que el ordenamiento jurídico más relevante es el del lugar de la ejecución. Prueba de esta deslocalización es la aplicación de la *lex mercatoria* al fondo de la controversia.
6. Gracias a la interpretación apropiada de la CNY, se ha permitido impedir el entorpecimiento de la ejecución de laudos arbitrales. Eso puede ocurrir cuando algún juez desconoce el sentido y alcance de esta convención.
7. La eficiencia de la Convención de Nueva York dependerá de los criterios uniformes en su interpretación. De ahí la importancia que los jueces apliquen criterios jurídicos que faciliten la ejecución de los laudos, y no que lo obstaculicen.

BIBLIOGRAFÍA

- Bermúdez Abreu, Yosely e Ivette Esis Villaroel, “La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su Impacto en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”. En: *Revista de Derecho*, Universidad del Norte Colombia, núm 29, junio 2008. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513565>.
- Blackaby, Nigel; Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. “Redfern and Hunter on International Arbitration”. Oxford University Press, sixth edition, 2015.
- Born, Gary B. “International Arbitration: Law and Practices”. Second edition, Wolters Kluwer, 2016.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), Naciones Unidas, Uncitral, 2015. Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.
- Díaz Candia, Hernando. “Ejecución en USA de laudos arbitrales anulados en Venezuela y el significado de las normas de las Convenciones de Panamá y New York sobre laudos anulados”. Venamcham, Comité de Arbitraje, 12 Edición, 2014. Disponible en: http://www.cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje12.pdf
- Emmanuel Gaillard. “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”. *Journal du Droit International*. Editions du Juris-Classeur, N° 125, N° 3, 1998.
- Gaillard, Emmanuel. “El orden jurídico arbitral”. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia, Grupo Editorial Ibáñez, Colección Cátedra Bancolombia de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores, Serie Arbitraje Internacional, N° 13, tr. Claudia Patricia Cáceres Cáceres y Sebastián Mantilla Blanco.
- Gaillard, Emmanuel. “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”. *Académie de Droit International de La Haye*, Les livres de poche, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- García Cueto, José Ignacio; Juan Soriano Llobera y Jaume Roig Hernando. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje”. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Biblioteca e-Revistas. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3021>
- Otis Rodner, James. “El arbitraje abreviado bajo las Reglas CNUDMI (UNCITRAL); el arbitraje sumario; el arbitraje digital”. *Anuario venezolano de arbitraje nacional e internacional*. Asociación venezolana de Arbitraje, N° 2, Asociación venezolana de arbitraje, Caracas, 2021.
- Romero, Silva. “El Laudo arbitral: su ejecución en el exterior”. Foro organizado por la Cámara de Caracas el día 6 de mayo de 2021. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3AxdGLhEB2Y&t=2447s>
- Torre Alba, Henry. “El Reconocimiento y la ejecución del Laudo Arbitral”. “El Arbitraje en Venezuela”. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Caracas, 2013.
- Van den Berg, Albert. “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. En: *Audiovisual Library of International Law*, United Nations, Codification Division, 2021, Disponible en: <https://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html>.
- Van den Berg, Albert. “The New York Arbitration Convention of 1958”. Kluwer Law International, 1981.

Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato

Claudia Madrid Martínez*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-41-62

Resumen: El objetivo de estas breves líneas es exponer una lectura crítica, a la luz del sistema venezolano de Derecho internacional privado, de la decisión dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en marzo de 2023, en la que resuelve un caso vinculado con una letra de cambio recurriendo a las normas sobre determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales.

Palabras clave: Letra de cambio internacional. Contratos internacionales. Principios UNIDROIT. Elección negativa.

A good interpretation in the wrong field: the case of the bill of exchange that was a contract

Abstract: *The purpose of this paper is to present a critical reading, from the perspective of the Venezuelan Private International Law, of the judgment issued by the Civil Chamber of the Supreme Court of Justice in March 2023, in which it resolves a case related to a bill of exchange by resorting to the rules on the determination of the Law applicable to international contracts.*

Keywords: *International bill of exchange. International contracts. UNIDROIT Principles. Negative choice.*

Recibido: 29/05/2023

Aprobado: 23/06/2023

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato

Claudia Madrid Martínez*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-41-62

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Naturaleza de la letra de cambio.* 2. *Las fuentes del Derecho internacional privado venezolano.* 2.1. *Generalidades.* 2.2. *El caso concreto.* 3. *Las normas sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.* 3.1. *Brevísima nota sobre el sistema venezolano.* 3.2. *El caso concreto: una letra de cambio y las reglas sobre contratos internacionales.* 3.2.1. *Derecho aplicable a la forma de la letra de cambio.* 3.2.2. *Derecho aplicable al fondo de la letra de cambio. Una brevísima idea final.* BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el pasado mes de marzo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia en la cual emprendió la tarea de determinar el Derecho aplicable a una letra de cambio que puso en contacto al ordenamiento jurídico venezolano con el de Curazao. Lo curioso es que para ello, la Sala recurrió a las normas que dentro del sistema venezolano de Derecho internacional privado están encargadas de la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales, sin explicar el porqué de tal equiparación entre el título valor por excelencia y un contrato.

A los efectos de analizar el proceder del Tribunal Supremo de Justicia, debemos empezar por recordar la naturaleza jurídica de la letra de cambio, además del funcionamiento del sistema de fuentes de Derecho internacional privado en Venezuela, incluyendo la consideración de la *Lex mercatoria* en materia de contratos. Veamos.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

1. Naturaleza de la letra de cambio

“La letra de cambio es un título valor”¹. Esta sencilla afirmación implica que la letra se caracteriza —siguiendo al profesor Morles Hernández²— por la incorporación, en el sentido que el título se implica de tal forma con el derecho, que éste se transfiere con aquel; por la literalidad, pues contra lo expresado en el documento no se admite prueba; por la autonomía, al estar desvinculado de la relación jurídica que pueda existir entre los involucrados; por la legitimación, al dotarse de ésta al portador del título; y por la abstracción, debido a que el título no requiere de una causa para su validez.

La letra de cambio es una orden de pago que vincula, al menos, a tres sujetos, “el librador (quien da la orden de pagar), el librado (a quien se ordena pagar, pero que no se compromete hasta que la acepta y estampe su firma en el mismo instrumento), y el beneficiario (a quien se le debe pagar la suma determinada)”³.

Esa orden de pago, que ha de estar contenida en un “documento dotado de las cualidades de ‘literalidad’, ‘autonomía’ e ‘incorporación’”⁴, puede ser, en efecto, calificada como un negocio jurídico⁵ en el sentido que nace de la voluntad, pero no es un contrato⁶, aunque no está totalmente desvinculada de éste porque ciertamente, ella contiene un derecho de crédito que puede haber nacido de un contrato —o de cualquier otra relación obligatoria— del cual, de hecho, se abstrae.

Incluso quienes sostienen la tesis contractualista respecto de las obligaciones que nacen de la letra de cambio, admiten que la “suscripción de la letra no es más que un acto preparatorio, pero insuficiente para generar la obligación”. Para que la obligación surja —afirman— “es necesario un contrato: un acuerdo de voluntades, que se concreta en el contrato de entrega, por el cual el deudor entregando la letra y el acreedor tomándola acuerdan constituir una relación obligatoria”⁷.

¹ María Auxiliadora Pisani, “Letra de cambio: generalidades”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, No. 74 (1990): 93.

² Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), Tomo III, Los Títulos Valores, p. 1581.

³ Gerardo Valenzuela Segura, “Consecuencia jurídica de la suma ‘indeterminada’ en la letra de cambio”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 7, (2021): 223.

⁴ Francisco Hung Vaillant, “Contribuciones al estudio del Derecho cambiario”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, No. 22 (1961): 364.

⁵ Entendido como un “[e]jercicio —disciplinado por normas de validez y competencia— de aquel poder de autonomía que recibe su legitimidad del reconocimiento jurídico”. Ver: Emilio Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico* (Granada: Comares, 2000), p. 72.

⁶ No obstante, cuando Mélich Orsini se refiere a la clasificación de los contratos como consensuales, reales y solemnes, para ejemplificar estos últimos, definidos como aquellos para los cuales la Ley exige una formalidad distinta de la entrega de la cosa, hace referencia, sin mayor explicación, a la letra de cambio. Ver: José Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato* (Caracas: Academia Ciencias Políticas y Sociales, 2006), p. 41.

⁷ Así lo reseña: Enrique Gadea Soler, *Los títulos - valor: letra de cambio, cheque y pagaré* (Madrid: Dykinson, 2007), pp. 38-39.

Desde el Derecho interno, el legislador establece un tratamiento diferenciado para la letra de cambio (arts. 410 ss. Código de Comercio) y para el contrato (arts. 1133 ss. Código Civil). Lo propio ocurre desde el Derecho internacional privado, disciplina que establece soluciones diferenciadas para cada una de estas relaciones y este tratamiento diferenciado puede verse, fundamentalmente, en los tratados internacionales vigentes para Venezuela.

Pensemos en el ámbito de la codificación convencional interamericana: en materia de obligaciones contractuales, Venezuela es parte de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México)⁸, mientras que la materia cambiaria es regulada por la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas⁹ y la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Cheques¹⁰. En el caso de las letras de cambio, la Convención Interamericana distingue entre la forma de los actos vinculados a la letra, sometidos al Derecho del lugar en que se realizan (art. 2) y las obligaciones derivadas de la letra, a las cuales les es aplicable el Derecho del lugar en el que hayan sido contraídas (art. 3). La convención también acepta el Principio de autonomía de las obligaciones cambiarias al reconocer, en el artículo 4, la individualidad de cada una de las obligaciones que derivan de la letra¹¹.

Ahora bien, respecto de las relaciones entre estos instrumentos, conviene tener en cuenta que el artículo 5.c de la Convención de México excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones provenientes de títulos de crédito”. La razón de esta exclusión es, precisamente, la existencia de las dos convenciones en materia de títulos valores, antes mencionadas, las cuales, por ser especiales, tienen aplicación preferente respecto de la Convención de México. Incluso, dadas las lagunas de las normas internas, que sólo regulan cuestiones generales de capacidad o forma, las normas de estas convenciones pueden ser consideradas como principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, según el sentido del artículo 1 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Pero a esta posibilidad volveremos *infra*.

El Código Bustamante¹², por su parte, también contiene regulaciones que reconocen las diferencias entre la letra de cambio y el contrato. En efecto, el Código establece, por una parte, normas relativas a contratos en general (arts. 175 a 186) y a contratos en particular (arts. 194 a 219 y 243 a 273); y, por la otra, normas para regular lo que

⁸ Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

⁹ Gaceta Oficial No. 33.150, 23 de enero de 1985.

¹⁰ Gaceta Oficial No. 33.143, 14 de enero de 1985.

¹¹ Respecto de este principio, ver: José Alfredo Giral Pimentel, “Autonomía de las obligaciones en el Derecho internacional privado de la letra de cambio”, *Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia*, No. 22 (2006), 103-105.

¹² Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.

llama “Del contrato y letra de cambio y efectos mercantiles análogos”. En este título, el Código distingue, desde el punto de vista del Derecho aplicable, cuestiones de forma, al someter a “[l]a forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio”, al Derecho del lugar de realización de cada uno de estos actos (art. 263), y las relaciones jurídicas entre el librador y el tomador —reguladas, a falta de acuerdo, por el Derecho del lugar donde se gira la letra (art. 264)— entre tomador y aceptante —sometidas, de nuevo a falta de acuerdo, al Derecho del lugar en que se ha producido la aceptación (art. 265)—, y las relaciones entre endosante y endosatario —a las que les es aplicable el Derecho del lugar en el que la letra ha sido endosada (art. 266)—, entre otras regulaciones.

Por lo que respecta a las normas internas de Derecho internacional privado, hemos de considerar que la Ley de Derecho Internacional Privado¹³ contiene tres normas sobre determinación del Derecho aplicable al contrato (arts. 29 a 31) que serán objeto de análisis más adelante, pero respecto de las cuales podemos reconocer, desde ahora, que encuentran su fuente de inspiración en la Convención de México¹⁴. Sin embargo, la Ley no tiene soluciones para los títulos valores pues, tal como se expresa en la Exposición de Motivos, prefirió no establecer normas sobre Derecho mercantil internacional en el entendido de que esta materia debería desarrollarse “en el seno de la propia Ley mercantil dentro de los principios generales que la Ley de Derecho internacional privado señala”¹⁵. De hecho, según apunta Hernández-Bretón, al momento de elaborarse el proyecto de Ley de Derecho internacional privado, “se pensó que las disposiciones sobre la materia deberían ser las contenidas en el Proyecto de Ley General de Títulos Valores y Operaciones Cambiarias”, proyecto que, el propio autor reconoce, no llegó a ser ley y probablemente no lo sea¹⁶.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho internacional privado, las letras de cambio internacionales estaban sometidas a los artículos 483 a 485 del Código de Comercio, normas tomadas del Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 sobre la Letra de Cambio y el Billeto a la Orden¹⁷ y que fueron derogadas precisamente por la Ley de Derecho internacional privado¹⁸, por regular “la materia objeto de esta Ley” (art. 63).

¹³ Gaceta Oficial N° 36.511, 06/08/1998. Vigencia, 06/02/1999.

¹⁴ Respecto de las relaciones entre la Convención de México, ver: Claudia Madrid Martínez, *El Derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana*, *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado*, No. 1 (2019): 287-291.

¹⁵ Tatiana de Maekelt, Eugenio Hernández Bretón y Claudia Madrid Martínez, *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y Concordancias* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015), pp.73 ss.

¹⁶ Eugenio Hernández-Bretón, “Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 117 (2000): 29-30.

¹⁷ Giral Pimentel, “Derecho internacional privado sustantivo...”, 99-100.

¹⁸ Hernández-Bretón, “Capacidad y forma en materia de letra de cambio...”, 30.

Con esta diferencia de regímenes en mente, abordemos brevemente lo relativo al funcionamiento del sistema venezolano de Derecho internacional privado, lo que nos permitirá evaluar la actuación de la Sala de Casación Civil en la sentencia objeto de este breve análisis.

2. Las fuentes del Derecho internacional privado venezolano

2.1. Generalidades

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, las normas de Derecho internacional público sobre Derecho internacional privado¹⁹, especialmente las contenidas en los tratados, son las primeras fuentes por considerar para resolver los supuestos de hecho relacionados con ordenamientos extranjeros. A falta de tratados, las normas internas de Derecho internacional privado serán aplicables y, en defecto de éstas, la analogía y los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados completan el sistema.

Bien, la aplicación del tratado a un caso de Derecho internacional privado depende de que el mismo esté vigente en Venezuela y en todos los demás Estados cuyos ordenamientos jurídicos estén vinculados con el caso. De no ser así, es decir, si el tratado no está vigente en Venezuela o si, aun estándolo, no está vigente para los demás Estados involucrados, habrá que recurrir a las normas internas de Derecho internacional privado.

Para el caso de lagunas, es decir, en caso de no contar con normas expresas ni en tratados ni en el sistema interno de Derecho internacional privado, el artículo 1 de la Ley refiere dos herramientas para la integración de esas lagunas, que le permitirán al juez tomar su decisión. Esas herramientas son la analogía y los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados.

Aunque excluidas en ciertas materias²⁰, estas herramientas han permitido al juez aplicar algunas soluciones contenidas en los tratados vigentes para Venezuela, pero no

¹⁹ Ver sobre esta expresión: Claudia Madrid Martínez, “Las normas del Derecho internacional público y el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren* editado por Fernando Parra (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001), Addendum, pp. 197 ss.

²⁰ Es lo que ocurre en materia de determinación de la jurisdicción, pues en esta no existen lagunas que permitan el recurso a la analogía o los principios generales. En todo caso, la negativa o el silencio del legislador significan que el conocimiento de un supuesto de hecho jurídicamente internacionalizado, no cae dentro de la esfera de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Eugenio Hernández-Bretón, “Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos)”, *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado*, No. 2 (2020): 550-551. Ver: Claudia Madrid Martínez, “Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, *Derecho procesal civil internacional*, coordinado por Tatiana de Maekelt (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2010), 100-102.

para los demás Estados involucrados en el caso. Algunos autores estiman que la aplicación de la norma de un tratado en estas condiciones se fundamenta en la analogía, de manera que el caso regulado sería el que involucra a Estados parte y el análogo el que vincula a Venezuela con un Estado no parte²¹. Este argumento ha sido recogido en algunas decisiones de nuestros tribunales²².

Por nuestra parte, ya en otra oportunidad hemos afirmado que la analogía supone que la norma que ha de ser aplicada por esta vía, debe ser una norma vigente y, técnicamente no puede considerarse vigente, para el caso concreto, la norma de un tratado en el que no participen todos los ordenamientos vinculados con ese caso²³.

Por tal razón, preferimos evaluar la consideración de las soluciones contenidas en los tratados vigentes para Venezuela, pero no para los demás Estados vinculados con el caso concreto, como principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados.

En efecto, si el tratado ha de ser considerado en la solución de un caso que no permita su aplicación por vía principal, preferimos su aplicación indirecta a través de la consideración de los principios generales que lo inspiran, pues si el tratado ha sido ratificado por nuestro país, tal actitud supone un acuerdo con los principios que subyacen bajo el instrumento en cuestión, además, el estar contenidos en un tratado avalan su general aceptación. Esta solución ha sido aplicada en algunas decisiones al considerar, por ejemplo, la autonomía de la voluntad de las partes como un principio general emanado del Código Bustamante²⁴.

²¹ Víctor Hugo Guerra Hernández, *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho internacional privado* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2000), 150 ss.

²² “Si se invocan las disposiciones del Código Bustamante no es porque se pretenda aplicarles a un Estado que no ha sido contratante, sino para deducir la mente de la legislación patria respecto a la cuestión debatida. El Código Bustamante pone de manifiesto que la intención del legislador es modificar el criterio tradicional que se hace patente en la ley adjetiva, por ese, el que importaba en la época en la que se redactó”. Ver: Juzgado Superior Primero en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, sentencia 21 de junio de 1961, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, Vol. IV, p. 51. “Pese a que el Estado Libre Asociado de Puerto Rico no es parte del Código Bustamante de Derecho internacional privado, dicho cuerpo de normas constituye fuente de interpretación de ese Derecho, en cuya virtud los principios que consagra pueden ser aplicados analógicamente por los Estados miembros de la comunidad hispanoamericana”. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia, 23 de febrero de 1981, *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, Vol. LXXII, p. 551.

²³ Claudia Madrid Martínez, “Artículo 1. Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de fuentes”, en: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, coordinado por Tatiana Maekelt et al. (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005), Tomo I, 178-179.

²⁴ “El principio de la autonomía de la voluntad consagrado en artículos no reservados por Venezuela, debe ser aplicado a países no vinculados por dicho convenio, pues indudablemente representa un principio de Derecho internacional privado aceptado por la legislación venezolana”. Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencias de 29 de febrero de 1968 y de 12 de marzo de 1970. Ambas consultadas en original.

2.2. *El caso concreto*

La decisión objeto de análisis en estas líneas fue dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de marzo de 2023²⁵. En ella, la Sala anuló una sentencia de apelación y, sin reenvío, decidió el fondo del asunto relativo a una letra de cambio emitida en Curazao y que vincula a partes venezolanas, domiciliadas en Venezuela.

Tengamos en consideración que, según hemos apuntado *supra*, las únicas Convenciones vigentes para Venezuela que regulan los temas relativos a las letras de cambio son la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas y el Código Bustamante. La especialidad y su carácter posterior conducen, en un caso en el que ambos instrumentos sean aplicables, a preferir la Convención Interamericana²⁶. Recordemos también en este punto, que la Ley de Derecho Internacional Privado no contiene normas respecto de los títulos valores en general, ni respecto de las letras de cambio en particular.

Ahora bien, en el caso concreto, el Derecho venezolano está vinculado con el ordenamiento jurídico de Curazao que no es parte ni del Código Bustamante ni de la Convención Interamericana. Con lo cual, el juez se encuentra ante la ausencia de una norma expresa y se ve obligado a recurrir a las herramientas para integrar esta laguna.

En tal sentido, el tribunal de alzada afirmó que, al no existir tratados internacionales en la materia que estuviesen vigentes entre Venezuela y Curazao, y tampoco normas sobre letras de cambio en la Ley de Derecho Internacional Privado, debía aplicarse, por analogía, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, y, en consecuencia, el Derecho del lugar en el que se realizó el acto, es decir, el Derecho de Curazao.

La Sala de Casación, no obstante, sin mayores explicaciones, dejó de lado el razonamiento del tribunal de alzada —que, a pesar de nuestra opinión, no está del todo alejado del proceder que en el pasado ha adoptado el propio Tribunal Supremo y del pensamiento de parte de la doctrina— y prefirió una vía diferente: aplicar a la letra de cambio las normas que rigen los contratos internacionales, sin dar tampoco mayores explicaciones. Veamos.

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 0090, 17 de marzo de 2023, (*Sabja del Valle Asmad Rivero vs. Doña Ramona C.A. y Ronny Manuel Quevedo*), en: <https://onx.la/b98ef>

²⁶ José Alfredo Giral Pimentel, “Derecho internacional privado sustantivo de los títulos de crédito en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 96 (1995): 92-93.

3. Las normas sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales

3.1. Brevísimas notas sobre el sistema venezolano en materia de contratos internacionales

Dos circunstancias particulares determinan el sistema venezolano en materia de Derecho aplicable a los contratos internacionales: en primer lugar, la ratificación, por parte de Venezuela, de la ya mencionada Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y, en segundo término, la aprobación de la Ley de Derecho Internacional Privado. Ambos instrumentos son exponentes del método conflictual y en tal sentido representan las más modernas tendencias en la materia.

Si bien el Código Bustamante sigue formalmente vigente²⁷, tanto la doctrina como la práctica judicial suelen centrar el estudio del Derecho aplicable a los contratos en torno a la Convención de México y a la Ley. La razón muy probablemente sea el hecho de que buena parte de sus soluciones, propias de la época de su aprobación, no son consideradas como principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, en el ya apuntado sentido del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Ahora bien, tanto la Convención como la Ley conceden a la autonomía conflictual —un principio que no ha sido históricamente ajeno a nuestro sistema²⁸— un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a los contratos (arts. 7

²⁷ El Código Bustamante utiliza el *dépeçage* al regular de manera separada los diversos aspectos de la relación contractual, con lo cual, además de alguna norma más propia de un Código Civil, este instrumento regula, en relación con las obligaciones en general, el Derecho aplicable a la naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones, así como su extinción (art. 169); las condiciones del pago y la moneda en que debe hacerse (art. 170); la determinación de quién debe satisfacer los gastos judiciales que origine el pago, así como su regulación (art. 171); y la admisión y eficacia de la prueba de las obligaciones (art. 172).

En relación con las obligaciones contractuales en particular, el Código Bustamante somete a la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento (art. 176) y la rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia (art. 181). La nulidad, por su parte, se somete a la ley de que la causa de la nulidad dependa (art. 183). Además, se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito (art. 180).

El Código le da también gran cabida al Derecho local al someter a este ordenamiento lo relativo a las reglas que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto (art. 175); el error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento (art. 177); las reglas que prohíben que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio (art. 178); las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos (art. 179); y las causas de rescisión distintas de la incapacidad o ausencia y su forma y efectos, se subordinan a la ley territorial (art. 182). El sistema cierra con una regla residual que ordena la aplicación de la Ley personal común y, en su defecto, de la Ley del lugar de celebración (art. 186).

²⁸ Antes de la entrada en vigencia de la Convención de México, la doctrina estuvo de acuerdo en que la voluntad conflictual fuese considerada como un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado. Ver: Eugenio Hernández-Bretón, Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 71 (1988): 392. Lombard reporta la aceptación de la voluntad de las partes fundamentándose en los

Convención de México y 29 Ley). Su ámbito de actuación es bastante amplio, pues no se exige contacto alguno con el sistema elegido; tampoco se limita temporalmente la elección, de manera que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8 Convención de México).

Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho sólo para una parte del mismo, pues se admite el *dépeçage* voluntario (art. 7 Convención de México)²⁹. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (art 7 Convención de México). Lo que no se permite es la elección “presunta” del Derecho aplicable, es decir, que el juez determine el Derecho aplicable, teniendo en cuenta el Derecho que las partes hubieren elegido si se hubieran planteado la cuestión.

En ausencia de elección válida, el contrato estará sometido al Derecho con el cual presente los vínculos más estrechos. Para identificar ese ordenamiento jurídico, el juez deberá tomar en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato” (arts. 9 Convención de México y 30 Ley). La determinación de estos criterios ha dividido a la doctrina venezolana, pues para algunos autores, los criterios subjetivos se refieren a las partes (nacionalidad, domicilio) y los objetivos a la propia relación contractual (lugar de celebración, lugar de ejecución)³⁰. Otros, en cambio, asumen la interpretación dada por Siqueiros a la Convención Interamericana y estiman que los elementos objetivos son los puntos de contacto de la relación con diversos

artículos 1.159 del Código Civil, 12 del Código de Procedimiento Civil y 116 del Código de Comercio. Ver: Richard S. Lombard, *American-Venezuelan private international law*, (New York: Oceana Publications, Inc., 1965), p. 63. Jurisprudencialmente también se aceptó tal principio. En efecto, en fecha 12 de marzo de 1970, al decidir el caso de la quiebra del Canal Once, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, fundamentándose en el artículo 116 del Código de Comercio, afirmó: “Resulta consecuencia indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho internacional privado en el sistema venezolano según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes, quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones, ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo”. Además se admitió, sobre la base de esta norma, que no había lugar a exigir vinculación alguna, pues cualquier restricción tendría apoyo simplemente doctrinario. (Sentencia consultada en original).

²⁹ La posibilidad de fraccionamiento ya había sido aceptada por la jurisprudencia venezolana, en: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia No. 56-1, 12 de marzo de 1970, en: Jurisprudencia de Ramírez & Garay, 1970, Tomo XVIII, pp. 96 ss., confirmada en casación: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 252-71, 27 de abril de 1971, en: Jurisprudencia de Ramírez & Garay, 1971, Tomo XXX, p. 395.

³⁰ Romero, Fabiola, “Derecho aplicable al contrato internacional”, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), Tomo I, 272. A favor de esta solución se pronuncia Olga María Dos Santos, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Valencia: Vadell Hermanos Editores, 2000), p. 115.

ordenamientos jurídicos, independientemente que tengan que ver con las partes o con el contrato; y los elementos subjetivos son los criterios de valoración que permiten al juez determinar el derecho más vinculado con el contrato³¹.

Ahora bien, ambos instrumentos establecen que en busca del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, el juez “[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”, ordenando además que se apliquen, “cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto” (arts. 9 y 10 Convención de México; 30 y 31 Ley). Sobre la base de estas disposiciones, el juez venezolano puede, en efecto, recurrir a la *Lex mercatoria* cuando las partes la elijan, en ausencia de elección —elección negativa— y para complementar el Derecho estatal elegido por éstas o determinado por el juez³². Tal facultad, sin embargo, no ha sido muy utilizada por los jueces³³.

3.2. El caso concreto: una letra de cambio y las reglas sobre contratos internacionales

Tal como anunciamos *supra*, la Sala de Casación Civil se separó del tribunal de alzada y consideró que dicho tribunal “erró en la aplicación de la legislación de Curazao para resolver el caso de marras”. Así, la Sala empezó por reafirmar la existencia de “elementos de extranjería relevantes, como lo es el lugar de emisión de la letra de cambio, vale decir, Curazao, y el domicilio de las partes involucradas en Venezuela”. El segundo en realidad, como se ve, no es una elemento de extranjería, al estar ubicado en el foro.

Luego cita la Sala el artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado, y concluye que, en efecto, no existen tratados vigentes, aplicables al caso y procede a la aplicación de las normas internas de Derecho internacional privado para determinar el Derecho aplicable a la forma y al fondo de la letra de cambio.

³¹ José Alfredo Giral Pimentel, *El contrato internacional*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999), pp. 214-223.

³² Claudia Madrid Martínez, “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, en: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, editado por Claudia Madrid, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 333 ss.

³³ Además de la decisión objeto de estudio, solo se registran dos decisiones en las que se ad admitido la *Lex mercatoria*, en la primera para aceptarla como un criterio de interpretación (Corte Suprema de Justicia / Sala Político Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, *PepsiCola Panamericana c. Embotelladoras Caracas et al.*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 109 (1998): 141 ss.) y en otra para admitir su aplicación en materia bancaria (Tribunal Supremo de Justicia / Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal, C.A.*, en: <https://onx.la/898e6>

3.2.1. Derecho aplicable a la forma de la letra de cambio

En su tarea de determinación del Derecho aplicable a la forma de la letra de cambio y ante la falta de tratados vigentes, la Sala recurre, acertadamente, al artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado, norma que rige la forma de todos los actos jurídicos, con lo cual es perfectamente aplicable a letras de cambio³⁴. Como se sabe, esta norma consagra el principio *locus regit actum* de manera facultativa³⁵, al permitir al juez elegir entre el Derecho del lugar de celebración del acto, el que rige el contenido del acto, y el del domicilio del otorgante o el domicilio común de los otorgantes. Supera nuestra Ley la solución de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, cuyo artículo 2 se limita a ordenar la aplicación del Derecho del lugar en que se realice el acto, coincidiendo en tal solución con el artículo 263 del Código Bustamante.

Ahora bien, aplicado el artículo 37 de la Ley a las letras de cambio —según afirma Hernández-Bretón— “las obligaciones cambiarias serán válidas, en cuanto a la forma, si cumplen con las disposiciones del Derecho del lugar donde se han suscrito por su otorgante, o con las disposiciones del Derecho que regula la obligación cambiaria de que se trate (emisión, aceptación, aval, endoso, intervención, etc.). también será válida si cumple con los requisitos de forma del Derecho del domicilio del obligado cambiario de que se trate”³⁶.

En todo caso, en el marco del artículo 37, la elección del factor de conexión aplicable al caso concreto dependerá del principio *favor validitatis*, de manera que el operador jurídico deberá determinar el Derecho aplicable buscando favorecer la validez formal del acto. En efecto, la aplicación de esta norma —reconoce Hernández-Bretón— ha de estar guiada por el “principio de aplicación del Derecho más favorable (*favor negotii*)”³⁷. Sin embargo, en este caso, la Sala decidió elegir entre las tres conexiones y aplicar el criterio del domicilio, sin explicar el porqué. En el fondo, sin embargo, la razón se intuye, pues recurriendo a esa conexión en concreto, la Sala terminó aplicando el Derecho venezolano.

³⁴ Hernández-Bretón, “Capacidad y forma en materia de letra de cambio...”, 36.

³⁵ Rossanna D’onza García, “Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 118 (2000): 106-107.

³⁶ Hernández-Bretón, “Capacidad y forma en materia de letra de cambio...”, 36.

³⁷ Hernández-Bretón, “Capacidad y forma en materia de letra de cambio...”, *Ob. Cit.*, p. 36. Es la opinión que hemos sostenido en: *La norma de Derecho internacional privado*, “Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004), p. 88.

3.2.2. Derecho aplicable al fondo de la letra de cambio

Por lo que respecta al fondo de la letra de cambio, la Sala, como hemos afirmado, esquivo la aplicación de la Convención Interamericana que regula las letras de cambio y que establece la aplicación del Derecho del lugar donde hubiere sido contraída la obligación (art. 3) y afirma, sin mayores explicaciones, que “encuentra pertinente traer a colación lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado”, norma que, según afirmamos *supra*, establece el Derecho aplicable al contrato en los casos en que las partes no lo han elegido.

La Sala —reafirmamos— no justifica su proceder, y no indica la razón por la cual ha de aplicarse una norma que rige los contratos a una letra de cambio. No obstante, no sabemos si de manera consciente, dejó una serie de planteamientos que, en materia de contratación internacional que resultan de gran interés.

Lo primero que hace la Sala es identificar, de conformidad con el artículo 30 de la Ley, los elementos objetivos y subjetivos de la relación, con el objeto de determinar con cuál Derecho se encuentra la letra de cambio más estrechamente vinculada y asume para ello —aunque no la cita— la opinión que expusiera la profesora Fabiola Romero en su trabajo “Derecho aplicable al contrato internacional”³⁸, al entender que los elementos subjetivos se refieren a las partes y los objetivos a la propia relación.

Así, incluye en los elementos subjetivos la nacionalidad y domicilio de las partes —todos ubicados en Venezuela—; y, dentro de los objetivos, el lugar de la suscripción de la letra de cambio —Curazao—, el lugar de pago —entendiendo por tal el lugar indicado al lado del nombre del librado y ubicado en Curazao—, y el hecho de que la letra se pretende hacer valer y ejecutar en Venezuela.

Luego, atendiendo a la última parte del artículo 30 de la Ley, norma de conformidad con la cual, el juez “[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”, la Sala entra al análisis de tales principios, y lo hace considerando su llamada función conflictual, pues en este caso se usarán, no para resolver el fondo, sino para buscar el Derecho aplicable.

En tal sentido, conviene recordar que esta fórmula del artículo 30 de la Ley —que está inspirada en el artículo 9 de la Convención de México— ha sido calificada por algunos autores como una solución de compromiso³⁹, que contiene restos de la

³⁸ Romero, “Derecho aplicable al contrato internacional”, 203 ss.

³⁹ Eugenio Hernández-Bretón, “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, No. 17 (2005): 28.

propuesta original que, durante las discusiones de la Convención de México, hiciera Jünger, para quien si se cuenta con una codificación supranacional de Derecho contractual —refiriéndose específicamente a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales— en lugar de acudir a criterios conflictuales vagos y defectuosos que no garantizan ni la seguridad jurídica ni la uniformidad, estos deben ser aplicados en ausencia de elección⁴⁰.

Sin embargo, según hemos entendido en otras oportunidades, la fórmula que permite al juez tomar en cuenta “los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” para determinar el Derecho aplicable a falta de elección, no le está ordenando su aplicación directa sino su toma en consideración para llegar a la determinación del Derecho más vinculado con el contrato. Por ello, hemos hecho referencia *supra* a su función conflictual y es esa la razón por la que la doctrina entiende que esta referencia constituye un complemento del sistema conflictual previsto en la primera parte del artículo; a través de ella, el intérprete dispone de un mecanismo flexible que le permitirá llegar al sistema, nacional o anacional, más conveniente a la justicia y a las necesidades del comercio internacional⁴¹.

Lo curioso del caso es que la Sala, que afirma buscar esos principios en tratados internacionales, al primer instrumento que recurre es al Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a los Contratos Internacionales —hoy absorbido por el Reglamento Roma I de 2008⁴²—, que aunque en efecto se refiere a los vínculos más estrechos del contrato con un ordenamiento jurídico determinado, lo hace en el entendido de que esta conexión se fundamenta más bien en el criterio de la prestación característica⁴³.

En efecto, el artículo 4.1 del Convenio de Roma establece que en ausencia de elección, “el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”⁴⁴, para luego presumir, en el artículo 4.2 “que el contrato presenta los lazos

⁴⁰ Jünger citado en Gonzalo Parra Aranguren, “La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 130 (1995): 145.

⁴¹ Hernández-Bretón, “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos...”, 30. Samtleben propone, de hecho, un particular sistema interpretativo del artículo 30 de la Ley venezolana, el cual resulta aplicable, desde luego, al artículo 9 de la Convención de México. Ver: Jürgen Samtleben, “El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho internacional privado”, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, editado por Fernando Parra, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2022), *Addendum*, pp. 363-371.

⁴² Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en: <https://onx.la/6c79f>

⁴³ La prestación característica “contempla la función que la relación jurídica en cuestión ejerce en la vida económica y social del país. Básicamente, el concepto de la prestación característica permite relacionar el contrato con el medio socioeconómico en el que vaya a insertarse”. Ver: Mario Giuliano y Paul Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE C 327*, 11 de diciembre de 1992, p. 19.

⁴⁴ Giuliano y Lagarde estiman que la determinación del Derecho más vinculado supone una valoración de todas las conexiones que el contrato presenta con diversos Estados. Para ello, han de considerarse las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, e incluso aquellas surgidas en un momento posterior a la misma. Ver: Giuliano y Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, 18.

más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración el contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tuviere que ser prestada por un establecimiento distinto del principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento”⁴⁵.

En segundo término, la Sala recurre a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, de cuyo artículo 9 se tomó la solución del artículo 30 de la Ley. No está de más recordar que, ciertamente, la Convención de México se inspiró en el Convenio de Roma de 1980, no obstante, llegados al punto de discusión respecto del Derecho aplicable en ausencia de elección, los expertos dejaron de lado la doctrina de la prestación característica, la cual —en opinión de Hernández-Breton— “presenta patologías incorregibles”⁴⁶, y se inclinaron por la ya mencionada referencia a los elementos objetivos y subjetivos del contrato, acompañados de la *Lex mercatoria* en función conflictual.

Bien, después de reafirmar la aplicación del Derecho con el cual la letra presente los vínculos más estrechos, la Sala cita el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, y entiende que “ante una eventual controversia sobre la ley que se deba aplicar, cuando se trata de un contrato u obligación de origen internacional, a falta de la elección de las partes o cuando esta resultare ineficaz, debe el juzgador aplicar ‘... cuando corresponda...’, esto es, de acuerdo con el caso concreto; la *lex mercatoria*, en la cual se incluyen los usos, costumbres y prácticas comerciales de general aceptación internacional” (cursivas en el original).

El artículo 31 de la Ley —inspirado en el artículo 10 de la Convención de México— da cabida a la aplicación de los diversos componentes de la *Lex mercatoria* en función materia, de manera que estos pueden ser aplicados bien por haber sido elegidos por las partes, bien en ausencia de elección del ordenamiento destinado a

⁴⁵ La propia Convención establece dos presunciones particulares. En los casos en que el contrato se refiera a derechos reales sobre inmuebles “se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviere situado el inmueble” (art. 4.3). En los casos de transporte de mercaderías, los lazos más estrechos se presumirán con el “lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor” (art. 4.4).

⁴⁶ Eugenio Hernández-Breton, “La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)”, en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, (Valencia: Vadell Hermanos Editores, 1998), p. 55.

regular el contrato cuando el juez considere que se trata del sistema más vinculado con la causa, además podría recurrirse a éste como criterio de interpretación o integración de lagunas o, en todo caso, cuando su actuación sea demandada por la justicia material del caso concreto⁴⁷.

Esta norma lleva a la Sala a la consideración de los Principios UNIDROIT y decide aplicarlos sobre la base de la llamada elección negativa. Tengamos en cuenta que la elección negativa implica presumir que si las partes no han designado un Derecho estatal para regir el contrato es porque no desean ver su contrato sometido a sistema estatal alguno, sino que han decidido someterlo a la *Lex mercatoria*.

Resulta sin duda curioso este razonamiento de la Sala, pues aunque los Principios UNIDROIT ciertamente admiten esta posibilidad al disponer en su Preámbulo que los mismos pueden aplicarse “cuando las partes no han escogido el Derecho aplicable al contrato”⁴⁸, esta solución ha sido muy discutida. De hecho, en la práctica arbitral, donde se ha desarrollado, los árbitros suelen ser muy cautelosos y prefieren agotar otras posibilidades antes de recurrir a alguno de los componentes de la *Lex mercatoria* por vía de la elección negativa.

En efecto, antes de aplicar *Lex mercatoria* con fundamento en la elección negativa, se ha intentado determinar el Derecho más vinculado con el contrato⁴⁹; y, en otros casos, se ha propuesto aplicar el llamado “tronco común” de los ordenamientos estatales en presencia⁵⁰, de manera que, partiendo del rechazo de las partes a la aplicación de

⁴⁷ Es la opinión que hemos sostenido en: Claudia Madrid Martínez, Notas sobre la *Lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos, en: *Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, coordinado por Diego Fernández y José Moreno (Asunción: CEDEP, ASADIP, 2013), p. 348.

⁴⁸ La elección negativa es también aceptada por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, cuyo artículo 1:101.3.b dispone que estos también podrán aplicarse cuando las partes “No hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato”. Pero ni los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (art. 1), ni los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (Preámbulo) se han arriesgado con esta solución.

⁴⁹ Así ocurrió en el Laudo ICC 5953, *Primary Coal c. Compañía Valenciana*, 1 de septiembre de 1988, en: *Revue de l'Arbitrage*, 1990, p. 701.

⁵⁰ La elección negativa fue analizada en el Laudo ICC 7375 (M.O.D. of Iran vs. Westinghouse, 5 de junio de 1996, disponible en: <https://onx.la/ff072>). Se trataba de una controversia relativa a la prescripción de la obligación existente entre el gobierno de Irán y Westinghouse, empresa estadounidense con sede en Maryland. De acuerdo con el Derecho iraní no existían plazos de prescripción de las pretensiones, mientras que para el Derecho de Maryland el lapso de prescripción era de cuatro años. Las partes no eligieron expresamente el Derecho aplicable, por lo que el tribunal arbitral estimó que su determinación podría hacerse conforme a un método objetivo o a uno subjetivo. El primero llamaba a la aplicación de normas de conflicto que, en este caso, conducían a la aplicación del Derecho de Maryland por ser el Derecho del domicilio del deudor de la prestación característica. Esta solución fue desechada por los árbitros, pues conducía a la aplicación de un Derecho que no había sido elegido por las partes. Así, el tribunal dio paso al método subjetivo, a partir del cual esperaba determinar la verdadera intención de las partes. El tribunal arbitral tomó entonces en cuenta varios aspectos relacionados con el contrato y con las partes: los contratantes no habían operado dentro de un mismo entorno ni en el mismo ámbito de la cultura jurídica; tampoco habían cooperado previamente, por lo cual no existía entre ellas una relación basada en la confianza mutua; por otro lado, no se encontraban en pie de igualdad en cuanto a su familiaridad con las prácticas del comercio. A partir de estos elementos, el tribunal aceptó la elección negativa de las partes, por lo que descartó sus respectivos Derechos estatales. También descartó la existencia de vínculos más estrechos con el Derecho de un tercer Estado. Razón por la cual entró a examinar la existencia de un tronco común entre los Derechos involucrados. A pesar de

un Derecho estatal, no puede descartarse la aplicación de una especie de tronco común de las leyes llamadas a regir el contrato⁵¹. Fernández Rozas entiende que esta tesis tiene la ventaja de respetar el juego de la elección tácita que "...no queda distorsionada por el eventual capricho de los árbitros"⁵².

En el caso concreto, al aplicar los Principios UNIDROIT, en una función ciertamente conflictual⁵³, la Sala termina entendiendo que, a falta de indicación por las partes, el lugar de ejecución estará "en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria" (art. 6.1.6[1][a]).

A partir de esta norma, y siendo que la letra habría de pagarse en Venezuela la Sala termina aplicando Derecho venezolano. La razón de la aplicación del Derecho es explicada por la Sala cuando afirma que "considerando los elementos objetivos y subjetivos que se encuentran directamente vinculados con la referida letra de cambio, como también los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales, concatenado con los usos y maneras del comercio internacional, conocidos como *lex mercatoria*, de conformidad con lo previsto en los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se concluye que el derecho aplicable para resolver el fondo de la controversia es la ley venezolana".

Teniendo en mente todo el razonamiento expuesto por la Sala para llegar a la aplicación del Derecho venezolano, suena curioso que reafirme la competencia del Derecho venezolano "dado que las partes son venezolanos, su domicilio se encuentra en la República Bolivariana en Venezuela". Aunque luego se refiere a Venezuela como el lugar de cumplimiento de la obligación, el domicilio sólo podría resultar de utilidad si es que se estuviera discutiendo un tema vinculado a la capacidad⁵⁴, lo que no parece ser el caso.

mostrar cierta simpatía por esta solución, el tribunal arbitral estimó imposible descubrir el tronco común de legislaciones tan disímiles como la iraní y la estadounidense. Por lo que, finalmente, decidió recurrir a la *Lex mercatoria*, considerando que esta solución contribuía a mantener el equilibrio entre las partes y a garantizar el respeto a sus legítimas expectativas.

⁵¹ Mauro Rubino-Sammartano, « Le 'tronc commun' des lois nationales en présence (réflexions sur le Droit applicable pour l'arbitre international) », *Revue de l'Arbitrage*, (1987), 133 ss.

⁵² José Carlos Fernández Rozas, "Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional", en: *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Tomo IV (2004): 49.

⁵³ Maekelt no parece referir, en principio, una función conflictual en los Principios UNIDROIT. En efecto, la autora admite que los Principios UNIDROIT cumplen cinco funciones específicas, a saber, una función normativa, una función complementaria, una función interpretativa, una función sustitutiva y una función de reemplazo. Así, puede recurrirse a los principios cuando las partes los han elegido, para integrar las lagunas del Derecho aplicable, para interpretar el Derecho aplicable, para ser aplicados a falta de elección —elección negativa—, y, finalmente, para reemplazar el Derecho estatal elegido por las partes. La propia autora reconoce las dificultades para admitir la última de las funciones citadas, pues podría, además de irrespetar la voluntad de las partes, atentar contra la certeza y la previsibilidad de resultados. Aunque Maekelt no considera válida la tesis de conformidad con la cual es necesario someter el contrato a un Derecho estatal, reconoce la conveniencia de relacionar la aplicación de los Principios con el arbitraje. Ver: Tatiana de Maekelt, "Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho internacional privado", en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, (Mérida: Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, 2005), Tomo I, Derecho internacional privado, pp. 215-216.

⁵⁴ Hernández-Bretón, "Capacidad y forma en materia de letra de cambio...", 32-33.

Finalmente, la Sala que ha sido prolija en su justificación para aplicar los Principios UNIDROIT, los deja de lado en un punto crucial —que escapa a un tratamiento en estas breves líneas, y que será objeto de un análisis futuro. Nos referimos al cálculo de los intereses moratorios en una obligación pactada, como en este caso, en moneda extranjera.

En efecto, en lugar de seguir la solución de los Principios UNIDROIT y calcular los intereses conforme al Derecho del Estado de la moneda de pago (art. 7.4.9), la Sala lo hizo más bien “a la tasa del cinco por ciento (5%) anual, de conformidad con lo previsto en el artículo 456, ordinal 2° del Código de Comercio venezolano... para lo cual se deberá realizar la conversión en bolívares a la tasa establecida por el Banco Central de Venezuela para el día de su pago, todo ello a través de una experticia complementaria, conforme a lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil y **no como erradamente lo solicita el demandante**, vale decir, calculados a las tasas del interés legal que ha sido fijada para cada semestre por el Banco Central para Curazao y San Martín (Centrale Bank Curazao en Sint Maarten)” (negritas en el original).

Una brevísima idea final

Ratificamos aquí una idea que hemos expuesto en nuestro primer análisis de esta decisión: hay sin duda cosas rescatables en ella que ojalá se tomen en cuenta, en el futuro, en causas vinculadas a contratación internacional. Otras, como la calificación de una letra de cambio como un contrato, el desconocimiento de la posibilidad de aplicar tratados internacionales por analogía o como principios generales, y el cálculo de los intereses de una obligación denominada en moneda extranjera, conforme al Derecho venezolano, podrían más bien quedar en el olvido⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

Betti, Emilio, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico* (Granada: Comares, 2000).

D'onza García, Rossanna. “Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 118 (2000).

⁵⁵ Ver comentarios en nuestro Blog *Hablemos de Derecho Internacional Privado*: <https://onx.la/48e1e> y una versión en inglés en el prestigioso Blog *Conflict of Laws*: <https://onx.la/98bd1>

- de Maekelt, Tatiana. Eugenio Hernández Bretón y Claudia Madrid Martínez, *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y Concordancias* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015).
- Fernández Rozas, José Carlos. “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional”, en: *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Tomo IV (2004).
- Gadea Soler, Enrique. *Los títulos - valor: letra de cambio, cheque y pagaré* (Madrid: Dykinson, 2007).
- Giral Pimentel, José Alfredo. “Autonomía de las obligaciones en el Derecho internacional privado de la letra de cambio”, *Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia*, No. 22 (2006).
- Giral Pimentel, José Alfredo. “Derecho internacional privado sustantivo de los títulos de crédito en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 96 (1995)
- Giral Pimentel, José Alfredo. *El contrato internacional*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999).
- Giuliano, Mario y Paul Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE C 327*, 11 de diciembre de 1992.
- Guerra Hernández, Víctor Hugo. *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho internacional privado* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2000).
- Hernández-Bretón, Eugenio. “Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 117 (2000).
- Hernández-Breton, Eugenio. “La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994)”, en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, (Valencia: Vadell Hermanos Editores, 1998).
- Hernández-Bretón, Eugenio. “Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos)”, *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado*, No. 2 (2020).
- Hernández-Bretón, Eugenio. “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, No. 17 (2005).
- Hernández-Bretón, Eugenio. Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 71 (1988).
- Hung Vaillant, Francisco. “Contribuciones al estudio del Derecho cambiario”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, No. 22 (1961).
- Lombard, Richard S. *American-Venezuelan private international law*, (New York: Oceana Publications, Inc., 1965).

- Madrid Martínez, Claudia. “Artículo 1. Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de fuentes”, en: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, coordinado por Tatiana Maekelt et al. (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005), Tomo I.
- Madrid Martínez, Claudia. “Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, *Derecho procesal civil internacional*, coordinado por Tatiana de Maekelt (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2010).
- Madrid Martínez, Claudia. “Las normas del Derecho internacional público y el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren* editado por Fernando Parra (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001), Addendum.
- Madrid Martínez, Claudia. “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, en: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, editado por Claudia Madrid, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012).
- Madrid Martínez, Claudia. El Derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana, *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado*, No. 1 (2019).
- Madrid Martínez, Claudia. Notas sobre la *Lex mercatoria*: entre el silencio del legislador europeo y el silencio de los Estados americanos, en: *Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano*, coordinado por Diego Fernández y José Moreno (Asunción: CEDEP, ASADIP, 2013).
- Mélich Orsini, José. *Doctrina general del contrato* (Caracas: Academia Ciencias Políticas y Sociales, 2006).
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), Tomo III, Los Títulos Valores.
- Pisani, María Auxiliadora. “Letra de cambio: generalidades”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, No. 74 (1990).
- Romero, Fabiola. “Derecho aplicable al contrato internacional”, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001), Tomo I.
- Rubino-Sammartano, Mauro. « Le ‘tronc commun’ des lois nationales en présence (réflexions sur le Droit applicable pour l’arbitre international) », *Revue de l’Arbitrage*, (1987).
- Valenzuela Segura, Gerardo. “Consecuencia jurídica de la suma ‘indeterminada’ en la letra de cambio”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 7, (2021).
- Jurisprudencia:
- Corte Suprema de Justicia / Sala Político Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, *PepsiCola Panamericana c. Embotelladoras Caracas et al.*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 109 (1998).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 252-71, 27 de abril de 1971, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, 1971, Tomo XXX.

Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia, 23 de febrero de 1981, Jurisprudencia Ramírez & Garay, Vol. LXXII, p. 551.

Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencias de 29 de febrero de 1968 y de 12 de marzo de 1970.

Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia No. 56-1, 12 de marzo de 1970, en: Jurisprudencia de Ramírez & Garay, 1970, Tomo XVIII.

Juzgado Superior Primero en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, sentencia 21 de junio de 1961, en: Jurisprudencia Ramírez & Garay, Vol. IV, p. 51.

Tribunal Supremo de Justicia / Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal, C.A.*, en: <https://onx.la/898e6>

Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 0090, 17 de marzo de 2023, (*Sabja del Valle Asmad Rivero vs. Doña Ramona C.A. y Ronny Manuel Quevedo*), en: <https://onx.la/b98ef>

Legislación:

Gaceta Oficial N° 36.511, 06/08/1998. Vigencia, 06/02/1999.

Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.

Gaceta Oficial No. 33.143, 14 de enero de 1985.

Gaceta Oficial No. 33.150, 23 de enero de 1985.

Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en: <https://onx.la/6c79f>

La función registral y las sociedades anónimas venezolanas

Nayibe Chacón Gómez*
Daniel Pérez Pereda**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-63-77

Resumen: Las potestades que tiene el registrador mercantil limitadas por el principio de legalidad, no pueden abarcar otros extremos que los detallados en la propia norma que las inspira, cualquier otra práctica que sea llevada en los registros puede ser considerada como arbitraria, a la vez que podría quebrantar los derechos de los ciudadanos a la actividad de la administración pública, basada en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. En este artículo se anotan consideraciones actuales sobre la función del Registro Mercantil y sus implicaciones en las sociedades anónimas conforme a la normativa vigente.

Palabras clave: Función registral, potestades de control, Registro Mercantil, sociedades anónimas.

The registry function and Venezuelan corporations

Abstract: *The powers that the commercial registrar has limited by the principle of legality, cannot cover other extremes than those detailed in the norm that inspires them, any other practice that is carried out in the registers can be considered arbitrary, at the same time that it could violate the rights of citizens to the activity of the public administration, Based on the principles of economy, speed, administrative simplicity, efficiency, objectivity, impartiality, honesty, transparency, good faith and trust. This article notes current considerations on the role of the Commercial Register and its implications for public limited companies in accordance with current regulations.*

Keywords: *Registry function, control powers, Commercial Registry, public limited companies.*

Recibido: 23/05/2023

Aprobado: 18/06/2023

* Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2014). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho (UCV). Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

La función registral y las sociedades anónimas venezolanas

Nayibe Chacón Gómez*
Daniel Pérez Pereda**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-63-77

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. La función registral en el Derecho Mercantil: especial referencia a la potestad calificadora. II. De las sociedades mercantiles ¿qué se debe registrar? III. El núcleo de la actividad del Registro Mercantil debe ser el desarrollo comercial. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Registro Mercantil tradicionalmente ha tenido por objeto la garantía de la seguridad del tráfico jurídico comercial, relacionándose con los comerciantes y sus actos, a partir de la figura de la calificación de los documentos. Esta función calificadora del registro se entrelaza con su finalidad, puesto que la intervención del funcionario competente tendrá como propósito otorgar la fe pública de los documentos presentados ante él para su inscripción, quedando claro se trata de una función declarativa, no constitutiva del acto, es decir, por regla la intervención del registrador mercantil sólo otorga esa presunción de legalidad que es oponible a los terceros, y permite alcanzar la seguridad jurídica.

Por lo que las potestades que tiene el registrador mercantil limitadas por el principio de legalidad, no pueden abarcar otros extremos que los detallados en la propia norma que las inspira, cualquier otra práctica que sea llevada en los registros puede ser considerada como arbitraria, a la vez que podría quebrantar los derechos de los ciudadanos a la actividad de la administración pública, basada en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza.

* Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2014). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho (UCV). Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM.

I. La función registral en el Derecho Mercantil: especial referencia a la potestad calificadora

Según la exposición de motivos de la ley venezolana de registro y del notariado del año 2019 (LRyN),¹ se aplica la tradicional especialidad del Registro para los actos de comercio en un Registro Mercantil, reconociéndose que este registro deberá incluir “el inmenso campo” que deriva de los actos que realiza el comerciante, sea persona natural como comerciante individual o persona jurídica de carácter mercantil; pero además se da entrada a la eficiencia y seguridad que brinda la digitalización de los datos que aportan los usuarios y usuarias.

En este contexto, la ley de registral, en atención a su exposición de motivos, establece las disposiciones que dan garantía de seguridad jurídica para las inscripciones de los sujetos de comercio y la veracidad histórica de los cambios producidos en su desarrollo mediante la publicidad registral.

Para materializar esta motivación, se le otorga al registrador en general la función calificadora (artículo 41 LRyN), de la cual se puede concluir el rechazo o la negativa de la inscripción del documento en la oficina correspondiente, para lo cual se deberá cumplir con lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La LRyN consagra de manera particular para el Registro Mercantil, el alcance de la función calificadora, detallando que, en virtud de ésta, el registrador mercantil calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, cuya inscripción se solicite, así como la capacidad y legitimación de los que otorguen o suscriban el documento presentado (artículo 60 de LRPyN).

El Dr. Morles Hernández² al analizar la función registral del registro mercantil advertía que se debe cumplir conforme al principio de legalidad, por el cual se impone que los documentos que se pretenden inscribir o anotar reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su registración, a cuyo fin es necesario someter los mismos a un previo examen, verificación o calificación que asegure su validez o perfección.

¹ La ley vigente de registros y notarias es la publicada en el año 2021 publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.668 Extraordinario de fecha 16 de diciembre de ese año. Sin embargo, en esa reforma sólo se modificaron los artículos 29, y del 83 al 88, ambos inclusive. El artículo 29 relativo a los traslados, y los demás artículos corresponden a la actualización de las tasas e impuestos pasando su cálculo de Unidades Tributarias a Petros, por lo que el resto de la ley continua sin cambios en el contenido de la publicada en el 2014 cuya exposición de motivos que antecedía ese instrumento normativo, el cual se puede consultar en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014.

² Morles Hernández, Alfredo. «Responsabilidad del Registrador Mercantil respecto a la capitalización de las sociedades y a la transmisión de las acciones nominativas», *Cuestiones de Derecho Societario*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (2006): 203-235.

La función calificadora es la que “permite” que los funcionarios que revisan los documentos que se presentan por ante el Registro Mercantil los devuelvan cuantas veces consideren que sean necesarias, así como que soliciten cuantos documentos e instrumentos consideren necesarios, para subsanar cualquier posible discrepancia u omisión que atente contra la legalidad de “las formas extrínsecas” del documento, así como de la capacidad y legitimación de las personas que lo han otorgado o firmado.

Ahora bien, no se puede perder de vista que esta función calificadora del registrador mercantil conforme la legislación venezolana, se encuentra limitada exclusivamente a lo que se desprenda del título y a la información que conste en el registro, es decir, en el expediente que cursa por ante esa oficina, y sus resoluciones no pueden prejuzgar sobre la validez del título ni de las obligaciones que contenga el documento (artículo 43 LRyN).

Es importante enfatizar que el Registro Mercantil es una oficina pública en la cual se tramita la inscripción de documentos que contienen actos privados, se presenta como la oficina pública a la que hay que acudir necesariamente si se pretende obtener determinados efectos y garantías jurídicas de las actuaciones comerciales. La intervención del registro se impone como límite al principio que rige la generalidad de las actuaciones de las personas: el principio de la autonomía de la voluntad.³

El Registro Mercantil se puede comprender como un espacio o punto de encuentro de una multiplicidad de principios, que por su naturaleza suelen ser heterogéneos, de una parte, se encuentran aquellos principios que enmarcan la actividad de la administración pública, destacándose los siguientes, de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza.

Por la otra parte, se encuentran los principios de la actividad comercial, que se inspira principalmente en ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación, por lo que cuando un acto privado, por ejemplo de una sociedad anónima, que ha tenido su origen como forma de manifestación de la voluntad societaria a la que se ha llegado mediante la realización de una asamblea de accionistas, en la cual se han cumplido los extremos de ley para la convocatoria, para la toma de decisiones, y se ha levando un acta que recoge de forma exhaustiva lo que ha tenido lugar en esa asamblea, y cuyo documento es llevado por ante el Registro Mercantil para su inscripción y publicación, surge la presunción, que no puede ser desvirtuada, sobre el conocimiento universal del acto inscrito; mal puede el registrador modificar

³ Chacón Gómez, Nayibe. «La firma electrónica del Registrador Mercantil en Venezuela», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 133, (2009): 159-184. http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/133/ucv_2009_133_159-184.pdf

el contenido de ese acto, so pretexto de que no se han cumplido formas extrínsecas, ya que esas corresponden solo a la forma y no deben vulnerar el contenido que expone la voluntad societaria.

II. De las sociedades mercantiles ¿qué se debe registrar?

Como se ha mencionado en otras oportunidades, ha sido la LRyN del año 2001⁴ la que por primera vez regula la materia del Registro Mercantil en una ley sobre registro, puesto que hasta ese momento, esta institución se encontraba reservada en el Código de Comercio; pero como ha ocurrido en otros casos, no se han derogado de forma expresa las disposiciones sobre el Registro Mercantil en el código, y al no versar sobre el mismo punto la regulación posterior, no opera una derogatoria general, bajo el precepto de que ley posterior deroga ley anterior si versan sobre la misma materia. En todo caso, se puede establecer que en materia de sociedades mercantiles tanto las disposiciones sobre el registro que se encuentran en el Código de Comercio se encuentran vigentes, debiendo coexistir y aplicarse conjuntamente y de forma coordinada con las disposiciones de la LRyN.

Para resolver la cuestión acerca de ¿qué se debe registrar? La primera norma es el ordinal 9° del artículo 19 del Código de Comercio, que dispone la inscripción y publicación de un extracto de las escrituras en las que se forma, se prorroga, se hace alteración que interese a tercero o se disuelve una sociedad y en las que se nombren liquidadores.

A su vez, en materia de la constitución o creación de las sociedades mercantiles se deben tener los artículos 211, 212 y 213 del Código de Comercio, de los cuales se desprende que el contrato de sociedad se puede otorgar por documento privado o público, cuyo contenido expresara la estructura de la sociedad, por ejemplo si se trata de una sociedad anónima, el documento constitutivo debe observar entre otros aspectos, los referidos al nombre, al objeto social, a la duración, al capital, a las acciones, a las asambleas de accionistas, a la junta directiva o administradores, al comisario, y cualquier otro aspecto que consideren los fundadores de la sociedad necesario para el buen manejo de su sociedad, el Código de Comercio en el artículo 213 establece el listado mínimo que se debe cumplir en el documento constitutivo y los estatutos sociales, existiendo otros elementos o figuras que pueden ser incorporadas, v.g. la incorporación de las convocatorias, la asistencia a la asamblea e incluso el voto a distancia, por medios digitales o tecnológicos; otro ejemplo sería la incorporación de acciones con

⁴ Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

privilegios; y el derecho de preferencia de los accionistas de adquirir las acciones de algún socio saliente, por citar algunos aspectos que resultan ser vitales en el día a día de la sociedad.

En estos casos, el registrador mercantil no debería inmiscuirse en el contenido del documento de constitución de la sociedad anónima, puesto que las sociedades mercantiles se rigen en primer lugar por los convenios de las partes, por las disposiciones del Código de Comercio y las disposiciones del Código Civil (artículo 200 Código de Comercio).

Ahora bien, la LRyN consagra como consecuencia de la potestad calificadora del registrador mercantil, las conocidas potestades de control del registrador mercantil⁵ (artículo 57 LRyN), que si bien forman parte del poder discrecional de la administración pública sus límites se encuentran en la misma disposición, tal como se ha mencionado bajo el principio de legalidad, ya que este control solo puede ser ejercido sobre los siguientes aspectos:

I. Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas de Estado:

La LRyN faculta al registrador mercantil a no inscribir un documento constitutivo de una sociedad que considere con capital insuficiente, para lo cual se asocia el objeto social con el monto del capital social indicado en el documento.

Es importante tener en cuenta, que conforme el ordenamiento jurídico-comercial venezolano no hay disposición que establezca el monto mínimo o máximo de capital para la constitución de la sociedad anónima, situación que si existe para la sociedad de responsabilidad limitada.⁶

⁵ El antecedente legislativo de estas potestades de control del registrador mercantil se encuentra en el ya citado Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado de 2001, en el cual se menciona que este poder discrecional dado al registrador mercantil se inspira en el párrafo único del artículo 200 del Código de Comercio, texto que fuera incorporado en la reforma de 1955 de ese cuerpo codificado, pero que fuera pensado inicialmente para ser el marco de las atribuciones para la futura creación de una Superintendencia de Sociedades Mercantiles, ente que de forma anticipada verificaría el cumplimiento de las formalidades legales, y de la veracidad de los aportes a capital, de la responsabilidad de los administradores, entre otros aspectos que interesen a terceros sobre la vida de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Sin embargo, a la fecha no se ha creado dicha superintendencia, y estas atribuciones se le han dejado al Registro Mercantil. Chacón Gómez, Nayibe. «Consideraciones sobre las potestades de Control del Registrador Mercantil», *Ensayos de Derecho Mercantil. Homenaje a Jorge Enrique Núñez*. Colección Libros Homenajes Tribunal Supremo de Justicia, 15, (2004): 201-205.

⁶ Código de Comercio, artículo 315.- “Las compañías de responsabilidad limitada no podrán constituirse con un capital menor de veinte mil ni mayor de dos millones de bolívares”. Es importante anotar en primer lugar, que esa norma sigue vigente, puesto que no ha habido reforma del código, ni se ha tratado la sociedad de responsabilidad limitada en otro texto legislativo; por otra parte, los montos expresados en este artículo como límites para la constitución de este tipo societario,

A este respecto, el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) mediante la Circular SAREN DG-N 00463 de fecha 03 de julio de 2019, dirigida a los Registros Mercantiles indicando montos referenciales para la constitución de sociedades mercantiles, para lo cual incluye un extenso listado de actividades que pueden ser objeto social con el monto para el capital social al momento de la constitución, “como mecanismo que conlleva (...) a la simplificación, optimización y racionalización de dichos trámites” y que no pretende injerirse en la función calificadora que tiene el registrador mercantil.

Los montos propuestos, al conocerse la circular parecían excesivos, no obstante, con el pasar de los días (y años) han ido quedando desactualizados producto de la acelerada tendencia inflacionaria,⁷ la constante devaluación,⁸ y los procesos de reconversión⁹ de la moneda nacional.

Ahora bien, la doctrina patria a la vez que reconoce que no existe una norma que establezca montos mínimos ni máximos para la constitución de la sociedad anónima, sostiene que “el capital de la sociedad no puede ser insuficiente”¹⁰. Para entender el alcance de la expresión de “suficiencia” que es requerida en el monto del capital, hay que señalar que el Dr. Morles Hernández alude a la doctrina española, para la cual la responsabilidad limitada al monto del aporte que tienen los accionistas es así porque la

han quedado desactualizados, por el ya mencionado proceso inflacionario que aqueja al país, pero además por las dos reconversiones monetarias que han tenido lugar en 2008 y 2018, con la cual se ha modificado la expresión monetaria.

⁷ La inflación ha sido definida como “el incremento generalizado de los precios de bienes y servicios con relación a una moneda sostenido durante un periodo de tiempo determinado. Cuando el nivel general de precios sube, cada unidad de moneda alcanza para comprar menos bienes y servicios. Es decir que la inflación refleja la disminución del poder adquisitivo de la moneda: una pérdida del valor real del medio interno de intercambio y unidad de medida de una economía.” Solé Madrigal, Roberto. «Efectos de la inflación y la devaluación en la evaluación de flujos de inversión». *Ciencias Económicas* 30, 2. (2012): 273-283.

⁸ La devaluación de una moneda, “en este caso el bolívar, genera presiones inflacionistas básicamente porque los precios de los bienes importados tanto de consumo como de inversión aumentan, al igual que los precios en moneda local, los servicios provenientes del exterior y los costos de producción de aquellas empresas cuyas materias primas son importadas. (...) Diversas consecuencias de la devaluación han sido contempladas, tanto desde la perspectiva interna como externa, por mencionar algunas: los movimientos de los índices de inflación, el encarecimiento de las importaciones, los problemas de competitividad en el precio del producto venezolano, la disminución de la inversión, la baja credibilidad y el aumento del riesgo país.” López, Margo; Trapani, Lourdes y Farruggio, Giusseppina. «Devaluación monetaria, costos y expectativas empresariales en organizaciones comercializadoras de reses bovinas del municipio Maracaibo». *Revista Colombiana de Contabilidad*, 3(6), (2015): 44.

⁹ “La reconversión monetaria es la operación mediante la cual se eliminan ceros a la moneda nacional de modo que, a partir de una fecha específica, todas las cantidades de dinero del país pasan a ser expresadas en una nueva y menor escala monetaria. (...) La reconversión monetaria no se reduce a un simple proceso de emitir nuevas especies monetarias (billetes y monedas) ni a eliminar otras (desmonetización). También implica una reexpresión de los precios nominales de los bienes y servicios, sueldos y salarios, créditos y deudas, ajustes en los procesos contables y sistemas de cómputo, entre otros. La reconversión monetaria persigue alcanzar una mayor eficiencia en el sistema de pagos, con el fin de reducir la tenencia per cápita de papel moneda, simplificar el cómputo de las transacciones económicas, facilitar el registro contable de las transacciones y simplificar los manejos financieros y presupuestarios del país.” Banco Central de Venezuela. «El BCV instrumenta la reconversión monetaria». *Notas de prensa del Banco Central de Venezuela*. (06 de marzo de 2007).

¹⁰ Alfredo Morles Hernández. «Responsabilidad del Registrador...», 212.

responsabilidad es de la sociedad, la cual debe contar con suficiente capital para poder honrar las obligaciones que asume con los terceros, y poder cumplir con el propósito económico de rendir al cierre del ejercicio utilidades y beneficios para los socios.¹¹

Sin pretender explayar el análisis sobre el estado del arte de la responsabilidad de los socios y de la sociedad anónima, es importante tener en cuenta, la ya descrita situación inflacionaria, de devaluación y de reconversiones monetarias, que han acompañado a las actividades económicas en Venezuela, por lo que la calificación de “suficiente” o “insuficiente” del capital social de una sociedad anónima, y su relación con el objeto social, siempre será relativa o temporal, y lejos está de poder seguir “criterios de razonabilidad” como se sostiene en el ordinal bajo análisis del artículo 57 de la LRyN.

2. Asegurar que los aportes en especie tengan el valor declarado en el documento de constitución, en los aumentos de capital, en las fusiones o en cualquier otro acto que implique cesión o aporte de bienes o derechos, a cuyo efecto se acompañará un avalúo realizado por un o una perito independiente colegiado o colegiada:

Se debe tener presente que conforme a la remisión expresa que hace el artículo 249 del Código de Comercio al artículo 253 *eiusdem*, los aportes al capital que no sean numerario, es la Asamblea General de accionistas, es decir, aquella que ocurre para constituir la sociedad, la que reconoce y aprueba la suscripción del capital social y la entrega en efectivo de las cuotas sociales, y en particular, el valor de las concesiones, patentes de invención o cualquier otro valor aportado como capital. La participación de un perito, a tenor del artículo 256 del Código de Comercio, solo tiene lugar cuando algún accionista presente en la Asamblea General, pidiera que antes de aprobar la estimación de los aportes que no consisten en dinero, es decir, los bienes y demás derechos, se haga una estimación por peritos. En este caso, es cuando corresponde que se haga, siendo la asamblea la facultada a nombrar el perito, y la reunión de accionistas quedará diferida hasta que el informe del perito esté “impreso y a disposición de los accionistas, por tres días a lo menos”.

Ahora bien, en cuanto a la potestad discrecional del registrador mercantil que ha sido llamada por el Dr. Morles Hernández “potestad de control con respecto a los aportes en especie”, se trata de “asegurar” el valor de los aportes que ha sido declarado en el documento, y no solo ocupa el momento de la constitución de la sociedad, sino también en los casos de aumento de capital, en las fusiones o cualquier otro acto que tenga conlleva la cesión o aporte de bienes o derechos, potestad que conforme al citado

¹¹ *Ídem.*

maestro, se justifica por tratarse de una “preocupación elemental” que “debería evitar la práctica de los inventarios grotescamente inflados por socios para mostrar capitales inexistentes en fraude de terceros”.¹²

No cabe la menor duda que existen o han existido socios que pretendan “inflar” los inventarios para aumentar en apariencia el capital social de la sociedad, y en el caso de ser socios administradores resultaran ser solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros, de la verdad de las entregas hechas en caja por los accionistas; de la existencia real de los dividendos pagados; y del exacto cumplimiento de los deberes que le imponen la ley y los estatutos sociales (artículo 266 del Código de Comercio).

No obstante, es importante tener en cuenta que los llamados a realizar el avalúo a que hace referencia el ordinal 2º del artículo 57 de la LRyN, no es un socio o accionista, sino “un o una perito independiente colegiado o colegiada”, es decir, un contador o contadora pública colegida, que debe encuadrar su actuar conforme la Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública¹³ y su Código de Ética, por lo que “inflar” un avalúo por voluntad propia o por solicitud de uno o varios accionistas, sin duda es una actuación violatoria de la ética de esa profesión,¹⁴ que podría acarrear la suspensión del ejercicio e incluso la cancelación de la inscripción en el Colegio de Contadores, por lo que no podría seguir ejerciendo legalmente la profesión.

3. Exigir la indicación de la dirección donde tenga su asiento la sociedad, el cual se considerará su domicilio a todos los efectos legales:

La determinación del “domicilio de la sociedad” o “domicilio social” y la diferencia con la “dirección” genera menos controversia en la actualidad que la que solía suscitar anteriormente,¹⁵ puesto que en la práctica registral se suele emplear la dirección que es o será el domicilio fiscal de la sociedad, que también emplea una dirección. Sin embargo, la importancia que tiene la inclusión correcta de la dirección que servirá del domicilio de la sociedad, continúa siendo la misma, ya que es el lugar donde se deberá practicar todas las notificaciones, así como la celebración de las reuniones de las asambleas de accionistas, a menos que la convocatoria disponga otra cosa.

¹² Alfredo Morles Hernández. «Responsabilidad del Registrador...», 215.

¹³ Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.273 de fecha 05 de diciembre de 1973.

¹⁴ Código de Ética del Contador Público Venezolano, artículo 11.- El Contador Público no deberá firmar informes de auditoría que no hayan sido redactados por él o bajo su dirección. Tampoco deberá estampar su firma autógrafa y el número de colegiación en el cuerpo de los estados financieros que prepare, revise limitadamente o dictamine. En todo caso, deberá expresar en un informe escrito la naturaleza del trabajo realizado, su alcance y grado de responsabilidad que asume.

¹⁵ Ver Hung Vaillant, Francisco. *Sociedades*. Vadell Hermanos, Editores. (2002): 54-57.

El Dr. Morles Hernández advierte que, si la sociedad mercantil no tiene domicilio atribuido en el documento constitutivo, lo cual constituye un supuesto “francamente excepcional”, pueden generarse situaciones complejas para determinar lo que debe entenderse por “establecimiento principal”,¹⁶ lo cual a su vez justifica la exigencia de indicación de la dirección que se tendrá como domicilio social como una potestad del registrador mercantil.

4. Homologar o rechazar el término de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de los socios o socias, a menos que la duración sea estimada excesiva:

La duración de la sociedad anónima es un asunto que al momento de su constitución compete a la voluntad de los accionistas reunidos en la Asamblea General, de conformidad con lo establecido en el ordinal 2° del artículo 253 del Código de Comercio, que establece que es en esa reunión de socios en la que se discuten y aprueban los estatutos sociales. Es en los estatutos sociales que se debe colocar el tiempo en que debe comenzar el giro de la compañía y su duración, según el artículo 213 *eiusdem*. Se puede entonces comprender que son los socios quienes determinaran su duración, y luego el registrador mercantil la homologará si le parece un término no excesivo, pero la podrá rechazar si ese tiempo de duración es estimado como excesivo. Una vez más se está en presencia de un calificativo indeterminado “excesiva” que llama a preguntarse ¿cuándo o bajo que criterios se puede estimar que el tiempo de duración de una sociedad es excesivo?

Algo excesivo en algún momento o para algunas personas, puede no serlo en otro momento o para otras personas, piénsese por ejemplo una sociedad anónima que se está constituyendo por tres personas naturales, cuyas edades oscilan entre 86 y 92 años, y proponen como tiempo de duración de la sociedad 50 años, a todas luces podría ser estimada como una duración excesiva, ya que es muy poco probable que los socios continúen vivos durante toda la vida de la sociedad. Sin embargo, con ese mismo ejemplo, si se considera que las acciones de esos socios son bienes muebles que son o pueden ser transmitidos a sus herederos, por formar parte del caudal hereditario de cada uno de ellos, la sociedad cuya duración es de 50 años ya no parece ser excesiva.

Por otra parte, siempre que se trata la determinación del tiempo de duración de la sociedad, no se puede perder de vista que el mismo puede ser prorrogado por la asamblea de accionistas, y, al contrario, puede acordarse, también en asamblea la terminación anticipada de la sociedad (ordinales 1° y 2° del artículo 280 del Código de Comercio).

¹⁶ Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, (2000): 796.

5. Registrar la decisión de reactivación de la sociedad después de haber expirado su término.

La prórroga de la duración de la sociedad se debe hacer, como ya se ha mencionado, por una Asamblea de Accionistas, conforme al artículo 280 del Código de Comercio, la cual debe ser realizada durante la vigencia de la sociedad, es decir, la asamblea que acuerde la prórroga de su duración debe darse antes de que expire el tiempo que se ha indicado en el documento constitutivo de la sociedad para su duración.

La reactivación propuesta en este ordinal del artículo 57 de la LRyN parece acabar en opinión del Dr. Morles Hernández¹⁷ con la “situación de incertidumbre en la vida de la sociedad que era inconveniente”, puesto que se discutía si era posible seguir con el giro social al llegar el expirar el tiempo de duración.

Si bien estos puntos no han sido aclarados con contundencia, queda claro tal como ya lo expresaba el artículo 217 del Código de Comercio, que es posible acordar en asamblea de accionistas la “continuación” de la compañía expirado el término y corresponde al registrador mercantil la inscripción en el expediente de ésta esa decisión de reactivación, aunque la expresión correcta debería ser “continuación de la compañía” como emplea ese artículo del Código de Comercio, ya que “reactivación” es una palabra más amplia, que permite presumir que la sociedad estuvo sin actividad por cierto espacio de tiempo o que había sido acordada su disolución y liquidación al haber expirado el termino de duración de la sociedad.

6. Inscribir los actos de la sociedad disuelta que se encuentre en estado de liquidación:

Es menester indicar que la disolución y la liquidación de la sociedad, son dos decisiones que debe ser tomadas en asamblea de accionistas por lo que deben, para surtir sus efectos frente a terceros, ser registradas. La disolución de la sociedad es la decisión de no continuar el giro comercial de ésta, sea porque no se acuerda la prórroga del tiempo de duración, o que durante la vigencia de la sociedad se acuerda terminar su actividad.

En la misma asamblea de accionistas que se acuerda la disolución de la sociedad, también se puede nombrar la persona o el conjunto de personas que serán los liquidadores, y en caso de que el documento constitutivo no haya acordado nada, la asamblea con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio (artículos, 348, 349 y 350) deberá determinar la forma en que se llevará a cabo la liquidación.

¹⁷ Alfredo Morles Hernández. «Responsabilidad del Registrador...», 216.

Queda claro que la liquidación es el proceso por el cual se “hace líquido” el capital social, es decir, se cobran los créditos de la sociedad, se pagan las acreencias y obligaciones con los acreedores de la sociedad, incluidos los propios accionistas en caso de que se le deban montos de utilidades o beneficios, y finalmente, se entregan a cada accionista el monto de la acción o acciones que ha suscrito.

El registrador mercantil deberá inscribir los actos que sean necesarios para la liquidación, e incluso, documentos que precisen ser registrados sobre operaciones que se hallen pendientes o para extinguir obligaciones anteriormente contraídas (artículo 347 del Código de Comercio) pero en ningún caso podrá registrarse nuevas operaciones que no tengan como propósito la liquidación.

El estricto cumplimiento del alcance o límites del poder discrecional, manifestado en las potestades de control analizadas, es requisito imprescindible para la correcta interacción entre la administración pública y los comerciantes (individuales y sociales) y muy especialmente las sociedades anónimas, de lo contrario lejos de “poner en práctica un mínimo de control a la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles”,¹⁸ se transforman en obstáculos para el desarrollo de la actividad comercial.

III. El núcleo de la actividad del Registro Mercantil debe ser el desarrollo comercial

Las potestades discrecionales otorgadas por ley a los entes y órganos de la administración pública deben ajustarse a los límites que el principio de legalidad les concede, de lo contrario pasan a ser abuso de poder o arbitrariedades, que vulneran derechos fundamentales de los ciudadanos. El Registro Mercantil venezolano al formar parte de un sistema registral que se consolida como pieza fundamental para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos que realizan actividades económicas, no está exento del cumplimiento de todo y cada uno de los principios de la administración pública.

En virtud del principio de eficacia y eficiencia de la administración, la Resolución N° 019, mediante la cual se establecen los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías, de fecha 13 de enero de 2014¹⁹, busca la simplificación de los trámites administrativos y la mejor interacción con el ciudadano, a la vez que propende servir de herramienta para la lucha contra la corrupción; por lo que no le está dado al

¹⁸ Extracto de la Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

¹⁹ Resolución emanada del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.332 de fecha 13 de enero de 2014.

registrador mercantil la improvisación en el procedimiento registral ni tampoco la espontaneidad en requerir documentos y actuaciones para que lleve a cabo la inscripción y publicación de un documento contentivo de un acto que expresa la manifestación de voluntad de un comerciante (sea individual o societario). Sin embargo, la práctica registral es ajena al tenor de esa resolución, con lo cual se vulneran derechos de los ciudadanos que asisten a estas oficinas públicas, en las cuales el personal tiene el deber de ofrecer a los ciudadanos, la información completa, oportuna y veraz en relación con los requisitos para los trámites de todos los actos o negocios jurídicos que se realicen ante los mismos, los cuales se encuentran descritos al detalle en esa resolución.

Por otro lado, se debe reconocer la importancia que tiene en la actualidad el empleo de la tecnología para el cumplimiento de la labor registral, y que se encuentra consagrado en la LRyN, para lo cual el Servicio Autónomo de Registro y Notarías (SAREN) ha colocado a la disposición de los usuarios un sitio web oficial, en el cual se inicia los procedimientos registrales y notariales, tales como la constitución de sociedades mercantiles, entre otros actos. Este sitio web incluso gestiona la información y emisión de la planilla para el pago de los trámites registrales.

Sin embargo, no se trata propiamente de un sistema de registro mixto entre electrónico y físico, aunque el procedimiento registral se debe iniciar en el sitio web del SAREN, la continuación de los trámites se realiza con la presentación de documentos en físico (originales y copias) por ante la oficina del Registro Mercantil, lo cual convierte al sistema registral venezolano en uno marcadamente físico o presencial, que sumado a la casuística de los lapsos para cada etapa del proceso registral, dificulta reconocer algún elemento de eficacia o eficiencia de la labor registral, y que se coloque como núcleo de la gestión registral el desarrollo de la actividad comercial, tal como postula la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su Guía sobre los principios fundamentales de un registro de empresas,²⁰ al anotar que los Estados que deseen facilitar el ingreso de las empresas en el sector formal de la economía deberían estudiar el modo de reducir la carga que ese registro representa para las empresas, en el caso de Venezuela, para los comerciantes, mediante la racionalización de esos requisitos; lo cual se logra disponiendo reglas, procedimientos y normas de calidad de los servicios que se establezcan para el funcionamiento del registro mercantil, y se den a conocer públicamente a fin de garantizar la transparencia de los procedimientos de inscripción.

²⁰ Guía legislativa de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre los principios fundamentales de un registro de empresas de abril de 2019.

CONCLUSIONES

Para los puristas del Derecho Mercantil que consideran que es un derecho de los particulares y para los particulares, nada crea mayor interés a la vez que rechazo que esa necesidad del Estado de involucrarse en los actos de los particulares, por lo que el tópico del registro mercantil como objeto de estudio siempre será actual, y requerirá de adentrarse a los conceptos de la actividad de la administración pública, especialmente cuando la práctica registral contradice los principios más preciados de la relación del Estado con el ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Central de Venezuela. «El BCV instrumenta la reconversión monetaria». *Notas de prensa del Banco Central de Venezuela*. (06 de marzo de 2007).
- Chacón Gómez, Nayibe. «Consideraciones sobre las potestades de Control del Registrador Mercantil», *Ensayos de Derecho Mercantil. Homenaje a Jorge Enrique Núñez*. Colección Libros Homenajes Tribunal Supremo de Justicia. 15, (2004): 195-217.
- Chacón Gómez, Nayibe. «La firma electrónica del Registrador Mercantil en Venezuela», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 133, (2009): 159-184. http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/133/ucv_2009_133_159-184.pdf
- López, Margo; Trapani, Lourdes y Farruggio, Giusseppina. «Devaluación monetaria, costos y expectativas empresariales en organizaciones comercializadoras de reses bovinas del municipio Maracaibo». *Revista Colombiana de Contabilidad*, 3(6), (2015): 41-57.
- Morles Hernández, Alfredo. «Responsabilidad del Registrador Mercantil respecto a la capitalización de las sociedades y a la transmisión de las acciones nominativas», *Cuestiones de Derecho Societario*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (2006): 203-235.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, (2000).
- Solé Madrigal, Roberto. «Efectos de la inflación y la devaluación en la evaluación de flujos de inversión». *Ciencias Económicas* 30, 2. (2012): 273-283.

La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-79-107

Resumen: Los conflictos de interés se presentan con regularidad durante la vida societaria, pueden surgir en el marco del relacionamiento externo que ocurre debido a la necesaria interacción que se presenta en el tráfico mercantil, o por los propios vínculos internos derivados del contrato de sociedad. El presente trabajo procura analizar la gestión de los conflictos de interés desde un enfoque jurídico, de carácter mercantil y limitado al ámbito societario. Para ello, se propondrán unas líneas transversales que permitirán darle un tratamiento uniforme a las situaciones cuya ocurrencia son más frecuentes y probables, utilizando como base los principios del Buen Gobierno Corporativo y siguiendo las reglas del derecho mercantil venezolano.

Palabras clave: Conflicto de interés, Buen Gobierno Corporativo, Sociedades.

The management of conflicts of interest from the Good Corporate Governance

Abstract: *Conflicts of interest arise regularly during corporate life, they may arise within the framework of external relations that occur due to the necessary interaction that occurs in commercial traffic, or by the internal links derived from the partnership contract. This paper seeks to analyze the management of conflicts of interest from a legal approach, of a commercial nature and limited to the corporate sphere. For this, some transversal lines will be proposed that will allow a uniform treatment to be given to situations whose occurrence is more frequent and probable, using as a basis the principles of Good Corporate Governance and following the rules of Venezuelan commercial law.*

Keywords: *Conflict of interest, Good Corporate Governance, Corporations.*

Recibido: 20/04/2023

Aprobado: 16/06/2023

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo

Diego Thomás Castagnino*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-79-107

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Definición de conflicto de interés desde la óptica del Buen Gobierno corporativo. 2. Bien jurídico protegido y finalidad metajurídica. 3. La buena fe y el deber de lealtad. 4. Tipos de conflictos de interés. 5. Recomendaciones adicionales para la gestión del conflicto de interés.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

Los conflictos de interés se presentan con regularidad durante la vida societaria, pueden surgir en el marco del relacionamiento externo que ocurre debido a la necesaria interacción que se presenta en el tráfico mercantil, o por los propios vínculos internos derivados del contrato de sociedad.

En la actualidad el estudio profundizado de los conflictos de interés presenta los siguientes retos generales:

- i. Dificultad conceptual.** No existe en la doctrina continental unanimidad sobre la definición de lo que debe entenderse por “conflicto de interés”, tampoco lo hay en lo que respecta a su alcance. Seguramente debido al amplio espectro de situaciones que se pueden generar en diferentes ámbitos. Por ejemplo, el tratamiento de un conflicto de interés entre un juez y una de las partes en un litigio debe ser distinto al conflicto de interés que pueda surgir entre un administrador y la sociedad, si bien tienen rasgos similares, la especialidad de cada materia exige consideraciones particulares.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

- ii. Poca y dispersa regulación.** No necesariamente implica un aspecto negativo, porque en este campo la libre autonomía de la voluntad de las partes y su capacidad de auto regulación de sus propias relaciones jurídicas, resulta ser de mucha utilidad, especialmente en el ámbito comercial. Sin embargo, la poca experiencia puede traer como consecuencia situaciones que pueden desembocar en perjuicios considerables a la organización.
- iii. Con motivo del contrato societario participan múltiples sujetos que pueden involucrarse en conflictos de interés.** En las organizaciones participan varios sujetos que cohabitan y se vinculan jurídicamente entre sí en el marco de relaciones intrasocietarias, quienes también se pueden relacionar con terceros a través de intercambios extra societarios, razón por la cual es indispensable establecer reglas claras para el tratamiento de los conflictos de interés.
- iv. No es posible contar con un catálogo de situaciones generadoras de conflicto de interés.** Resulta imposible elaborar una clasificación que pretenda aglutinar a todos los supuestos de hechos que podrían desencadenar en un conflicto de interés, será necesario analizar cada caso en particular. Si bien hay situaciones que pueden coincidir, habrá otras que no, todo dependerá del nivel de tolerancia al riesgo de cada organización, el tipo de negocio, etc. Por ejemplo, no es igual las situaciones consideradas como tolerables en una empresa familiar que en una empresa que no lo es.

Ante los retos señalados, el presente trabajo procura analizar la gestión de los conflictos de interés desde un enfoque jurídico, de carácter mercantil y limitado al ámbito societario. Para ello, se propondrán unas líneas transversales que permitirán darle un tratamiento uniforme a las situaciones cuya ocurrencia son más frecuentes y probables, utilizando como base los principios del Buen Gobierno Corporativo y siguiendo las reglas del derecho mercantil venezolano.

En este sentido, el tema se abordará a partir de los principales conflictos de interés que surgen entre los accionistas¹, entre estos y los administradores, entre la organización² y sus trabajadores, entre la organización y sus proveedores, y entre la organización y sus clientes.

¹ A los efectos del presente trabajo se utilizará el término “accionista” para abarcar a cualquier tipo de socio de una persona jurídica.

² Tal y como se explicará más adelante, en el presente trabajo se utilizará el término “organización” para hacer referencia a cualquier tipo de forma societaria.

1. Definición de conflicto de interés desde la óptica del Buen Gobierno corporativo

La expresión “conflicto de interés” es bastante frecuente especialmente en el ámbito judicial y arbitral, ya que se utiliza para aludir a una situación en la cual el juez o el árbitro se ven impedidos de conocer de un asunto determinado por estar inmerso en una causal (usualmente establecida por los códigos procesales o leyes arbitrales, tales como: afinidad con una de las partes o interés económico en las resultas del conflicto) que pueda influir en su capacidad para actuar de manera imparcial.

En el ámbito societario la situación es bastante similar, pero requiere de ciertas precisiones debido al grado de especialidad, multiplicidad de vínculos e impactos que puede causar.

Desde el Buen Gobierno Corporativo se ha pretendido ofrecer lineamientos para la generación de confianza y de una mayor transparencia en la toma de decisiones societarias que le permita a las organizaciones alcanzar su objeto social e incrementar sus utilidades en un entorno en donde el mercado es altamente dinámico, la manera de hacer negocios evoluciona aceleradamente, y en el que, especialmente los administradores de las sociedades mercantiles atraviesan una crisis de credibilidad debido a los grandes escándalos corporativos globales por violaciones a sus deberes fiduciarios, tales como: Robert Maxwel, BCCI, Polly Peck, Barings³, Siemens⁴, Enron⁵, Parmalat⁶, y Lehman Brothers⁷.

Dichos escándalos provocaron una importante crisis de credibilidad en los Consejos de Administración a nivel global, ocasionando que muchos países empezaran a replantearse los principios normativos que deben regir el buen gobierno de las sociedades, y particularmente de los deberes fiduciarios.

3 Los casos Robert Maxwel, BCCI, Polly Peck, y Barings, tienen en común que fueron empresas que fueron a la quiebra gracias a la contabilidad creativa, ocurrieron en Reino Unido en los años 90.

4 La empresa alemana realizó, entre 2001 y 2007, 4.283 pagos ilegales a funcionarios de Bangladesh, China, Venezuela, México, Rusia, Vietnam, Nigeria y Argentina, para obtener contratos públicos. Siemens pagó una multa de US\$450 millones. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>

5 Enron admitió que había inflado sus ganancias del tercer trimestre de 2001. Es considerado el peor escándalo corporativo en Estados Unidos. http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1555_corrupcion/page5.shtml

6 En diciembre de 2003, Parmalat confirmó que no existía una cuenta que alegó tener en el Bank of América por US\$4.000 millones. Fue el escándalo contable más grave en Europa. http://www.bbc.co.uk/spanish/specials/1555_corrupcion/page6.shtml

7 El 15 de septiembre de 2008, el banco Lehman Brothers, solicitó la bancarrota en Estados Unidos, lo cual ocasionó que el índice bursátil Dow Jones se desplomara 500 puntos, su caída más dramática desde el 11 de septiembre de 2001. Es considerado uno de los escándalos más relevante en materia contable. http://www.bbc.com/mundo/economia/2009/09/090914_1307_crisis_cronologia_lehmans_mr.shtml

Desde el Buen Gobierno Corporativo⁸ se han propuesto reformas al Derecho Societario para generar mayor transparencia y seguridad jurídica, dando nacimiento a buenas prácticas cuyas manifestaciones se han venido presentado principalmente mediante Códigos. El primer precedente de las recomendaciones sobre Buen Gobierno ocurrió en 1978, cuando en Estados Unidos el *American Law Institute* redactó un borrador de documento titulado: “*Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*”⁹. En Europa el movimiento inició en 1991 en el Reino Unido con la creación del Comité Cadbury.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha desarrollado principios que se erigen como recomendaciones básicas para el establecimiento de regímenes de gobierno corporativo, siendo que el primer intento de uniformar las recomendaciones fue en 1999 con el “*White Paper on Corporate Governance*”. Dichos principios fueron revisados primero en 2004, luego en 2015 y más recientemente el 8 de junio de 2023¹⁰. Desde sus inicios ha sido un importante instrumento de Buen Gobierno Corporativo que le ha prestado atención al tema del conflicto de interés.

También la International Corporate Governance Network (ICGN), en sus Global Corporate Governance Principles, publicadas en 2009, tomó en cuenta el tema del conflicto de interés, al igual que lo hicieron: el Informe Olivencia¹¹, el Informe Aldama¹², los Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado del Banco de Desarrollo de América Latina¹³, Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo del Instituto Brasileiro de Governança Corporativa¹⁴, Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações del Instituto Brasileiro de Governança

⁸ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define al Buen Gobierno Corporativo como “el sistema por el cual una organización es dirigida y controlada. (...) la estructura de gobierno corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes en la empresa, como el directorio, la gerencia, los accionistas y otros interesados y detalla las reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre los temas corporativos. También provee la estructura a través de la cual se determinan los objetivos de la compañía y se asignan los objetivos perseguidos”. Islas Rojas, Gonzalo. “Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la Ley N° 20.382”. Wilenmann Von Bernath, Javier (ed.), Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Santiago. (2011). p. 9.

⁹ María del Mar, Alonso Almeida. “El gobierno corporativo electrónico: Análisis desde el enfoque de confianza”. Visión Libros. Madrid. (2007).

¹⁰ <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0413>

¹¹ Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las sociedades, del 26 de febrero de 1998. España.

¹² Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas del 8 de enero de 2003. España.

¹³ Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva. N°37. 2021. Banco de Desarrollo de América Latina.

¹⁴ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo.

Corporativa¹⁵, Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas¹⁶, Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo de la Corporación Andina de Fomento¹⁷, entre otros.

Según Pfeffer el término conflicto de interés tiene su origen en la obra del escritor José de la Vega, quien “llamó la atención, por primera vez, sobre la necesidad de que el legislador definiera pautas y criterios a que deberían sujetarse quienes, en los diversos roles que desempeñan, enfrentan la encrucijada de privilegiar su interés personal por sobre el interés de la entidad por quien se actúa”¹⁸.

En el ámbito societario y bajo el contexto del Buen Gobierno Corporativo, proponemos la siguiente definición de conflicto de interés: se trata de una manifiesta contraposición de intereses, entre el deber profesional y el interés personales del accionista, administrador o trabajador, que podría influir negativamente en su toma de decisión que siempre debe estar orientada hacia el interés social de la organización.

Del concepto propuesto se evidencian los siguientes elementos fundamentales:

- **Es una manifiesta contraposición de intereses.** De acuerdo con Lazen y Eguiluz¹⁹, el conflicto se considera resuelto en forma inadecuadamente solo cuando el agente opta por favorecer su interés individual. Es por ello que se especifica que debe ser “manifiesta” la contraposición de intereses, ya sea que se produzca de manera “expresa” mediante la expresión indubitable de la voluntad, o de manera “tácita”, por medio de la ejecución de actos.
- **Se toma en cuenta al sujeto de manera individual, no como parte de un colectivo.** Esto es importante, porque los casos de conflicto de interés deben ser investigados y considerados de manera individualizada, ya que serán las características propias del individuo las que definirán si se trata o no de un conflicto de interés (si tiene la obligación o no de cumplir con un deber profesional a favor de la sociedad, cual es el interés personal contrapuesto, y como afecta al interés social, etc.). Ahora bien, no se puede descartar la posibilidad de que, por ejemplo, la administración de una sociedad se ejerza mediante una persona jurídica,

¹⁵ Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. São Paulo. 2022.

¹⁶ Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú.

¹⁷ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013 Corporación Andina de Fomento.

¹⁸ Francisco Pfeffer Urquiaga, Germán Pfeffer Urquiaga. “Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales”. Santiago. (2002), p. 42.

¹⁹ Vicente Lazen, Cristián Eguiluz. “Conflictos de interés en servicios financieros: taxonomía y mecanismos de control regulatorio”. Superintendencia Valores y Seguros. Documento de Trabajo Nro. 6. Santiago. (2006), p.5, en http://www.svs.cl/sitio/publicaciones/doc/documento_trabajo_6.pdf.

en ese caso, se le debe extender los mismos deberes y consideraciones aplicables cuando el rol es ejercido por una persona natural²⁰.

- **Se prefiere utilizar el término “organización”.** Para englobar a todo tipo de persona jurídica con un carácter societario se utiliza el término “organización”, sea de un ente regido por el derecho público o privado, y que tenga o no una finalidad lucrativa, ya que, en todas, puede presentarse conflictos de interés, y el Buen Gobierno Corporativo si bien tiene una marcada preferencia por las sociedades mercantiles, nada obsta su aplicación en otros tipos de organizaciones.
- **Contraposición de intereses.** En el ejercicio de su rol en la organización, el individuo no puede sobreponer sus intereses personales sobre los intereses sociales de la organización, al hacerlo incumple con su deber profesional. Se trata de una situación de hecho que puede tener repercusiones legales y/o éticas, debido a que dichos intereses entran en conflicto y pueden influir negativamente en la conducta (decisiones y acciones) del sujeto involucrado. El interés social en las sociedades mercantiles estará marcado por el ánimo de lucro, mientras que en otros tipos como las asociaciones civiles no lucrativas y las fundaciones será el ánimo benéfico, pero siempre prevalecerá el interés de la organización sobre el interés personal, ya que para ello la persona jurídica ha sido creada, y para ello el individuo asumió un rol dentro de esta.
- **La incompatibilidad de intereses implica un incumplimiento del individuo de un deber profesional inherente al rol que desempeñe en la organización.** Desde el momento en el que el sujeto asume un rol determinado a favor de la organización tiene que ejercer sus obligaciones en función del interés social. No hacerlo coloca a la organización en una situación de riesgo, porque dicha incompatibilidad de intereses puede influir en la capacidad del sujeto para actuar de manera imparcial, con lo cual, sus decisiones podrían generar daños a la organización cuya reparación podrá exigirse.
- **Como en todo vínculo jurídico el principio de la buena fe será el rector de la conducta de las partes.** El conflicto de interés se presenta necesariamente debido a una conducta de mala fe que propició el incumplimiento al deber profesional (por ejemplo, para el caso del administrador está íntimamente relacionado con el deber de lealtad).

²⁰ “Especialmente importante es la necesaria extensión subjetiva de los deberes y de la consideración de personas vinculadas, en el supuesto de que el Director sea una persona jurídica. Es más, esta extensión de los deberes al Director persona jurídica, si cabe, debería ser más clara en estos casos ya que el origen de su actuación es más opaco que el caso de administradores personas físicas”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... p. 72

Aquellas organizaciones que no le dan el tratamiento adecuado al conflicto de interés se colocan en una posición de riesgo en la que podrían ser objeto de repercusiones negativas tales como: violación a sus derechos constitucionales de libertad económica, propiedad y asociación²¹, afectación de la reputación de la persona jurídica, daño en su cultura corporativa perjudicando el clima organizacional, podría llevar a la organización a tomar malas decisiones y hasta perder oportunidades de negocio, puede darse el caso de divulgación no autorizada o uso indebido de información confidencial que puede ponerlos en situaciones de exposición pública innecesaria, puede colocar a la organización en riesgo de incumplimientos legales, entre otras.

2. Bien jurídico protegido y finalidad metajurídica

Desde el Buen Gobierno Corporativo se pretende proteger al interés social mediante la prevención de los conflictos de interés. El interés de los accionistas es distinto al interés social, (aunque muchas veces podrán coincidir) debido a que la sociedad goza de una personalidad jurídica propia, diferente a la de sus accionistas. El interés social es el criterio que debe privar al momento de decidir un conflicto de interés.

En cambio, la finalidad metajurídica de contar con una adecuada gestión del conflicto de interés es la protección de la reputación de la organización. Un conflicto de interés puede generar un escándalo reputacional que puede repercutir en serios daños económicos para la organización, porque el efecto inmediato que genera es una pérdida de la confianza por la falta de criterio en la toma de decisiones por parte de quienes llevan el gobierno corporativo, con lo cual, sus clientes pueden dejar de comprar sus productos, sus potenciales socios podrían decidir no invertir en el negocio, inclusive, la autoridad gubernamental podría iniciar fiscalizaciones para verificar que está ocurriendo.

Los conflictos de interés no se pueden evitar de manera absoluta, siempre existirá la posibilidad de ocurrencia durante la vida de la organización²², lo que es importante es que se cuente con Normas y/o Políticas de gestión de conflictos de interés, lo cual repercutirá positivamente en la mitigación del riesgo.

²¹ Artículos 112, 115 y 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

²² “Los conflictos de interés no se pueden evitar con carácter absoluto. De hecho, el potencial conflicto de interés es prácticamente inherente al funcionamiento de cualquier sociedad. Existe una probabilidad muy significativa que en el devenir de los asuntos de la sociedad se den situaciones en las que se produzca un conflicto de interés frente a la misma de un determinado Director o miembro de la Alta Gerencia”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27. p. 71.

Desde el Buen Gobierno Corporativo el tratamiento del conflicto de interés está orientado desde una perspectiva preventiva que procura obligar a que se comuniquen las situaciones, se promueve el principio de transparencia, se aparta a los sujetos implicados en el conflicto de la toma de decisiones y se asegura la toma de decisiones más objetivas²³.

3. La buena fe y el deber de lealtad

La buena fe se ha tratado de definir de distintas maneras, pero como señala el profesor Guerrero Briceño, se trata de un concepto indefinible por polisémico, ubicuo y metamórfico; a lo sumo se puede describir sus efectos²⁴. Si bien es cierto que el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el derecho, constituye uno de los principios de mayor importancia en el mundo jurídico.

Díez-Picazo ha señalado que la buena fe se caracteriza como un patrón de conducta socialmente aceptable, que se traduce en un deber de cooperación y lealtad que se deben las partes del contrato²⁵.

La buena fe se encuentra en cualquier tipo de relación jurídica existente entre dos o más sujetos de derecho, razón por la cual resulta indudable su presencia en los vínculos jurídicos que nacen en virtud de las relaciones societarias, sean internas o externas.

Ribas Ferrer considera que la buena fe se presenta como un valor superior y ordenador de las relaciones intersubjetivas, y propone que los deberes fiduciarios sean estudiados mediante una estructura de círculos concéntricos presididos por el deber de buena fe, luego en un círculo más reducido estaría el deber de diligencia, que gobierna la contratación en general, seguido por las relaciones de colaboración, respecto de las cuales le son exigibles un deber de fidelidad genérico.

El deber de fidelidad se desdobra en dos deberes específicos, el deber de cuidado del interés ajeno aplicable a la generalidad de las relaciones de colaboración, y el deber de lealtad²⁶.

²³ Margarita Santana Lorenzo. “Guía Práctica de Compliance Internacional”. Directora. Thomson Reuters. Aranzadi. p. 835

²⁴ Fernando Guerrero Briceño. “Algunas consideraciones en torno a la buena fe en el Derecho Mercantil venezolano”. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil. Volumen I. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. (2012).

²⁵ Luis Díez-Picazo. “Prólogo a la traducción de la obra: El principio general de la Buena fe de F. Wieacker”. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid. (1986).

²⁶ Vicenç Ribas Ferrer. “El deber de lealtad del administrador de sociedades”. La Ley. Madrid. (2010).

De acuerdo con Villafañez Pérez²⁷, el deber de lealtad consiste en la obligación de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses con ésta, subordinando los propios a favor de aquélla, salvo que ésta autorice tal actuación.

4. Tipos de conflictos de interés

Debido a la variedad de situaciones en las que se puede presentar un conflicto de interés resulta complejo crear una clasificación que abarque a todas las posibilidades, especialmente, si se toma en cuenta que, en gran medida, todo dependerá del interés social de la organización, su nivel de tolerancia hacia determinadas conductas, su Buen Gobierno Corporativo, y sus estándares éticos.

Dicho lo anterior, la siguiente clasificación podría tener algunas variantes, pero generalmente los conflictos de interés se suelen analizar de la siguiente manera:

4.1. Según la materialización del riesgo

Se trata de una clasificación que procura analizar al conflicto de interés dependiendo de si el riesgo se ha materializado o no, tomando en cuenta el momento de ocurrencia y los efectos causados o que podría causar.

Esta clasificación es frecuente en varios instrumentos de *soft law*, como, por ejemplo, la “Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Experiencias Internacionales de la OCDE”, la cual, también es perfectamente aplicable al sector privado.

En este sentido, el conflicto de interés puede ser:

4.1.1. Conflicto real

Existe un conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados de la persona y sus obligaciones.

4.1.2. Conflicto aparente

Existe un interés personal que no necesariamente influiría en la persona pero que podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes. La apariencia de que existe un conflicto de interés puede ser tan dañina como la existencia de un conflicto real.

²⁷ Itziar Villafañez Pérez. “El Deber de Lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa”. El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa. 2014. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/download/49698/46199>

4.1.3. Conflicto potencial

Es el caso en el que una persona tiene un interés privado que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro.

4.2. Según el nivel de perjuicio que le genera a la organización

Se trata de la manera en la que la organización decide gestionar los conflictos de interés para evitar los perjuicios que estos puedan causarle, y se suele documentar mediante normas y/o políticas que regulen internamente como gestionar cada conflicto, ya que los encargados del gobierno corporativo tienen la obligación de tener los mecanismos necesarios para prevenir, detectar y/o mitigar cualquier efecto dañino que el conflicto pueda generar a la organización.

De acuerdo con esta categoría, los conflictos de interés pueden ser:

4.2.1. Objetivamente perjudiciales

Son los conflictos de interés que el ordenamiento jurídico o la organización califican como perjudiciales por atentar contra el interés social de una manera tal que deben ser rechazadas radicalmente. También son conocidos como “conflictos de interés de carácter permanente” por algunos instrumentos de *soft law*, y se recomienda que sea una causal de dimisión obligatoria o en su defecto y de ser posible, de propuesta de cese²⁸ del individuo inmerso en ella.

Se encuentran perfectamente identificadas ya sea por las leyes vigentes o por las normas y/o políticas de la organización, en donde se señala expresamente la prohibición taxativa de tales situaciones.

Dependiendo del rol en la organización del sujeto que cometió el conflicto de interés, e independientemente de que se le haya causado un daño o no a la organización, este podría ser objeto de sanciones debido al incumplimiento a sus deberes.

4.2.2. Tolerables en la medida en que se cumpla con un procedimiento

Las situaciones de conflicto de interés deben ser evitadas, pero si esto no es posible, al menos tendrán que ser gestionadas adecuadamente, siguiendo un procedimiento establecido previamente para tal fin. En esta categoría la organización señala en sus

²⁸ “Para el caso de conflictos de interés de carácter permanente, el procedimiento debe considerar esta situación como una causal de dimisión obligatoria o, en su defecto y de ser posible, de propuesta de cese”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27. p. 71.

normas y/o políticas internas de gestión de conflicto de interés cuales son las situaciones que, si bien también son consideradas conflictos de interés, en caso de presentarse, podrán ser permitidas siempre y cuando se cumpla con un procedimiento determinado.

Se trata del reconocimiento expreso que hace la organización de que no todos los conflictos de interés son *per se* perjudiciales para ella, razón por la cual, autoriza determinados conflictos siempre y cuando se satisfagan ciertos “requisitos de procedimiento” que otorgue validez a los mismos. En algunos instrumentos de *soft law* este conflicto de interés es denominado “esporádico”, y se recomienda que la organización cuente con un mecanismo en su normativa interna que indique el procedimiento aplicable, con detalle de las reglas y pasos a seguir, que deben ser fácil de administrar y difícil de eludir²⁹.

Usualmente, el ente encargado de decidir en la organización exige que se cumpla con un plan de remediación para mitigar riesgos, acompañar la situación, medir el impacto y evitar perjuicios. El no acatamiento del plan de remediación, o si en el marco de su seguimiento se verifican desviaciones, se podrán dictar sanciones en contra de los involucrados.

En las normas o políticas de gestión de conflicto de interés se incluye el procedimiento para el tratamiento de los conflictos catalogados como “tolerables”, y deben contener al menos:

1. Descripción clara respecto a las situaciones que considera conflicto de interés, y el tratamiento según sean objetivamente perjudiciales o tolerables para la organización.

Dicha descripción debe constar por escrito, ya sea como una política, parte del Código de Ética³⁰ o inclusive en los Estatutos de la organización³¹.

²⁹ “Si el conflicto de interés es esporádico, deberá existir un mecanismo en la normativa interna corporativa que indique el procedimiento aplicable, con detalle de las reglas y pasos a seguir, que debe ser relativamente fácil de administrar y difícil de eludir”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013... Lineamiento Nro. 27. p. 71.

³⁰ “Las sociedades que planean la abertura del capital deben contemplar exclusivamente acciones ordinarias. Las sociedades con acciones ordinarias y preferentes ya emitidas deben evolucionar para el concepto “una acción = un voto”. En el caso de que no sea posible, se sugiere que a las acciones preferentes les sea concedido derecho de voto en determinadas situaciones, las cuales deben constar en el Estatuto Social, tales como: (...) situación de conflicto de intereses, cuya caracterización debe estar prevista en el estatuto de la compañía o en el Código de ética, se lo hubiese”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión.

³¹ “El Estatuto Social debe contener mecanismos para la resolución de casos de conflicto de intereses” (ver sección 6.2). Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza...

2. Procedimiento en caso de que se trate de un conflicto de interés de los denominados tolerables.

El procedimiento debe ser claro, comunicarse a toda la organización y estar disponible para su consulta por medios de fácil acceso. Además, debe contener por lo menos:

a. Formalidades respecto a la revelación de la situación de conflicto de interés, indicación respecto a ante quien o a que órgano de la organización debe hacerse esta revelación del conflicto, así como la periodicidad con la que dicha declaración debe ser repetida.

Se suele exigir que la revelación del conflicto de interés se efectúe ante un Comité³² específico o ante la Junta Directiva³³, lo importante es que quede muy claro en el procedimiento establecido para tal fin la indicación del órgano ante el cual se debe acudir, además, se debe permitir la posibilidad que otra persona denuncie el conflicto de interés en caso de que el involucrado no lo haga³⁴ garantizándole los medios para que la denuncia se pueda hacer de manera anónima y así evitar el riesgo de retaliación.

b. Tipo de información y/o documentación que se debe suministrar.

Se recomienda especificar los soportes que debe acompañarse con la revelación del conflicto de interés. Su consignación es fundamental para poder realizar un análisis objetivo y poder valorar la situación adecuadamente.

³² “Las EPE deben exigir una declaración de conflicto de intereses a los directores, y deben tener previsto en los Estatutos el procedimiento de administración de conflictos de intereses. Los directores deben estar obligados a declarar al Comité de Nombramientos y Retribuciones –o al Directorio en su defecto– cualquier situación de conflicto de intereses –directo o indirecto– que pudieran tener frente al interés general de la Sociedad. Esta declaración debe realizarse formalmente, al menos una vez al año. Los Estatutos deben estipular el comportamiento esperado del director ante tal situación y la sanción en caso de violación de la norma”. Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva. N°37. 2021. Banco de Desarrollo de América Latina. Guía 38.

³³ “Las personas afectadas por un conflicto de interés deberán comunicar al Comité de Nombramientos y Retribuciones o al Directorio cualquier situación de conflicto, directo o indirecto a través de partes vinculadas, que pudieran tener frente al interés general de la sociedad”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

³⁴ “Hay conflicto de intereses cuando alguien no es independiente con respecto al asunto en discusión y puede influir o tomar decisiones provocadas por intereses diferentes a los de la organización. Esta persona debe manifestar, oportunamente, su conflicto de intereses o interés particular. Si no lo hace, otra persona podrá manifestar el conflicto”. Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo. “Existe conflicto de intereses cuando alguien no es independiente con relación a la materia en discusión y puede influenciar o tomar decisiones motivadas por intereses distintos que los de la sociedad. Esa persona debe manifestar, oportunamente, su conflicto de intereses o interés particular, bajo riesgo de que cualquier otra persona lo haga”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC...

c. *Evaluación de la situación revelada por parte del órgano competente.*

En esta fase se le puede solicitar información y/o documentación adicional al sujeto involucrado. También es posible que el órgano competente consulte con asesores externos en caso de considerarlo necesario.

d. *Decisión del caso con el plan de acción correspondiente.*

Lo más importante del procedimiento es que en todo momento prevalezcan los principios de transparencia y objetividad, por lo que, si el sujeto involucrado en el conflicto de interés forma parte del órgano encargado de evaluar y decidir el caso, deberá inhibirse, al igual que cualquier otro miembro si considera que existe un conflicto de interés que no les permita cumplir con su deber adecuadamente³⁵.

El principio de transparencia tiene especial relevancia cuando de organizaciones públicas se trata, ya que la transparencia da legitimidad y credibilidad al sistema político democrático, permite vigilar que éste sirva al bien común y contribuye a que

³⁵ “Sería deseable que los administradores de la sociedad no acepten ni soliciten representaciones cuando en la Agenda de la Asamblea figuren temas en los que el administrador puede estar en conflicto de interés, como podría ser el caso de un cese, acción de responsabilidad, o la aprobación de una operación relacionada en la que el administrador o sus partes vinculadas tengan un interés particular.

(...) Consideramos que los administradores que a su vez sean accionistas deberían poder ejercer sus propios derechos de voto sobre cualquier tema, excepto aquellos personales en los que se encuentren en conflicto de interés”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

“Estatutariamente deberá preverse que, en caso de existir un conflicto de interés que afecte a un Director, éste deberá abstenerse de votar en el momento de valorar esta situación”. Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

“Tan luego haya sido identificado un conflicto de intereses con relación a un tema específico, la persona involucrada debe apartarse, inclusive físicamente, de las discusiones y deliberaciones. El alejamiento temporal debe ser registrado en acta”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC.

“**1.5.8 Conflicto de intereses en las asambleas generales.** El socio que, por cualquier motivo, tuviese interés particular o en conflicto con el de la sociedad en determinada deliberación, deberá abstenerse de participar de la discusión y votación de ese ítem, incluso en la condición de representante de terceros”. Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC.

“Cuando se identifique un conflicto de intereses con respecto a un tema específico, la persona involucrada debe apartarse y abandonar, inclusive físicamente, las discusiones y deliberaciones, sin descuidar los deberes legales del administrador. El abandono temporal se debe registrar en el acta”. Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC.

“**Principio 13: Delegación de voto.** La sociedad no limita el derecho del accionista a delegar su voto. La sociedad cuenta con procedimientos en los que se detallan las condiciones, los medios y las formalidades a cumplir en las situaciones de delegación de voto y pone a disposición de los accionistas un modelo de carta de representación. En dicho documento se incluyen los datos de los representantes, los temas para los que el accionista delega su voto y, de ser el caso, el sentido de su voto para cada una de las propuestas. Cuando la delegación es efectuada a un miembro del Directorio o de la Alta Gerencia de la sociedad, el accionista deja claramente establecido el sentido de su voto; sin embargo, el representante no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos de la agenda en los que se encuentre en conflicto de interés. La sociedad establece límites para la delegación de votos cuando se trata de miembros del Directorio o de la Alta Gerencia.

(...) **Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés (...)** Los directores se abstienen de votar o participar en cuestiones que podrían significarle un conflicto de interés. El Directorio es responsable de realizar seguimiento y control de los posibles conflictos de interés que surjan en el Directorio”. Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas.

gobernantes, legisladores y funcionarios públicos atiendan al interés general antes que a sus intereses particulares³⁶.

Vale la pena destacar que el simple hecho de que la organización cuente con una Norma o una Política de gestión de conflictos de interés no significa que esta gestione eficientemente los conflictos de interés, ya que resulta indispensable que se lleve a cabo una labor de continua vigilancia y control.

Dependiendo del tipo de sociedad algunos instrumentos de *soft law* exigen que las situaciones de conflicto de interés del tipo relevante en que se encuentren los Directores sean recogidas en información pública con carácter anual³⁷.

4.3. Según el tipo de relación

En esta categoría el conflicto de interés se analiza dependiendo del vínculo jurídico que existe entre el sujeto inmerso en el conflicto de interés y la organización, dividiéndose en: 1) con motivo de relaciones hacia lo interno de la sociedad, la cual comprende las relaciones: (i) entre los accionistas, (ii) entre los accionistas y los administradores, y (iii) entre la organización y sus trabajadores; 2) con motivo de relaciones hacia lo externo de la sociedad, que puede ser (i) entre la organización y sus proveedores, y (ii) entre la organización y sus clientes.

Así mismo reviste de especial interés comprender quienes son los sujetos considerados como personas vinculadas. En primer lugar, se recomienda que en los Estatutos se especifique en qué supuestos una persona tendría la consideración de vinculada y, por tanto, respecto a las que se establece la obligación de informar sobre un conflicto de interés³⁸.

En segundo lugar, una buena guía para entender el tema es la Norma Internacional de Contabilidad N° 24 (NIC 24), según la cual, tendrán la consideración de personas vinculadas a los Directores las siguientes:

- i. El cónyuge del Director o la persona con análoga relación de afectividad.
- ii. Los ascendientes, descendientes y hermanos del Director o del cónyuge del mismo.
- iii. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del Director.

³⁶ Gustavo Ernesto Emmerich. “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”. Revista Polis. (2004).

³⁷ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

³⁸ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

iv. Las personas jurídicas con las que el Director, o cualquiera de las personas anteriores a él vinculada, mantengan una participación en el capital estable y significativa o tienen capacidad para intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la entidad, aunque sin llegar a tener el control de las mismas, pudiéndose obtener la capacidad de intervención además mediante participación en la propiedad, disposición legal o estatutaria, o acuerdos.

Especialmente importante es la necesaria extensión subjetiva de los deberes y de la consideración de personas vinculadas, en el supuesto de que el Director sea una persona jurídica. En consecuencia, se deberá entender que son personas vinculadas las siguientes:

- i. Los Directores de hecho, incluyendo los Directores ocultos (*shadow Directors*), o de derecho.
- ii. Los liquidadores.
- iii. Los apoderados con poderes generales del Director persona jurídica.
- iv. Las sociedades de su mismo grupo.
- v. Las personas que respecto del apoderado del Director persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los Directores de conformidad con lo establecido anteriormente.
- vi. Anualmente los Directores y miembros de la Alta Gerencia deberán presentar y mantener permanentemente actualizada una declaración general de vinculaciones.

4.3.1. Con motivo de relaciones hacia lo interno de la sociedad

A continuación, se analizarán situaciones que surgen en el marco de distintos tipos de relaciones derivadas del contrato de sociedad:

4.3.1.1. Entre los accionistas y administradores

Se trata del principal conflicto de interés que procura evitarse mediante la aplicación del Buen Gobierno Corporativo, en donde existe un conflicto entre el interés social con el interés propio, y suele presentarse cuando colisiona la “propiedad” con la “administración” en la organización.

El administrador, al aceptar el cargo se somete a los Estatutos y a las reglas de la sociedad, y se transforma en uno de los más importantes custodios del pacto social. Así, existe una relación de índole contractual entre el administrador y la sociedad, y desde el momento en el que este inicia a ejercer su rol queda obligado a cumplir con las

reglas propias de la profesión, y asume un deber fiduciario, que comprende a su vez, 3 deberes fundamentales: el deber de diligencia y cuidado, el deber de lealtad, y el deber de transparencia o información.

Para Quijano Gonzalez y Duque Domínguez³⁹ los deberes de los administradores son, en su anverso, deberes, pero en su reverso constituyen sus poderes o facultades, las cuales vienen a ser, al propio tiempo, una obligación. Esto significa que, si solamente fuesen poderes, se podría deducir que el ejercicio de la actividad de administración tendría carácter discrecional y, en consecuencia, los administradores podrían, o no, ejercitar a su arbitrio las facultades que le están atribuidas, pero, no les son otorgadas en interés propio, sino en atención a la consecución del interés social, por eso, no se les permite anteponer su interés personal sobre el de la sociedad.

Existe consenso en la doctrina y en el *soft law* en considerar que, con carácter general, frente a un conflicto de interés entre la sociedad y un miembro del Directorio o de la Alta Gerencia, el deber de lealtad es el que debe orientar la decisión, y consecuentemente se debe privilegiar siempre el interés social⁴⁰.

Llebot Majó⁴¹ señala que el deber de lealtad exige que los administradores antepongan en todo momento el interés de la sociedad a su propio interés, por ende, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad.

En este sentido, los administradores, deben ser leales con la organización y con todos los accionistas y no sólo con los que los eligieron⁴², ya que la misión de la Junta Directiva es proteger y valorar la organización, optimizar el retorno de la inversión a largo plazo y buscar el equilibrio entre los deseos de las partes interesadas, de manera tal que cada parte se beneficie apropiadamente y en proporción al vínculo que posee con la organización y al riesgo al que está expuesto⁴³.

El administrador debe tomar sus decisiones procurando lo mejor para los intereses de la sociedad, no para los intereses personales de un accionista o grupo de accionistas. Veamos algunos ejemplos:

- a. Otorgar préstamos al accionista sin intereses.** ¿Cuál es el sentido de otorgar un préstamo sin interés a un accionista?, la actividad empresarial tiene siempre una finalidad lucrativa, dar un préstamo a título gratuito solo busca beneficiar al

³⁹ Jesús Quijano Gonzalez, y Justino F. Duque Domínguez. “La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima: aspectos sustantivos”. Universidad, Secretariado de Publicaciones, D.L. Valladolid. (1985).

⁴⁰ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

⁴¹ José Oriol Llebot Majó. “Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima. En: Civitas estudios de derecho mercantil”. Nro. 25, Civitas. Madrid. (1996).

⁴² Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa...

⁴³ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa...

accionista en detrimento del patrimonio de la sociedad, afectando el flujo de caja, y corriendo el riesgo de no recuperar el dinero. En este ejemplo queda claro que el administrador prefiere privilegiar al accionista antes de cumplir con su deber de lealtad, prevaleció la “propiedad” antes que la “administración”, prevaleció el interés personal antes que el cumplimiento de la obligación profesional, provocando todos los efectos negativos que genera un conflicto de interés.

- b. Comprar activos del accionista a precios superiores del mercado y/o en momentos no convenientes.** Puede que dada algunas circunstancias la sociedad decida comprar activos del accionista, pero definitivamente no parece que sea apropiado comprarlos a precios superiores del mercado ya que afectaría las finanzas de la organización. Los administradores en su deber de diligencia y cuidado deben buscar que sus decisiones estén orientadas hacia lo más conveniente para la sociedad, y si en el mercado pueden conseguir activos similares a mejor precio, sin dudas que, comprárselo al accionista a precios superiores sería una decisión cuyo único propósito sería beneficiar al accionista. En este ejemplo el administrador incumplió con su deber de lealtad, perjudicó patrimonialmente a la sociedad y benefició los intereses personales del accionista.
- c. Invertir en un emprendimiento del accionista que nada tiene que ver con el objeto social de la sociedad.** En este supuesto se evidencia que el administrador estaría tomando decisiones inapropiadas tendientes a favorecer intereses ajenos a los societarios.

En los tres ejemplos antes indicados los conflictos suelen ocurrir por presiones que efectúan algunos accionistas. Se recomienda un frecuente monitoreo en las propuestas y votaciones para verificar si existe una tendencia por parte de algún administrador de favorecer a accionistas determinados, y así poder iniciar los procedimientos de investigación interna para tomar las decisiones y correctivos que corresponda ante un caso de conflicto de interés.

- d. Responder a influencias políticas.** Esto ocurre especialmente en las empresas en las que el Estado tiene algún tipo de participación. El *soft law* ha señalado que en este tipo de empresas el Directorio no debería responder a influencias políticas, salvo aquellas expresamente autorizadas por el Parlamento o aprobadas a través de procedimientos específicos, y que el Estado debe procurar que sus directores tengan las condiciones profesionales y éticas idóneas para ejercer el cargo con independencia⁴⁴.

⁴⁴ Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado... Lineamiento 8.

Por otro lado, el Código de Comercio⁴⁵ venezolano señala casos específicos para limitar la actuación del administrador con el propósito de evitar que ocurra un conflicto de interés, ya que se presume que la situación necesariamente tendrá como resultado una conducta por parte del administrador que será contraria al interés societario, veamos algunos ejemplos:

- a. **Prohibición de hacer operaciones en la misma especie de negocios:** Señala el artículo 326 del Código de Comercio que los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada no pueden hacer operaciones por su cuenta propia ni por la de un tercero, en la misma especie de negocios que realiza la compañía, sin el consentimiento de todos los socios. Tampoco podrán los administradores tomar interés en otra compañía que explote la misma rama de negocios que aquella a la cual pertenecen, a menos que por ello sean autorizados por todos los socios.
- b. **Deber de inhibición en las deliberaciones:** El artículo 269 del Código de Comercio establece que el administrador en una operación determinada tiene, ya en su propio nombre, como representante de otro, un interés contrario al de la compañía, debe manifestarlo así a los demás administradores y abstenerse de intervenir en las deliberaciones sobre la materia⁴⁶.
- c. **Abstención de votar en aprobación de balance y deliberaciones respecto a su responsabilidad:** El artículo 286 *ejusdem* señala que los administradores no pueden dar voto en la aprobación del balance ni en las deliberaciones respecto a su responsabilidad, esto debido a que de acuerdo con el artículo 304 son los administradores quienes tienen la obligación de presentar a los comisarios el balance, el cual debe demostrar con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas. De tal manera que el referido artículo 286 coloca límites para evitar la configuración de decisiones viciadas por conflictos de interés.
- d. **Prohibición de servirse de la firma o de los capitales sociales en provecho propio:** Otro ejemplo de cómo el Código de Comercio regula indirectamente al conflicto de interés se evidencia en el artículo 337, al señalar como causal para la exclusión de socios de la sociedad, al socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; que comete fraude en la administración o en la contabilidad.

⁴⁵ Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

⁴⁶ Los Global Corporate Governance Principles de la International Corporate Governance Network, publicadas en 2009, señalan que los administradores que tengan interés personal en cuestiones bajo consideración del órgano de administración deben abstenerse de participar en las discusiones en torno a ellas y, ser especialmente cuidadosos al evitar las situaciones en las que podría haber, incluso, apariencia de conflicto de interés.

Vale la pena recordar que de acuerdo con el artículo 243, 266 y 324 del Código de Comercio los administradores son responsables solidariamente para con los accionistas, la sociedad y para con los terceros del exacto cumplimiento de los deberes que les impone la ley y los estatutos sociales.

4.3.1.2. Entre los accionistas

A continuación, se analizarán situaciones que dan origen a conflictos de interés cuando hay accionistas que asumen conductas tendientes a procurar satisfacer sus intereses personales en contraposición a los intereses sociales.

Tradicionalmente ha resultado mucho más evidente el valor del deber de fidelidad en las sociedades de personas que en las de capital, de hecho, por mucho tiempo fue habitual encontrar situaciones como la “prohibición de competencia del socio” únicamente para el caso de las sociedades de personas. Con el tiempo, se ha venido extendiendo determinadas limitaciones para la sociedad de responsabilidad limitada por tratarse de un tipo de sociedad híbrida, y para las sociedades de capital más recientemente⁴⁷ el enfoque ha estado principalmente en la “prohibición de voto”.

En el caso de conflictos de intereses en la Asamblea de Accionistas el socio que por cualquier motivo tenga un interés particular o conflictivo con el de la organización en una situación determinada, deberá comunicar el hecho de inmediato y abstenerse de participar en el análisis y la votación de esa situación, aun cuando esté representando a terceros⁴⁸.

Para las sociedades en nombre colectivo, el Código de Comercio prohíbe en el artículo 232 a los socios tomar interés en otra compañía en nombre colectivo con el mismo objeto, sin el consentimiento de los otros socios. Se presume el consentimiento si preexistiendo el interés, al celebrarse el contrato era conocido por los otros socios y no se convino que cesare. Así mismo, en el artículo 233 *ejusdem*, prohíbe a los socios hacer operaciones por su propia cuenta o por la de un tercero en la misma especie de comercio que hace la sociedad.

Al tratarse de una sociedad de personas en donde los socios responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales, la persona de los socios tiene especial importancia, con lo cual, se espera que cada uno de ellos cumplan con un deber de lealtad al prohibirles que participen en otra compañía del mismo tipo y con el mismo objeto, no sería justo para los demás socios que las ideas, proyectos, planes,

⁴⁷ Reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital de España.

⁴⁸ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa ... (Ver 1.4.7).

etc., sean explotados y/o conocidos por un competidor debido a que uno de los socios toma interés en ella. Es por ello que su derecho de asociación se limita a evitar que se explote el mismo negocio en una organización que es su propia competencia.

El tema es tan relevante que el artículo 337 del Código que regula las causales de exclusión de los socios de la sociedad, incluye al socio que contravenga las disposiciones de los artículos 232 y 233, con lo cual se sanciona la actitud desleal del socio.

Para el caso de la sociedad en comandita, el artículo 238 del Código de Comercio señala que los socios comanditarios no pueden ser administradores, pero solo se refiere a relaciones externas (es decir, la representación de la sociedad), no con la gestión interna. La infracción de esta norma trae como consecuencia que el socio comanditario, se convierta en socio solidario, pero solo a los efectos del negocio que intervenga.

El motivo de dicha prohibición radica en las características que tiene cada uno de los tipos de socios en la sociedad en comandita. Los socios comanditantes responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales, mientras que los socios comanditarios su responsabilidad está limitada a su aporte. De tal manera que la prohibición aparece como una medida de protección y prevención a favor de los socios comanditantes, para evitar que el socio comanditario sea administrador y que ante un momento de colisión entre sus intereses personales y los de la organización, la comprometa con terceros, afectando patrimonialmente no solo a la sociedad sino también a los socios comanditantes.

Así mismo, el artículo 236 indica que las disposiciones de los artículos 232 y 233 se aplicarán al socio o socios solidarios.

El reconocimiento en nuestro Código de Comercio de la obligación de no competencia coincide con otros ordenamientos, especialmente del Derecho Europeo, pero no es el mismo caso con el *Common Law*, en donde más bien ha habido una carencia de tratamiento sobre el tema.

Por último, vale la pena señalar el caso de conflicto de interés en la sociedad unipersonal, es decir, la contratación del socio único con la sociedad. Primero se debe aclarar que de acuerdo con el Código de Comercio venezolano no es posible la constitución de una sociedad mercantil con un único socio⁴⁹, pero si está permitido que, por razones sobrevenidas, la sociedad se transforme en unipersonal.

⁴⁹ A diferencia de otras legislaciones como la uruguaya que si lo permite.

El caso es que la doctrina⁵⁰ ha señalado que no puede hablarse de que exista un auténtico conflicto de interés de la sociedad unipersonal con el socio cuando este haya celebrado un contrato o realizado un negocio con la sociedad, existe una contraposición de intereses de índole formal pero no de carácter sustancial. Esto explica que la solución legislativa en ordenamientos como el español⁵¹ no tenga por objetivo proteger estrictamente a la sociedad unipersonal frente a las posibles ventajas que a través de ellas pueda obtener el socio único, sino a los terceros que hubieren contratado con la sociedad, específicamente a los acreedores de la sociedad unipersonal.

4.2.1. Entre organización y trabajadores

Se trata del conflicto de interés que ocurre cuando un trabajador se encuentra en una situación en donde sus intereses personales están en conflicto con los intereses sociales de la organización, y como consecuencia, ha perdido su capacidad de tomar decisiones de manera objetiva.

Los conflictos de intereses de esta naturaleza son los que con mayor frecuencia se manifiesta dentro de la organización y que requiere de reglas claras para poder investigarlos y tratarlos. Un trabajador cuando inicia su relación laboral con una organización se somete al cumplimiento de sus normas internas.

Algunos ejemplos:

- a. Participar en actividades que compitan con los intereses de la organización.
- b. Tomar decisiones influenciadas por intereses personales (familiares o de amistades).
- c. Usar las oportunidades comerciales, bienes, información, o recursos de la organización para beneficio personal o para beneficiar a otros.
- d. Contratar, supervisar o tener una línea directa o indirecta de reporte con un familiar, pareja o amigo cercano.
- e. Tener un empleo o actividad fuera de la organización que afecte negativamente su desempeño laboral.
- f. Trabajar o prestar servicios a un proveedor, cliente o competidor actual o potencial, tener un interés financiero, o recibir cualquier tipo de beneficio de este.

⁵⁰ Alberto Empanza Sobejano. "Conflictos de intereses en la sociedad unipersonal". Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022), p. 83.

⁵¹ Artículo 16 de la Ley de Sociedades de Capital de España.

El Código de Comercio regula la relación con el factor mercantil y los dependientes, al señalar en el artículo 98, que se les prohíbe traficar por su cuenta y tomar interés en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género que las del establecimiento en que sirven, a menos que fueren expresamente autorizados para ello. En caso de contravención, señala dicho artículo que, se aplicarán al principal las utilidades que produzcan las negociaciones, quedando las pérdidas por cuenta de aquellos.

El artículo 103 *ejusdem* indica los casos por los cuales los contratos entre los principales y los factores o dependientes, por tiempo determinado, son rescindibles antes de la expiración del término, y señala expresamente entre ellas, “*las injurias o actos que a juicio del Tribunal de Comercio comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses del principal o del factor o dependiente*”.

4.3.2. Con motivo de relaciones hacia lo externo de la sociedad

Las relaciones que puedan surgir hacia lo externo de la sociedad, es decir, entre accionistas y terceros (incluyendo a los acreedores) se basan sobre planteamientos institucionalistas de economía social y de ética de los negocios⁵², en la que podrían ocurrir situaciones de conflictos de interés. Su estudio y regulación a nivel europeo⁵³ se debe a una visión moderna que tiene una influencia anglosajona.

Especial atención se ha puesto a las situaciones de insolvencia o proximidad a la insolvencia, en donde el conflicto entre accionista y acreedores se agudiza porque los accionistas tienen incentivos para actuar en perjuicio de los acreedores⁵⁴.

Sin embargo, en la cotidianidad de las organizaciones pueden surgir múltiples situaciones generadoras de conflictos de interés en sus vinculaciones con terceros como proveedores y clientes.

4.3.2.1. Entre organización y proveedores

Al igual que en los casos anteriores, se trata de una situación en donde los intereses personales de un individuo dentro de la organización (podría ser accionistas, directores o trabajadores) que tenga relacionamiento con algún proveedor son incompatibles con sus deberes profesionales, en este caso, en el marco de las relaciones con proveedores.

⁵² Jordi Piedra Arjona. “Conflictos de intereses y sociedades en crisis: lealtad corporativa en la proximidad a la insolvencia”. Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022), p. 115

⁵³ Directiva UE 2019/1023

⁵⁴ Jordi Piedra Arjona. “Conflictos de intereses y sociedades...117.

Para mitigar este riesgo, se recomienda contar con un Código de Ética de la organización en donde se señale por lo menos, que: i) todos los integrantes de la organización que tengan algún tipo de responsabilidad sobre la contratación de proveedores, deben evitar interferencias que puedan afectar su imparcialidad u objetividad al momento de contratar suministros y/o servicios, o establecer condiciones económicas, ii) siempre que sea posible, evitarse relaciones de exclusividad, y iii) prohibir relaciones basadas en lazos personales o familiares.

Algunos ejemplos:

- a. Hacer una compra o una opción comercial para impulsar un negocio en el que se tiene una participación.
- b. Hacer arreglos para trabajar para un proveedor o cliente en una fecha futura mientras se continúa haciendo negocios con ellos.
- c. Un empleado acepta un paquete de vacaciones como regalo de un proveedor, y luego compra al proveedor más de lo que la empresa necesita como agradecimiento.
- d. Un ejecutivo elige a un proveedor para tener una relación comercial con la empresa, pero posee acciones del negocio del proveedor.

4.3.2.2. Entre organización y clientes

Al igual que el caso anterior, en los conflictos de interés con clientes pueden involucrarse accionistas, directores y/o trabajadores. Se trata de una situación en la cual la incompatibilidad de intereses personales y sociales se presentan frente a la relación con los clientes de la organización.

Para poder mitigar este riesgo se recomienda contar con políticas comerciales.

Algunos ejemplos:

- a. Aceptar un favor o un regalo de un cliente por encima del importe especificado como aceptable por la organización.
- b. Hacer arreglos para trabajar para un proveedor o cliente en una fecha futura mientras se continúa haciendo negocios con ellos.
- c. Beneficiar a un cliente con descuentos especiales por lazos familiares o de amistad.
- d. Proporcionar información confidencial de la organización.

Por supuesto que dependiendo del tipo de actividad que desarrolle la empresa será necesario ser más específicos, por ejemplo, si se tratara de una empresa del ramo bancario se podría incluir:

- a. Recibir mandatos de clientes en banca de inversión que resulten incompatibles con la estrategia de la entidad o con mandatos recibidos de otros clientes⁵⁵.
- b. De la relación con sus clientes, se pueden producir, entre otras, las siguientes situaciones de conflicto de interés⁵⁶:
 - La entidad o el ejecutivo responsable puede obtener un beneficio financiero, o evitar una pérdida financiera, a expensas del cliente.
 - La entidad o el ejecutivo responsable tiene un interés propio en el resultado de un servicio prestado al cliente o de una operación por cuenta del cliente, distinto del interés del cliente en ese resultado.
 - La entidad o el ejecutivo responsable tiene incentivos financieros o de otro tipo para favorecer los intereses de otro cliente o frente a los intereses del cliente.
 - La entidad o el ejecutivo responsable desarrolla la misma actividad que el cliente.
 - La entidad o el ejecutivo responsable recibe o va a recibir de una persona distinta del cliente un incentivo en relación con un servicio prestado al cliente, en forma de dinero, bienes o servicios, aparte de la comisión o retribución habitual por ese servicio.

5. Recomendaciones adicionales para la gestión del conflicto de interés

A continuación, se enumerarán unas recomendaciones adicionales que suelen encontrarse en los instrumentos de *soft law* y que toda organización debería tomar en cuenta en la gestión del conflicto de interés:

- Priorizar la separación de funciones y la definición clara de papeles y responsabilidades asociadas a los mandatos de todos los agentes de gobierno corporativo, inclusive definiendo los límites de decisión de cada instancia, para minimizar posibles puntos de conflictos de intereses⁵⁷.
- Los acuerdos entre los accionistas sobre la compra y venta de sus participaciones, preferencia para adquirirlas, ejercicio del derecho a voto o de poder de control deben incluir mecanismos para resolver los casos de conflicto de intereses y las condiciones de desvinculación de accionistas⁵⁸.

⁵⁵ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

⁵⁶ Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo...

⁵⁷ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa...

⁵⁸ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa... (ver 6.2 y 1.7).

- El Código de Conducta debe reflejar adecuadamente la cultura de la empresa y enunciar, con toda claridad, los principios en los que se basa. Además de ofrecer vías para denuncias o solución de dilemas éticos, debe cubrir, principalmente, los asuntos relacionados con conflicto de intereses⁵⁹.
- En las empresas familiares un importante riesgo de gobernanza puede estar asociado a procesos sucesorios y a la separación de papeles en la gestión del negocio para garantizar la objetividad en las decisiones y evitar conflictos de intereses⁶⁰. El protocolo familiar contiene la visión, misión, valores, condiciones y reglas en la forma de relacionarse económica y profesionalmente entre la familia, los accionistas y la sociedad, incluidas las limitaciones asociadas a tal interrelación; las medidas para prevenir, detectar, manejar y revelar los conflictos de interés que se presenten; y los posibles roles de los miembros de la familia en la conformación y distribución de funciones dentro de los órganos de gobierno de la sociedad⁶¹.

CONCLUSIONES

Actualmente el estudio profundizado de los conflictos de interés presenta retos significativos, representados por la dificultad conceptual, la poca y dispersa regulación, la participación de múltiples sujetos que pueden verse inmersos en conflictos de interés, y por el hecho de que no es posible contar con un catálogo de situaciones generadoras de conflicto de interés.

En el ámbito societario y bajo el contexto del Buen Gobierno Corporativo, se propone definir al conflicto de interés como una manifiesta contraposición de intereses, entre el deber profesional y el interés personales del accionista, administrador o trabajador, que podría influir negativamente en su toma de decisión que siempre debe estar orientada hacia el interés social de la organización.

Los conflictos de interés no se pueden evitar de manera absoluta, siempre existirá la posibilidad de ocurrencia durante la vida de la organización, lo verdaderamente importante es contar con un sistema efectivo de gestión del conflicto.

⁵⁹ Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa... (ver 6.2); Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC (ver 6.1.1), Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas... (Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés).

⁶⁰ “Já em uma empresa familiar, um risco de governança pode estar associado a processos sucessórios e à separação de papéis na gestão do negócio para garantir a objetividade das decisões e evitar conflitos de interesses”. Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações...

⁶¹ Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas... (Principio F1: Estructura de gobierno familiar y protocolo familiar. (Anexo B Principios complementarios para Sociedades Familiares)

El bien jurídico que se procura proteger mediante una adecuada gestión de los conflictos de interés es el interés social. A la vez, la finalidad metajurídica que se persigue es proteger la reputación organizacional.

En el ámbito societario los principales conflictos de interés que surgen son aquellos entre los accionistas, entre estos y los administradores, entre la organización y sus trabajadores, entre la organización y sus proveedores, y entre la organización y sus clientes.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Alonso Almeida, María del Mar. “El gobierno corporativo electrónico: Análisis desde el enfoque de confianza”. Visión Libros. Madrid. (2007).
- Diéz-Picazo, Luis. “Prólogo a la traducción de la obra: El principio general de la Buena fe de F. Wieacker”. Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid. (1986).
- Emmerich, Gustavo Ernesto. “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”. Revista Polis. (2004).
- Emparanza Sobejano, Alberto. “Conflictos de intereses en la sociedad unipersonal”. Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022).
- Gonzalo, Islas Rojas. “Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la Ley N° 20.382”. Wilenmann Von Bernath, Javier (ed.), Gobiernos corporativos, aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Santiago. (2011).
- Guerrero Briceño, Fernando. “Algunas consideraciones en torno a la buena fe en el Derecho Mercantil venezolano”. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil. Volumen I. Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. (2012).
- Lazen, Vicente y Cristián Eguiluz. “Conflictos de interés en servicios financieros: taxonomía y mecanismos de control regulatorio”. Superintendencia Valores y Seguros. Documento de Trabajo Nro. 6. Santiago. (2006). Disponible en: http://www.svs.cl/sitio/publicaciones/doc/documento_trabajo_6.pdf.
- Llebot Majó, José Oriol. “Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima. En: Civitas estudios de derecho mercantil”. Nro. 25, Civitas. Madrid. (1996).
- Pfeffer Urquiaga, Francisco y Germán Pfeffer Urquiaga. “Reforma a la Legislación de Mercado de Capitales”. Santiago. (2002).
- Piedra Arjona, Jordi. “Conflictos de intereses y sociedades en crisis: lealtad corporativa en la proximidad a la insolvencia”. Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores. Luis Hernando Cebriá (dir.). Marcial Pons. Madrid. (2022).

Quijano Gonzalez, Jesús y Justino F. Duque Domínguez. “La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima: aspectos sustantivos”. Universidad, Secretariado de Publicaciones, D.L. Valladolid. (1985).

Ribas Ferrer, Vicenç. “El deber de lealtad del administrador de sociedades”. La Ley. Madrid. (2010).

Santana Lorenzo, Margarita. “Guía Práctica de Compliance Internacional”. Directora. Thomson Reuters. Aranzadi.

Villafañez Pérez, Itziar. “El Deber de Lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa”. El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa. 2014. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/download/49698/46199>

Legislación:

Boas práticas para uma agenda ESG nas organizações. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. São Paulo. 2022.

Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión.

Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú.

Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las sociedades, del 26 de febrero de 1998. España.

Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas del 8 de enero de 2003. España.

Lineamientos para el Buen Gobierno Corporativo de las empresas del Estado. Serie Políticas Públicas y Transformación Productiva. N°37. 2021. Banco de Desarrollo de América Latina.

Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. 2013 Corporación Andina de Fomento.

Responsabilidad extendida y cumplimiento corporativo en empresas de producción

Liliana Vaudo*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-109-128

Resumen: En orden al abordaje empresarial en el diseño de políticas de cumplimiento, se busca un acercamiento al modo en el cual debe gestionarse el *compliance* en empresas del sector productivo. Para ello se plantea como objetivo general dar respuesta a la pregunta: ¿qué implicaciones tiene para el sector productivo contar con políticas de cumplimiento normativo que abarquen la responsabilidad extendida del productor? De esta interrogante derivan como objetivos específicos el establecimiento de las áreas de mayor sensibilidad e interés para la adopción de estas normas, así como también poder determinar, las repercusiones derivadas de su implementación sobre la reputación y productividad empresarial y las posibles consecuencias negativas de la falta de evaluación y seguimiento de estas políticas.

Palabras clave: Cumplimiento normativo, Gestión de riesgos, Empresas de producción, responsabilidad empresarial.

Extended Responsibility and Corporate Compliance in Production Companies

Abstract: *In order to approach the business in the design of compliance policies, an approach is sought to the way in which compliance should be managed in companies in the productive sector. To this end, the general objective is to answer the question: what implications does it have for the productive sector to have regulatory compliance policies that cover extended producer responsibility? From this question derive as specific objectives: the establishment of the areas of greatest sensitivity and interest for the adoption of these standards, as well as to be able to determine, the repercussions derived from their implementation on the reputation and business productivity and the possible negative consequences of the lack of evaluation and monitoring of these policies*

Keywords: *Corporate compliance, Risk management, Production companies, corporate responsibility.*

Recibido: 24/04/2023

Aprobado: 13/06/2023

* Abogado. Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Diplomado en educación virtual (Unimet). Diplomado en Valores Humanos UCSAR. Diplomado en Docencia Policial UNES. Bootcamps en competencias digitales (Unimet). Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor Investigador.

Responsabilidad extendida y cumplimiento corporativo en empresas de producción

Liliana Vaudo*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-109-128

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. La consideración de potenciales problemas derivados de las actividades productivas. 2. La responsabilidad extendida de los productores como política de cumplimiento normativo. 3. Otros aspectos de la política de cumplimiento en empresas de producción. 4. Resultados de la discusión.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

Para asegurar una operación empresarial destacada y productiva, no resulta suficiente cumplir con las normas constitutivas de la sociedad mercantil, por lo que es indispensable elaborar una serie de manuales contentivos de políticas ajustadas a las características de la actividad económica que desempeña, sin dejar de lado la incorporación de las denominadas *self-policing* vinculadas al ámbito de autorregulación.

Estas políticas deben incluir, no sólo las exigencias normativas del ordenamiento jurídico positivo emanado de entes reguladores del Estado, sino que además deben incorporar aspectos éticos, protocolos propios de la actividad, responsabilidad social empresarial, compromiso en la tutela de los derechos humanos y normas éticas que sean del conocimiento de todos los estamentos dentro de la organización, abarcando tanto principios como valores, misión y visión que deben ordenar las relaciones dentro de la institución, que comprenden el poder de dirección de los patronos o quienes ejercen las funciones directivas; los órganos que gozan de facultades de determinar los lineamientos de conducta; aquellos que ejercen directrices técnicas de operatividad; así como los órganos de cumplimiento normativo.

De este modo se van determinando los lineamientos basados en estándares nacionales e internacionales, que permitirán obtener una prestación de servicio acorde con los fines de la empresa, de obligatoria observancia por todos y cada uno de los

* Abogado. Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Diplomado en educación virtual (Unimet). Diplomado en Valores Humanos UCSAR. Diplomado en Docencia Policial UNES. Bootcamps en competencias digitales (Unimet). Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor Investigador.

stakeholders internos. Estos estándares derivan tanto de normas internas como de los organismos internacionales de estandarización, tales como la Organización Internacional del Normalización o la Organización Internacional del Trabajo, que establecen recomendaciones vinculadas a la implementación de políticas preventivas destinadas al asegurar tanto el bienestar de los trabajadores como del colectivo.

En materia de responsabilidad extendida del productor, se incorpora el impacto que producen las actividades, aún posteriores a la utilización del producto por parte de los consumidores, aplicando los criterios de responsabilidad compartida y el principio contaminador-pagador vinculados principalmente al derecho ambiental y la economía circular.

También cabe destacar la importancia que tiene el ámbito legal dentro del cuerpo de cumplimiento normativo, ya que los abogados corporativos gozan de la experticia legal requerida para brindar la asesoría jurídica que requiere la empresa para poder elaborar las normas de autorregulación, el código de ética y las políticas de cumplimiento; a modo de garantizar su efectiva implementación.

La investigación se realiza de manera documental y cualitativa, en un nivel descriptivo-analítico que incluye la interpretación de datos derivados de la revisión de leyes, normas de autorregulación, normas sobre estándares internacionales, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, programas de cumplimiento, otras normas positivas venezolanas, de cuya conjunción derivan una serie de recomendaciones destinadas al rol preventivo de ilícitos, así como el modo de aplicar las políticas y hacerles seguimiento para mejorar su implementación, pudiendo lograr los fines para los cuales procede la implementación del cumplimiento organizacional; entendiendo que el productor asume de manera anticipada la responsabilidad extendida en el ciclo de vida útil de sus productos.

1. La consideración de potenciales problemas derivados de las actividades productivas

Las organizaciones no pueden seguir funcionando como un equipo gerencial desvinculado de los restantes órganos de ésta, en especial, los proveedores, socios, trabajadores, usuarios que utilizan sus servicios o consumen sus productos. Para ello es fundamental contar con un robusto equipo de cumplimiento que tenga un canal de comunicación efectiva con éstos y permita que las políticas que se adopten sean conocidas por todos y atendidas de manera oportuna. La identificación de estos *stakeholders* con las normas de cumplimiento empresarial facilitará su observación e implementación, permitiendo la identificación de riesgos potenciales y poder contrarrestarlos.

Cervantes (et all) indica que: “El deterioro ambiental derivado de la actividad productiva industrial y el crecimiento demográfico, imponen replantear los procesos de producción bajo una óptica del máximo aprovechamiento de la energía y los recursos”.¹

En su vinculación a la actividad productiva, este tema se va a relacionar de manera directa con el contenido en la Constitución (1999), en sus artículos 127 al 129, que establece que las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas con estudios de impacto ambiental, que de manera técnica determinen los posibles daños y su extensión, con el fin de establecer la responsabilidad civil, penal y administrativa, derivada de los daños y su reparación por parte de las empresas productoras.

Granada (et all)² manifiesta que el impacto ambiental derivado de procesos productivos con sus fuentes de contaminación superficial, vertido de flujos residuales, almacenamiento, transporte y descarga de desechos, ameritan contar con normas y políticas de gestión que tomen en consideración, normas internacionales de estandarización tales como la Norma ISO 14000 sobre gerencia ambiental y la Norma ISO 9000/2000, sobre controles de calidad, ya que, existe una estrecha relación entre el desarrollo industrial, la salud y las condiciones ambientales.

La Ley Orgánica del Ambiente³ en su artículo 1, indica que el objeto de ésta es establecer los principios rectores para la gestión del ambiente, en el marco del desarrollo sustentable como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad, para contribuir a la seguridad y al logro del máximo bienestar de la población y al sostenimiento del planeta, en interés de la humanidad. Por otra parte, la misma ley dispone en su artículo 27 que el uso y manejo de las sustancias o materiales peligrosos deberá llevarse a cabo en las condiciones sanitarias y de seguridad establecidas en la reglamentación técnica, de forma tal que garanticen la prevención y atención a los riesgos que puedan causar a la salud y al ambiente.

Por otra parte, es importante considerar tanto las regulaciones de los entes competentes como las recomendaciones de entes internacionales sobre actividades sospechosas, sanciones económicas internacionales que impiden negociar con determinados países, en especial si no se trata de productos de la industria farmacéutica o alimenticia. Para Villegas, esta observación y seguimiento hace efectivo el *corporate compliance*, cuando al hablar de la importancia del conocimiento corporativo institucional, indica

¹ Cervantes Torre-Marín, G., Sosa Granados, R., Rodríguez Herrera, Gy Robles Martínez, F (2009). Ecología industrial y desarrollo sustentable. Ingeniería. 13 (1). 63-70.2009, p.64

² Granada Aguirre, L., Orejuela Gómez, D y Álvarez Castro, N (2006). *Indicadores de Gestión Ambiental de la Industria Manufacturera en el Corredor Vial Cali- Yumbo. Entramado.* (2), 1.

³ Asamblea Nacional. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.833 del año 2006, art. 1.

que: “(...) a medida que un equipo centralizado de *compliance* comienza a ver problemas repetitivos e indicios de potenciales problemas y violaciones, se vuelve más eficiente en el análisis de dichos problemas”⁴

El mismo autor Villegas, agrega que en virtud de las sanciones de las cuales ha sido objeto Venezuela, especialmente por parte de Estados Unidos de Norteamérica, la labor del oficial de cumplimiento y el personal *in-house*, les permite adquirir pericia, ya que, según el autor: “(...) comienzan a desarrollar un conocimiento práctico de cómo se desarrolla el derecho de las sanciones, su evolución y los procedimientos aplicables. Así el personal *in-house* especializado se convierte en experto sobre cuestiones de cumplimiento de sanciones norteamericanas”⁵

Ya en la denominada Agenda 21, diseñada a partir de la Cumbre de la Tierra (1992), se planteó la importancia de realizar estudios de impacto ambiental y adopción de medidas de prevención y control con fundamento en los principios de prevención y precaución, atendiendo a las consecuencias negativas que deriven de dicha evaluación de las posibles repercusiones sobre las sociedades y el ambiente. Posteriormente, en 2015 las Naciones Unidas presenta la Agenda 2030 con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y la propuesta del logro de metas en cada uno de ellos, para la reducción de los daños que generan las distintas actividades propias del desarrollo económico. Estos postulados se incorporan a la legislación y con base al principio de corresponsabilidad todos somos garantes junto a las autoridades competentes, de vigilar el cumplimiento de la normativa positiva, debiendo fomentar la prevención para evitar resultados lesivos.

2. La responsabilidad extendida de los productores como política de cumplimiento normativo

La responsabilidad extendida del productor consiste en el grado de traspaso del riesgo que acepta este sector de la economía por posibles daños derivados del ciclo vital de sus productos hasta su fase post consumo y su desecho; lo cual se puede estimar a partir de los estudios de impacto ambiental. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ha definido como Responsabilidad Extendida del Productor como: “El abordaje de la política ambiental en que la responsabilidad del productor se extiende al ciclo posterior al consumo de su ciclo de vida”⁶ Por otra parte, deriva del principio del derecho ambiental según el cual quien produce desechos debe pagar o contaminador-pagador.

⁴ Villegas, J. (2022) *Derecho del Cumplimiento Normativo y análisis regulatorio de la empresa*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. P. 225.

⁵ Villegas, J. (2022) *Ob. Cit.* P. 225.

⁶ OCDE (OECD). (2016). *Policy guidance in Resource Efficiency*. www.oecd.org/environment

Por tal motivo, el Estado debe contar con políticas de incentivo a este sector con el fin de invertir en sustitución de energías y procesos, gestión de residuos y almacenamiento por actividades ecológicas que no dañen el ambiente. En este punto, adquiere vital importancia la autorregulación empresarial y la búsqueda de alianzas para el logro de resultados que impacten de la menos manera sobre el entorno en perjuicio de las comunidades. Por ejemplo, en el procesamiento de alimentos muchos enlatados, envases y paquetes de éstos no son adquiridos por los consumidores y por ello son desechados, se pierde gran cantidad de dinero por subvenciones y recursos naturales como el agua, las plantas o los animales que se utilizaron durante su cultivo y procesamiento, cuando pudieran destinarlos a otros fines como la alimentación de ganado y aves; o la obtención de bio gas. Lo ideal entonces, es reducir la producción de residuos y desperdicios, reutilizar los productos para otros fines en que puedan ser útiles y recuperar aquellos productos que puedan ser reciclados.

Como puede apreciarse, esta responsabilidad va de la mano con la retribución en servicios por parte de la empresa, permitiendo que no quede ilusoria cualquier reclamación de responsabilidad: ya sea por el mayor pago de aseo urbano o reciclaje de residuos y desechos, depuración de las aguas, economía circular cuyos costos son asumidos por el productor. Para ello, en las políticas de gestión de impactos sobre el ambiente, se puede estimar el costo total del proceso del producto hasta su eliminación.

Asimismo, el otorgamiento de incentivos por parte del Estado, facilitaría que el productor invierta en políticas verdes para el mejoramiento de sus procesos de elaboración y transformación del producto, así como en investigación respecto a sustitución por materias primas y energías renovables no dañinas para el ser humano y el entorno. También, pueden ser reutilizados (economía circular) estableciendo una mayor vida útil y la no necesidad de utilizar nuevos recursos generando escasez.

Otra manera de extender la vida útil del producto consiste en que el productor reciba nuevamente los residuos una vez finalizado su ciclo útil, con el objeto de ser nuevamente aprovechados; lo cual ha sido reflejado por un grupo de investigadores del Centro ODS para América Latina y el Caribe de la Universidad de los Andes, en cuyo documento: CODS 10 contempla una serie de compromisos que deben cumplir los fabricantes, distribuidores y recicladores, los pagos al fisco por servicios y a empresas privadas de reciclaje y asunción de la gestión de operaciones. Sin embargo, el deber de responder de manera extendida recae sobre el productor en primera línea o fabricante. (Besada et all).⁷

⁷ Besada, A, Walsh, A, Suárez J, Camardelli, A, Martínez, A, Amánquez, A y De Lucca, M () *CODS 10*. Centro ODS para América Latina y el Caribe de la Universidad de los Andes. En: [¿Qué es la responsabilidad extendida del productor y en qué va su implementación? - CODS \(uniandes.edu.co\) https://cods.uniandes.edu.co/que-es-](https://cods.uniandes.edu.co/que-es-la-responsabilidad-extendida-del-productor-y-en-que-va-su-implementacion?)

Estos procesos exigen la fiscalización permanente y el monitoreo desde la organización, debiendo investigar y sancionar a quienes incumplan sus deberes vinculados a los riesgos en los procesos operativos; ya que, su inobservancia puede conducir a la escasez de recursos de aprovechamiento en el proceso productivo y generar daños al ecosistema.

Claramente se ve la relación de este principio con los objetivos de desarrollo sostenible vinculados al saneamiento de aguas, suelos y vida terrestre; a la salud y muy especialmente al Objetivo 12, denominado: Producción y Consumo Responsables, que persigue en sus metas aumentar el tiempo útil de los recursos través de su reemplazo, disminuyendo su impacto negativo sobre el entorno, todo lo cual necesita el apoyo de políticas gubernamentales de incentivo para poder desarrollar e implementar dichas estrategias, cambiar los materiales utilizados en sus productos, la reducción de la energía que consumen, el empleo de tecnologías verdes y la economía circular.

Con ello, además de crear infraestructuras destinadas al reciclaje de productos y materiales, se generaría conciencia en la implementación de la economía circular, impulsando transformaciones en la producción y facilitando la reutilización de los residuos. Por otra parte las alianzas público privadas permitirían el intercambio de tecnología, asesoría empresarial, y educación sostenible que lleve a generar conciencia sobre la necesidad de implementar políticas para reducir la cantidad de desechos que termina en los vertederos, ya que muchos de estos residuos resultan dañinos a la salud, tales como los productos químicos o sus derivados, pinturas, pilas de celulares y computadoras, bombillos ahorradores, por mencionar algunos.

Para garantizar este proceso que involucra la responsabilidad extendida del productor, también es fundamental contar con fianzas de cumplimiento o seguros de responsabilidad para garantizar la gestión de los residuos y recuperación de materiales, a la vez de responder por posibles daños al medio ambiente y a la integridad de los seres humanos.

3. Otros aspectos de la política de cumplimiento en empresas de producción

Al proceder a diseñar los programas de cumplimiento para las empresas dedicadas a actividades vinculadas a la industria productiva, entre las políticas a destacar en este tipo de sociedades mercantiles adquiere relevancia la implementación de los siguientes manuales:

a.- Un código de ética que refleje los valores, misión y visión empresarial y determine cuáles son los principios éticos que regirán el desempeño económico. En este sentido se debe incluir toda práctica responsable en el aseguramiento del respeto por el otro, la prohibición de cualquier forma de discriminación fundada en raza, sexo, condición, religión u otra circunstancia que coloque en posición de vulnerabilidad a una persona o grupo de personas. En tal virtud, se debe prohibir cualquier actuación por parte de trabajadores, socios, administradores, representantes, supervisores, proveedores, fabricantes, obreros y todos aquellos que cumplan roles dentro de la organización.

Los valores más importantes vienen dados por la solidaridad, la transparencia, la lealtad en la competencia, la confidencialidad en el manejo de la información, el respeto a la privacidad y a la información privilegiada, la protección de los bienes de la empresa, el uso sustentable de los recursos, la debida diligencia.

El código de ética debe ir acompañado del rechazo a la práctica de conductas que atenten contra la sana convivencia, por lo cual la debida implementación dependerá del correcto seguimiento, existencia de canales de denuncia, procesamiento y sanciones disciplinarias. Sólo así se podrá garantizar el ejercicio de un buen gobierno corporativo, una gestión eficaz y la buena reputación organizacional.

b.- Políticas de conocimiento, divulgación y adiestramiento para todos los *stakeholders* o grupos de interés dentro de la organización, que permita desarrollar una verdadera cultura organizacional. Las normas para ser observadas deben ser conocidas y explicadas de manera que puedan ser comprendidas; sólo así existirá la identificación de estos grupos con los valores empresariales.

Este proceso debe ser constante y va referido de manera general a todas las políticas de cumplimiento, documento constitutivo y los protocolos de gestión de riesgos que deban ser implementados.

c.- Políticas de Gestión de Riesgos que puedan producir impacto negativo sobre el entorno social y ambiental, derivados de la actividad económica que realizan, generándose compromisos de índole fiscal, ambiental, de seguridad social y laboral, desde el mismo momento de protocolizar el documento constitutivo de la empresa en el Registro Mercantil.

Ha señalado Sanclemente-Arciniegas, que el *Compliance* es una nueva rama jurídica relacionada con el combate de la corrupción dentro de las empresas; y, lo justifica, afirmando que:

(...) los postulados de esa nueva disciplina son especialmente pertinentes en materia de lucha contra la corrupción, pues es en ese ámbito donde se manifiesta con más claridad la intención de erigir al poder económico privado como un agente al servicio de la protección del interés general⁸

Por otra parte, indica Backer, citado por Sanclemente-Arciniegas, que:

(...) la posibilidad de que los autores de infracciones sean castigados es baja en relación con el total de infracciones; de allí que las sanciones a imponer deban compensar la pérdida en la que incurre la sociedad multiplicada por la posibilidad de que la infracción se detecte. En consecuencia, se hace necesario establecer sanciones suficientemente altas, tratando de fijar una relación costo-beneficio que estimule el cumplimiento normativo.⁹

d) Estudios de impacto ambiental que tomen en consideración lo establecido tanto en la Constitución de la República Bolivariana (1999, arts. 127-129), Ley Penal del Ambiente (2012), la Ley de Sustancias Materiales y Desechos Peligrosos (2001), la Ley de Gestión Integral de la Basura (2010), el Decreto N° 1.257 en lo relativo a las Normas sobre Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles de degradar el Ambiente (1996), el Decreto 2216 de Normas y Manejo de los Desechos Sólidos de origen doméstico comercial, industriales o de cualquier otra naturaleza que nos sean peligrosos (1992), el Decreto 2635 sobre la Normas para el control y manejo de materiales y desecho peligrosos (1998). Esta normativa establece la obligatoriedad de presentar los correspondientes estudios de impacto ambiental para la realización de actividades productivas que produzcan cambios en el medio ambiente, debiendo los productores con base al principio de responsabilidades compartidas, asumir los riesgos hasta la fase de desecho.

Además de las disposiciones antes mencionadas y dependiendo de las actividades mercantiles de producción, debe atenderse al contenido de las normas de carácter internacional en materia de estandarización derivada entre otras de las Normas emanadas de la Organización Internacional de Estandarización: ISO 26000 sobre responsabilidad social empresarial, la serie ISO 14000, sobre gerencia ambiental: la serie ISO 9000 sobre control de calidad, orientados al logro de un desarrollo social y económico sostenible, alineado con los Objetivos de las Naciones Unidas, en especial el Objetivo 12, cuyas metas persiguen lograr la gestión ecológicamente racional de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida, de conformidad con los marcos internacionales convenidos, y reducir significativamente su liberación a la

⁸ Sanclemente-Arciniegas, J (2020), *Compliance, empresas y corrupción, una mirada internacional* Universidad de Colombia. Derecho PUCP. Nro 85. [Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional | Derecho PUCP DOI: https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.001](https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.001) p.10.

⁹ Sanclemente-Arciniegas J (2020), ob.cit, p.18.

atmósfera, el agua y el suelo a fin de minimizar sus efectos adversos en la salud humana y el medio ambiente; así como reducir considerablemente la generación de residuos mediante actividades de prevención, reducción, reciclado y reutilización.

e) Prevención de riesgos penales. Como se aprecia, Venezuela contempla sanciones de tipo penal muy en particular vinculadas a este tema, debido a que los daños ambientales, establecen sanciones penales económicas a través de multas a las empresas. El Código Penal (2005) no ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por ende no puede generalizarse este tipo de castigo a otros ámbitos que no están expresamente establecidos.

Solamente por citar un ejemplo, se encuentra el Código Penal español de 2010 (artículos 31-60)¹⁰ que permite castigar penalmente a las propias sociedades mercantiles, debido en parte a la dispersión de funciones y al encubrimiento de las conductas dentro de la propia organización. Sobre el castigo a las empresas, el autor Heine, justifica la imposición de sanciones a las empresas y sus órganos, debido a la dispersión de actividades y asunción de compromisos de gestión, sin embargo, ello se enfrenta a problemas como el encubrimiento interno y por ello ha manifestado:

Un problema central resulta de la dispersión de las actividades operativas, de la posesión de la información y del poder de decisión. Nuestro Derecho penal tradicional presupone estos tres aspectos reunidos en una misma persona. Ahora bien, la posibilidad de que un particular sea autor desaparece, en las modernas formas de agrupación, en razón de la descentralización y la diferenciación funcional de las competencias. En la era del “*lean management*” o del “*top quality management*”, se puede considerar o incluso determinar penalmente a un autor potencial de acuerdo con sus funciones estratégicas y operativas: una gran empresa moderna adquiere, finalmente, capacidad de funcionar mediante la coordinación de diversas tareas más o menos autónomas. En consecuencia, el fraccionamiento en el seno de la organización puede conducir hacia una “irresponsabilidad individual de carácter estructural”. A esto se agregan los mecanismos prácticos de encubrimiento al interior de la empresa¹¹

En tanto que, en el caso venezolano, debe tenerse en cuenta primeramente la Ley Penal del Ambiente (2012) que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas la normativa internacional sobre derechos humanos y la normativa internacional, a fin de justificar la legalidad y licitud de las actividades y sus resultados; ello va a permitir comprender la relevancia de la responsabilidad extendida del productor.

¹⁰ Código Penal y legislación complementaria. (2010) Boletín Oficial del Estado, Agencia Estatal. Madrid. En: www.boe.es

¹¹ Heine.G (1996) *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales* “Corporate criminal liability: international developments and national consequences” *Anuario de la Universidad de Fribourg*. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf

También contempla esta Ley Penal del Ambiente¹² en su artículo 33, que serán sancionados los funcionarios, con prisión de uno a dos años y la inhabilitación para el ejercicio de funciones o empleos públicos hasta por dos años después de cumplida la pena principal los funcionarios públicos que:

- Suministren información falsa u omitan o adulteren información científica en los procedimientos autorizatorios,
- Obstaculicen la labor del Ministerio Público y de los órganos de investigación en causas ambientales.
- Permitan el incumplimiento de obligaciones ambientales relevantes en los procedimientos que le fueren encomendados.

También castiga, en su artículo 35, a la persona natural o jurídica que omita información necesaria o presente información falsa o adulterada para la obtención de autorizaciones, con pena de seis meses a un año de prisión y hasta dos años de inhabilitación.

Destacan en dicha Ley, el otorgamiento y la realización de actividades no permitidas, en especial contraviniendo los planes de ordenación territorial. También aquellas sanciones vinculadas a las omisiones o adulteraciones de resultados en estudios de impacto ambiental, que conforme al artículo 43 se castiga con arresto de tres meses a un año al funcionario que otorgue permisos o autorizaciones sin exigir, evaluar y aprobar el estudio de impacto ambiental y sociocultural u otras evaluaciones ambientales en las actividades para las cuales lo exigen las normas sobre la materia; en tanto que en el artículo 44 castiga con igual pena a los funcionarios que otorguen contratos, concesiones, asignaciones, licencias u otros actos administrativos sin cumplir con el requisito del plan de manejo sustentable, en las actividades para las cuales lo exigen las normas sobre la materia.

En este orden de ideas, La Ley Orgánica del Ambiente (2006) contempla en su artículo 84, la finalidad de las evaluaciones de impacto ambiental, indicando que están destinadas a:

- Predecir, analizar e interpretar los efectos ambientales potenciales de una propuesta en sus distintas fases.
- Verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales.
- Proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas a que hubiere lugar.

¹² Ley Penal del Ambiente (2012), Gaceta Oficial No. 39.913.

- Verificar si las predicciones de los impactos ambientales son válidas y las medidas efectivas para contrarrestar los daños.

Entre los entes obligados dentro de cualquier organización, destacan el oficial de cumplimiento, los consejos de administración, los propios trabajadores que deben denunciar cualquier irregularidad, los encargados de la seguridad laboral conforme lo exige la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2005), los socios que conforman la asamblea general de la compañía y los comisarios que velan por la veracidad contable que presentan los administradores; en especial cuando las actividades de producción han generado muerte o enfermedades de los trabajadores de la empresa y no se cumplieron o no se denunciaron las irregularidades que surgieron en el proceso de producción.

Respecto al ámbito de protección y salud laboral, con el fin de asegurar a los trabajadores un ambiente de trabajo sano, existe el deber de contar con un representante ante el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), órgano fiscalizador que debe ser notificado en caso de producirse un accidente laboral, realización de actividades riesgosas y que puedan tener consecuencias para la salud o la vida del trabajador.

Este representante empresarial ante el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), es el encargado de supervisar el cumplimiento de las medidas de prevención y manejo de riesgos en este ámbito y será responsable penalmente cuando ocurra un accidente que produzca lesiones o la muerte de algún trabajador. Se incluye por vía legal la responsabilidad del empleador y de la empleadora, y sus representantes ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional cuando existiere dolo o negligencia de su parte, como lo establece la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio ambiente de Trabajo (2005).

Aun cuando no exista una contundente política gubernamental sobre el tema que hoy nos ocupa, sin embargo, es deber de las organizaciones asumir los riesgos por los posibles daños que puedan derivar de sus actividades, manifestando entre otras cosas:

Las organizaciones están en el deber de desarrollar normas de atención de riesgos para evitar la materialización de hechos que pudieran poner en peligro o generar daños en bienes jurídicos tutelados por normas de índole administrativa, civil o penal; en este último ámbito se incluye la responsabilidad objetiva para el caso en que como consecuencia de la realización de conductas violatorias de normas de carácter administrativo se produzca un resultado en virtud del cual, el legislador ha considerado la empresa o sus representantes deban ser objeto de sanciones. Cabe recordar, que, a mayor riesgo en la obtención del fin económico perseguido en el objeto social de la empresa, aplica mayor responsabilidad y exigencias¹³.

¹³ Vaudo, L (2022) *Compliance corporativo como política de prevención de actos que perjudican la reputación*

Para prevenir riesgos penales es importante el análisis de criterios sociales, ambientales y de gobernanza, más allá del ordenamiento positivo venezolano; es la implementación consciente de esas buenas prácticas que además de ofrecer beneficios a la sociedad, permiten evaluar el nivel de responsabilidad en que la empresa puede incurrir por la realización de actividades de producción, incorporando conocimientos técnicos en la percepción de siniestralidad.

Esta previsión de tendencias debe incluir la resiliencia y los cambios disruptivos que a la larga reporten beneficios a la empresa. También es tarea de los consejos de administración, a fin de prevenir daños ambientales, a través de la utilización sostenible de los recursos, la protección social, la economía circular y utilización de gases que impacten en el cambio climático.

4. Resultados de la discusión

En Venezuela se observa una amplia regulación ambiental, tanto en el ámbito de protección como en el sancionatorio, evidenciando que las normas vigentes abarcan tanto el reconocimiento de las regulaciones internacionales en materia de tutela de derechos humanos y de reparación o puesta en peligro de bienes jurídicos por inobservancia de principios del derecho ambiental.

El ámbito jurídico vinculado a la regulación de las actividades de explotación y producción en general va de la mano con el ámbito de tutela de los derechos humanos relacionados con el derecho a un ambiente sano vinculado a diferentes aspectos como la protección de la vida, la salud, la economía sostenible y la sustentabilidad, estableciendo que es obligación del Estado garantizar este derecho con la activa participación de la sociedad. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, celebrada en Estocolmo en 1972, con vigencia desde 1975, se plantearon veintiséis (26) principios que deberán observarse para preservar el medio ambiente, y una serie de metas vinculadas a las actividades productivas. En este mismo orden, la Cumbre para la Tierra o Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Conferencia +20) de 1992, procede a reconocer internacionalmente la protección del medio ambiente y la administración de los recursos naturales integrados en las cuestiones socioeconómicas de pobreza y subdesarrollo.

En estas conferencias comienza la categorización como principio de derecho ambiental el desarrollo sostenible, el cual es definido por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, también llamada Comisión Brundtland de 1987, como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de

las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, haciendo énfasis en las relaciones entre el medio ambiente, salud, seguridad alimentaria y desarrollo; conciliando el medio ambiente con la economía en la toma de decisiones.¹⁴

De la mano con las disposiciones que establecen el deber de preservar el medioambiente, contempla la norma constitucional en su artículo 129, la exigencia de estudios de impacto ambiental y socio cultural sobre las actividades que puedan generar daños a los ecosistemas, a fin de garantizar que cualquier daño pueda ser prevenido y revertido, estando obligado el Estado al momento de realizar cualquier contrato sobre actividades que involucren el medioambiente, que se establezca la obligación de conservar el equilibrio ecológico y de restablecer las condiciones ambientales ante cualquier alteración del mismo.

La Ley Orgánica del Ambiente (2006) señala igualmente, en su artículo 1 que el ser humano tiene la obligación de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras, colocando sobre el Estado la obligación de controlar todas las actividades capaces de degradar el ambiente, en especial aquellas que incidan directamente sobre los suelos, subsuelos, aguas y generen daños sobre las especies, como lo indica en su artículo 80.

Por su parte, esta Ley en sus artículos 102-104, contempla el establecimiento de incentivos económicos y fiscales a las personas naturales y jurídicas que efectúen inversiones para conservar el ambiente a fin de garantizar el desarrollo sustentable, ya sea mediante créditos y exoneración impositiva; a fin de:

- Estimular aquellas actividades que utilicen tecnologías limpias o mecanismos técnicos que generen valores menores que los parámetros permisibles, modifiquen beneficiosamente o anulen el efecto de contaminantes al ambiente.
- Promover el empleo de nuevas tecnologías limpias, sistemas de gestión ambiental y prácticas conservacionistas.
- Fomentar el aprovechamiento integral de los recursos naturales
- Establecer programas y proyectos de reforestación y aforestación.

Con relación a lo anterior, concluye la Ley Penal del Ambiente (2012) en sus artículos 4 y 16, que las personas jurídicas serán responsables por sus acciones u omisiones en los casos en que el delito sea cometido con ocasión de la contravención de

¹⁴ El desarrollo duradero es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales: * el concepto de "necesidades", en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante; * la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras. Asamblea General de la ONU, 1987.

normas o disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes, ordenanzas, resoluciones y otros actos administrativos y cuando dos personas jurídicas celebren un acuerdo para que una ejecute un determinado trabajo en provecho de la otra, y cuya realización cause riesgos o daños al ambiente o los recursos naturales.

El Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, en 2010 procedió a definir el daño ecológico como aquel que recae sobre bienes del patrimonio natural, es decir sobre bienes naturales, afectando la flora, la fauna, el agua, el suelo y el aire. Llama la atención cuando señaló en su informe:

El derecho no exige certeza absoluta, se basa, fundamentalmente, en sistemas de reproches y de responsabilidad frente a la conducta positiva o negativa del sujeto de derecho (...) El daño ambiental contiene una problemática propia inherente a la cuestión medioambiental; cierto grado de —incerteza o incertidumbre (...) En consecuencia, si las ciencias físicas y las de la naturaleza nos están enseñando que hay que tener en cuenta elementos de incerteza, no hay razón por la cual en el ámbito de la responsabilidad por daños y, en particular, por daño ambiental, se exija una relación de causalidad absoluta, indubitable, lejos de la idea de la probabilidad.¹⁵

Todo lo anterior ha llevado a denominar al principio de precaución o no regresión como “*Principio pro-natura*” que integra el derecho ambiental a los principios de solidaridad y corresponsabilidad, bases del Estado constitucional que promueve el desarrollo sostenible junto con la protección ambiental como fundamento del logro de ese desarrollo. Este último será el principal generador de recursos para la subsistencia humana, obligando a las empresas y al estado a desarrollar mecanismos que permitan la actuación inmediata para restituir las consecuencias lesivas a las condiciones ambientales.

Es por ello, por lo que la Ley Orgánica del Ambiente (2006) contempla en su artículo 34 como obligación para la determinación final de disminución de riesgos, la realización de experticias periódicas hasta por 10 años siguientes a la sentencia definitiva. En tal sentido señala también el artículo 10 de la Ley Penal del Ambiente (2012) que, junto con las penas y las medidas reparatorias, se impondrá la obligación de realizar experticias, a costa del condenado o condenada, cada año a fin de determinar la efectiva eliminación de los riesgos ambientales, cuando se sospeche su aparición futura o no sea posible su eliminación inmediata.

¹⁵ PNUMA (2010), ps. 90 y 91

Asimismo, a la luz de la normativa penal ambiental y basado en criterios de imputación objetiva, a la hora de considerar el peligro abstracto se deberá tomar en cuenta la creación de un riesgo penalmente relevante atendiendo a un juicio de pronóstico *ex ante* que se origina en la asunción del mayor riesgo desde el mismo momento en que se elige realizar actividades económicas que implican este traspaso del riesgo permitido para el deterioro del medio ambiente. Bastará entonces, la ejecución de la conducta penalmente relevante, ejecutada inobservando principios y normas administrativas que imponen al autor la exigencia de una conducta distinta, tales como el adiestramiento debido de personal, el mantenimiento de equipos y maquinarias, los correspondientes estudios de impacto ambiental o las recomendaciones técnicas, aspectos que determinan en los casos evaluados la responsabilidad tanto civil como penal y administrativa. Se trata en consecuencia, de la puesta en peligro de bienes jurídicos sin que exista la exigencia de un daño o lesión, sino que exista la probabilidad de que dicho daño se produzca.

Destaca en este trabajo, tanto el cumplimiento corporativo para las empresas productoras, como el aspecto particular vinculado al análisis del principio contaminador-pagador, respecto a la responsabilidad extendida de los productores. Como se puede apreciar, tanto el *compliance* corporativo como la responsabilidad social empresarial y los criterios de tutela ambiental vinculados con los principios del derecho al medio ambiente sano e igualmente, al principio de responsabilidad extendida del productor, se vinculan con esa aspiración del ser humano proteger la calidad ambiental de las generaciones presentes sin comprometer el derecho a satisfacer las necesidades de las generaciones futuras a tener condiciones similares de aprovechamiento de los recursos, especialmente cuando el productor realiza una actividad comercial asumiendo los riesgos propios de ésta.

Tal y como se ha observado, los productos sufren una serie de transformaciones dentro de su ciclo útil que suele finalizar con una eliminación lineal por parte de los usuarios, terminando en vertederos, muchas veces como residuos que degradan el ambiente. De esta manera, siendo el productor el generador de todo este proceso, se establece esta responsabilidad extendida *ex ante*, por parte de éste, quien deberá por diversos mecanismos, incorporar la sostenibilidad de sus procesos productivos para lograr la extensión de la vida útil del producto, la sustitución por materia prima biodegradable, el mejor aprovechamiento de los recursos y la inversión en energías renovables, economía circular, intercambio por servicios y tecnología requiriendo para ello, el incentivo gubernamental. Sin embargo, aun careciendo de estos incentivos se deberá establecer alianzas con otros entes y empresas nacionales o extranjeras que colaboren en el logro de estos objetivos.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada se observó que las empresas que intervienen en el sector productivo, que incluye a productores, distribuidores, procesadores y cuyo eslabón final son los consumidores que utilizan el producto y eliminan los residuos, requieren considerar dentro de sus regulaciones internas todos los aspectos vinculados con la producción de impactos sobre el medio ambiente y la responsabilidad extendida del productor.

Es conocida la importancia de vincular los criterios ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo, de la mano con un código de ética, normas de gestión de riesgos basadas en la debida diligencia, políticas de seguridad y respeto de los derechos humanos y de transparencia organizacional. Sin embargo, en este tipo de empresas, se debe tener por norte el principio de derecho ambiental contaminador-pagador, por lo cual las políticas de cumplimiento, atendiendo a los principios preventivo y precautorio, deben agregar prácticas de economía circular, pago de impuestos, servicios adicionales de procesamiento de desechos y otros mecanismos que atiendan de manera anticipada y reduzcan las consecuencias propias derivadas de la realización de la actividad económica.

Para diseñar las políticas de gestión de riesgos en este tipo de empresas, se debe además incentivar a otros mediante programas de educación ambiental que permitan conocer acerca del manejo de residuos de manera sostenible y que los consumidores prefieran estos productos derivados de procesos de conciencia ecológica y realicen sus aportes a la función de vigilantes, con base en el principio de corresponsabilidad.

A fin de cumplir con estas metas, debe haber políticas públicas de incentivo al sector privado, con el fin de que se ejecuten estos mecanismos de reutilización y retorno de productos, que los estados deben plantearse como prioridades antes que la aplicación de sanciones en el orden administrativo o penal; ya que, tanto las políticas empresariales como las del estado deben alinearse a lograr las metas propuestas en la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas y no esperar la producción de daños a los ecosistemas para castigar a los productores y sus empresas.

BIBLIOGRAFÍA

Besada, A, Walsh, A, Suárez J, Camardelli, A, Martínez, A, Amánquez, A y De Lucca, M () *CODS 10*. Centro ODS para América Latina y el Caribe de la Universidad de los Andes. En: [¿Qué es la responsabilidad extendida del productor y en qué va su implementación?](https://cods.uniandes.edu.co/que-es-la-responsabilidad-extendida-del-productor-y-en-que-va-su-implementacion/) - CODS ([uniandes.edu.co](https://cods.uniandes.edu.co)) <https://cods.uniandes.edu.co/que-es-la-responsabilidad-extendida-del-productor-y-en-que-va-su-implementacion/>

- Cervantes Torre-Marín, G., Sosa Granados, R., Rodríguez Herrera, Gy Robles Martínez, F (2009). *Ecología industrial y desarrollo sustentable*. Ingeniería. 13 (1). 63-70.
- Código Penal y legislación complementaria*. (2010) Boletín Oficial del Estado, Agencia Estatl. Madrid. En: www.boe.es
- Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1987) *Informe Nuestro Futuro Común*. http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* Gaceta Oficial N° 36.860 del 30/12/1999.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (1992). Recuperado de: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del sector bancario* Gaceta Oficial N° 40.557, del 08/12/2014.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción* del 19 de noviembre de 2014, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.155.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolios* del 26 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial N° 40.549.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos* del 8 de noviembre de 2015. Gaceta Oficial N° 40.787.
- Decreto N 1257 Normas sobre la Evaluación Ambiental de Actividades Susceptibles a Degradar el Ambiente*. (1996) Recuperado de: <http://www.redalyc.org>
- Granada Aguirre, L., Orejuela Gómez, D y Álvarez Castro, N (2006). *Indicadores de Gestión Ambiental de la Industria Manufacturera en el Corredor Vial Cali- Yumbo*. Entramado. (2), 1.
- Grupo de Acción Financiera Internacional (2012) *40 Recomendaciones del GAFI*. actualizadas octubre 2020. Recuperado de: <http://www.Cfatf-gafic.org>
- Heine, Günter. (1996) *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales* "Corporate criminal liability: international developments and national consequences" *Anuario de la Universidad de Fribourg*. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf HEINE_OK.DOC (unifr.ch)
- KPMG International Ltd. (2021) *Informe de sostenibilidad 2020-2021*. Informe digital <https://home.kpmg/ve/es/home.html> [KPMG International - KPMG Venezuela \(home.kpmg\)](https://home.kpmg/ve/es/home.html)
- Kunhlen, L (2013) *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons, Madrid.
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*. Gaceta Oficial 38.236. Del 26/07/2005
- Ley Orgánica contra la delincuencia organizada y el financiamiento de terrorismo*. Gaceta Oficial 39.912 del 30/04/2012.
- Ley Orgánica del Ambiente* (2006). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario, N° 5833. Diciembre 22, 2006.
- Ley de Gestión Integral de la Basura*. (2010). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 6017. Diciembre 30, 2010.
- Ley de Residuos y Desechos Sólidos* (2004). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 38.068. Noviembre 18, 2004.

- Ley Penal del Ambiente Del 02/05/2012. Gaceta Oficial 39.913.
- Naciones Unidas (2020) *De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático*. Recuperado de: <https://www.un.org/es>
- Nieto, A (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. España: Tecnos. Norma Internacional ISO 14000. Traducción certificada. Editorial ISO. Norma Internacional ISO 14001. Traducción certificada. Editorial ISO. Organización de las Naciones Unidas (1992). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Recuperado de: <http://www.un.org/> Organización de las Naciones Unidas.(2015). Objetivos de Desarrollo del Milenio. <http://www.un.org>
- Organisation for Economic Co-operation and Development. Extended Producer Responsibility. (OECD). (2016). *Policy guidance in Resource Efficiency*. www.oecd.org/environment
- Organización Internacional de Normalización. (2018.) ISO 19011. *Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión*. Recuperado el 02/09/2022 <http://cmdcertification.com>
- Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 37002 Sistemas de Gestión de canales de denuncia. en: <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 27000 Sistemas de Gestión de seguridad de la información. en: <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 37301 Sistemas de Gestión de *Compliance* en: <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización (2018) Norma ISO 14000 Sistemas de Gestión Ambiental en: <https://www.iso.org/home.htm>
- Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 14001 Sistemas de Gestión Ambiental. Recuperado el 06/07/2022 en: <https://www.iso.org/home.htm>
- Rodríguez, A (2021). *Criminal Compliance. Cumplimiento normativo penal y derecho penal económico*. Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela.
- Sanclemente-Arciniegas, Javier (2020) *Compliance, empresas y corrupción, una mirada internacional* Compliance, enterprises and corruption: An international glance Universidad de Colombia. Derecho PUCP. Nro 85. *Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional* | Derecho PUCP DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202002.001>
- Vaudo, L (2022). *Compliance corporativo como política de prevención de actos que perjudican la reputación organizacional*. Revista N° 8 de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, SOVEDEM, ps: 163-182.
- Villegas, Jesús. (2022) *Derecho del Cumplimiento Normativo y análisis regulatorio de la empresa*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 142.

¿La función social de la propiedad privada? -Otra forma de violar el derecho de propiedad privada-

Andrea I. Rondón García*
Sabrina M. Gomes Soto**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-129-141

Resumen: Tradicionalmente se piensa que la función social forma parte del derecho de propiedad así no esté previsto expresamente en la Constitución, pero no. Lo cierto es que la «función social» desnaturaliza este derecho y abre la puerta para la estatización de la propiedad. La idea de este artículo es abrir el debate sobre el tema y ser frontal al respecto. La función social de la propiedad es una forma de violar el derecho de propiedad.

Palabras clave: Propiedad, función social, liberalismo.

The social role of private property? -Another way to violate the right to private property

Abstract: Traditionally it is thought that the social function is part of the right to property even if it is not expressly provided for in the Constitution, but no. The truth is that the “social function” denatures this right and opens the door for the nationalization of property. The idea of this article is to open the debate on the subject and be frontal about it. The social function of property is a way of violating property rights.

Keywords: Property, social function, liberalism.

Recibido: 29/05/2023

Aprobado: 21/06/2023

* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2021). Profesora de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello (2006-2017). Profesora de Pregrado de Teoría General del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2019). Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Central de Venezuela (2023-). Profesora de la especialización de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello (2023-). Miembro del Comité Académico del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Coordinadora del Programa Cultura en Libertad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Comité de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Columnista de El Nacional, del Instituto Juan de Mariana de España e *Independent Institute* en español de Argentina.

** Estudiante del último año de Derecho de la Universidad Metropolitana. Asistente de Cátedra de las asignaturas Tópicos de Derecho Mercantil y Obligaciones.

¿La función social de la propiedad privada? -Otra forma de violar el derecho de propiedad privada-

Andrea I. Rondón García*
Sabrina M. Gomes Soto**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-129-141

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Su origen en León Duguit.* 2. *La función en nuestra historia constitucional.* 3. *Consecuencias de la inclusión de la función social de la propiedad.* CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS A HUGO MÁRMOL MARQUÍS

Esta edición de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil es en homenaje al Dr. Hugo Mármol Marqués. Las autoras de este artículo se sienten honradas en participar de este homenaje. Aunque no fuimos sus estudiantes, definitivamente su obra ha influido en nuestra formación. Sus manuales, ya sea de Derecho Mercantil en general como Fundamentos de derecho mercantil, o los dedicados a la materia de seguros como Fundamentos del seguro terrestre –a pesar de los cambios legislativos–, son de consulta obligada.

Así como han hecho en ediciones pasadas, nos complace que la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil recuerde a autores que constituyen verdaderas instituciones y cuya obra no debe ser olvidada.

* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2021). Profesora de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello (2006-2017). Profesora de Pregrado de Teoría General del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2019). Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Central de Venezuela (2023-). Profesora de la especialización de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello (2023-). Miembro del Comité Académico del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Coordinadora del Programa Cultura en Libertad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Comité de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Columnista de El Nacional, del Instituto Juan de Mariana de España e *Independent Institute* en español de Argentina.

** Estudiante del último año de Derecho de la Universidad Metropolitana. Asistente de Cátedra de las asignaturas Tópicos de Derecho Mercantil y Obligaciones.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente nos han enseñado que la función social de la propiedad es uno de los límites de este derecho, que incluso no llega a la categoría de derecho fundamental, sino que está entre los tantos otros derechos económicos.

En atención a esta función social, que pocos se toman el esfuerzo por tratar de definirla, ante cualquier asomo de tensión entre este derecho individual y el interés general, aquel será inmediatamente sacrificado en aras de atender a lo segundo.

En estas líneas queremos introducir al debate, al menos en nuestro foro porque no es común este punto de vista, que la función social de la propiedad no es un límite a este derecho sino una abierta y clara forma de violación de la misma.

1. Su origen en León Duguit

Se ha señalado que la función social de la propiedad como herramienta para justificar el uso de la propiedad privada para determinados fines fue introducida por León Duguit, con su libro *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, en el que textualmente señala que:

“...en nuestras sociedades modernas la necesidad económica, a la cual ha venido a responder la propiedad como institución jurídica, se transforma profundamente; por consiguiente, la propiedad como institución jurídica, debe transformarse también. La evolución se realiza igualmente aquí en el sentido socialista. Está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar; que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosos”¹.

Aunque hoy en día no se percibe la propiedad privada como función social, es decir, que esto sea lo que la defina, y ha evolucionado al considerarse la función social como un límite o restricción a la propiedad, definitivamente las ideas de Duguit siguen pesando en la consideración de la función social de una forma que afecta irremediablemente la propiedad privada.

¹ León Duguit. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado* [Traducción de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén] (pp. 235-236), Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

Esta visión de la función social postula que la propiedad privada es un derecho pero subordinado al interés público, y que si ante una ley (ahora además de ella en el Estado social, un reglamento, una sentencia o un acto administrativo), impone la obligación de usar y disponer de la propiedad conforme a un fin específico, a un mandato dirigido a cumplir un objetivo del Estado, al margen del interés del titular del derecho, ello no es violatorio de la propiedad privada.

Así, la función social sería una obligación inherente a la condición de propietario, según la cual cuando el Estado exija al propietario usar su propiedad conforme a un fin público y no ya a su interés privado, éste estaría obligado a satisfacer tal exigencia, y de no hacerlo puede no sólo ser coaccionado a ello, sino hasta sancionado.

2. La función social en nuestras historia constitucional

Tomemos por ejemplo el caso venezolano, en el que la función social de la propiedad se incluye por primera vez en nuestra historia en la Constitución de 1947 (y se repite en la de 1961), y en virtud de ella se dispone que “*la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés genera....*”².

Ahora bien, aunque en la Constitución de 1999 no se coloca expresamente la función social de la propiedad, la doctrina la reconoce y han señalado que tal omisión se atribuye a un “error” del constituyente. Por citar sólo algunos ejemplos, tenemos el caso de José Ignacio Hernández³, José Luis Villegas Moreno⁴, y más recientemente, María Candelaria Domínguez Guillén⁵.

De hecho, no queremos dejar pasar por alto, la defensa de la función social de la propiedad por la doctrina:

«En la Constitución de 1999 desapareció la expresa referencia a la función social de la propiedad. Ello propició la duda de la doctrina sobre si dicha función había quedado atrás. Pero atinadamente Villegas Moreno aclaró que el cambio de redacción en modo alguno suprimía tan importante función, reconocida desde antaño en nuestro

² Ver: Allan Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Tomo II, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

³ Ver «Reflexiones sobre la reforma de la Constitución Económica» (pp. 151-176), en: *Temas Constitucionales. Planteamientos ante una eventual reforma*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2007.

⁴ «El derecho de propiedad en la Constitución de 1999» (pp. 565-582), en: *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas/Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. II.

⁵ María C. Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. (Caracas, 2018: CIDEP)

y otros ordenamientos: “Pero de cualquier forma creemos que subyace en la norma constitucional la cláusula de la función social de la propiedad». Y tal criterio hemos adherido porque no siempre la supresión expresa de una frase cambia el sentido de las instituciones»⁶.

Adicionalmente, se ha dicho que tal omisión se atribuye a un “error” del constituyente y que la misma, a pesar de ser un error material, no ha impedido que la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconozca que la función social forme parte integrante del concepto de propiedad privada⁷. A título de ejemplo encontramos este criterio de la Sala Constitucional:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza el derecho de propiedad en el artículo 115, ubicado dentro del catálogo de los derechos económicos, sometiéndolo a las restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general, lo que implica que no tiene un carácter absoluto, sino que, como todos los derechos constitucionales, se encuentra limitado por su interacción con otros del mismo rango, siempre y cuando no se altere su núcleo esencial, por lo que las restricciones al derecho a la propiedad en cualquier caso deben estar en consonancia con los fundamentos del Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia que propugna nuestro Texto Constitucional.

En este sentido, la sentencia n°. 403 dictada por esta Sala el 24 de febrero de 2006, delimitó, por razones de interés social, el derecho de propiedad, en los términos siguientes:

(...) En este contexto, se aprecia que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.

⁶ María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández, «LA PROPIEDAD EN LA OBRA DE JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO» (pp. 333-354), en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No. 14*, Caracas, 2020, pp. 344-345, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/10/148-La-propiedad-en-la-obra-de-Jose-Luis-Villegas-Moreno.pdf>.

⁷ Ver José Ignacio Hernández, «Reflexiones sobre la reforma de la Constitución Económica» (pp. 151-176), en: *Temas Constitucionales. Planteamientos ante una eventual reforma*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2007.

La incorporación de exigencias sociales, con fundamento en la utilidad individual y función social al contenido del derecho a la propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido, ya que, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario, hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, en este sentido, cabe destacar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución.

No obstante lo expuesto, cabe advertir que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, por lo que ello puede y debe ser controlado por esta Sala Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, debemos advertir que entendiendo la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos. (Vid. R.M., Fernando, 'La Propiedad Privada en la Constitución Española', Centro de Estudios Constitucional, pp. 304-327)

(Ver también sentencia n° 881, dictada por esta Sala el 26 de junio de 2012, caso: INSTITUTO MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DEL MUNICIPIO IRIBARREN DEL ESTADO LARA”). Negrillas de esta Sala.

En conclusión, el derecho de propiedad puede verse afectado en aras del interés social, sin que esto signifique vulneración a los principios y garantías previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁸.

⁸ Ver Sentencia No. 343 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de mayo de 2016. Consultada en <https://vlexvenezuela.com/vid/nicolas-maduro-moros-637924701>.

Como podrá advertirse, nuestra atención en la regulación del derecho de propiedad en las Constituciones de 1947 y siguientes se dirige a la inclusión, ya sea en forma expresa o no, de la función social que se le adjudica a la propiedad, inclusión que a nuestro modo de ver ha representado una verdadera amenaza para el derecho de propiedad⁹.

De hecho, con relación a la función social de la propiedad, la extinta Corte Suprema de Justicia señaló que tiene por objeto asegurar que el ejercicio de la propiedad no resulte incompatible con los intereses públicos y que se trata de un concepto jurídico con contenido económico y social que resulta del cumplimiento de obligaciones y deberes que la ley impone al propietario considerando la naturaleza del bien¹⁰.

Tan intensa fue la degradación de la propiedad privada como derecho subjetivo bajo la vigencia de la anterior Constitución de 1961, que incluso se llegó a afirmar lo siguiente:

En efecto la propiedad dejó de ser un derecho ‘natura et sacre’ (en los términos consagrados en el artículo 17 de la Constitución Francesa de 1791), y ha evolucionado al punto de que hoy se le puede considerar más un ‘status’ que un derecho propiamente tal. En efecto, prescindiendo de los análisis particulares de derecho privado (por razones de la materia objeto de estudio), y del razonamiento histórico y de derecho comparado; en Venezuela, la propiedad debe encuadrarse dentro del concepto socio-político de la ‘Función Social’. Entonces, ya la propiedad no es un derecho absoluto e individual, sino que, por el contrario, se nos presenta como una complejidad de circunstancias en las que existe un titular sujeto a normas que le delimitan su derecho, le establecen su contenido y hasta le prohíben ejercer libremente los atributos (uso, goce y disfrute) sin la previa tutela del Estado, mediante sus diferentes órganos¹¹.

⁹ Sobre las ideas políticas que sirvieron de justificación y guía a la idea de función social de la propiedad privada, que partían de la comprensión de ésta como un derecho exclusivo de una parte de la sociedad, es decir, como un privilegio, véase lo sostenido por, Rómulo Betancourt en *Venezuela, Política y Petróleo* (pp. 173 y siguientes) Fundación Rómulo Betancourt, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas en 6ta edición, 2007, en el que se evidencia cómo el gran político de la Nación, ante la situación histórica que le antecedió y el contexto económico y social en el que le tocó actuar políticamente, era firme defensor de los controles y medidas intervencionistas estatales sobre la libre empresa y la propiedad privada, como condición para el logro de la inclusión y el desarrollo social del país.

¹⁰ Estas ideas se encuentran en extractos de sentencias de la vieja Corte Suprema de Justicia que han sido citados en el trabajo de Allan Brewer-Carias, «El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela» (pp. 1139-1246), en: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, 1979, Caracas.

¹¹ Ver: Carlos Escarrá Malavé, *La Planificación de la Ordenación del Territorio. Las Contribuciones por Mejoras y la Propiedad Privada*, (pp. 21-22), Caracas, edición del autor, s/f.

3. Consecuencias de la inclusión de la función social de la propiedad

Esta visión de la función social, predominante hasta nuestros días, es violatoria de la propiedad privada, y con ella, de la libertad individual, y lo es porque así entendida, la función social no tiene por fin el limitar (excluir o castigar usos, establecer condiciones no coactivas para uso y disposición, fijar controles posteriores al uso y destinación) o sustituir el derecho de propiedad privada (adquisición forzosa previo pago del valor de mercado del bien que está bajo propiedad privada a través de la figura de la expropiación).

La idea de la función social de la propiedad tiene por fin habilitar al Estado, en especial al Poder Ejecutivo, para que disponga en forma directa e indirecta los usos y fines a los que se destinará la propiedad en lugar de los individuos, es decir, para que cuando, lo considere necesario, use la propiedad privada como si fuera propiedad estatal.

Por el contrario, si la función social es el norte para determinar los límites y restricciones de la propiedad privada, entonces cabe legítimamente preguntar qué se entiende por función social. Remitimos al trabajo de Villegas Moreno que recoge los intentos de varios autores por definir la función social de la propiedad¹².

Lamentablemente, aunque la función social sea empleada como bandera supuestamente sólo para limitar o restringir la propiedad privada, resulta que debido a que es una expresión ambigua, vaga y difusa, permite que sea definida según los intereses de cada momento.

Y lo que es peor, de supuestos clásicos de limitación de la propiedad, como la sujeción a normas de conducta, tributación y adquisición forzosa previo pago del valor de mercado (expropiación), se pasa a medidas de funcionalización de la propiedad privada en beneficio de un interés general, o más bien, un objetivo estatal, en verdad, del gobierno o de los gobernantes de turno.

Debemos enfatizar que los límites y obligaciones legales a la propiedad no surgen con el reconocimiento de su función social (la cual debe ser eliminada de textos Constitucionales o de interpretaciones del derecho de propiedad), sino que son anteriores a ésta, y derivan del reconocimiento de ese mismo derecho y de otros derechos de igual rango en cabeza de otros sujetos de derecho y de la existencia de tributos requeridos para financiar cargas públicas o de interés compartido por todos quienes integran la sociedad. Evidentemente, esto último es más difícil de precisar o definir y quedará en manos del legislador su determinación, lo cual debe siempre atender a los

¹² Íbidem.

contenidos básicos del derecho de propiedad y lo que ello significa para el ejercicio de otros derechos y libertades.

Si se desea realmente entender la propiedad privada como un derecho subjetivo e institución fundamental de una sociedad libre, entonces tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y por supuesto en las leyes y demás normas jurídicas, se debe abandonar la postura aún dominante¹³.

Se debe asumir que la única función social (o más bien una función institucional) que se puede esperar de la propiedad privada es que su uso, goce y disposición conforme a las leyes y con respeto a los derechos de otros, permita la producción de bienes y servicios; el intercambio de bienes y valores tangibles e intangibles; satisfacer un conjunto ilimitado de necesidades que sólo la propiedad privada destinada a actividades económicas puede satisfacer (porque en la búsqueda del propio interés, los propietarios están forzados a satisfacer los intereses de las demás personas) y la distribución de la riqueza y la condición de propietarios, sin hacerlo conforme a planes autoritarios, y por lo general, discriminatorios.

Lo anterior sólo es posible si se comprende que no es el Estado, sino las personas las que han de ser en todo caso los protagonistas del proceso económico, que se basa (para que haya libertad), en la acción humana, en el sistema de construcción de precios por la oferta y la demanda y en el sistema (en realidad orden espontáneo) (no planificado) de libre cooperación e intercambio que es la economía de mercado¹⁴, de modo que quienes estén en peor situación puedan, con su capacitación, esfuerzo y acción económica, aportar valor al proceso productivo y beneficiarse de ello también.

Y el otro sentido en que puede considerarse que la propiedad privada tendría una función institucional, esto es, de beneficio para los miembros de la sociedad, y para ésta en conjunto, es entender que la propiedad privada asegura la autonomía suficiente y necesaria para que las personas, además de tener incentivos para ellos, puedan asumir los costos y presiones (amenazas, pérdidas, presiones, consecuencias económicas, etc.) de activar el sistema de pesos y contrapesos necesarios en toda sociedad libre, cuya economía sea libre y no planificada; que la propiedad privada sea un derecho inviolable del cual toda persona esté según sus esfuerzos, talentos y capacidades en posibilidad de desarrollar y conservar, pues su abolición, concentración en pocos o debilitamiento implica la reducción de la autonomía y posibilidad de elección de los individuos.

¹³ Ver cómo la visión tradicional de “función social” se apoya en el Estado social para mantener su vigencia en Luis Cosculluela Montaner y Manuel López Benítez en *«Derecho Público Económico»*, (pp. 76 y siguientes), Madrid, Editorial Iustel, 2da edición, 2009.

¹⁴ En general, véase sobre ese sistema lo explicado por Manuel Ayau Córdón, *«El proceso económico. Descripción de los mecanismos espontáneos de la cooperación social»*, México, Diana, 1995; en especial la lección 9 para comprender la idea de función social ajustada a la propiedad privada como libertad individual y como institución del Estado de Derecho.

CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, consideramos un riesgo para la propiedad privada el incluir “la función social” porque ello es el camino más rápido y fácil para que sea una amenaza para la propiedad y la libertad; porque definitivamente es una habilitación -ilimitada o no- que la Constitución y las leyes dan al gobierno para que éste la instrumentalice, la funcionalice y regule mediante mandatos.

Para que el disfrute de la propiedad privada genere beneficios sociales no es en modo alguno necesario que se instrumentalice a favor del Gobierno, porque ella es una institución que contribuye a la consolidación de una sociedad libre al hacer posible que:

- Las personas sean autónomas e independientes, no dependen del poder político para su subsistencia. Ciertamente, se le reconoce a la propiedad la “...función de aumentar el bienestar, la seguridad, la libertad y la independencia. Dado que la propiedad tiene un valor económico y produce beneficios (por ejemplo intereses por los depósitos de capital o alquileres por las viviendas), eleva tanto el bienestar como la independencia económica de los propietarios. Incrementa además la seguridad económica porque en situaciones de necesidad puede acudir a los bienes de que se es propietario. La posibilidad de disponer de bienes o capital amplía también los espacios de libertad humanos y promueve el libre desenvolvimiento de la personalidad (...)”¹⁵.
- Permite el intercambio de bienes y servicios, que no sólo beneficia al que los produce o presta. En efecto, “...los seres humanos siempre podrán salir beneficiados dividiéndose y repartiéndose el trabajo: a cada cual le convendrá focalizarse en producir unos bienes o servicios concretos para después intercambiarlos por los que han producido el resto de las personas. Dicho de otro modo, por interés personal, los seres humanos tendemos a convertirnos en productores especializados y consumidores generalistas: cada uno de nosotros ofrece a los demás unas mercancías o servicios muy específicos y, a su vez, demanda del resto una amplia variedad de bienes...”¹⁶.
- Aumenta la productividad y el rendimiento, que no sólo beneficia al productor. Vinculado con el punto (i), al reconocérsele esta importancia a la propiedad privada, se estima para “...administrarlas con cuidado, a ser precavidos y darles un destino racional, de modo que produzcan beneficios y tengan un uso económica-

¹⁵ Ver: Heinz, Lampert, *El Orden Económico y Social de la República Federal de Alemania*, op.cit., pp. 98- 99.

¹⁶ Carlos Rodríguez Braun y Juan Ramón Gallo, *El Liberalismo no es Pecado. La economía en cinco lecciones*, Barcelona, Editorial Deusto, 2da edición, 2012.

mente provechoso. Ocurre lo contrario cuando quienes disponen de las capacidades productivas no son sus propietarios, ni tienen responsabilidades personales sobre ellos...¹⁷.

- Al satisfacerse las necesidades de la mayoría y no sólo de los que producen bienes o prestan servicios, hay mayores garantías de preservar la paz. Ejemplo de esto es el más largo período de paz que han tenido los países del continente europeo desde la creación, primero por vía comercial y luego por vía política, de la Unión Europea.

Definitivamente esta es la dimensión colectiva, por así llamarlo (más bien institucional), que se le debe atribuir a la propiedad privada y definitivamente debemos excluir de nuestra cultura jurídica la defensa de la llamada función social de la propiedad privada, porque ella es una negación de la propiedad privada en sí y de nuestras libertades en consecuencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Manuel Ayau Cordón, «*El proceso económico. Descripción de los mecanismos espontáneos de la cooperación social*», México, Diana, 1995; en especial la lección 9 para comprender la idea de función social ajustada a la propiedad privada como libertad individual y como institución del Estado de Derecho.
- Allan Brewer-Carias, «El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela» (pp. 1139-1246), en: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, 1979, Caracas.
- Allan Brewer-Carias, *Las Constituciones de Venezuela*, Tomo II, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.
- María C. Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Caracas: CIDEP, 2018.
- María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández, «LA PROPIEDAD EN LA OBRA DE JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO» (pp. 333-354), en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No. 14*, Caracas, 2020, pp. 344-345, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/10/148-La-propiedad-en-la-obra-de-Jose-Luis-Villegas-Moreno.pdf>.
- Luis Cosculluela Montaner y Manuel López Benítez en «*Derecho Público Económico*», (pp. 76 y siguientes), Madrid, Editorial Iustel, 2da edición, 2009.
- León Duguit. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado* [Traducción de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén (pp. 235-236), Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1975.

¹⁷ Ver: Heinz, Lampert, *El Orden Económico y Social de la República Federal de Alemania*, op.cit., pp. 98- 99.

Carlos Escarrá Malavé, *La Planificación de la Ordenación del Territorio. Las Contribuciones por Mejoras y la Propiedad Privada*, (pp. 21-22), Caracas, edición del autor, s/f.

José Ignacio Hernández «Reflexiones sobre la reforma de la Constitución Económica» (pp. 151-176), en: *Temas Constitucionales. Planteamientos ante una eventual reforma*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2007.

José Luis Villegas Moreno, «El derecho de propiedad en la Constitución de 1999» (pp. 565-582), en: *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas/Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. II.

*El rol de las instituciones a la luz de la Teoría de la Opción Pública y del Análisis Económico del Derecho**

Nasly Ustáriz Forero**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-143-172

Resumen: El presente trabajo busca profundizar en la línea de investigación multidisciplinaria que he venido adelantando, primero explorando el nexo entre Economía y Derecho, que ahora se amplía hacia el **Análisis Económico del Derecho, e incorpora también el examen institucional que podemos derivar de la Teoría de la Elección Pública (Public Choice)**. Todo ello con la finalidad de entender la relevancia de las instituciones, entre ellas los contratos, así como el rol institucional de nuestra ciencia jurídica en la procura de desarrollo, cooperación y prosperidad.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, Teoría de la Elección Pública, instituciones, contratos, autonomía de la voluntad.

The role of institutions in the light of the Public Choice and the Law & Economics

Abstract: *This paper seeks to deepen the line of multidisciplinary research that I have been advancing, first exploring the link between Economics and Law, which is now broadened towards the Economic Analysis of Law (Law & Economics), and also incorporates the institutional examination that we can derive from the Public Choice. All this in order to understand the relevance of institutions, including contracts, and the role of our legal science in the pursuit of development, cooperation and prosperity.*

Keywords: *Law & Economics, Public Choice, formal and informal institutions, contracts, free will.*

Recibido: 28/05/2023

Aprobado: 29/06/2023

* Muchas de las nociones y opiniones expresadas en este artículo han sido tomadas del material para la preparación de las clases a las que he sido invitada por la profesora y economista Marelyn Mayen en la asignatura “Public Choice” que dicta en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. A ella, a esa casa y a sus alumnos mil gracias por su acogida.

** Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), Universidad Central de Venezuela. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. ustariznasly@gmail.com.

*El rol de las instituciones a la luz de la Teoría de la Opción Pública y del Análisis Económico del Derecho**

Nasly Ustáriz Forero**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-143-172

“En un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerarse inmoral”

Richard A. Posner

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Nociones iniciales: Estableciendo el territorio común. 2. Economía y Derecho. El Análisis Económico del Derecho. 3. El Papel de las Instituciones y la Teoría de la Opción Pública. 4. Breve Referencia al Modelo Constitucional y Constituyente Implantado en Venezuela por el Chavismo. 4.1. Proceso de Publicación de la Constitución Venezolana de 1999. 4.2. El Método Constituyente. Un “aporte” del Chavismo para la América Hispana.* A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo mi línea de investigación se ha venido decantando por una mirada multidisciplinaria ante los problemas que el Derecho enfrenta, en especial en momentos de clara convulsión como los actuales. Nuestra “vieja ciencia jurídica”, en concreto la rama comercial a la que me dedico, debe tener aún algo que decir, algo que aportar, y no sólo en cuanto a observar de cerca los complejos procesos sociales, pese a la característica de cambio constante propia de los tiempos que corren, sino, y

* Muchas de las nociones y opiniones expresadas en este artículo han sido tomadas del material para la preparación de las clases a las que he sido invitada por la profesora y economista Marelyn Mayen en la asignatura “Public Choice” que dicta en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. A ella, a esa casa y a sus alumnos mil gracias por su acogida.

** Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), Universidad Central de Venezuela. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. ustariznasly@gmail.com.

más importante aún, contribuir en la búsqueda del desarrollo y la prosperidad¹. Pero el cambio constante no ocurre de manera aislada, pues también mutan las decisiones de los individuos que conforman la sociedad. Como han sostenido Wieland y Garrigues, entre otros, el campo de aplicación del Derecho cobra verdadero sentido si se logra profundizar en las causas que han determinado, a través de distintos períodos históricos “una concreta y cambiante realidad económica”².

En esta misma línea de pensamiento hemos sostenido que una visión de la sociedad a partir del individuo, tal y como fuera estudiado por las escuelas escocesa y austriaca, sólo puede llevarnos a la conclusión de que la interacción humana tiene aspectos económicos a la par que evidentes aspectos jurídicos, y es la base de la creación de instituciones que canalizan la cooperación y la convivencia³, como se ve con claridad en el caso de la empresa⁴. Esta visión interdisciplinaria me ha permitido desde hace un tiempo, explorar las relaciones entre diversas ciencias sociales, en particular las que se plantean entre Derecho y Economía.

En concreto, ese intento lo hemos dirigido recientemente a plantear la idea de que, dentro de las ramas del Derecho, es justo nuestra disciplina mercantil la que mejor estaría encargada de recoger, y en lo posible, servirse del dinamismo, las reglas y los fundamentos propios de la Economía para cumplir sus fines y cometidos. La idea postulada es que el Derecho mercantil sería a mi juicio, la expresión más acabada de esa conexión entre ambas ciencias⁵.

¹ Como bien señala el profesor peruano Alfredo Bullard, a quien seguiremos en parte de estas reflexiones: “Reglas claras, jueces honestos y normas predecibles no sólo tienen que ver con bienestar individual, sino con el bienestar agregado. Hoy sabemos que «el mal Derecho» nos cuesta varios puntos en el crecimiento del PBI y reduce la inversión. Hoy sabemos que «el mal Derecho» no sólo genera injusticia, sino además subdesarrollo”. Alfredo Bullard González, *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales* (Lima: Palestra Editores, 2006, prefacio a la 1ª edición): 34.

² Wieland y Garrigues ambos citados por Manuel Broseta Pont, en *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil* (Madrid: Edit. Tecnos, 1965): 25.

³ Una de las acepciones de *Derecho económico*, de hecho, se basa en la idea de que el Derecho estaría penetrado de manera intensa por el aspecto económico, por lo cual, así concebido, el Derecho económico “es pues, el motor de las transformaciones del Derecho”. Cfr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico I* (Madrid: La Ley, 1991): 22.

⁴ Recordamos en este punto las enseñanzas de nuestro inolvidable maestro, Alfredo Morles Hernández, para quien la empresa y el empresario se han erigido como los centros de estudio del nuevo Derecho mercantil. Así lo afirma, al comentar la situación expuesta por la doctrina española, en la que muchos de sus exponentes “*aceptan la noción [la de empresa] como delimitadora de la materia mercantil...*”. En fin, compara la situación española con la venezolana cuando concluye: “*Algo similar podría afirmarse respecto a Venezuela: el Derecho mercantil positivo sigue girando en torno del acto de comercio y del comerciante, pero el Derecho mercantil de la realidad es el derecho del empresario y de la empresa*”. Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998): 214.

⁵ Cfr. Nasly Ustáriz Forero, “El Derecho mercantil como la manifestación más acabada del nexo entre derecho y economía”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 9 (2022): 22-37.

Con este trabajo quisiéramos dar un paso más en esa misma ruta, proponiendo una suerte de reflexión tripartita, cuyo alcance me propongo explicar a continuación. No obstante, y por el momento, me permito destacar que en su décima edición, el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, ha decidido dedicar un merecido homenaje a la obra del profesor Hugo Mármol Marqués, profesor de tantos abogados egresados de distintas universidades y autor de libros que constituyen parte de los “Fundamentos” de la especialidad. En este marco, retomo una vez más la vía multidisciplinaria, por cuanto considero que es del todo cónsona con los principios de nuestra disciplina comercial.

1. Nociones iniciales: Estableciendo el territorio común

En primer lugar, para acometer la tarea tripartita propuesta, hemos de incursionar en otra disciplina estrechamente vinculada, incluso conformada a partir del Derecho y de la Economía, como es el Análisis Económico del Derecho⁶, dada su evidente conexión con los tópicos que nos ocupan.

La vertiente que quisiera exponer nos permitiría enfatizar en el rol del individuo y volver a poner en relieve el ámbito privado, tan invadido, tan secuestrado por el Derecho público. A pesar de que las ideas contrarias son las dominantes, me atrevo a proponer una renovada puesta en valor de la autonomía de la voluntad y de la propiedad privada dada su enorme importancia para la vida humana en libertad, no sólo desde el punto de vista de la eficacia y el pragmatismo que les son propios, sino más allá, desde una perspectiva ética, basada en aquella famosa “razón que calcula” que debemos al pensamiento de Hobbes. Consideremos, por lo demás que la doctrina clásica ha estructurado toda la Teoría General del Contrato, en torno a la figura de la voluntad, como afirma la profesora Claudia Madrid⁷, para así calibrar con más precisión la importancia de este enfoque.

Creemos de interés proponer esta visión, puesto que puede concebirse al Análisis Económico del Derecho como una herramienta que sin apartar de la reflexión jurídica la relevancia de sus instituciones y fines propios, se sirve del desarrollo teórico de la Economía (como el conjunto de principios teóricos universales basados en la acción humana), para así sistematizar el estudio del proceso de intercambio del mercado⁸. La fuerza y el empuje imprimidos por el análisis económico nos permitirá ir avanzando hacia una forma más abierta de repensar el Derecho, calibrando el costo de perdernos

⁶ De hecho, la corriente es conocida y usualmente citada en lengua inglesa bajo el nombre de *Law & Economics*.

⁷ Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”, *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29 (2012): 105-140.

⁸ Bullard González, *Derecho y Economía*...,41.

exclusivamente en lo colectivo, dejando de lado el hecho de que las decisiones individuales de cada uno de nosotros⁹ pueden ser, de hecho, un gran propulsor del bienestar y coadyuvar en la tarea de ponerlo a nuestro alcance.

Por último, y para que avanzar aún más en este recorrido que habíamos propuesto como triple, nos faltaría agregar las reflexiones propias de otra *subdisciplina* estrechamente vinculada con las anteriores, al menos bajo la mirada que propongo, a la que se reconoce en los ámbitos económicos como el **Public Choice**, o bien la **Teoría de la Elección u Opción Pública** que son las formas más comunes de referirse a esta relativamente nueva área del conocimiento o *programa de investigación*, como prefirió catalogarlo en sus inicios el profesor James Buchanan¹⁰. Esta propuesta nace del entendimiento de que existen una serie de afinidades entre el proceso de mercado y los enfoques propios de la llamada elección u opción pública.

Siguiendo entonces la ruta marcada por el profesor Buchanan como pionero, diremos, para introducir el tema, que la elección pública, el *Public Choice* en sus orígenes se caracterizó por un marcado distanciamiento del modelo de acción colectiva emanado de la idea del “Estado orgánico”, proponiendo encauzarse hacia un modelo individualista, según lo habían explicado el mismo Buchanan junto con el profesor Tullock¹¹, en su conocida obra *El Cálculo del Consentimiento*. Así, para la teoría de la elección pública:

el gobierno no es una entidad colectiva ni un instrumento de las clases dominantes, sino un vehículo o “máquina” mediante el cual los individuos eligen actuar en concierto uns con otros con el fin de producir bienes colectivos. Además, al elegir colectivamente, los individuos no tienen menos interés en sí mismos que en sus elecciones privadas (Olson 1965: 101). De modo que la elección pública comienza como el estudio de los agentes políticos utilizando el supuesto de comportamiento convencional del interés propio individual que se encuentra en el estudio de los agentes económicos¹².

⁹ El inimitable escritor argentino, Jorge Luis Borges solía despedirse de sus alumnos y audiencia al concluir alguna de sus conferencias y charlas con una frase que no pude más que ceder a la tentación de copiar aquí: «me despido de cada uno de ustedes y no digo todos porque *todos* es una abstracción mientras que *cada uno* es una realidad». En la misma línea, el gran Ortega y Gasset afirmó “Hay dos formas de vida humana, una, la auténtica, que es la vida individual, la que le pasa a alguien y a alguien determinado, a un sujeto consciente y responsable; otra, la vida de la gente, de la sociedad, la vida colectiva que no le pasa a nadie determinado, de que nadie es responsable.” citado por Alberto Benegas Lynch (h), *Las Oligarquías Reinantes. Discurso Sobre el Doble Discurso* (Buenos Aires: Unión Editorial, 2018), 45.

¹⁰ Debemos al genio de Buchanan, en conjunto con otros economistas, esta iniciativa que ahora conocemos como *Public Choice* la cual, en sus orígenes, se negó a calificar como una disciplina, incluso como una subdisciplina, con la finalidad de imponer límites precisos al dominio de la investigación. Así ha afirmado en su estudio sobre la “Génesis y Desarrollo de un Programa de Investigación” emprendido en la *George Mason University*, lo siguiente: “Desde una perspectiva cronológica, este programa se vincula a medio siglo durante el cual se ha creado, desarrollado y madurado. Aunque hubo precursores, podemos fechar los orígenes de la elección pública a mediados del siglo XX”. Cfr. James M. Buchanan, “Public Choice: The Origins and Development of a Research Program” [Traducción: Mario Piñera], *RAE Revista Asturiana de Economía*, N° 33 (2005): 203-221.

¹¹ Peter J. Boettke y Edward J. López, “Economía Austriaca y Elección Pública”, *The Review of Austrian Economics*, 2(3) (2002): 112.

¹² Boettke y López, *Economía...*, 112-113.

Siguiendo lo que nos explican Boettke y López¹³, en un sentido fundamental, la Teoría de la Elección Pública se refiere a la aplicación de la forma de pensar económica para estudiar el proceso político. Consideremos que la forma económica de pensar se ocupa de la toma de decisiones individuales y de las relaciones de intercambio en una variedad de entornos sociales.

Recapitulando en lo dicho hasta hora, y volviendo a las enseñanzas del profesor Bullard, para poder amalgamar con alguna coherencia lo que nos proponemos, si consideramos que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la Economía resulta bastante evidente, como ya hemos afirmado en otro lugar¹⁴. También hemos sostenido que en un sentido último, el fenómeno jurídico se enfrenta a la comprensión de la conducta humana, en contextos diversos¹⁵.

Entonces, si la materia prima del Derecho es la conducta humana, y si lo que se pretende es regular dicha conducta, la capacidad de predecirla se transforma en una herramienta muy eficaz para tales propósitos. Saber el posible impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura de los individuos permite aproximar al Derecho a la realidad, de la que, muchas veces se le ha acusado de estar distanciado.

Ya dentro del marco formal que constituye cualquier ordenamiento jurídico bajo los cánones occidentales, conviene destacar en este punto la noción según la cual la Constitución asume el rol de norma suprema de un Estado o *Superley* al entenderse como la norma que es superior a todas las demás. Esta noción nos será útil en el desarrollo posterior de este trabajo, en especial si en virtud de esta característica, el texto constitucional deviene en la norma de más difícil y costosa posibilidad de reforma.

Entonces, nos encontramos aquí en un centro de confluencia con numerosos puntos de contacto entre las tres disciplinas enumeradas: la política, la jurídica y la económica. Por ello, proponemos pensar en ellas como una suerte de triángulo en cuya base ubicaríamos a la Economía, porque es la ciencia que va a prestar sus fundamentos, sus herramientas, sus principios teóricos para pensar en soluciones que amplíen el horizonte en las otras dos disciplinas¹⁶. Como decíamos al inicio de estas ideas, de lo que se

¹³ Boettke y López, *Economía...*, 111.

¹⁴ Ustáriz Forero, *El Derecho mercantil...*, 22-37.

¹⁵ Hemos seguido en este punto las enseñanzas de Cossio, citado en Enrique Aftalion, José Vilanova, y Julio Raffo, *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999): 353-354.

¹⁶ No en balde el mismo profesor Bullard, en su trabajo ya citado, se ha encargado de resaltar que a la Economía se le conoce como la «reina de las ciencias sociales». Tal apelativo lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos; con ello, en criterio del profesor, que compartimos, ha logrado explicar mejor el mundo real, a pesar de que, paradójicamente, estén simplificando dicha realidad, Bullard González, *Derecho y Economía...*, 74.

trata es de aplicar la forma de pensar y de resolución de problemas propias de la Economía, no sólo al estudio del proceso político, sino también al examen (y predicción) de las conductas humanas que el Derecho, en principio, estaría encargado de regular.

Recordemos también en este punto, como han sostenido Boettke y López, que podríamos calificar a Mises como el primer académico en defender una unificación de las ciencias sociales mediante un modelo común de elección racional. También postulan por reconocer a Hayek como uno de los precursores de la economía de la política, así como de la economía política constitucional, tal como se aprecia en *Camino de la Servidumbre* (1945) y en *La Constitución de la Libertad* (1960). Finalmente, no olvidemos la contribución de Buchanan y Tullock a la economía política moderna, según expusimos, porque también se ocupan de estos temas: elección racional, cataláctica o intercambio¹⁷ y construcción constitucional¹⁸.

Consideremos además, para redondear estas ideas, que cuando hablamos de conductas humanas se observa que tanto los actores políticos en particular, como los sujetos de derecho en general, somos siempre y en última instancia los individuos, y ambos enfoques persiguen, por supuesto, entender y predecir esas conductas de los individuos.

Adentrándonos un poco más, diremos que, entre todos aquellos campos en los que el *Public Choice* o elección pública ha puesto su atención, es el de las instituciones el que ha ido cobrando relevancia creciente, toda vez que un marco institucional confiable y sólido se erige como la plataforma indispensable para que los individuos puedan organizarse de manera tal que les permita incorporar a su vida las ganancias que generan la especialización y la división del trabajo.

Por su parte, en el campo del Análisis Económico del Derecho ha tomado principalísima relevancia el estudio, tanto en forma conjunta como por separado, de aquellas instituciones jurídicas que conforman la base sobre la que los seres humanos concentramos el esfuerzo de nuestra actividad y en las que focalizamos nuestra atención. En la cúspide de estas instituciones formales, como ya mencionamos, está la Constitución, toda vez que a través de sus disposiciones se supone que las personas acordamos una especie de *carta de naturaleza*, de macrotexto organizativo de la vida social y en el que se rige al Estado, regulando la relación de los poderes públicos entre sí y entre éstos y

¹⁷ Para una visión del enfoque austríaco en el análisis de las implicaciones formales de la acción humana y de la praxeología como método propio de la Escuela Austríaca de Economía, véase Andrea Rondón García, «¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8 (2022): 89-100.

¹⁸ Boettke y López, *Economía...*, 112.

sus ciudadanos¹⁹. El magno texto también establece los derechos fundamentales de las personas, así como sus libertades.

Es en este último punto relativo a las instituciones, cuando de libertad y autonomía individuales se trata, donde cobra relevancia la comprensión de que los contratos de todo género constituyen un aspecto fundamental del marco institucional, en cuyo examen y eficacia como instituto confluye todo el sistema. Ello debido a que los contratos son la forma en que los términos de los intercambios se expresan.

La interconexión entre estas nociones que se entrelazan ha sido lúcidamente destacada por el profesor North, cuando ha afirmado:

Los mercados efectivos son una consecuencia de las instituciones que proveen maneras de bajo costo para medir y hacer cumplir contratos. Este resultado es logrado por medio de reglas que promueven la eficiencia en la adaptación, con restricciones complementarias e informales, y por el cumplimiento efectivo²⁰.

La cita precedente resume a mi entender, de manera simple y clara esa conexión entre la Teoría de la Elección Pública y el Análisis Económico del Derecho, entendidos como herramientas de análisis de los procesos de mercado, así como el rol crucial de las instituciones en todo el proceso; o dicho en otra forma, son instrumentos que nos permiten comprender la relevancia del marco institucional para ampliar y profundizar en los acuerdos y contratos que forman la trama del tejido social de nuestro mundo de especialización. Se trata pues de aproximarnos a estos fenómenos complejos con una mirada interdisciplinaria, que, como ya apuntamos, es propia también de la Escuela de Economía Austríaca.

2. Economía y Derecho. El Análisis Económico del Derecho

La relación entre Derecho y Economía ha sido explorada y repasada desde el enfoque clásico de esta última disciplina. Ya hemos tenido ocasión de referirnos en el trabajo antes citado a esa génesis común entre ambos saberes, recordando que los primeros autores en Economía mostraban una intención filosófica de evidente vinculación con el Derecho. En este vínculo destacábamos, a modo de ejemplo, la importancia que el Derecho ha concedido desde siempre a la regulación del derecho de propiedad.

¹⁹ Así es para Gabriel L. Negretto, *La Política del Cambio Constitucional en América Latina* (México: Fondo de Cultura Económica, 2015): 13.

²⁰ Douglass C. North, *Instituciones, Ideología y Desempeño Económico* (Instituto Cato, 2003), <https://www.elcato.org/instituciones-ideologia-y-desempeno-economico>.

Dejando atrás aquel momento inicial, entre los diferentes enfoques existentes hemos examinado dos puntos de vista²¹: el primero, bastante obvio desde su misma denominación, relativo al campo del Derecho económico o Derecho de la Economía; el segundo, uno menos evidente, que nos permite pensar en otra forma, una más abierta de aproximarse al Derecho a través de la raíz común que ofrece la praxeología como ciencia de la acción humana²², pese a que dicho enfoque no sea el más usual, ni cuente con un desarrollo teórico de la misma profundidad y alcances que existe en el campo económico, tal como hemos recogido de las enseñanzas del profesor argentino Ricardo Rojas²³.

Asimismo, hemos expuesto nuestra tesis respecto de que tal condición inusual, o bien esa falta de desarrollo de la segunda visión propuesta se deba, probablemente, a la idea tan presente y hasta incontrovertida para muchos, de que las normas jurídicas emanan -sólo pueden emanar- de un ente investido de autoridad y, por ende, percibido como superior, como sugería la definición clásica²⁴. Pero, debemos dejar muy claro que no es esa la noción que proponemos con este trabajo y con la línea de investigación que adelantamos, pues como ya hemos sostenido, entendemos que el fenómeno jurídico debe encarar más bien la comprensión de la conducta humana. Sobre la base de la fusión que involucra la noción misma del Análisis Económico del Derecho, es que sustentamos nuestra visión, y en la que hemos enfocado este trabajo.

Lo cierto es que habiendo establecido precisamente la relevancia que en el Derecho se le confiere a la conducta humana, a la intencionalidad de los individuos, incluso con independencia de la concepción adoptada, queda claro que éste sea el enfoque escogido, ya que el individualismo metodológico, sobre la base de un modelo de elección racional, se encuentra de lleno tanto en el campo de acción de La Teoría de la Elección Pública como en el de la Escuela de Economía Austríaca²⁵.

²¹ Algunos de los conceptos que aquí exponemos han sido tomados de nuestro trabajo ya citado: Ustáriz Forero, *El Derecho mercantil...*, especialmente pp. 26-35.

²² A Ludwig von Mises le debemos el desarrollo de un fecundo trabajo que nos permite situar los problemas económicos dentro del amplio marco de la teoría general de la acción humana.

²³ Ricardo Manuel Rojas, "Fundamentos Praxeológicos del Derecho", *Revista de Estudios sobre Justicia, Derecho y Economía (RJDE)*, N° 2 (2015).

²⁴ "Derecho es la recta ordenación de las relaciones sociales, mediante un sistema racional de normas de conducta declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica". Luis María Olaso, *Curso de Introducción al Derecho. Tomo I* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2017): 9.

²⁵ Afirman Boettke y López que tanto los economistas de procesos de mercado como los de elección pública comienzan con el individualismo metodológico: Los austriacos desarrollaron su individualismo metodológico dentro de su debate con la Escuela Histórica Alemana; la Teoría de la Elección Pública, por su parte, desarrolló su enfoque como un desafío a las teorías de interés público sobre la formulación de políticas gubernamentales. También encuentran similitudes en el hecho mismo de que Buchanan y Tullock hayan utilizado el término "praxeológico" para describir su enfoque general. Boettke y López, *Economía...*, 112-113.

Entonces, desde la perspectiva interdisciplinaria y a la vez unificadora en el campo de las ciencias sociales que nos hemos propuesto, si se indaga en otras tesis que nos propongan un enfoque diferente, aunque cónsono con la génesis común entre Derecho y Economía, podemos encontrar posiciones doctrinales más liberales²⁶ que han propuesto definiciones del Derecho con sentido pleno en los requerimientos de la naturaleza humana.

Así se les ha conferido a las normas un **contenido negativo** que las explica no como la imposición a los individuos de realizar determinadas conductas (“*Recta ordenación de las relaciones sociales*”), sino como la prohibición de realizar ciertos actos que, en definitiva, impliquen violar derechos ajenos²⁷. En su relación con el proceso económico, se entiende al Derecho como un conjunto de reglas de juego que establecen el marco dentro del cual se llevan a cabo los intercambios económicos. No obstante ello, si se estudia a la sociedad desde postulados praxeológicos como propone el profesor Rojas, “*el derecho debería ser considerado como parte integrante del proceso de mercado, como uno de sus aspectos, y no como algo distinto*”²⁸.

En este punto, consideramos inestimable el aporte de Ronald Coase, para quien existiría una suerte de “equiparidad” entre un mercado de bienes y un mercado de valores: en ambos casos hay competencia entre intereses o estimaciones contradictorios y también, en ambos casos, la verdad no es estática, dogmática, sino que se alcanza dinámicamente —y siempre en forma provisional— como resultado de una permanente búsqueda comparativa.

El problema con este lúcido enfoque es que, como bien apunta el profesor Bullard, la gran mayoría de la gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del Análisis Económico del Derecho (AED). A los efectos de este trabajo podemos explicarlo brevemente citando al catedrático peruano:

En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice CALABRESI, desperdiciar, en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines²⁹.

²⁶ En este punto, en la búsqueda de esas posiciones doctrinales más liberales, es menester mencionar los esfuerzos por establecer un campo de estudio que destaca las semejanzas e identidades entre la Escuela Austríaca y la Teoría de la Elección Pública. Es el caso de Peter J. Boettke, y Edward J. López, en la obra citada supra (1), que se corresponde a un número especial de *The Review of Austrian Economics*.

²⁷ Ricardo Manuel Rojas, “El orden jurídico espontáneo”, *Libertas*, N° 13 (1990): 194-196.

²⁸ Rojas, *Fundamentos...*, 22.

²⁹ Bullard González, *Derecho y Economía...*, 43.

En esto consiste eso que me atrevo a calificar como la simple belleza del Análisis Económico del Derecho: es una herramienta que sin apartar del análisis jurídico la relevancia de las instituciones y fines que le son propios, se sirve de todo el dilatado desarrollo teórico formulado por los estudiosos de la Economía, que ha logrado establecer un conjunto de principios teóricos universales basados en la acción humana, lo que ha permitido sistematizar el estudio del proceso de intercambio del mercado (Cataláctica). Dado que la forma económica de pensar se ocupa de la toma de decisiones individuales y de las relaciones de intercambio en una variedad de entornos sociales, de lo que se trata, en el fondo, es de repensar el Derecho de una manera más abierta, menos abstracta, lo que, a no dudarlo, es algo positivo.

Me voy a permitir en este punto una digresión: escogí apelar a la “belleza” del Análisis Económico del Derecho en el párrafo precedente, aun calificándolo de herramienta, y no a su clara utilidad, con la deliberada intención de apartarme un poco del enfoque pragmático al uso. Con ello pretendo cumplir un objetivo que quiero hacer explícito: si la propuesta consiste en impulsar la idea de repensar el Derecho mediante el Análisis Económico del Derecho, entendido aquél como institución formal de gran relevancia para la vida y la prosperidad de los individuos y, en última instancia, de un país (o cómo fórmula de erosionarlas), no creo conveniente que la argumentación se fundamente sólo en la solvencia científica y práctica. Ni siquiera con ese marco analítico tan sofisticado que es capaz de traducir (simplificar) la conducta humana en modelos y que sin duda proporcionan fuerza y coherencia a cualquier argumento, me parece suficiente o conveniente.

En el capítulo que sigue, cuando examinemos el marco institucional, veremos que no sólo allí, no sólo en las instituciones formales – y el Derecho, es parte de ellas – se moldea el desempeño económico, sino que éste va de la mano con la ideología. Más aún, considero que, bien entendida la tesis institucionalista, la ideología adecuadamente expuesta esculpe a las instituciones informales, hasta configurarlas de cierta manera que el marco formal institucional por sí solo es incapaz de efectuar. Y si las ideas, las costumbres, las percepciones son tan relevantes como postulamos, con apoyo de la doctrina, no podemos limitarnos a esgrimir el buen funcionamiento de un instituto como su única razón de ser, incluso de prevalecer, porque entiendo que con ello empobrecemos el análisis, pues se carecería de un ideal, de un principio motivador.

Acudo aquí nuevamente a la reflexión de Buchanan, contenida en su *paper* clásico sobre salvar el alma del liberalismo, “*Los libros y las ideas son necesarios, pero no son suficientes, por su propia cuenta, para asegurar la viabilidad de nuestra filosofía. No, el problema está en la presentación de las ideas*”³⁰.

Y entonces, lo que es interesante del Análisis Económico del Derecho, no va sólo por el lado utilitario, pues como sostiene el mismo Bullard, no se trata meramente de

un análisis patrimonial o monetario, sino quizá tiene que ver, al menos en una primera aproximación, con esa relación compleja y tortuosa que solemos tener con el dinero; o más bien, con la asimilación automática entre costo y dinero: se suele entender, cuando hablamos de “costo”, que se refiere a que algo *cuesta dinero*, lo cual no siempre ni necesariamente es cierto³¹. A este respecto, se expresa claramente el profesor peruano cuando afirma que “*Cuando uno habla de un análisis costo-beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar, y malestar. Lo que hace el AED es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos*”.

La reflexión anterior le permitió aseverar, como lo demuestran los trabajos de Gary Becker³², que es posible analizar con las herramientas del Análisis Económico del Derecho casi cualquier conducta.

Podemos concluir este apartado de nuestro trabajo con la referencia que hace Fernando de Trazegnies en el prólogo de la obra del mismo profesor Bullard:

El análisis económico, como lo practica BULLARD, nos ayuda a quedarnos con los pies en la tierra, a no despegarnos como globos aerostáticos que se entusiasman con las elucubraciones jurídicas y pronto pierden de vista el suelo en el que nacieron y donde están destinados a actuar, es decir, donde deben resolver los problemas³³.

3. El Papel de las Instituciones y la Teoría de la Opción Pública

Cuando se habla de instituciones aludimos a las reglas y costumbres del juego social, o más formalmente, siguiendo a North³⁴, son restricciones creadas por las propias personas para dar forma a la interacción humana. De esta manera estructuran incentivos en el intercambio, ya sea político, social o económico³⁵.

³⁰ James Buchanan, *Salvando el Alma del Liberalismo Clásico* [Traducido por Constantino Díaz-Durán] (Instituto Cato, 2004), <https://www.elcato.org/salvando-el-alma-del-liberalismo-clasico>.

³¹ Pensemos en este punto en el “costo” que representa el esfuerzo en tiempo y recursos no monetarios, por ejemplo, de dedicarse al estudio de una carrera, de un máster o postgrado. O lo que “cuesta” el cuidado y mantenimiento de cualquier relación de afecto (un hijo, por ejemplo), en términos de desgaste, de desvelos, de expectativas.

³² Ver por ejemplo Gary Becker, “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española*, N° 554 (1990): 11-18.

³³ Bullard González. *Derecho y Economía ...*, prólogo por Fernando de Trazegnies, p. 20.

³⁴ North, *Instituciones...*

³⁵ El mismo Fernando de Trazegnies en el prólogo de *Derecho y Economía* ya citado reflexionaba sobre la moral del mercado postulando que si consideramos el mercado como el mejor sistema para maximizar nuestros intereses, tenemos que salvar al mercado de esos propios deseos maximizadores. La idea por él expuesta se basa en desarrollar una cultura de mercado que nos haga “internalizar la idea de que es necesario calcular la mejor forma de realizar nuestros objetivos propios; y ese cálculo nos dice que para lograr mejor tales objetivos individuales tenemos que crear una sociedad que limite de alguna manera nuestro poder o capacidad de acción. Lo «privado salvaje», que busca simplemente en forma alocada los objetivos individuales, se engaña creyendo que actuando sin referencia alguna obtendrá un beneficio por encima de

También podemos acudir aquí, porque nos será de utilidad, a la descripción propuesta por el profesor Juan Sebastián Landoni, quien al redactar su ensayo sobre el pensamiento de Elinor Ostrom, dibuja a las instituciones como “sistemas de reglas que incentivan determinadas conductas de los individuos que interactúan en sociedad”³⁶, o en las propias palabras de la profesora ganadora del premio nóbel³⁷: “*Prescriptions refer to which actions (or states of the world) are required, prohibited or permitted*”³⁸. Bajo este enfoque, Landoni concluye señalando que:

Mientras algunas reglas facilitan la cooperación y aumentan la productividad tanto individual como media, otras impiden las relaciones pacíficas y productivas. Determinadas reglas disminuyen incertidumbre y hacen posible alinear expectativas, otras promueven lo contrario. Existen reglas formales como constituciones y códigos legales e instituciones informales como tabúes o códigos de conducta. Algunas normas surgen de procesos formales de toma de decisiones, mientras que otras emergen de la interacción espontánea³⁹.

Por su parte, el argumento central del profesor North en el trabajo que hemos citado, se concreta en la afirmación de que las instituciones, junto con la ideología, dan forma al desempeño económico, debido a que son ellas las que determinan los costos de transacción y de producción. Este planteamiento no es nuevo en su discurso, puesto que había hecho expresa mención a él previamente, en un ensayo del año 1986, tomando como punto de partida las ideas del inmenso Ronald Coase para quien “*La moderna economía institucional debería estudiar al hombre tal como este es, actuando dentro de las restricciones impuestas por las instituciones reales*”⁴⁰.

North iniciaba aquel ensayo previo citando a Coase y, a partir de allí, se planteaba un conjunto de reflexiones con el fin de delimitar el territorio propio de esa “nueva” corriente institucionalista y el conjunto de alternativas de que dispone, para contraponerlas con los postulados de la teoría neoclásica tradicional⁴¹.

los otros; en realidad, termina creando una pérdida o una situación insatisfactoria para todos”: 20-21.

³⁶ Juan Sebastián Landoni, “Elinor Ostrom y el gobierno de los recursos de uso común. Entre una primera aproximación y el problema de la naturaleza humana”, *Revista Libertas, Segunda Época* (2015): 175.

³⁷ Elinor Ostrom junto con su marido Vincent Ostrom se consideran como los referentes principales de la *Bloomington School de la Universidad de Indiana*. Proviene pues, de la ciencia política, dentro de un marco general de disciplinas diferentes y complementarias a la vez: la economía y la política. Ello nos permite alinear nuestro propósito interdisciplinario con su enfoque y visión.

³⁸ “Prescripciones referidas a qué acciones (o estados del mundo) son requeridos, prohibidos o permitidos” (Traducción propia). Elinor Ostrom, *El Gobierno de los Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000): 5.

³⁹ Cabe destacar que las premisas básicas del Derecho mercantil, su énfasis en la regla consuetudinaria, en la autonomía de la voluntad lo emparentan cercanamente, a mi modo de ver, con el Análisis Económico del Derecho.

⁴⁰ Ronald Coase, “El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas”, *Revista Estudios Privados*, Año 1, N° 1 (1974): 123-128.

⁴¹ Douglass C. North, “La Nueva Economía Institucional”, *Revista Libertas* 12 (1990).

Con el fin de no exceder los límites propios de este ensayo, diremos que, a nuestros fines, lo relevante del estudio de North, pionero en las ideas que hemos venido analizando, es que se entiende a esa *nueva* economía institucional, básicamente como un **estudio contractual**, tanto en el ámbito político como en el económico, lo que según el profesor de Washington:

provee un puente entre teoría y observación. En el mundo real, los contratos específicos incluidos en casos legales, reglas de decisión política y derechos de propiedad son los ladrillos básicos, esto es, son el conjunto de observaciones que pueden someterse a análisis. La teoría utiliza estas observaciones para proveer una comprensión de los procedimientos institucionales y un análisis del cambio institucional⁴².

Bajo este enfoque, retomemos la investigación pionera con la que abríamos este capítulo del trabajo, puesto que en ella North ha enumerado cuatro variables principales que, a su juicio, determinan el costo de las transacciones en el intercambio:

- i. la primera refiere al **costo de medición** de los atributos que son más valiosos respecto de los bienes y servicios o el desempeño de los agentes en el intercambio. Dado que los derechos de propiedad consisten en un puñado de derechos y que no podemos medir de forma precisa los atributos más valiosos de los derechos que se intercambian, la consecuencia será que los costos de transacción y las incertidumbres asociadas con las transacciones crecen dramáticamente;
- ii. la segunda variable es el **tamaño del mercado**, lo cual determina si se lleva a cabo un intercambio personal o impersonal. En el intercambio personal, los lazos familiares, las amistades, la lealtad personal y la repetición en las transacciones jugarán un papel en la constricción de los participantes y reducirán la necesidad de especificaciones y ejecuciones costosas. En contraste, en el intercambio impersonal, nada parecería restringir a los participantes de aprovecharse los unos de los otros, según observa North. De este modo, el costo de hacer contratos se incrementa con la necesidad de especificaciones más elaboradas de los derechos intercambiados;
- iii. la tercera variable que enumera North es el **cumplimiento**, y con ello alude al ideal de un mundo de cumplimiento perfecto, en el cual un tercero evaluaría de manera imparcial (y sin costo) las disputas y otorgaría compensaciones a la parte afectada cuando hubiese una violación del contrato. Pero, como es bien sabido, ese mundo ideal no existe, lo que en la práctica ha llevado al desarrollo de un sistema contractual de gran complejidad, que en sí mismo, hace parte de esos

⁴² North, *La Nueva Economía...*

costos de transacción asociados a los intercambios, pero que ha devenido en un requerimiento esencial en una sociedad de especialización como la actual, y en una forma de interpretar el bienestar social;

iv. Ideología y percepciones.

Bajo el supuesto neoclásico de maximización del ingreso, las tres primeras variables que hemos enumerado siguiendo a North, bastarían para determinar el costo del intercambio. Pero lo cierto es que ello no es suficiente, y que el pensamiento neoclásico, ha sido superado como expusimos al inicio. Entonces, como sostiene el profesor North, es difícil de imaginar que una organización y un intercambio complejos fuesen posibles, si aquél fuera el panorama de la conducta humana, porque los costos de hacer cumplir y dar seguimiento a acuerdos y contratos en condiciones tan inestables hubieran impedido por completo un mundo de especialización y de división del trabajo como el que hoy disfrutamos. Y eso nos conduce al aspecto más elusivo, pero muy real de esta enumeración, por cuanto las actitudes ideológicas y las percepciones (que conforman la cuarta variable) de hecho importan y mucho. Intentaremos una sucinta aproximación práctica a esto acudiendo a la realidad venezolana con apoyo doctrinario, en el siguiente apartado de este trabajo.

Como hemos visto, la previa enumeración de cada una de esas variables permite concluir que la ideología es relevante y lo es porque, en resumidas cuentas, importa la carga con que las personas nos aproximamos a los intercambios. Eso que somos, junto con lo que estamos dispuestos a intercambiar y en qué términos, sí importa y estimo que será aún más decisivo en la medida en que la tecnología siga su desarrollo, entre otras cosas, porque el componente “calidad” o con más precisión, “satisfacción” -y con ello me refiero a las prestaciones y facilidades subjetivas- se hará cada vez menos palpable, pero no por ello, menos real.

El punto que trato de enfocar no es sólo que la medición y el cumplimiento son costosos, como ha sostenido North, sino que ambos se podrían hacer aún más elusivos -más costosos, por ende- en la medida en que la tecnología avanza. Pensemos solamente, a modo de ilustrar nuestro punto, en la distancia que existe entre la posibilidad de palpar, percibir la tonalidad exacta y hasta probarse una prenda en una tienda física, versus hacer la transacción por canales remotos. También consideremos el crecimiento de ámbitos aun inexplorados del sector terciario (servicios) que se harán posibles gracias a los avances del porvenir: en últimas, además de la ideología como cuarta variable, según North, corresponde no descuidar en el análisis, el aspecto tecnológico⁴³.

⁴³ Consideremos que para North existe un dilema fundamental de difícil resolución propio de las tensiones existentes entre la tecnología y la organización, no sólo de la economía, sino de la familia, de la comunidad, mostrando incompatibilidades

Pero, la ideología no sólo es relevante para impulsar decisiones individuales, que en su conjunto se imponen o moldean el desempeño económico, sino que juega también un rol primordial en lo que respecta a opciones políticas. El punto es que las ideas son capaces de moldear las instituciones, entendidas éstas no sólo como reglas formales, según sigue afirmando North, sino también como un conjunto de restricciones informales, y las condiciones del cumplimiento de éstas. Mientras que las reglas formales pueden cambiarse con relativa prontitud, las restricciones informales, costumbres, como su mismo nombre lo indica, están sometidas a un proceso de cambio mucho más lento, dada su propia naturaleza evolutiva. Ambas son moldeadas, en última instancia, por las percepciones subjetivas de la gente sobre el mundo que los rodea.

Entonces, si es razonable afirmar con North que las instituciones no sólo surgen, sino que evolucionan por la interacción de los individuos y que la creciente especialización y división del trabajo en la sociedad es la fuente básica de esta evolución institucional, entonces es igualmente plausible indicar que esa interacción tenderá en tal contexto, a manifestarse en forma de intercambios. Hay muchos incentivos para que así sea. Y, claro está que, dentro de tal marco institucional, los individuos forman organizaciones o suscriben contratos, deseablemente en forma voluntaria (si no hay voluntad, digamos que no se trata de un contrato), en los cuales se establecerán los términos de dichos intercambios. El problema, como veremos más adelante, es que nada garantiza que esa interacción entre los individuos va a dirigirse hacia el bienestar social, ni siquiera hacia el mantenimiento de una situación dada. Nada garantiza, como dice el profesor Acemoğlu, la deriva hacia buenas instituciones.

Es en este punto donde vemos la relevancia de los contratos como parte del marco institucional. Para Coase y siguiendo los postulados de su teorema, podemos estudiar por qué los contratos pueden ser (o no) un instituto eficiente (en términos paretianos, aunque esta idea no sea aceptada en forma unánime), sirviéndonos para ello de los postulados del Análisis Económico del Derecho.

El análisis, como ya se anticipó en la primera parte de esta investigación, persigue identificar los incentivos y motivaciones que nos mueven, lo eficiente que puede ser un contrato, pero también las situaciones en las que el esquema contractual, basado en la autonomía de la voluntad, podría resultar no apto o idóneo para enfrentarlas. De esto se ha encargado la Teoría de la Elección Pública al introducir la noción económica de **costos de transacción**. Si contratar cuesta, y en determinados casos, utilizar el mercado puede ser muy costoso (es la idea básica que subyace en el *paper* clásico de

de ciertos incentivos. Según el profesor, solo una *relativa flexibilidad* de las instituciones en Occidente es un factor de mitigación en estos problemas. En este punto considero que, aunque la rigidez tampoco constituye un valor, es conveniente ser cautos con la excesiva flexibilidad institucional.

Ronald Coase, publicado en el año 1937, “Teoría de la Firma”), habría casos en que dichos costos lleguen a impedir o cuando menos, obstaculizar, la solución contractual. En última instancia, también debe contemplarse aquí la existencia de externalidades, porque ellas generan o añaden más costos de transacción que son generados por algunos individuos, pero que no son asumidos por ellos, lo que, en sí mismo, es generador de distintas ineficiencias.

Concretamente en materia de contratos, el profesor Bullard⁴⁴ postula que los verdaderos problemas que pueden surgir respecto de ellos son dos. De un lado, puede suceder que la voluntad de contratar no sea auténtica y perfectamente informada en una de las partes, lo que significa que esa decisión no es tal, es aparente, lo cual se traduce en que no estaríamos aquí ni ante una real manifestación de voluntad, ni ante una verdadera conducta de mercado, por cuanto no constituye una demanda real. Ese es el caso de los contratantes incapaces o de aquellos en los que ha intervenido un vicio de la voluntad: error, intimidación, etc.

De otro lado, puede surgir en la ejecución del contrato un factor perturbador constituido por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una de las partes, que da lugar a la aparición de costos transaccionales no previstos; costos que distorsionan o hacen excesivamente gravosa la operación que de verdad era la causa del contrato e incluso —si ello se extiende o generaliza— podrían alterar el funcionamiento del mercado mismo. El Derecho se encarga de evitar, hasta donde sea posible, esas distorsiones de la operación económica real.

Pero el Derecho, más allá de ser el preceptor de un conjunto de reglas, muchas de ellas, supletorias o negativas, como ocurre en el ámbito del Derecho privado, y concretamente en el Derecho mercantil, ha venido en cambio, dando paso a una regulación cada vez más intensa en el ámbito público. En ello también resulta de utilidad el Análisis Económico del Derecho toda vez que es útil para descubrir la dimensión individual de las normas y a entender que lo social no es sino la suma, el agregado de lo individual, de manera que nada en lo social encuentra sentido si no es a través de agregar intereses individuales. Nos permite, como dice el profesor Bullard, “redescubrir el verdadero objeto, fin del Derecho, es decir, la persona”.

El problema que advierto es la desproporción con la que se ha desbordado el ámbito del Derecho público, porque es en esta área donde en mayor medida puede ser manipulable, mediante la ideología y ser utilizado de forma meramente instrumental en un proceso de clara erosión institucional. Recordemos que las reglas formales son tan sólo parte de la matriz institucional. Por eso destaco el peligro del debilitamiento

⁴⁴ Bullard González. *Derecho y Economía ...*, 20.

institucional, puesto que ello podrá derivar, Venezuela se constituye en un doloroso ejemplo de ello, en una dinámica de perverso empobrecimiento del país de que se trate, según trataremos de mostrar, revisando brevemente un par de ejemplos que nos suministra la realidad venezolana de las últimas dos décadas, a partir de la irrupción del chavismo en el panorama nacional.

En este punto también consideramos de suma utilidad acudir a los fundamentos de la Teoría de la Elección Pública. Así la vinculamos con todo el análisis precedente, toda vez que, como también ha afirmado North:

El determinante más importante del desempeño económico es el cumplimiento de los acuerdos. La habilidad de hacer que se cumplan acuerdos a través del tiempo y el espacio es la piedra fundamental de un mercado eficiente, cosa que en la superficie puede parecer fácil de lograr. (Lo único que se necesita es un sistema efectivo e imparcial de leyes y cortes que vigilen el cumplimiento eficiente de reglas formales, sanciones sociales “correctas” que hagan que se cumplan las normas de comportamiento, y estándares personales sólidos de honestidad e integridad)⁴⁵.

Si el cumplimiento de acuerdos es el factor *determinante del desempeño económico* de una sociedad, pero para ello “lo único” que se requiere, como se resalta en la cita precedente, es de “*un sistema efectivo e imparcial de leyes y cortes que vigilen el cumplimiento eficiente*”, entonces ese *único requisito* se vuelve de primordial importancia, una auténtica meta, un logro. También, y dada justamente su cardinal relevancia podemos llegar a la conclusión de que, cuando hablamos de cumplimiento de acuerdos, no nos referimos solamente a los contratos privados, sino también a los acuerdos fundamentales que una sociedad se da a sí misma, a modo de restricciones informales -percepciones, costumbres, calificaciones de reglas- que solucionan infinidad de problemas de intercambio de una manera que no pueden hacerlo a cabalidad las reglas formales.

Se trata, como se concluye en el ya citado prólogo de la obra de Bullard, de un código de moral propio que, contra la opinión general, también ostenta el mercado, si lo vemos como ese orden espontáneo que mejor nos permite organizar y “maximizar” nuestros intereses y apetitos. Alude a la necesidad “*de que el individuo sea un maximizador de sus deseos individuales, coherente e informado, que comprenda que si no nos sometemos a un cierto orden todos perdemos y que la vida sería bruta, tosca y breve*”⁴⁶.

⁴⁵ North; *Instituciones ...*, 2003.

⁴⁶ Bullard González. *Derecho y Economía ...*, 20-21.

4. Breve Referencia al Modelo Constitucional y Constituyente Implantado en Venezuela por el Chavismo

En un estudio con enfoque histórico del año 2003, el laureado autor Daron Acemoğlu, al plantearse la revisión de las posibles causas fundamentales de las diferencias en la prosperidad de los países, estableció dos posibles opciones: la geografía⁴⁷ y las instituciones. Para entender mejor la incidencia relativa de los factores geográficos e institucionales, se propuso dicho enfoque histórico por cuanto estimó que, para probar su hipótesis, se necesitaba encontrar una fuente de variación exógena en las instituciones, y ello lo consiguió examinando la colonización europea de gran parte del mundo a partir del siglo XV.

Para abreviar, digamos que la historia no parece corroborar la tesis geográfica, pero por el contrario Acemoğlu estima que *“la hipótesis de las instituciones sí es válida. De hecho, al examinar los distintos tipos de colonización se nota que el vuelco de la suerte concuerda perfectamente con la hipótesis”*. Y concluye el mismo estudio aseverando que:

*Lo que los datos indican es que la geografía ni sentencia a un país a la pobreza, ni le garantiza el éxito económico. Para entender por qué un país es pobre hoy en día, conviene más concentrarse en las instituciones que en la geografía*⁴⁸.

Nos pareció de interés traer las conclusiones del estudio antes citado para esta parte final de nuestro trabajo, no sólo porque desde otro enfoque se arriba a los mismos resultados que hemos ido asomando respecto de la preponderancia de las instituciones, sino, también porque entendemos que, una vez efectuada la reflexión teórica precedente, este estudio coincidiría con nuestra hipótesis propia de la Teoría de la Elección Pública, de que cualquier búsqueda de soluciones deberá enfatizar en la relevancia de las instituciones, tanto las formales como las informales.

Como ya hemos mencionado, en la cima de los de sistemas jurídicos de base constitucional (instituciones formales), está, obviamente, la constitución, y conviene aquí recordarlo puesto que un debate aún vigente en las distintas vertientes del institucionalismo se encuentra en la función del Estado y en la participación de los gobiernos en la génesis del cambio institucional.

⁴⁷ Para explicar la inclusión del factor geográfico en su análisis, Acemoğlu observó que los lugares más pobres del mapamundi se encontraban casi en su totalidad cerca del Ecuador. Me pareció relevante sumar esta reflexión, aún a pie de página, pese a la conclusión posterior que apunta más bien hacia el aspecto institucional, en vez del geográfico, por cuanto Venezuela se encuentra a 0 grados del Ecuador. Pero mientras sus instituciones tuvieron alguna relativa estabilidad y confiabilidad, se convirtió en uno de los países de creciente prosperidad del continente, durante buena parte del siglo XX.

⁴⁸ Daron Acemoğlu, “Raíz Histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico”, *Revista Finanzas y Desarrollo*, (2003): 28-29.

Más allá de las evidentes discrepancias entre la tesis “tradicional” del institucionalismo (John R. Commons, entre otros) concentrada en la función correctora del Estado ante las *fallas de mercado*; por contraposición a la corriente institucionalista más “nueva” de un Estado cuya intervención genera más costos que beneficios, es decir, se enfoca en las *fallas del gobierno* (Francis Bator -1958-, y luego Ronald Coase⁴⁹, entre otros que los han seguido), he estimado necesario cerrar el presente trabajo con estas reflexiones, a fin de poner de relieve la importancia de la ideología en lo que respecta a la instauración de instituciones, en concreto en nuestro país. Recordemos que esa era la cuarta de las variables principales que, a juicio de North, determinan cuan costosas resultan las transacciones en el intercambio.

Considero que un análisis mínimamente descriptivo excede los fines que nos hemos propuesto con este ensayo. Pero sí estimo de utilidad hacer esta introducción porque lo que vamos a examinar a continuación, se refiere a dos ejemplos concretos de actuación pública con deliberados propósitos de introducir cambios radicales en la estructura institucional de Venezuela, concretamente en su marco constitucional, que recordemos, se presume la norma de más costosa enmienda.

A tales efectos, mencionemos muy brevemente dos aspectos del proceso de deterioro de la institucionalidad venezolana, en momentos y con instrumentos de delimitación precisos: en primer lugar, el proceso de publicación de la Constitución venezolana de 1999, y, en segundo lugar, lo que se ha denominado “el método constituyente del chavismo”.

Diversos trabajos de investigación han sido publicados en Venezuela desde entonces sobre este tema, pero en especial he escogido esos dos ejemplos, por haberlo extraído de la investigación que debemos a la autoría de nuestro estimado profesor Francisco Delgado, en la que dedicó sus esfuerzos a desentrañar lo él que ha denominado la *Filosofía del Derecho del Chavismo*. Se refiere con ello a una perspectiva que sin pretender ser un examen del conjunto de su ideología, ni de sus conceptos sobre el Estado, la política, el hombre, la economía, la sociedad o la democracia, en cambio sí indaga en una “*concepción general, una forma de pensar, entender y actuar en el mundo jurídico, no necesariamente elaborada como teoría, sino una visión relativamente abstracta del universo normativo y de la que se derivan métodos para determinar el funcionamiento del derecho*”, por cuanto coincido con su visión de que “*desde el año 1999 esta concepción ha condicionado la totalidad de la vida institucional y social venezolana*”⁵⁰.

⁴⁹ En su trabajo sobre industrias reguladas Coase afirmó: “*It is no accident that in the literature... we find a category “market failure” but no category “government failure”*”. Williams, Ernest W., y Ronald H. Coase, “Discussion.”, *The American Economic Review* 54, N° 3 (1964): 192-97.

⁵⁰ Francisco J. Delgado, *Chavismo y Derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017), 10.

La referencia al trabajo de Delgado es de suma utilidad para cerrar las ideas que hemos venido desarrollando. Me parecen especialmente ilustrativos esos dos aspectos que hemos seleccionado, dado que fueron examinados con prolijo detalle en la obra *Chavismo y Derecho* del profesor Delgado y por cuanto dan una idea cabal de la notable incidencia de la ideología en todo el proceso de apuntalar o deteriorar un marco institucional determinado. A ellos nos vamos a referir sucintamente a continuación.

4.1. Proceso de Publicación de la Constitución Venezolana de 1999

Hemos seleccionado el espurio proceso de publicación de la Constitución de 1999 como el primer ejemplo para ilustrar nuestra posición, cuyos detalles cuentan con abundante soporte doctrinario. Empecemos por mencionar que ha sido calificado por el profesor Delgado como “El pecado original”, dada la grotesca desfachatez con la que se manipularon distintos textos y versiones del texto fundamental, a espaldas de la voluntad de los ciudadanos, de lo que, al final ha terminado por erigirse como la Constitución Bolivariana de Venezuela.

A los efectos ilustrativos que nos proponemos, consideramos este caso como una muestra clara de la relevancia de la ideología en cuanto a la tarea de moldear las instituciones de un país. Al respecto, quiero hacer hincapié en que el asunto fue y ha sido objeto de toda clase de pronunciamientos por parte de la Academia, pero, escojo hacer mención expresa a lo que se indicó en una publicación de varios autores sobre el asunto, en concreto lo reseñado por Ricardo Combellas, dada su condición de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente del momento. También, por cuanto en un breve párrafo, logra relatar la serie de maniobras de las que fue objeto el texto constitucional. Para Combellas serían cuatro las versiones de dicho texto que el chavismo se encargó de manipular, y que él enumera así:

la carta firmada solemnemente por los constituyentes el 19 de noviembre de 1999; la versión profusamente editada para que los ciudadanos conocieran el proyecto de Constitución que refrendarían el 15 de diciembre; la Constitución publicada en la Gaceta Oficial de la República el 30 de diciembre; y por último, el texto publicado con la correspondiente Exposición de Motivos (por cierto que yo recuerde, nunca la conocimos ni menos la discutimos ni aprobamos los constituyentes antes del 15 de diciembre), el 24 de marzo de 2000...⁵¹.

⁵¹ Ricardo Combellas, “El Proceso Constituyente y la Constitución de 1999”, en *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005), 803.

Esta auténtica charada de versiones diferentes⁵² revela una relación de absoluto irrespeto que no podemos menos que calificar con Delgado como un *genuino horror a las normas* por parte del chavismo. Nuestro profesor considera que la explicación a este fenómeno se encuentra en la esencia delimitadora de las reglas: “*El problema del chavismo con las normas es el problema del chavismo con los límites, con la restricción definitiva de las posibilidades*”⁵³.

Considero que este asunto en general es una muestra, bastante clara a mi juicio, de esa idea de Gabriel Negretto que se citó en el primer capítulo de este trabajo respecto de que la elección constitucional suele ser *endógena al desempeño de las estructuras constitucionales preexistentes y a los intereses partidistas y el poder relativo de los reformadores*. A este respecto diremos que la misma Constitución venezolana de 1961 incubaba un germen obviamente ideológico pues recogía un sistema de economía mixto, no de pleno mercado, lo cual sirvió, entre otros elementos de la estructura previa a su llegada al poder, como plataforma para los posteriores esfuerzos del chavismo en darle una justificación teórica a su concepción tan elástica del carácter vinculante de las normas.

Ese esfuerzo se ha concentrado en la definición que encontramos en el texto constitucional de 1999 de Estado social de derecho y de justicia, que, a la luz del tiempo transcurrido, no dudamos en calificar como uno de los aspectos teóricos e ideológicos de más importancia para el grupo que detenta aún el poder en Venezuela. Estimo que el análisis de esta noción, de límites imprecisos en lo jurídico por lo que ha sido objeto de diferentes enfoques y numerosos desvelos académicos, pero con relevancia suficiente como para haber alcanzado rango constitucional en distintos países, excede los límites de esta investigación⁵⁴.

Para concluir el relato anterior que me ha servido de primer ejemplo, voy a limitarme a citar la posición del profesor Delgado, en la que justifica el apelativo que le sirvió como título a todo el extenso capítulo de su libro que narra con muchos detalles lo ocurrido:

Este es, sin la menor duda, el pecado original del ordenamiento chavista. Decimos que es el pecado original en varios sentidos: es el primero, es extremadamente grave, imposible de corregir y es la fuente del que se derivan todos los demás. La directiva de la ANC no consideró a la Constitución -porque lo que decidió

⁵² El recuento detallado de esta historia, entre otras, puede leerse en la mencionada obra de Francisco J. Delgado, *Chavismo y...*, 20 y sig.

⁵³ Delgado, *Chavismo y...*, 30.

⁵⁴ No obstante, creo oportuno señalar que el mismo F. Hayek ha reconocido que desentrañar el significado de la expresión ha sido una preocupación de largo aliento para él. Cfr. Friedrich Hayek, *El Atavismo de la Justicia Social. New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (Chicago: University of Chicago Press, 1978), 184.

modificar ya era la Constitución- como inviolable. Asumió una autoridad que no tenía y procedió a hacer los cambios. Pero la alteración fraudulenta del texto aprobado por el pueblo el 15 de diciembre -fraudulenta puesto que no era lícita, no fue pública, la llevó a cabo un órgano sin autoridad para hacerlo y ni siquiera ha sido reconocida- no generó mayor escándalo y el país siguió su vida, como si ésta pudiera, sin consecuencias, fundamentarse en un fraude. Ninguna persona sensata puede pensar que una Constitución que es violada antes de que entre en vigencia será respetada después...Y si ello ocurre con la norma que hemos definido como suprema y fundamental, sería ingenuo pensar que no ocurrirá con el resto del orden jurídico⁵⁵.

A modo de corolario, y entendiendo que no se han examinado ni el alcance de estos cambios ni las razones que persuadieron a la directiva de la Asamblea Nacional Constituyente para efectuarlos, por cuanto estimamos que el ataque institucional que revelan las líneas precedentes, ya son muestra suficiente del punto que tratamos de establecer, sólo añadiré al respecto que una de las condiciones esenciales de un régimen eficaz y estable consiste en que la élite gobernante se sienta vinculada en forma estrecha por la Constitución.

Por lo demás, ese texto era su proyecto seminal al erigirse en el poder y fundamento de su dominio, un modelaje para toda la estructura institucional. Pero si ni ellos mismos son capaces de entender en su propia norma fundamental algo digno de respeto, entonces nadie lo verá así. En eso, coincido con la lúgubre conclusión del profesor Delgado de que tal esquema de conducta, “*impide cualquier mínima esperanza de una vida social ordenada*”. También estimo que se alinea este pensamiento con la idea de Ostrom y comentada por Landoni, según la cual, mientras algunas reglas facilitan la cooperación y aumentan la productividad, otras impiden las relaciones pacíficas y productivas.

4.2. El Método Constituyente. Un “aporte” del Chavismo para la América Hispana

En este aspecto, como ya adelantamos, no vamos a referirnos al órgano por cuya mediación se concibió parte -que no todo- el texto constitucional que hoy rige con sus más y sus menos en Venezuela. Vamos a aludir aquí, porqué lo estimamos de importancia, e incluso de plena vigencia a la vista del reciente caso chileno, lo que el profesor Delgado ha denominado “la Constituyente como método”. Consideremos que ya desde 1998, antes incluso de que Chávez fuera elegido, se había extendido por el país la convicción de que era importante una reforma constitucional (pensemos en los argumentos chilenos que se esgrimieron para apuntalar la necesidad de cambiar la

⁵⁵ Delgado, *Chavismo y...*, 21.

“Constitución de Pinochet”). Con esta idea germinando, el chavismo vio, como apunta el profesor venezolano: “*la oportunidad de un reacomodo completo de la vida política e institucional, viable en la práctica y al margen de la violencia*”⁵⁶.

Como dijimos antes, la Constitución suele ser la norma de más costosa reforma, entre otras razones, porque ella misma acostumbra a prever en su texto el procedimiento -normalmente bastante estricto- para introducir modificaciones, siendo que es la ley de más alta jerarquía de un país. Como el proyecto chavista era revolucionario, obviamente se proponía una ruptura con el orden existente.

Considerando que la vía violenta, que intentaron y en la que fracasaron en años previos, no era la adecuada, y por cuanto finalmente pudieron acceder al poder por la vía electoral, el predicamento al que se enfrentaban era el de cómo crear un sistema fundacional desde sus propios cimientos. Sabían que debían apuntar a la mismísima cúspide del orden a ser barrido, pero su idea no se limitó a un mero cambio constitucional, ni siquiera como ocurrió en la práctica, en que se dio todo un nuevo texto (o varios) que derogó completamente a su predecesor.

La respuesta plena a esta interrogante la encontró el chavismo, justamente en el método constituyente. Según el profesor Delgado “*este hallazgo ha sido tan exitoso que conforma su principal aporte a la política latinoamericana...El método constituyente tiene tal significación para el chavismo que en el texto constitucional de 1999 quedó expresamente consagrado como una vía de creación de derecho*”⁵⁷.

El método consta de una serie de pasos necesarios: El primero, crucial según Delgado, es convencer a la máxima autoridad judicial del orden a ser abolido, de que la convocatoria a asamblea constituyente no es contraria a la Constitución, y que invoca a la soberanía popular; si no fuere posible persuadirlos es menester sustituirlos. En segundo lugar, a la asamblea constituyente deben atribuírsele más poderes que la simple redacción de un proyecto de texto constitucional. Es fundamental no aceptar límites al “soberano”, o más bien a estos peculiares representantes, con el pretexto de que equivaldría a poner restricciones a la soberanía del pueblo. En tercer lugar, la asamblea debe ser *originaria*, en el sentido de que se constituirá en fuente de origen

⁵⁶ El nazismo, por ejemplo, tenía muy clara esta idea, como también la tuvo Chávez. A Joseph Goebbels -quien lo diría- le debemos esta esclarecedora frase: “*Puede que sea una buena idea sostener el poder mediante las pistolas, pero es mejor si ganas el corazón de la nación y obtienes su afecto*”. Cfr, Ralf Georg Reuth, *Goebbels, una Biografía*. (Madrid: La esfera de los Libros, 2009).

⁵⁷ El método fue imitado con éxito en Bolivia (años 2006 y 2009) y Ecuador (años 2007 y 2008) por los presidentes del momento, Morales y Correa. En Honduras se intentó, pero fue frustrada su realización por la deposición de Manuel Zelaya en 2009, antes de que se celebrara el referéndum al que se había convocado con tal propósito. En Chile acaba de ser aprobada la reforma constitucional “originaria”. Hasta en España el partido Podemos ha planteado la idea. Incluso en Colombia, recordemos que la convocatoria a una constituyente fue parte importante de las propuestas de las FARC en su proceso de negociación de paz con el gobierno.

de derecho, por lo cual podrá crearlo sin estar atada o condicionada por ninguna otra norma. Y cuarto, la propia asamblea debe programar los actos de transición hacia el nuevo orden jurídico.

El método así descrito, como nos relata Delgado, se siguió en Venezuela hasta sus últimas consecuencias. El resultado, más de 22 años después está a la vista, y lo resumiré en dos datos de público conocimiento: Venezuela es el país más pobre del continente americano, por debajo de países más pequeños y con largas décadas de inestabilidad, y la economía está sometida al proceso de inflación e hiperinflación más profundo en el panorama mundial.

Es evidente que si la ideología y la cultura en su sentido amplio, modelan las instituciones de un país y son capaces de conectar con un conjunto de valores y estándares de comportamiento que han evolucionado para resolver problemas de intercambio, de naturaleza social, política o económica, la impronta chavista no se ocupó sólo de la reforma de la Constitución en Venezuela, sino que consiguió impactar también en la red que forman las instituciones informales, y que en toda sociedad evoluciona de manera progresiva, a fin de estructurar la interacción humana. Es eso que el profesor North calificaba:

como el “inventario de capital” básico que define la cultura de una sociedad; es decir, que la cultura provee un orden conceptual basado en el idioma para codificar e interpretar la información que los sentidos le presentan al cerebro. Como resultado, la cultura no sólo juega un papel en formar las reglas formales sino también está por debajo de los frenos informales que son parte de las instituciones⁵⁸.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Si en la parte inicial de este trabajo, nos planteábamos la necesidad de repensar el Derecho, en buena medida coincidía este esfuerzo con la constatación de que toda la estructura institucional venezolana se ha vuelto progresivamente de una fragilidad sobrecogedora. Creemos que los dos ejemplos planteados gracias a la sistematización impecablemente efectuada por Francisco Delgado, muestran como de manera creciente unas condiciones tan inestables fueron estrangulando la posibilidad de celebrar acuerdos y contratos que no estuvieran bajo el amparo de la élite dominante. Salta a la vista que ello ha llevado a Venezuela a un proceso de empobrecimiento progresivo y alarmante. Recordemos que el profesor Holcombe, citado por Boettke, caracteriza a los mercados políticos “como generadores de oportunidades de lucro político cuando existen inestabilidad política y políticas ineficientes”⁵⁹.

⁵⁸ North, *Instituciones...*, 2003.

⁵⁹ Citado por Boettke y López, *Economía ...*, 111.

Nos parece oportuno traer aquí, a modo de conclusión, aquello a lo que aludían James Buchanan y Viktor Vanberg respecto del fracaso de una estructura constitucional fundada en los supuestos de benevolencia y omnisciencia (es una predicción que efectuaron para entender que aun en tales supuestos la estructura constitucional fracasaría en virtud del subjetivismo radical). Ambos demostraron en sus estudios comentados por Boettke⁶⁰, que una constitución socialista hace posible el peor de los casos.

El ideal socialista del siglo XXI en Venezuela no es ni benevolente ni omnisciente, lo que lo hace infinitamente inferior no ya al sistema de mercado, sino, incluso al sistema “mixto” que aun con sus fallas imperaba en la Constitución venezolana derogada de 1961. En mi opinión, resulta apenas obvio que la explicación de la postulación económica e institucional del país es consecuencia de la extrema fragilidad de las instituciones formales, que carecen de respeto y de la obediencia generalizada de la que depende la existencia misma de cualquier norma; a ello se han sumado unas prescripciones complementarias e informales que hacen casi imposible que el Derecho cumpla la función ordenadora que le es propia.

La ideología chavista, que obviamente ha fracasado en traer prosperidad a nuestro país, o a ninguno de los otros en donde se ha ensayado, sí que ha triunfado en cambio, en su propósito de permanencia en el poder. Citemos nuevamente a los profesores Buchanan y Vanberg en este punto:

La mejor intención no permitirá que el futuro se introduzca en el presente, no importa cuán perfecto sea el conocimiento del presente. Y si la estructura institucional encarna el presupuesto de que tal hazaña es posible, deben surgir el estancamiento y el fracaso⁶¹.

Para concluir, nos parece llamativo comentar lo señalado por el profesor Acemoğlu, en su estudio citado al inicio de este capítulo, ante el cuestionamiento de por qué ciertas sociedades gravitan hacia instituciones deficientes, de lo cual creo que la sociedad venezolana es un claro ejemplo. Lamentablemente, señala que las investigaciones empíricas y teóricas no parecen apuntar hacia razones de peso que permitan concluir que las sociedades se enrumbarían espontáneamente hacia buenas instituciones. Y ello se debe a que las instituciones no sólo influyen en las perspectivas económicas de un país, sino que también determinan la distribución del ingreso entre grupos y, sobre todo, entre élites. Como también se ha apuntado, la causa de estos serios problemas y de las dificultades en plantear cambios profundos, está en el hecho de que se trata de

⁶⁰ Boettke y López, *Economía* ..., 116.

⁶¹ Citado por Boettke y López, *Economía* ..., p.

un juego de suma cero en el que hay ganadores y perdedores; y los posibles perdedores en dichos cambios son justamente los que detentan el poder necesario para impedirlos.

No quisiera cerrar estas reflexiones sin una nota algo más luminosa, ya que se trata de nuestro país. Según Acemoglu, la persistencia de las instituciones y la renuencia a las reformas no significa, sin embargo, que el marco institucional sea estático. La evolución puede darse, y las crisis son, presuntamente, un buen punto de partida para gestarla. Pero el reconocimiento de la relevancia de las instituciones en todo el tejido social debe verse como el primer paso para ello. Una asignatura pendiente, que ni siquiera sabemos cuándo será evaluada en vista de que en Venezuela el gobierno chavista parece seguir gozando de muy buena salud, pese al entendimiento de la comunidad internacional de su condición forajida y depredadora.

Rescato a modo de cierre el pensamiento de Hayek al referirse al paradigma de elección pública en lo que respecta al análisis de la economía política para quien este enfoque era un aspecto crucial de la gran contribución de Hume y Smith en el siglo XVIII, expresado así:

El punto principal sobre el que hay pocas dudas es que la principal preocupación de Smith no era tanto lo que el hombre podría lograr ocasionalmente cuando estaba en su mejor momento, sino que debería tener la menor oportunidad posible de hacer daño en su peor momento. Difícilmente sería exagerado afirmar que el principal mérito del individualismo que él y sus contemporáneos defendieron es que es **un sistema bajo el cual los hombres malos pueden hacer menos daño**. Es un sistema social que no depende para su funcionamiento de que encontremos buenos hombres para dirigirlo, o de que todos los hombres se vuelvan mejores de lo que son ahora, sino que hace uso de los hombres en toda su variedad y complejidad, a veces buenos y a veces malos, a veces inteligentes y, más a menudo, estúpidos. (1948)⁶².

Esperemos que la experiencia acumulada en estos años nos permita encaminarnos, en algún futuro, hacia un marco institucional que reanude la ruta del crecimiento, logrando al menos un cierto equilibrio que permita el establecimiento de nuevas restricciones informales, tendientes hacia la resolución de los nuevos problemas propios de la interacción política, social y económica del porvenir. También que sea ello ocurra en armonía con las nuevas reglas formales a ser implantadas.

⁶² Citado por Boettke y López, *Economía* ..., p.

BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, Daron. “Raíz Histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico”. *Revista Finanzas y Desarrollo*, (2003): 28-29.
- Aftalion, Enrique, Vilanova, José, y Raffo, Julio. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- Becker, Gary. “El enfoque económico del comportamiento humano”. *Información Comercial Española*, N° 554 (1990): 11-18.
- Benegas Lynch (h), Alberto. *Las Oligarquías Reinantes. Discurso Sobre el Doble Discurso*. Buenos Aires: Unión Editorial, 2018.
- Boettke, Peter J. y López, Edward J. “Economía Austríaca y Elección Pública”. *The Review of Austrian Economics*, 2(3) (2002): 111-119.
- Broseta Pont, Manuel. *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Edit. Tecnos, 1965.
- Buchanan, James. *Salvando el Alma del Liberalismo Clásico* [Traducido por Constantino Díaz-Durán]. Instituto Cato, 2004, <https://www.elcato.org/salvando-el-alma-del-liberalismo-clasico>.
- _____. “Public Choice: The Origins and Development of a Research Program” [Traducción: Mario Piñera]. *RAE Revista Asturiana de Economía*, N° 33 (2005): 203-221.
- Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima: Palestra Editores, 2ª edición, 2006.
- Combellas, Ricardo “El Proceso Constituyente y la Constitución de 1999”. En *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811-1999*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005.
- Coase, Ronald. “El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas”. *Revista Estudios Privados*, Año 1, N° 1 (1974), 123-128.
- Ernest W. Williams, y Coase, Ronald H. “Discussion.”. *The American Economic Review* 54, N° 3 (1964): 192-97.
- Delgado, Francisco. *Chavismo y Derecho* Caracas: Editorial Galipán, 2017.
- Georg Reuth, Ralf. *Goebbels, una Biografía*. Madrid: La esfera de los Libros, 2009.
- Hayek, Friedrich. *El Atavismo de la Justicia Social. New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- Landoni, Juan Sebastián. “Elinor Ostrom y el gobierno de los recursos de uso común. Entre una primera aproximación y el problema de la naturaleza humana”. *Revista Libertas, Segunda Época* (2015): 175.
- Madrid Martínez, Claudia. “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”. *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29 (2012): 105-140.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley, 1991.

- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.
- Negretto, Gabriel L. *La Política del Cambio Constitucional en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica. 2015.
- North, Douglass C. “La Nueva Economía Institucional”. *Revista Libertas* 12 (1990).
_____. *Instituciones, Ideología y Desempeño Económico*. Instituto Cato, 2003.
<https://www.elcato.org/instituciones-ideologia-y-desempeno-economico>.
- Olaso, Luis María. *Curso de Introducción al Derecho*. Tomo I. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2017.
- Ostrom, Elinor. *El Gobierno de los Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Rojas, Ricardo Manuel. “El orden jurídico espontáneo”. *Libertas*, N° 13 (1990): 194-196.
_____. “Fundamentos Praxeológicos del Derecho”. *Revista de Estudios sobre Justicia, Derecho y Economía (RJDE)*, N° 2 (2015).
- Rondón García, Andrea. «¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8 (2022), 89-100.
- Ustáriz Forero, Nasly. “El Derecho mercantil como la manifestación más acabada del nexo entre derecho y economía”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 9 (2022): 22-37.

La empresa familiar y la necesidad de su regulación a nivel legislativo

Joaquím Gonçalves do Espirito Santo*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-173-206

Resumen: La empresa familiar constituye una institución central de la economía venezolana. En Venezuela, como en el resto del mundo, las empresas familiares son generadoras de riqueza, empleo e innovación. Las empresas familiares en el mundo son el principal motor de la economía y nacen con el propósito de crear nuevos puestos de trabajo y generar patrimonio, pero necesitan fortalecerse y establecer estrategias para sobrevivir y permanecer. Sólo algunas empresas logran pasar con éxito a la segunda generación. La causa principal de este estancamiento de la empresa familiar, tanto en Venezuela como en muchos países del mundo, se debe a la ausencia de una normativa societaria que regule y fomente la existencia de la empresa familiar.

Palabras clave: empresa familiar; continuidad, derecho societario, institucionalismo, costes de agencia, costes de transacción, estatuto normativo.

The family business and the need for its regulation at legislative level

Abstract: *The family business is a central institution of the Venezuelan economy. In Venezuela, as in the rest of the world, family businesses are generators of wealth, employment and innovation. family businesses in the world are the main engine of the economy and are born with the purpose of creating new jobs and generating wealth, but they need to be strengthened and establish strategies to survive and remain. Only some companies manage to pass successfully to the second generation. The main cause of this stagnation of the family business, both in Venezuela and in many countries around the world, is due to the absence of corporate regulations that regulate and promote the existence of the family business.*

Keywords: *Family business; continuity, corporate law, institutionalism, agency costs, transaction costs, regulatory status.*

Recibido: 28/05/2023

Aprobado: 27/06/2023

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2022); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Título de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

La empresa familiar y la necesidad de su regulación a nivel legislativo

Joaquín Gonçalves do Espirito Santo*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-173-206

Se requiere una política legislativa reflejada en un ordenamiento jurídico emanado del poder legislativo con el propósito de fortalecer y proteger al corazón de la economía, el cual está constituido por la empresa familiar.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La empresa familiar como herramienta productora de bienestar económico (prueba de su eficiencia económica). 2. La Regulación de la empresa familiar como factor generador de valor. 3. Recomendaciones Legislativas a un proyecto de ley de la empresa familiar. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Sólo a través de la *tipificación* del concepto de empresa familiar y de los instrumentos que se emplean para su gestión administrativa, sucesión, conservación y desarrollo se podrá generar la estabilidad que se requiere para la duración en el tiempo de esta institución. Es por ello que consideramos que es necesaria la intervención del legislador a los fines de homogenizar de una vez por todas las distintas nociones de empresa familiar y regular su funcionamiento y estructura. Sólo a través del imperativo legal podemos garantizar la continuidad y fortalecimiento de la empresa familiar como centro de la economía de mercado. Es necesario, crear un estatuto jurídico autónomo de la empresa familiar con reglas propias y que adquieran autonomía. No basta con dejar la regulación de esta figura al libre albedrío de las partes.

En vista de la complejidad de la empresa familiar, sería un error dejar la regulación de esta institución a la autonomía de la voluntad de las partes, pues los particulares suelen dejar de lado la aplicación de ciertos mecanismos que permitirían contribuir a la protección y desarrollo de la empresa familiar. Y esto no nos debe sorprender, pues

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2022); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Título de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

los agentes que participan en el comercio no poseen la técnica y la experticia necesaria para regular instituciones de esta complejidad. Tan compleja que no existe acuerdo en cuanto a la definición de la empresa familiar.¹ Y es allí cuando debe intervenir el legislador a los fines de plasmar en normas jurídicas la realidad social existente. Y hacemos nuestras las siguientes palabras de George Ripert:

“Llega un momento en el que las relaciones entre los hombres se hacen demasiadas numerosas, demasiadas complejas y demasiadas diversas para que puedan ser creadas o transmitidas por el simple juego del intercambio contractual de voluntades individuales. En consecuencia, el legislador pone a disposición de los hombres los mecanismos jurídicos precisos para sus transacciones. [...] El mecanismo de las sociedades [...] es algo complicado: hace falta una sede social, títulos, aportaciones, cuentas, un balance, administradores y comisarios, unas juntas, voto, informes, procedimientos orales, publicaciones en la prensa, depósitos ante el Registro. Y todo ello ha de funcionar siguiendo un determinado ritmo fijado imperativamente [...] Todos los órganos de la sociedad han de funcionar de manera compasada [...]. En consecuencia, corresponde al legislador la entrega de los planos de esta máquina maravillosa que por sí misma puede dar satisfacción a las necesidades de la... industria y el comercio. Tiene que hacerlo con la intención de lograr que ésta funcione lo mejor posible.”²

Esta labor que debe ser emprendida por el legislador debe estar enfocada a un propósito en concreto, y que no es otro que el alcanzar el fortalecimiento económico de la empresa familiar y la maximización de la riqueza de sus miembros. Esta debe ser la consecuencia jurídica que debe contener dicha normativa.³ Aquellas naciones en donde existe una normativa que regula la empresa familiar evidencia un fortalecimiento de esta institución y una economía sana y en prosperidad.⁴

En Venezuela la empresa familiar representa un porcentaje muy alto del total de las empresas, siendo un importante instrumento generador de riqueza. La empresa familiar constituye el setenta por ciento (70%) del total de las empresas de Venezuela.⁵ En Venezuela, como en el resto del mundo, las empresas familiares son un gran generador de riqueza, empleo e innovación.

¹ Fred Neubauer y Alden G. Lank. *La empresa familiar*. Como dirigirla para que perdure. Ediciones Deusto. Bilbao, 1999.

² Ripert George, *Aspects juridiques du capitalisme Modern*. 2ª ed., París, 1992. p. 109.

³ En esta referencia, la frase consecuencia jurídica debe entenderse como el propósito que busca el legislador al estipular la norma jurídica. Véase K. Larenz. Metodología de la ciencia del derecho, trad., esp. 2ª ed. Barcelona-Caracas-México, 1980, p. 456 y a Karl Engisch. Introducción al Pensamiento Jurídico. Ediciones Comares. Madrid. Marzo 2001.

⁴ DeMoss Michele. Family Business Gathering 2001. “*The Holistic Model: Destroying Myths and Creating Value in Family Business*” Stetson University. The Family Business Center. Edt. Grez McCann.

⁵ Las empresas familiares en Venezuela. El desafío de permanecer, madurar y ser exitosas. Ostos Velázquez & Asociados. KPMG Escritorio Jurídico, 19.

Las empresas familiares en el mundo son el principal motor de la economía. La mayoría de las empresas familiares nacen con el propósito de crear nuevos puestos de trabajo y generar patrimonio, pero necesitan fortalecerse y establecer estrategias para sobrevivir y permanecer. En efecto, sólo algunas empresas logran pasar con éxito a la segunda generación. La causa principal de este estancamiento de la empresa familiar, tanto en Venezuela como en muchos países del mundo, se debe a la ausencia de una normativa societaria que regule y fomente la existencia de la empresa familiar.

1. La empresa familiar como herramienta productora de bienestar económico (prueba de su eficiencia económica)

Un hecho real es que en el mercado está presente la empresa familiar. Ese sólo hecho ya es una prueba de su *eficiencia económica*. Pues bien, el hecho que la empresa familiar constituya el setenta por ciento (70%) de las empresas venezolanas, demuestra que esta figura empresarial es una alternativa válida en la maximización del bienestar económico de los empresarios y comerciantes venezolanos. En efecto, tal como lo ha postulado el premio nobel de economía, Gary Becker, al señalar que los agentes económicos valoran las diversas instituciones disponibles, y elegirán aquellas que ofrecen mejores resultados en términos de minimizar costes de producción y costes de transacción.⁶ Gary Becker al analizar a la empresa familiar, determinó que la empresa familiar está influenciada por la economía de los costes de transacción y de agencia.⁷ Los costes de agencia⁸ y de transacción⁹ de llevar a cabo una actividad mercantil bajo la figura de la empresa familiar son muy bajos. Por lo tanto, los agentes del mercado, basados en las ventajas que ofrece la empresa familiar han decidido por su libre elección hacer uso de esta institución.

Entre las principales características que demuestran la eficiencia económica de la empresa familiar están las siguientes:

- i. Las empresas familiares son instituciones económicas vitales para las economías de todos los países, en especial para la economía venezolana.
- ii. La empresa familiar constituye un factor fundamental para ciertos factores de la economía, tales como son las ventas al detal y al mayor, y la actividad agrícola.
- iii. Los costes de agencia y de transacción en la empresa familiar son casi inexistentes.

⁶ Galve Gorriz, Carmen y Salas Fumas, Vicente. “*La empresa familiar en España.*” Fundamentos Económicos y Resultados. Fundación BBVA. Madrid. 2003. p. 25.

⁷ Esta es una aportación que es efectuada por Pollak. “*A transaction cost approach to familiar and households.*” Journal of Economics Literature, 23, p. 581-608.

⁸ Los costes de vigilancia sobre la actividad desempeñada por la directiva y empleados.

⁹ Los costes derivados de la celebración de contratos entre los integrantes de la organización empresarial.

- iv. Las empresas familiares son mucho más flexibles que las grandes empresas, en vista que poseen una menor burocracia gerencial.
- v. Las empresas familiares tiende a ser exitosas en la explotación de nichos de mercado y de productos, las empresas familiares están libres a lo fuertes niveles de competencia en estas áreas.

En consecuencia, en vista del papel relevante que posee la empresa familiar en la economía del país, el legislador tiene que tomar todas las medidas necesarias para la protección y desarrollo de la empresa familiar e impedir que se pierda el valor generado por este instrumento empresarial una vez que el fundador deje de manejar la empresa.

Una de las características de la empresa familiar es que la propiedad está, en términos generales, concentrada en manos de uno o varios grupos familiares. En este tipo de empresas no suele existir tensiones entre quienes detentan el patrimonio. Esto determina que no exista, como ocurre en las sociedades cotizadas, conflictos entre accionistas (accionistas mayoritarios y minoritarios). Los conflictos entre accionistas generan costes de agencia, ya que un grupo de accionistas trata de imponer sus pautas al otro grupo de accionistas. Estos costes no se producen en la sociedad familiar, por existir una clara determinación de la propiedad social.

Uno de los aspectos más analizados en la empresa familiar es lo referente a los problemas de control en la propiedad. Se ha demostrado que la empresa familiar supera en eficiencia y productividad, al resto de empresas.¹⁰ ¿Y por qué será esto? La respuesta está en que en la empresa familiar la propiedad está en manos de sus propietarios, lo cual permite generar y asignar eficientemente los recursos. En las grandes sociedades cotizadas la dispersión del accionariado suele ser de un nivel tan alto que hace que el accionista sea efectivamente anónimo e individualmente irrelevante para el funcionamiento y la toma de decisiones de la sociedad. Este hecho obliga a los accionistas a asignar la gestión de los recursos a un profesional con escasa o nula participación en la empresa. La transferencia del control de la empresa de propietarios a gerentes externos tiene consecuencias importantes porque cada accionista posee escasos incentivos personales para incurrir en los costes de supervisar la labor de los gerentes, lo cual deja a estos últimos en una situación de gran discrecionalidad a la hora de tomar decisiones. Además, los gerentes persiguen objetivos alternativos al de maximización de beneficios de los accionistas.

A continuación, veremos ciertas características de la empresa familiar que demuestran la eficiencia económica de esta institución.

¹⁰ Galve Górriz, Carmen y Salas Fumás, Vicente. Revista de Economía Teoría y Evidencias Empíricas ICE, Información Comercial Española. Sumario num. 740. Abril 1995. pp. 119-129.

1.1. La empresa familiar no genera costes de agencia

Las relaciones de agencia están presentes en muchos aspectos de nuestra vida cotidiana. La relación de agencia es un contrato en donde un principal o mandante contrata a otra persona para que realice una gestión por su cuenta y representación. En otras palabras, comprende una delegación de potestades a favor del agente para que tome las decisiones y ejecute los actos en lugar del principal.¹¹ En el ámbito de las sociedades mercantiles y de las empresas se pueden encontrar una variedad de relaciones de agencia, tales como por ejemplo, las que existen entre accionistas y administradores,¹² entre patronos y empleados,¹³ entre los accionistas dispersos y los accionistas con control, o entre clientes o proveedores y la empresa.¹⁴ Entonces, una de las posibles situaciones de relación de agencia en el contexto empresarial se establece entre propietarios y directivos, de manera que en cualquier organización van a existir una serie de costes por la existencia de un directivo (agente), el cual se compromete a llevar a cabo determinadas acciones en beneficio de otra parte -relación principal-agente-.

En los sistemas societarios se aprecia la existencia de conflicto de intereses entre los propietarios y los directivos. Y una cosa que puede afectar los costes está determinado por el hecho de que recursos productivos estén, ya sea, bajo el control del administrador o de los propietarios. Ambos grupos de contratantes son maximizadores de sus respectivas funciones de utilidad, existen buenas razones para pensar que el agente no actuará siempre en el sentido deseado por el principal,¹⁵ especialmente en la medida en que ello suponga un mayor esfuerzo por parte del agente, surgiendo así el denominado *problema de agencia*.

Los dos componentes básicos de la teoría de la agencia son la divergencia de intereses entre el principal y el agente y, por tanto, el posible conflicto de objetivos entre las partes; y la incertidumbre o información asimétrica que poseen los interesados. En las relaciones de agencia, el principal y el agente incurren en costes positivos de vigilancia y de compromiso. De modo que definimos los costes de agencia como la suma de: gastos de vigilancia a cargo del principal + gastos de compromiso a cargo del agente + pérdida residual.

¹¹ El abogado que actúa como agente de su cliente, el médico que es el agente del enfermo o el profesor que lo es del alumno. Ricart, J. E. (1991): “Una Introducción a los modelos de agencia”, en Marimon, R. (Eds.): *Invitación a la Teoría Económica*. Ariel. Barcelona, p. 210.

¹² Jensen, M. E.; Meckling, W. H. (1976): “Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”. *Journal of Financial Economics*. N° 3, p. 305-360.

¹³ Ross, S. A. “The economic theory of agency: the principal’s problem”. *American Economic Association*, vol. 63, N° 2, 1973. p. 134-139.

¹⁴ Saiz, L.; Manzanedo, M. A. “La Estructura Organizativa. Un Enfoque Económico.” Universidad de Burgos. 1998.

¹⁵ Jensen, M. E.; Meckling, W. H. (1976): Op. cit p. 305-360.

Cuando tenemos una empresa familiar y el directivo y propietario son la misma persona se produce una eliminación de costes de agencia debido a que las relaciones de agencia se suprimen en este caso y, por lo tanto, se obtienen una serie de ventajas que el resto de las empresas no familiares no tienen. La empresa dirigida por una familia contribuye a superar las dificultades para supervisar a los directivos, *pues* las personas comparten vínculos de parentesco entre los que controlan la propiedad de la empresa y los que asumen responsabilidades de dirección. La empresa familiar es una organización donde la propiedad y el control de la empresa están concentrados en las mismas personas, que son además quienes trabajan en la empresa.¹⁶ La empresa familiar sería así la antítesis de la separación entre propiedad y control. Bajo esta premisa, en la empresa familiar se evita los costes de agencia (principalmente de supervisión).

En la empresa familiar se reducen los costes de agencia pues existe alineación entre los intereses personales de los gerentes y los propietarios, ya que suelen ser las mismas personas. Entonces, existe una cierta superioridad en las empresas familiares, en las cuales propiedad y gerencia coinciden, ya que los costes de estas relaciones disminuyen o no existen, mostrando ser más eficientes que el resto de las organizaciones en las que la dirección de la empresa y su propiedad recaen en personas distintas.¹⁷

En vista que en la empresa familiar existe un control de la propiedad por parte de un grupo familiar, esto trae como consecuencia, que la administración va a reflejar esa misma composición estructural que existe a nivel de la propiedad. Esto trae como consecuencia, que los conflictos o disputas entre los encargados de la gestión y los propietarios son casi nulos. Esta situación desde el punto de vista económico resulta ser de gran eficiencia, pues los costes de agencia que podrían generar los posibles roces o conflictos en la relación entre propietarios y administradores, es cero o casi cero.

Por tanto, en la empresa familiar los costes de agencia son mínimos debido a que la divergencia de intereses entre propietarios y gerentes, el potencial riesgo moral y el oportunismo, que surgen cuando propiedad y control están separados, no se manifiestan.¹⁸ Esto es, existe una alineación de las actitudes del propietario y del directivo en cuanto al crecimiento de oportunidades y riesgos, de tal manera que se compensan y por lo tanto disminuyen los costes de vigilar, controlar y llegar a acuerdos con otras

¹⁶ Fama, E. F.; Jensen, M.E. (1983): "Separation of ownership and control". *Journal of Law and Economics*, vol. 26, p. 301-325.

¹⁷ McConaughy, O. L.; Matthews, C. H.; Fialko, A. S. (2001): "*Founding family-controlled firms: performance, risk, and value*". *Journal of Small Business Management*. vol. 39, iss 1, p. 31-49.

¹⁸ Daily, E. M.; Dollinger, M. J.: "*An empirical examination of ownership structure in family and professionally managed firms*". *Family Business Review*, vol. v, n° 2, summer, (1992) p.117-136. y Daily, E. M.; Dollinger, M. J. "Alternative methodologies for identifying family versus non-family-managed businesses". *Journal of Small Business Management*, apr, vol. 31, ss. 2, (1993). p. 79-90.

personas para que realicen un determinado trabajo.¹⁹ Así, el propietario se ahorra todos esos costes, que pueden derivar en desventajas para la empresa, ya que ambos puestos son ocupados por una misma persona, pudiendo prescindir del mantenimiento de mecanismos de gobierno internos que lleven a cabo ese exhaustivo control.

Finalmente, cabe señalar que los miembros familiares tienen una mayor visión de futuro que otros miembros no familiares, lo cual se suma a lo anterior, conduciendo a ventajas en cuanto a la vigilancia y disciplina relativa a las decisiones de agencia.²⁰

Las organizaciones empresariales familiares presentan mejores índices de rendimiento por el hecho de que no buscan únicamente maximizar su propio beneficio. Estos profesionales (los directivos no familiares) suelen dirigir sus actuaciones para conseguir su propio beneficio, por ejemplo incrementar su salario o promocionar a puestos superiores, esperando recompensas monetarias y beneficios tangibles por sus esfuerzos,²¹ mientras que los propietarios intentan, en mayor medida, maximizar los valores de la organización o su utilidad, y no tanto los beneficios de la firma.²² Los directivos profesionales persiguen estrategias de crecimiento más por motivos de seguridad y ventajas personales que por aumentar el rendimiento de la empresa. Por lo tanto, en las empresas no familiares habrá una serie de costes derivados de la supervisión que deben ejercer los propietarios sobre los directivos para que cumplan el objetivo de generar rendimiento. Esta situación no ocurre en el caso de aquellas empresas en donde la propiedad y la gestión recaen en las mismas personas, tal como ocurre en las empresas familiares.

El argumento según el cual la empresa familiar resulta más eficiente que la no familiar, se basa en tres (3) ejes:

- a. La no separación de propiedad y control, consigue la desaparición de los costes de controlar a los directores (agentes).
- b. La existencia de una alineación de intereses, pues coinciden en la misma persona la propiedad de la empresa y la gerencia. En este caso, los costes de agencia se minimizan al no existir disparidad de intereses entre las partes, entre agente y principal.

¹⁹ Fama, E. F.; Jensen, M.E. (1983): "Separation of ownership and control". *Journal of Law and Economics*, vol. 26, p. 301-325.

²⁰ Fama y Jensen, Id.

²¹ Daily, E. M.; Dollinger, M. J.: "An empirical examination of ownership structure in family and professionally managed firms". *Family Business Review*, vol. v, n° 2, summer, (1992) p.117-136. y Daily, E. M.; Dollinger, M. J. "Alternative methodologies for identifying family versus non-family-managed businesses". *Journal of Small Business Management*, apr, vol. 31, ss. 2, 1993. p. 79-90.

²² Demsetz, H. "The structure of ownership and the theory of the firm". *Journal of Law and Economics*. vol.26, iss.2, 1983. p.375-390.

- c. Las relaciones especiales que se dan en este tipo de empresas, conlleva que el gerente (miembro familiar) actúe no sólo a su favor sino también a favor de los propietarios (los cuales son miembros de su familia).

La empresa familiar es más eficiente que la “no familiar” ya que los costes de agencia son mínimos.

1.2. La empresa familiar es eficiente pues está basada sobre principios de lealtad

Al existir sinergia entre el órgano administrativo y los propietarios, en vista que forman parte de un grupo familiar, no será necesario establecer pautas obligatorias de actuación entre ambos órganos ni será necesario incurrir en costes para controlar las obligaciones de lealtad de la administración con la sociedad. Una acción desleal del administrador en una sociedad familiar (siendo miembro de una familia) constituye una acción desleal contra sí mismo al ser el mismo parte de la familia que posee la empresa).

Por lo tanto, independiente de las reglas de conducta leal que se impongan en los estatutos o en la ley, las partes siempre van a alcanzar el resultado más eficiente, en vista que las transacciones de control, vigilancia e información, se llevaran a cabo sin ningún coste (por ser la administración y la propiedad una misma entidad).

La lealtad de los hijos, que los lleva a trabajar por la empresa sin mediar contrapartida económica, mejora el potencial de crear riqueza de la empresa familiar frente a la no familiar. Las normas y valores propios de la familia van a influir intensamente en la conducta de los agentes de la empresa familiar.

1.3. La empresa familia presenta bajos costes de transacción

De la misma forma, al coincidir la propiedad y la gestión en la misma persona o grupo de personas los costes de transacción que derivan del proceso de comunicación, de información, de control y vigilancia entre los propietarios y los gestores también sería cero o casi cero.

La economía de los costes de transacción trata de explicar la estructura y organización interna de las unidades productivas. Su principal postulado es que los agentes elegirán aquellas instituciones que ofrecen mejores resultados en términos de minimizar costes de producción y costes de transacción. La elección más eficiente de organización será aquella que minimice no sólo los costes de producción asociados, sino también todos aquellos costes relacionados con las transacciones inherentes al proceso. La empresa familiar es una institución que puede ofrecer ventajas comparativas a la hora de minimizar los costes de producción y los costes de transacción.

La teoría de los costes de transacción tiene su origen en las aportaciones de Ronald Coase, y particularmente en su artículo de 1937 sobre la naturaleza de la empresa.²³ Asimismo, Coase profundizó esta teoría de los costos de transacción en su Teorema de Coase.²⁴

Ronald Coase afirma que hay eficiencia cuando se le permite al empresario elegir el tipo de organización económica más adecuada, dada unas determinadas características de la transacción. La teoría de los costes de transacción se plantea la cuestión de la organización económica como un problema de contratación.²⁵ La división del trabajo crea la necesidad de coordinar las diversas actividades necesarias para la producción de un bien o servicio, pudiéndose realizar esa coordinación de múltiples formas diferentes, cada una de las cuales lleva aparejado un mecanismo explícito o implícito de contrato. La elección de la forma más eficiente de organización será aquella que minimice no sólo los costes de producción asociados, sino también todos aquellos costes relacionados con las transacciones inherentes al proceso.

La teoría de los costes de transacción constituye un importante punto de partida para analizar la elección entre diferentes formas organizativas. Coase afirma que permitir al empresario elegir el tipo de organización empresarial para el desarrollo de su actividad económica y así dirigir sus recursos, genera el ahorro de ciertos costes derivados de operar en el mercado.

El gobierno familiar se concentrará en aquellas transacciones donde concurren condiciones que convierten dicho gobierno en la solución que minimiza costes de producción y de transacción. Entonces, al ser los costes de agencia y de transacción muy reducidos en la empresa familiar, se producirá como consecuencia un ahorro en gastos, permitiendo así una conservación de los ingresos producidos por la empresa familiar.

²³ Coase, R.H. “La Naturaleza de la Empresa”. En la empresa, el mercado y la ley, Alianza Editorial, pp. 33-49 (Reimpresión de “*The Nature of the Firm*”, *Económica*, vol. 4, noviembre 1937).

²⁴ Coase, Ronald. “*The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics.*” Vol. 3. Chicago. USA, 1960. pp. 120-156. El teorema de Coase se puede explicar mediante el siguiente ejemplo: Consideremos que hay una fábrica cuyos humos causan daños a las prendas de ropa que cuelgan para secar en el exterior de las viviendas de cinco habitantes de las proximidades. Si no se introduce ninguna medida correctiva, cada uno de estos individuos sufrirá daños por un valor de € 75, con un total de € 375. Estos daños causados por los humos podrían eliminarse de dos formas posibles: instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica, aun precio de € 150, o proporcionando a cada uno de los perjudicados una secadora eléctrica a un precio de € 50 cada una (€ 250). La solución eficiente es sin duda el instalar el depurador en la chimenea, dado que con ello se eliminan unos daños totales de 375 €, con desembolso de sólo 150 €. En consecuencia, independiente de la solución que establezca la norma jurídica, si las partes llegan a un acuerdo con costes de transacción nulos, llegarán al mismo resultado, esto es, a decidir por la alternativa más eficientes desde el punto de vista económico para las partes. Es por ello que todo derecho debe responder a la racionalidad del mercado.

²⁵ Williamson, O. E. (1985) *Las instituciones económicas del capitalismo*. Fondo de Cultura Económica, México (Traducción del original) “*The economic institutions of capitalism*”, Free Press, New Cork, 1989. p.29.

En la empresa familiar, debido a que la propiedad está concentrada, y los propietarios con frecuencia han asumido el compromiso de aumentar el valor de la empresa para transmitírsela a sus sucesores, la preocupación por la rentabilidad a medio y largo plazo tiende a ser más importante que en las sociedades de capital disperso.

2. La Regulación de la empresa familiar como factor generador de valor

El proyecto legislativo de empresa familiar debe tener entre sus metas el definir lo que es la empresa familiar, y una vez determinado lo que es la empresa familiar, se podrá incorporar reglas jurídicas destinadas a maximizar su potencial económico. El tener como norte la maximización del interés económico de los miembros de la empresa familiar traería importantes consecuencias que conllevarían entender la figura de la empresa familiar de una manera distinta a la cual estamos acostumbrados.²⁶ Supondría plasmar importantes cambios a niveles de la gestión, sucesión, códigos de conducta, se dejaría de lado el tratamiento unitario (o monista) de la responsabilidad de los administradores, se diversificaría el régimen de responsabilidad en función de los deberes objeto de infracción, y otros asuntos corporativos.

En definitiva, una legislación de la empresa familiar que tenga por norte la maximización del interés económico de los miembros de la empresa familiar conllevaría una profunda regulación en lo referente al gobierno corporativo de la sociedad familiar. Sabemos que esta invitación puede generar una cierta resistencia. El cambio siempre cuesta. Las organizaciones -especialmente las más tradicionales y consolidadas- siempre miran con reservas las nuevas propuestas, ya que eso implica alterar sus estructuras y prácticas inmemoriales de gobierno. Todo ello es comprensible. Nadie acepta de buen agrado sujetarse a mayor disciplina, y ver reducida sus prerrogativas de actuación y someterse a procedimientos más transparentes de decisión, sobre todo -y éste es quizás el aspecto crucial- cuando se tiene poca confianza en sacar partido de ello. En el momento actual estamos asistiendo a una nueva etapa en la actividad empresarial, una etapa caracterizada por la progresiva toma de conciencia de que el establecimiento de reglas claras, la constitución de instituciones sólidas, el buen gobierno, la emisión de normas transparentes en lo referente a la transmisión y tributación de las empresas, sale a cuenta, esto es, tal situación ofrece la garantía de generar una inversión altamente rentable.

²⁶ Esta propuesta legislativa de la empresa familiar tendría como objetivo el desarrollar a la empresa familiar de forma tal que esta maximice la producción de riqueza, a los fines de generar bienestar a sus miembros, así como el de la comunidad que está en el entorno de la empresa familiar. (ver Paz-Ares, Cándido *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?* (reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL) en http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/entdersociedades.pdf. (Revisada en marzo de 2021)

En vista de la importancia y ventajas que genera la empresa familiar en la economía nacional, surge la siguiente pregunta ¿es conveniente tomar en consideración este fenómeno económico desde un punto de vista legislativo?, ¿es económicamente beneficioso el proteger a nivel legislativo a la empresa familiar? De ser así, entonces ¿cuál debe ser la herramienta adecuada para alcanzar esa meta?, ¿será que la respuesta está en crear un marco legal especial y autónomo para la empresa familiar?, o ¿resulta más eficiente dejar las cosas tal como están y sólo regular a la empresa familiar en aspectos puntuales como lo son, por ejemplo, los beneficios fiscales?

Para resolver la respuesta a los problemas planteados, hemos tomado como mecanismo metodológico las herramientas que ofrece la teoría institucionalista en materia societaria.²⁷ Consideramos que la protección y fortalecimiento de la empresa familiar no es un asunto que debe quedar en manos del mercado, sino que es necesario que el legislador establezca pautas normativas expresas para lograr ese fin. Y para ello hemos hecho uso de algunas ideas que plantea la tendencia jurídica doctrinaria del institucionalismo en materia societaria, específicamente, que el legislador tome partida en este problema y plasme legalmente esta realidad comercial para que los miembros de la comunidad se vean obligados a acatar las pautas legales para garantizar la continuidad y fortalecimiento de la empresa familiar.

Consideramos que la regulación de las empresas familiares incrementa la valoración de la empresa. El proceso de creación de valor podría verse influenciado por la fijación a nivel legislativo de reglas referidas a la propiedad, gobierno y dirección de la empresa familiar. La creación por parte del legislador de una normativa con respecto a cada una de estas dimensiones tendrá un grado de influencia sobre la valorización de la empresa familiar.²⁸

El ciclo de vida de las empresas familiares es relativamente breve. Entre 2/3 y 3/4 de las empresas familiares quiebran o son vendidas por la familia fundadora durante la primera generación y sólo entre un cinco por ciento (5%) y un quince por ciento (15%) continúan siendo familiares en la tercera generación. Esta circunstancia podría corregirse, con el impulso de un estatuto jurídico que permita diseñar los cauces adecuados para asegurar su continuidad.²⁹ Los datos revelan que muy pocas empresas familiares son conscientes de la importancia de contar con un marco jurídico adecuado.

²⁷ La teoría institucionalista considera que la sociedad mercantil constituiría una persona asimilable, en todos sus términos, a la persona física, y de allí la importancia de instaurar reglas o normas que vayan dirigidas a mantener la supervivencia de la sociedad. La perspectiva contractualista, por su parte, es la convicción de que la sociedad es una mera "ficción jurídica", y la considera como relación contractual más del conjunto de contratos que se celebran para el ejercicio de la actividad empresarial.

²⁸ El nivel de valoración de una empresa se mide comparando su valor del mercado con su valor contable o con el valor de reposición de sus activos (la famosa "q" de Tobin). La valoración es alta si el cociente que resulta de dividir la primera magnitud por la segunda es alto y, desde luego, superior a la unidad.

²⁹ Informe de empresa familiar 2021, Recuperación y crecimiento. Junio 2021. KPMG en España

En otras jurisdicciones, como en España, el poder legislativo no parece muy proclive a desarrollar un estatuto jurídico especial; en el año 2001, el pleno del Senado acordó la creación de una ponencia de estudio de la problemática de la empresa familiar en la que se descartó la promulgación de dicho estatuto jurídico.

A nivel mundial, se ha generado una cierta sensación de frustración por la falta de regulación de la empresa familiar en el marco del derecho de sociedades. Una vez más, habrá que apelar a la vocación del derecho privado mercantil como instrumento de institucionalización de la economía. La institucionalización suple las deficiencias de la iniciativa privada, de la autonomía de la voluntad o del mercado, para fomentar la organización de las empresas y de las actividades económicas privadas hacia objetivos que se consideran deseables.

La institucionalización se produce mediante la intervención de agentes reguladores, que pueden ser públicos y que pueden ser privados -lo que plantea el problema de la potencialidad y límites de la “autorregulación”, por la vía de contratos y de usos interpretativos de los mismos. Ambos mecanismos han actuado a lo largo de la historia y no tienen por qué ser menospreciados, cada uno de ellos en su esfera de efectividad, para llevar a cabo la incorporación de las nuevas tecnologías. Adonde no llegue la autorregulación -por ejemplo, aumentando las “reglas éticas” del Código de Buen Gobierno de las Sociedades- tendrá que intervenir el legislador. Pero las intervenciones de éste suponen un enorme coste social, no siempre son acertadas, porque responden a esquemas muy conservadores inspirados en realidades ya superadas.

El derecho de sociedades es el derecho de organización por excelencia, en el que el trabajo del jurista como ingeniero u organizador social adquiere su máxima expresión; y donde, además, su experiencia práctica le legitima y le obliga a solicitar la intervención puntual del legislador en puntos clave que requieren de regulación especial, tal como ocurre en el caso de la empresa familiar.

No aceptamos que lo referente a la empresa familiar se deje a la autorregulación. Podría pensarse en la conveniencia de que la empresa familiar quede disciplinada por códigos de conducta, o mediante reglamentos internos de gobierno de junta o/y consejo. En teoría sería ésta una solución más flexible que la normativa, *pero tenemos dudas sobre el particular*. Como las tenemos sobre el éxito de la importación de los códigos de buen gobierno en el ámbito de la empresa familiar.

No compartimos la posición contractualista del derecho societarios según la cual la regulación de las instituciones societarias debe quedar sometidas a la autonomía de las partes y limitar al máximo el papel interventor del legislador. Ellos olvidan que el juez tiene una limitante, él sólo puede aplicar la ley sin considerar sus efectos económicos, es por lo cual nosotros proponemos la promulgación o la revisión de

normas por parte del poder legislativo, a los fines de que el legislador las adopte con el objetivo de generar riqueza y bienestar económico. Esto es, solicitamos al legislador que enfoque su labor normativa en la producción de normas con criterio de maximización económica.³⁰ Una de esas normativas que el legislador debe emitir, con un enfoque de eficiencia económica, es un estatuto autónomo que regule a la empresa familiar.

Consideramos que la empresa familiar y sus reglas de protección y continuidad deben ser establecidas de manera imperativa por el legislador mediante una ley.

Como veremos más adelante, son muchas las razones por las cuales consideramos que si es conveniente promulgar una ley que regule a la empresa familiar, y esta ley debe estar dirigida a fomentar la eficiencia económica de la empresa familiar.

3. Recomendaciones Legislativas a un proyecto de ley de la empresa familiar

3.1. Aspectos Generales

A continuación, damos a conocer nuestras recomendaciones en relación a lo que debería ser el contenido de un posible proyecto legislativo de la empresa familiar. Todo esto con el fin de fomentar el desarrollo y conservación de la empresa familiar y la consecuente generación de empleo y de dividendos para los miembros de la familia que son propietarios de la empresa. Esto es, la norma jurídica debe buscar la eficiencia económica de la empresa familiar a los fines de generar riqueza en la sociedad. Por lo cual, en nuestras recomendaciones hemos tenido muy en cuenta ese meta, establecer normas que generen eficiencia económica. Por ello, muchas de estas normas están vinculadas a las relaciones de agencia, costes de transacción, gestión de la propiedad y generación de valor. Todo ello, con el propósito de asentar una normativa legal que vaya dirigida a fomentar la eficacia y eficiencia económica de la empresa familiar.

3.2. Objetivos de la Nueva Legislación

La legislación que se establezca sobre la empresa familiar debe tener como propósito, entre otros: (1) mantener la concentración parcial de la propiedad y la centralización del control en manos de los accionistas familiares con beneficios suficientes para estimular su explotación; (2) permitir que la propiedad vaya pasando de generación en generación; (3) estimular a los miembros de la familia para que puedan

³⁰ La norma jurídica debe buscar la eficiencia económica a los fines de generar riqueza en la sociedad. Paz-Ares, Cándido “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” en <http://www.indret.com>.

acceder a la dirección de la empresa; (4) fomentar la constitución de asambleas y de los consejos familiares con alta capacidad de supervisión de la instancia ejecutiva de la compañía; e (5) imponer la existencia del protocolo familiar.

Seguidamente presentamos los aspectos más importantes que deben estar regulados en una futura ley de la empresa familiar, con base a los cinco (5) objetivos básicos señalados anteriormente:

3.2.1. Fijar una definición legal de la empresa familiar

La futura Ley de empresa familiar debe establecer una definición expresa de empresa familiar que permita sentar las bases para un tratamiento diferenciado de este tipo de instituciones en el vigente ordenamiento jurídico venezolano. Esta delimitación conceptual es importante a los fines de aplicar este régimen especial a aquellas empresas que cumplan con las pautas de control y gestión llevadas a cabo por grupos familiares que comprobadamente, mediante estudios empíricos, han demostrado eficiencia económica y tienen planes de continuidad. Recomendamos que se acoja el concepto de empresa familiar formulado por nosotros en este trabajo.

Una delimitación conceptual debiera posibilitar, asimismo, la concreción de diversas políticas económicas para la promoción y continuidad de la empresa familiar. Por ejemplo, la fijación de una definición precisa de empresa familiar permitirá el establecimiento de un régimen tributario propio y especial.

Con la fijación de una definición de empresa familiar se disminuye la incertidumbre y temor al riesgo y se facilita la generación de un estado de equilibrio y los particulares no necesitarán incurrir en costes a los fines de establecer entre las partes las pautas de existencia de una empresa familiar.

3.2.2. Imponer la obligación de constituir una sociedad

La organización jurídica de la empresa familiar, en primer lugar, aconseja adoptar la forma de sociedad sin responsabilidad personal de sus socios, en lugar de la forma de empresa individual, ya que sólo aquella permite separar un patrimonio adscrito al riesgo de pérdidas en una determinada empresa del patrimonio del empresario individual, y en su caso del patrimonio de los cónyuges.

Entre los diversos tipos sociales debe adoptarse preferentemente el de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la cual presenta una mayor flexibilidad.

3.2.3. Régimen de Presunciones

Recomendamos que se contemple un régimen de presunciones, mediante los cuales se le confieran los beneficios otorgados a la empresa familiar a aquellas entidades que presentan ciertos indicios en convertirse en empresas familiares desarrolladas. Estos indicios deberán ser verificados por un Notario o por el Registrador Mercantil. La futura Ley de empresa familiar deberá enunciar los hechos que considera como indicios indubitables a los fines de considerar si las entidades solicitantes están diseñadas para constituirse y consolidarse como empresa familiar.

El propósito del sistema de presunciones es el estimular aquellas empresas que tienen la intención en desarrollarse en empresas familiares productivas. Proteger a una entidad que constituye la raíz de la empresa familiar es también prioritario. Sin embargo, dicha entidad dejará de ser merecedora de los beneficios adjudicados o que se le estén adjudicando, si durante su evolución, la misma no llega a desarrollarse en una empresa familiar

En este proyecto a favor de la empresa familiar, el control notarial y de registro constituyen un instrumento fundamental, en particular en la aplicación del régimen de presunciones para la empresa familiar precaria.

3.2.4. Mecanismo de identificación

Es necesario que se establezca un mecanismo de identificación de las empresas familiares (en particular para las sociedades familiares que, cumpliendo con los requisitos que al efecto se establezcan), puedan evidenciar su naturaleza de familiar en las denominaciones sociales, añadiendo la letra “F” o la coletilla “Familiar” a la indicación de la forma social de que se trate.

Este requisito contribuye a reducir costes de transacción, ya que los terceros no necesitarían incurrir en gastos de investigación a los fines de determinar entre las partes que la empresa contratante es una empresa familiar.

3.2.5. Establecer mecanismos de control de la propiedad

La futura Ley de empresa familiar debe establecer de manera expresa el derecho de los miembros de la familia sobre la propiedad de la empresa familiar, en donde se contemplen pautas que regulen la: (i) transición en caso de muerte del fundador; (ii) la transferencia de las acciones o participaciones; y (iii) la sucesión y el ingreso de terceros a la sociedad. En definitiva, la empresa familiar, como su nombre indica, es de la familia y debe ser para la familia. Éste esta es una de las metas que debe lograr la Ley, pues la presencia de la familia es el principal factor de éxito y de supervivencia de la empresa a largo plazo.

Imponer la obligación acuerdos de propiedad pre y post-maritales, para mantener la propiedad de la empresa sólo entre los descendientes del fundador. En caso contrario, si no hay acuerdo, la Ley de empresa familiar debe impedir la liquidación segmentada de la empresa familiar en caso de divorcio, e imponer la obligación de tratar en lo posible el enajenar la empresa en su totalidad como una sola unidad. Esta meta siempre deberá respetar el derecho a la libertad económica y de propiedad del vendedor o vendedores.

Estas reglas estimulan los derechos de propiedad y la consecuente maximización de la producción.

3.2.6. Establecer una política de buen gobierno corporativo

A los fines de generar estabilidad y seguridad jurídica recomendamos que las pautas del gobierno corporativo de la empresa familiar estén contempladas a nivel legal. La organización jurídica de la empresa familiar, desde un punto de vista corporativo como financiero, deberá incorporar las recomendaciones de los Códigos de Buen Gobierno mediante su imposición a nivel legislativo.³¹

Las sugerencias sobre “buen gobierno corporativo” deben alcanzar reconocimiento normativo en el derecho positivo que se establezca con respecto a la empresa familiar. No basta con que los poderes públicos se limiten a dar consejos de ética empresarial. En concreto, es necesario que en el proyecto de Ley de empresa familiar se contemplen expresamente normas de buen gobierno corporativo, a los efectos de poner controles a las funciones por parte del consejo, así como para imponer obligatoriamente los comités de auditoría.

Las políticas de buen gobierno son generadoras de valor. Si bien entre el buen gobierno institucional y el buen gobierno contractual existe, hasta un cierto punto, una relación de tipo supletoria, consideramos que, en el caso de la empresa familiar, debido a su importancia y al desorden doctrinario en cuanto a precisar lo que constituye una empresa familiar, consideramos que se debe acudir a la instancia de regular a la empresa familiar a nivel legal. Según el Teorema de Coase, que las empresas se adaptan contractualmente a los contextos institucionales más pobres, no obstante, en vista de la trascendencia de la empresa familiar, no podemos esperar que los particulares a través de acuerdos contractuales lleguen a formular un concepto claro de empresa familiar, pues esto tomaría años, y hasta tanto ello no ocurra, se seguirían extinguiendo muchas empresas familiares, lo cual se debe evitar a toda costa.

³¹ Estas pautas de buen gobierno pueden ser similares a las ya contempladas en otras jurisdicciones, como el Código Olivencia y Aldama en España.

Además, la nueva normativa debe ordenar la incorporación de las reglas de buen gobierno a los estatutos de las compañías familiares, y establecer mecanismos que faciliten la impugnación de acuerdos de los órganos sociales que infrinjan tales reglas de conducta por parte de cualquier interesado (sea integrante o no de la empresa familiar).

El consejo, en las sociedades familiares abiertas, debe incorporar *consejeros independientes* no pertenecientes al grupo de los ejecutivos: para defender los intereses de los pequeños accionistas y, en el caso de las sociedades familiares no cotizadas, de los socios externos al grupo. Los consejeros independientes, además, deben formar parte de la *Comisión de Auditoría y de control y la Comisión de propuesta de nombramiento de directivos y de retribuciones*. En las *sociedades familiares cerradas*, en cambio, la presencia de personas experimentadas en la gestión de empresas puede tener su inserción más adecuada en el *Consejo de Familia*, que puede ser regulado por los estatutos sociales como un órgano social estatutario.

Estas pautas de buen gobierno pueden ser útiles para la organización jurídica de la empresa familiar, y entre esas pautas incluiríamos las siguientes:

- a. Regular de manera exhaustiva las obligaciones de lealtad entre los miembros de la familia que integran la Junta Directiva de la empresa familiar. Sancionar severamente la falta de deslealtad.
- b. Mitigar las posibles acciones judiciales en contra de los directivos por actos negligentes. Sancionar sólo en caso de dolo o culpa grave (Esto estimula la asunción de riesgos por parte de los administradores y la consecuente obtención de ganancias).
- c. Imponer la obligación que la Junta Directiva se reúna con frecuencia. (Fluido de comunicación reduce los costes de transacción).
- d. Incorporación de personal externo en el Consejo Administración. Las empresas familiares con consejeros externos poseen una estructura más plana y de mayor autonomía con órganos de gobiernos que permiten obtener menores costes de transacción.
- e. Imponer la obligación de elaborar e inscribir ante el Registro Mercantil un Código Básico de Conducta de los miembros familiares que participen en la administración de la empresa.
- f. Imponer sanciones punitivas en caso de infracción a los deberes de lealtad y violación al Código Básico de Conducta. Este Código debe establecer las reglas de conducta y operación que se espera de todos. Este documento debe estructurarse de acuerdo con las necesidades del negocio y no de la familia. Exigiendo la obligación de hacer que todos los integrantes de la empresa conozcan esas reglas.

- g. Necesidad de reconfigurar la Junta Directiva- como un órgano de supervisión, para lo cual se invita al legislador a modificar los patrones de composición del órgano -reduciendo su tamaño, incorporando un número significativo de consejeros independientes y creando comités consultivos en las áreas de responsabilidad más sensibles: auditoria, cumplimiento, nombramientos y retribuciones.
- h. La necesidad de adoptar medidas para minimizar el riesgo de conflictos de intereses y de la consiguiente “redistribución de valor” que pueden ocasionar los conflictos entre los familiares, a cuyo fin se insta al legislador a: (i) especificar los deberes de lealtad de los administradores (operaciones vinculadas, información privilegiada, aprovechamiento de oportunidades de negocio, uso personal de activos sociales, explotación con fines privados de la posición de consejero, pautas para estructurar los paquetes retributivos, etc.); (ii) a extender dichos deberes a los accionistas de control (también a directivos y administradores de hecho y ocultos); y (iii) a facilitar la exigencia de responsabilidad ante las instancias judiciales a quienes los violen.
- i. Incrementar la transparencia y la calidad de la información suministrada por las empresas a los mercados. La recomendación no se centra sólo en el ámbito cuantitativo de la información financiera, sino que se extiende -y con mucho énfasis, por cierto- al ámbito cualitativo de la información sobre gobierno corporativo (estructura de propiedad de la empresa, pactos parasociales, transacciones vinculadas, etc.). Nos referimos a decisiones tales como hacer público el paquete retributivo individualizado de cada consejero.
- j. Imponer sanciones severas en lo referente las violaciones de la obligación de lealtad y ser menos severo con la negligencia (aplicar una política de indulgencia), a los fines de estimular al administrador asumir riesgos y maximizar la riqueza de la empresa familiar. La responsabilidad del administrador es muy distinta en el ámbito de la deslealtad y en el ámbito de la negligencia. En el campo de la deslealtad, el deber de lealtad obliga al administrador a no desviar valor de la esfera social a la esfera personal y, por tanto, excluye por definición la posibilidad de cualquier forma de alineamiento natural de intereses. El incumplimiento sólo depara al administrador beneficios (a mayor incumplimiento, mayor beneficios); no le impone ningún coste, pues es un juego meramente redistributivo (lo que se lleva una parte lo pierde la otra); en definitiva, un juego de suma cero.³² Las cosas se presentan de manera muy distinta en el terreno de la negligencia, porque normalmente procura un beneficio menor (la omisión de la diligencia

³² Paz-Ares, Cándido. “El gobierno de la sociedad anónima y limitada (ii)” Publicado en <http://www.indret.com> (Revisada en marzo de 2021)

debida se traduce en un ahorro de atención y esfuerzo, no en la obtención de un rendimiento patrimonial directo), ya que el propio administrador ha de pechar con una parte de sus costes (si la empresa va mal, acabará perdiendo su fuente de ingresos; si no gestiona, pierde la oportunidad de mandar, etc.). El juego es ahora de suma positiva y, en esa medida, ambas partes pueden sacar provecho de la cooperación.³³

- k. La Junta Directiva de la empresa familiar debe tener al menos dos (2) integrantes externos que no sean familiares, ni empleados, ni clientes, ni proveedores, es decir, que no tengan relación directa con la organización. Imponer la asesoría de consejeros externos que permitan la toma de decisiones imparciales, o bien, si el tamaño de la empresa lo amerita, forme una Junta Directiva que incluya gente ajena a la familia y a la empresa.
- l. Excluir la familia de la gestión diaria de la empresa y concentrarla únicamente en los cargos de Dirección. En casi todos los casos excluir a los parientes políticos, salvo eventos excepcionales de alguien muy competente y un comprobado nivel de lealtad y responsabilidad muy alto.

La incorporación de reglas de buen gobierno mejora la credibilidad de la empresa ante proveedores y acreedores, así como ante los consumidores de los servicios y productos que desarrolla la empresa familiar.

3.2.7. Imposición a nivel legal de la incorporación de órganos de naturaleza familiar en la empresa familiar

La empresa familiar debe disponer no sólo de los órganos que son obligatorios (junta general y consejo de administración), sino también de determinados órganos voluntarios de participación de la familia (*la junta de familia y el consejo de familia*) y de expertos independientes (el consejo asesor).

La futura Ley de empresa familiar debe regular de manera expresa el papel y las competencias del Consejo de Familia, de la Junta Directiva y del Comité de Dirección. Es importante que las reglas del juego sean claras, transparentes.

³³ Richard Posner lo ha explicado en términos inmejorables “The danger of mismanagement (negligence) is less serious than the danger that the managers will not deal fairly with the shareholders (disloyalty). Mismanagement is not in the managers’ self-interest; it is in fact very much contrary to their self-interest, as it will lead eventually to the bankruptcy of the firm (and of the managers’ future employment prospects), as a result of the competition of better managed rivals. Although managers thus have a strong incentive to manage the firm well or, if they are unable to manage it well themselves, to sell their offices to those who can, their incentive to deal fairly with shareholders (meaning maximizing the per-share value of the corporation’s stock) is weaker” (R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York 1998, p. 452).

Estas pautas reducirían los costes de transacción y de agencia. Protege los derechos de propiedad al sancionar de manera severa la deslealtad. Estimula la inversión al riesgo al ser indulgentes con la negligencia.

1.- Imponer la creación de una Junta de Familia

La *Junta de familia* sería establecida como un órgano de carácter informativo y sin facultades decisorias que estaría integrado por todos los miembros de la familia, que trabajen o no en la empresa y sean o no socios de la misma. Este órgano permitiría mantener a la familia informada de forma periódica de la marcha de la empresa. Igualmente, tendría como funciones el definir las relaciones entre familia y empresa, y el fomento del intercambio de opiniones entre los miembros familiares. Con el incremento de la familia aumenta también la conveniencia de contar con este tipo de órgano.

2.- Imponer la creación de un Consejo de Familia

- a. Exigir la creación de un Consejo Familiar para manejar los desacuerdos familiares y las materias turbias de la empresa. (Esta regla reduce los costes de agencia que puedan surgir como consecuencia de los conflictos entre los miembros familiares).
- b. El consejo de familia sería el órgano en el que la familia tomaría las decisiones relativas a las relaciones entre la familia y la empresa. Asimismo, en dicho órgano se tomarían otras decisiones relativas a los siguientes aspectos: (a) definir la política de contratación de familiares; (b) determinar las normas de sucesión; (c) arbitrar en caso de conflictos entre miembros de la familia; (d) defender los derechos de los familiares que no trabajan en la empresa, etc. En definitiva, es el órgano adecuado para aplicar los principios y normas contenidos en el protocolo familiar, cuando éste se haya suscrito.

Es necesario que estén representadas en él todas las ramas familiares (normalmente, sus cabezas o líderes); tanto socios-familiares trabajadores como no trabajadores; Y las distintas generaciones de la familia. En especial, el consejo de familia podría asumir algunas de las funciones que se predicen de las comisiones del consejo, como por ejemplo, la búsqueda, selección y propuesta de nombramiento de los miembros de éste y la propuesta de determinación de sus retribuciones. Más aún, podría establecerse estatutariamente la necesidad de contar con su dictamen previo, aunque no vinculante, para decidir sobre éstas y otras cuestiones.

- c. Imponer la creación de un órgano de vigilancia. Imponer la regla según la cual la familia sólo puede participar en los Consejos de Vigilancia (Esto genera reducción de los costes de agencia entre los propietarios y la administración).
- d. La conducta ilegal o irresponsable de un miembro de la familia deberá ser considerada por el Consejo Familiar.
- e. La figura del Consejo Familiar puede ser conveniente para dar estabilidad al indispensable liderazgo de la empresa con la presencia de todos los sectores del grupo familiar en la administración; y para evitar los comportamientos “oportunistas” de los administradores. La mayor eficacia del consejo puede conseguirse mediante el nombramiento de un consejero delegado o mediante el nombramiento de una Comisión Ejecutiva o de un Director general o de varios apoderados.

3.- Imponer la creación de un Consejo Asesor

- a. Es necesario establecer un Consejo Asesor, el cual estaría constituido por expertos independientes con probada capacidad profesional y un buen entendimiento de las claves de la empresa familiar, cuya labor sería consultiva, de orientación y consejo tanto en el ámbito empresarial puro como, en particular, en la esfera de las relaciones entre familia y empresa.
- b. La función del *Consejo Asesor* sería la de expresar una opinión en caso de conflicto de intereses entre la sociedad y la totalidad o parte de la familia o la de emitir su informe preceptivo en una serie de temas, como garantía del buen funcionamiento, de confianza para los terceros.

3.2.8. Limitaciones a la libre transmisión de acciones

Es necesario imponer restricciones a la libre transmisión del capital social (y de los derechos a su suscripción), como herramienta necesaria para preservar el control de la empresa por parte de la familia.³⁴

La futura Ley de empresa familiar deberá limitar la transmisión directa o indirecta de las acciones o participaciones de la sociedad familiar, mediante la venta de sociedades patrimoniales tenedoras de las mismas. Del mismo modo, puede ser oportuno

³⁴ En el derecho español esto ya está previsto en la Ley de Sociedades de Capital. Si la sociedad es de responsabilidad limitada, la propia ley dispone dichas restricciones de forma supletoria, a falta de pacto, prohibiendo que la regulación particularizada pueda convertir la transmisión de las participaciones en completamente libre. Si la sociedad es anónima, el principio es el contrario: a falta de pacto estatutario en contra, la transmisión de las acciones es libre, no pudiendo establecerse restricciones que las hagan prácticamente intransmisibles. Además, en ambos casos, están prohibidas las restricciones que impidan al socio obtener como precio su “valor real” o vender el número de acciones o participaciones que desee.

tuno extender el derecho de adquisición preferente a los supuestos en que se extinga el régimen matrimonial de comunidad de gananciales (reconociéndolo, por ejemplo, en favor del cónyuge miembro de la familia propietaria de la empresa y sus ascendientes o descendientes).

Esta regla preserva la empresa en manos de la familia, la cual es la entidad mejor adecuada para llevar a cabo la explotación de su patrimonio.

3.2.9. Satisfacer las necesidades mínimas de la familia

En lo que se refiere a la organización financiera de la sociedad familiar es necesario que se imponga el deber de proveer a las necesidades de la familia. En especial: a) asegurar la distribución de un dividendo mínimo anual, sea como distribución de beneficio de ejercicio, de distribución de reservas o incluso de reducción de capital devolviendo aportaciones o amortizando acciones o participaciones por vía de compra; y b) facilitar la cobertura de necesidades urgentes de tesorería de los familiares, con un procedimiento ágil de adquisición de las acciones o participaciones sociales, en especial mediante una cláusula restrictiva de la libre transmisibilidad que otorgue a la sociedad un derecho de adquisición preferente.

3.2.10. Emisión de acciones sin voto y rescatables

Permitir la emisión de acciones sin voto, favoreciendo que ingresen en la sociedad los descendientes de los socios, de modo que puedan disfrutar de derechos económicos, sin que sus ascendientes pierdan el control y poder decisorio en las juntas generales, mientras que no existe posibilidad legal ni medio similar en la limitada. Otro beneficio de las acciones sin voto es que no quedan afectadas en caso de reducción de capital por pérdidas, hasta que se supere el valor nominal de las restantes acciones. También se les reconoce el privilegio a cobrar, antes que el resto de las acciones, la cuota de liquidación

Es económicamente eficiente ya que los descendientes o herederos del fundador pueden disfrutar de derechos económicos sin que sus ascendientes pierdan el control y poder decisorio en las juntas generales de la empresa familiar.

3.2.11. Prestaciones accesorias

Imponer a los socios a comprometerse a cumplir el protocolo familiar como una especie de prestación accesorias, incluyendo la persistencia en la condición de miembro de la familia.

Esto genera como beneficio el mantenimiento y prolongación de la empresa familiar en el tiempo y la imposición del cumplimiento del protocolo familiar sin necesidad de incurrir en altos costes de transacción.

3.2.12. Establecer pautas para la política de remuneración

La nueva normativa debe regular la remuneración excesiva o los casos en los que no se remunera adecuadamente a los miembros del grupo familiar que trabajan para la empresa familiar.

Esto resultaría económicamente eficiente pues reduciría posibles actos de competencia desleal por parte de los miembros de la familia que se viesen estimulados a prestar sus servicios para la competencia.

Se debe permitir a los empleados participar en la empresa mediante participación accionarial, pero sin derecho a voto. No se debe permitir que los empleados no familiares intervengan en los desacuerdos familiares.

La concesión de opciones de acciones (*stock options*) otorgadas a favor de los empleados de la empresa familiar, los incentiva a aportar su mayor esfuerzo en la empresa. Los empleados al tener derecho de participación en los éxitos de la empresa generarán como contrapartida el que ellos adquieran un alto grado de preocupación por el desarrollo de la empresa. Esto hace que los miembros o integrantes de la empresa estén íntimamente atados o vinculados a los valores familiares que inicialmente fueron inculcados por los familiares fundadores.

3.2.13. Imponer mecanismos de comunicación entre los socios y los empleados

La comunicación debe ser totalmente fluida, eficaz, incluyente e imparcial, porque esa es la mejor manera de prevenir la acumulación de problemas, resentimientos y descontentos que suelen convertirse en verdaderas bombas de tiempo. Con esta medida se reducen o elimina los costes de agencia. Mediante un buen flujo de información se deben dar pasos para minimizar las tensiones entre accionistas internos (miembros de la familia) y externos.

Es necesario establecer una política de promoción junto con las herramientas de comunicación. La cultura y tradición de la familia fundadora juega un papel importante en la construcción de unas fundaciones sólidas en la empresa. Los empleados entienden y aprecian el legado y la tradición familiar.

Esta regla genera como beneficio económico el reducir los costes de transacción.

3.2.14. Imposición de adoptar un Protocolo Familiar

Imponer la obligación de suscribir un protocolo familiar³⁵. Exigir que los estatutos sociales estén sujetos al contenido del protocolo familiar. Necesidad que el pacto de honor se haga vinculante en las empresas familiares. Su exigencia reduce los costes de transacción, genera confianza en el mercado y seguridad jurídica entre los miembros familiares y combate la incertidumbre.

El protocolo familiar es la mejor herramienta de la que dispone la empresa familiar para asegurar su continuidad y transmisión. Básicamente, esta figura es un acuerdo entre los miembros de una empresa familiar que regula las relaciones económicas y profesionales entre los socios y la propia empresa, su gestión, organización y, sobre todo, la transmisión de la empresa. El protocolo familiar debe ser creado de una manera consensuada y sujeto a una constante revisión. En él se deben integrar aspectos fiscales, mercantiles y civiles que afectan al nivel accionarial, corporativos y operativos de la empresa.

El protocolo familiar debe superar el estadio de la declaración de intenciones para pasar a ser un verdadero acuerdo. Los protocolos familiares son instrumentos útiles, en tanto sean eficaces para organizar la empresa familiar y para asegurar su conservación y continuidad. El protocolo familiar es un documento novedoso y muy útil para las necesidades de la empresa familiar, sobre todo en las relaciones entre socios, familiares y las empresas. No obstante, este documento, de procedencia extranjera, plantea problemas de adaptación a los esquemas jurídicos venezolanos. El notario, como redactor de instrumentos públicos, es la persona indicada para cuidar su redacción.

La exigencia a nivel legal del protocolo haría disminuir los conflictos entre miembros familiares y eliminaría los costes de agencia. Para el miembro que no acate el contenido del protocolo, se debe aplicar alguna de las siguientes sanciones: (i) multa; (ii) retiro del Consejo de Familiar; (iii) exclusión de los beneficios; y (iv) o expulsión de la sociedad.

³⁵ El protocolo familiar, si bien es un instrumento procedente del mundo anglosajón, debería adaptarse al sistema jurídico español, ya que beneficiaría considerablemente a las sociedades familiares. Esta herramienta es, un buen medio para aplicar al gobierno de las empresas donde puedan existir malas prácticas específicas, como nepotismo, rivalidad entre generaciones, exclusión de las normas empresariales en la gestión, dirección familiar poco profesional, entre otras. Sin embargo, a veces se presenta más como una técnica de gestión que como un instrumento jurídico, de modo que en muchas escuelas de negocios quienes lo enseñan no son juristas, sino ingenieros y economistas. No obstante, este documento, de procedencia extranjera, plantea problemas de adaptación a los esquemas jurídicos españoles.

En el protocolo se debe regular las intenciones sobre el capital y su transmisión; las políticas de transacciones accionarias; los derechos de preferencia y el retiro y elección de los líderes familiares.

La futura Ley de empresa familiar impondrá la obligación de que el protocolo sea ratificado por una mayoría cualificada de y todos los miembros familiares a suceder, no sólo por los familiares socios. El protocolo familiar está relacionado positivamente con el desempeño económico de la empresa (Esto contribuye a la reducción de costes de agencia).

La existencia de un protocolo familiar genera confianza, la confianza de que la empresa será gestionada adecuadamente y de que sus rendimientos no serán distribuidos de forma asimétrica. El gobierno corporativo no tiene más objetivo que fortalecer esta confianza suministrando instrumentos de salvaguardia y supervisión aptos para alinear los incentivos de los miembros. Es crucial restablecer la confianza mediante una política de gobierno corporativo.

La futura Ley de empresa familiar debe establecer los fundamentos que servirán de base para la redacción de ese conjunto de reglas o normas llamado Protocolo familiar, las cuales sintetizamos de la siguiente manera:

- Debe determinar el momento y las circunstancias en que los hijos pueden ingresar a la empresa.
- Debe definir los valores y la cultura empresarial que se quiere mantener.
- Debe fijar las pautas de la promoción.
- Debe fijar el régimen de remuneraciones y evaluación de desempeño.
- Debe establecer los criterios para acceder a la propiedad de la empresa.
- Debe señalar la política para la distribución de utilidades.
- Debe contemplar la política para atender las necesidades financieras de los familiares y de la empresa
- Debe contemplar y establecer las pautas para el seguimiento del familiar trabajador.
- Debe contener reglas en lo referente a la definición de parentesco.
- Debe contemplar pautas y reglas de sucesión accionarial, transmisiones de acciones y valoración, acordes con las reglas que sobre esta materia establezca la Ley de empresa familiar.
- Debe contemplar un sistema de arbitraje para la resolución de conflictos y creación de órganos específicos (Consejo de Familia).

Finalmente hay que señalar que los protocolos familiares deberán tener como complemento indispensable el testamento y los estatutos sociales. Por ello, y por la trascendencia de la fijación, publicidad y estabilidad de los protocolos familiares, deben éstos formalizarse en escritura pública. El registro y publicidad de los protocolos familiares debe ser obligatoria, con lo cual se reducen costos de transacción para los terceros que quieran contratar con la empresa.

3.2.15. Posibilidad de establecer sindicatos de voto y de bloqueo

La futura Ley de empresa familiar establecerá la licitud y eficacia de los sindicatos de voto o de bloqueo, tendentes a coordinar acciones para mantener el mando de una sociedad o a limitar la libre transmisión de las acciones, respectivamente.

La futura Ley de empresa familiar establecería que, en caso de incumplimiento, se exigiría una indemnización al socio familiar incumplidor, pero sin posibilidad de impugnar o anular la operación en la que dicho incumplimiento se hubiera concretado.

Esta regla permite mantener la empresa en manos de quienes estarían más estimulados en explotarla de la manera más intensa y efectiva, y éstos son los integrantes de la familia.

3.2.16. Regular el proceso de transmisión de la empresa

Las empresas familiares, una vez establecidas, su mayor problema es la sucesión; muchas de ellas se extinguen en este paso. La nueva normativa deberá regular la transmisión de liderazgo a los fines de evitar la pérdida de control de la empresa, y así impedir la generación de costes de agencia entre los nuevos accionistas y los miembros de la Junta Directiva. Esto es apreciado por el mercado (El predominio familiar reduce los costes generados por el conflicto entre propiedad y administración).

Estimula los derechos de propiedad y la consecuente explotación efectiva de la empresa. Produce seguridad jurídica y combate la incertidumbre.

3.2.17. Estimular una política financiera

La Ley futura de empresa familiar debe fomentar la asunción de deudas por parte de los empresarios familiares, ya que esto promueve el compromiso de los administradores frente a la compañía familiar. El endeudamiento está relacionado positivamente con el desempeño económico de la empresa familiar pero negativamente con la dinámica familiar

Se recomienda a los administradores de la empresa familiar asumir retos financieros de largo alcance, lo cual comprometen a la gerencia a maximizar la gerencia a los fines de cumplir los compromisos asumidos.³⁶ Asumir compromisos financieros obliga a los administradores a mantenerse en la empresa por largos períodos, hasta cumplir con dichas obligaciones financieras. De lo contrario, su reputación en el mercado como gerentes se vería seriamente mermada.

Crear un fondo ad-altere de la empresa para atender las necesidades de los miembros de la familia que tenga problemas económicos.

3.2.18. Establecer un régimen legal para la contratación de empleados familiares

La futura Ley de empresa familiar debe establecer reglas de selección e ingreso para los miembros de la familia, es decir, se debe definir la política de ingreso con respecto a los parientes políticos.

Es necesario construir un equipo de gerencia que piense como una familia. Una buena recomendación es el promover el legado y la tradición familiar a través del empleo de diversas herramientas de comunicación tales como libros, programas de noticias, cursos, reuniones para discutir la historia y experiencia propia de los empleados. La futura Ley de empresa familiar debería imponer esta obligación de tracto informativo.

La nueva normativa debe diseñar las etapas de transición generacional, especialmente en la fase crítica de la sucesión y regular adecuadamente sus efectos fiscales.

Estas pautas constituyen una solución a los costes de agencia, pues el incorporar a la empresa familiar funcionarios externos (de la familia) generaría ese tipo de costes. Igualmente estimula el trabajo y la eficiencia productiva –los familiares se sienten parte- dueños de la empresa. Estimula la explotación efectiva de la propiedad.³⁷

3.2.19. Asegurar la continuación y sucesión de la empresa familiar

Se ha determinado económicamente, que el pago de elevadas tasas de impuestos por concepto de sucesión hace que el dueño de los bienes se vea estimulado a consumirlos y a dilapidarlos antes de su muerte, en lugar de conservarlos para sus descendientes. Prefiere dilapidarlos antes que darle buena parte de los mismos al Gobierno.

³⁶ K.Z. Heck, Ramona (Cornell University) Stafford, Kathryn (Ohio State University). *The Vital Institution of Family Business: Economic benefits Hidden in Plain Sight*. Florida. 1999. p. 58.

³⁷ Jensen, M. E.; Meckling, W. H. (1976): “*Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*”. *Journal of Financial Economics*. N° 3, p. 305-360.

Se recomienda hacer una rebaja sustancial de los impuestos sucesorales para el caso de la sucesión de las empresas familiares. Esto ayudara a evitar la desaparición de la empresa cuando deba producirse su transmisión.

Imponer la obligación de diseñar un plan que deba ponerse en marcha antes de dicho acontecimiento, tomando en cuenta que cuando eso sucede, la mayoría de los miembros de la familia se ven afectados emocionalmente pero el negocio debe continuar.

Otro campo que debe ser redefinido es la libertad de testar. El sistema de legítimas es rígido y los fideicomisos, los pactos sucesorios y los testamentos mancomunados están prohibidos. Debería potenciarse el fideicomiso inter vivos, facilitando que en caso de muerte prematura, los herederos puedan recibir la herencia aun siendo menores.”

Los fundadores deben establecer en los estatutos los mecanismos para elegir, preparar y formar al sucesor. De todas esas empresas familiares de éxito, sean de primera o de cuarta, o quinta generación, se dan, generalmente, como característica común a todas ellas, el haber preparado la sucesión del fundador y de los sucesivos primeros ejecutivos de manera excelente, eligiendo al mejor, formándolo y preparándolo con tiempo.

La futura Ley de empresa familiar debe imponer el deber de que se forme un equipo para la sucesión, y que esté formado tanto por familiares como por directivos no familiares. Así se asegura el trabajo multidisciplinario, imparcial y diferentes perspectivas respecto al funcionamiento de la empresa. Algo ideal es que los integrantes de la familia que formen parte de ese equipo sean de la misma generación para evitar mayores diferencias y conflictos. Y, por supuesto, que se designe como sucesor a quien demuestre tener la capacidad, el perfil y el compromiso necesario.

En la nueva normativa se debería establecer la posibilidad de que el patriarca separe su patrimonio empresarial del patrimonio personal, mediante la ejecución de un testamento.

Esta regulación reduce los costes de transacción, genera confianza en el mercado, produce segura jurídica y combate la incertidumbre.

3.2.20. Incremento de las exenciones y exoneraciones fiscales

El legislador en la Ley de empresa familiar debe mejorar la situación fiscal, eliminando los impuestos sucesorales y patrimonio. Estas exenciones, por ejemplo, existen en cinco países de los veinticinco de la Unión Europea, y en España es dónde existe el tipo marginal más alto de todo el mundo, un dos como cinco por ciento) (2.5%. Esto incentiva el crecimiento de la empresa familiar.

CONCLUSIONES

Las páginas anteriores dan cuenta de las aportaciones que la empresa familiar tiene sobre la economía del país y su contribución en la producción de valor, tanto en la generación de empleo como en la obtención de dividendos para sus propietarios.

Vimos en este trabajo que las empresas familiares tienen ciertas características propias que las diferencian de las empresas no familiares. Una de esas diferencias fundamentales es que en las empresas familiares los costes de agencia y de transacción son extremadamente bajos y es esto lo que las hace económicamente más eficientes y rentables que las empresas no familiares.

En este trabajo se propone la promulgación de una ley para regular a la empresa familiar. *Expresamos en estas líneas que era necesario conseguir un marco normativo que potencie la efectividad económica de las empresas familiares a los fines de que se allanen los obstáculos que impiden que estas empresas se mantengan en el tiempo. Mediante el establecimiento de un régimen legal que permita ordenar la creación, organización y transformación de masas patrimoniales productivas que están en manos de grupos familiares. Consideramos que el derecho debe jugar un papel importante en el desarrollo y mantenimiento de la empresa familiar. En consecuencia, planteamos la necesidad de crear una ley en donde se defina a la empresa familiar, y se elimine la rigidez derivada del sistema de legítimas y permitir sin ambigüedades los testamentos mancomunados, los pactos sucesorios.* La Ley de empresa familiar que promovemos debe dirigirse a la consecución de dos (2) objetivos fundamentales. Por un lado, garantizar en la medida de lo posible la conservación de la titularidad de la empresa en manos de la familia y una sucesión ordenada, y por otro, hacer que los miembros familiares sigan siendo parte de la sociedad, facilitando su integración en la vida de la empresa y la posibilidad de atender sus intereses particulares.

La creación constante del derecho y la modernización del ordenamiento jurídico nos enfrenta con frecuencia, en este tiempo de acelerados cambios sociales y económicos, con la necesidad de adaptar viejas instituciones que componen la estructura de nuestro ordenamiento jurídico basado en la tradición a estos nuevos conceptos, nuevas realidades y situaciones que van surgiendo con aquellos cambios. Es permanente la misión del derecho encontrar respuestas válidas a las nuevas situaciones surgidas de esa nueva realidad social. Entonces, es necesario que se emita una un marco normativo acorde a una institución tan importante en la economía de hoy, como es la empresa familiar. Una ley que ofrezca soluciones jurídicas creativas y acomodadas a sus singulares circunstancias y necesidades, superando la rigidez reglamentista que actualmente lo impiden. En donde se adopten medidas tributarias que faciliten la continuidad de las empresas familiares, que racionalicen el tratamiento de los beneficios fiscales exis-

tentes, que desincentiven las fragmentaciones patrimoniales y empresariales, y que no supongan una carga fiscal desproporcionada en el tránsito intergeneracional.

Indicamos también, que los protocolos familiares son instrumentos útiles, pues son eficaces para organizar la empresa familiar y para asegurar su conservación y continuidad, es por ello que el proyecto de ley que proponemos establece la obligatoriedad de su implantación en las empresas familiares.

Después de todo lo expuesto, se puede afirmarse que el éxito en la supervivencia de la empresa familiar dependerá de la intervención del legislador a los fines de proteger una institución tan importante en la generación de riqueza y bienestar económico. Si la empresa familiar desea subsistir a los cambios generacionales, se deben establecer unas normas de distribución del poder, participación y liderazgo de la empresa en el seno de la familia, de forma que las decisiones que se tomen sean prudentes y permitan planificar correctamente las transiciones y los períodos de sucesión.

Muchas de las propuestas y recomendaciones que se han venido haciendo hasta la fecha para tratar de paliar la elevada mortalidad de la empresa familiar (elaboración de un protocolo familiar, creación de un consejo de familia como foro en el que se debaten los conflictos específicos de la familia, creación de un comité de asesores, encargado de la elección y formación de los posibles sucesores, etc.), no obstante de ser de gran utilidad, tienen el inconveniente de que parten del presupuesto de que todos los implicados deben aceptar las reglas que se han establecido. En aquellos casos en los que alguien antepone sus intereses particulares a los del grupo, hipótesis que tampoco es inhabitual, el esquema se tambalea porque hemos construido la defensa de la empresa familiar sobre unas estructuras bien elaboradas desde el punto de vista científico-técnico pero débiles desde el punto de vista jurídico. Cuestión distinta, si existiese una ley que impusiese el deber de acoger las recomendaciones necesarias para la supervivencia de la empresa familiar.

Sin la creación y definición de un marco jurídico adecuado, los esfuerzos por conservar y desarrollar la empresa familiar, su realidad, estructura, problemática, ventajas e inconvenientes, serán, sin lugar a dudas insuficientes. Por último, y en respuesta a aquéllos que consideran que todos los instrumentos jurídicos necesarios para la defensa de la empresa familiar ya existen, de una forma u otra, en el ordenamiento jurídico, y que solamente es necesario conocerlos y saberlos aplicar, recurriendo si es necesario a mecanismos de integración del derecho, debemos recordar que, en última instancia, la única forma de obtener la tutela judicial efectiva es acudiendo a los juzgados y tribunales, y cuando los instrumentos en los que nos apoyemos, por muy brillantes que sean, no tengan unas bases sólidas y claras (*tal como sucede hoy en día*), y se articulen a partir de instituciones como la analogía, los principios generales del ordenamiento jurídico, o la búsqueda del espíritu de la norma y la intención última del legislador, será difícil obtener el amparo judicial.

Por tanto, para permitir la subsistencia de la empresa familiar se deben adoptar cambios en la legislación. Particularmente, proponemos la promulgación de estatuto normativo que regule a la empresa familiar o que se dicte un conjunto de normas que la regule y de esa forma se pueda contribuir a la estabilidad, continuidad y desarrollo de la empresa familiar. La normativa que regule a la empresa familiar debe estar dirigida a maximizar la eficiencia económica de estas entidades, pues su objetivo, como empresa, es generar lucro.

BIBLIOGRAFÍA

- Banacloche Palao, Carmen. Transmisión de la empresa familiar en el Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones. Editorial Aranzadi. Thomson Company. Madrid. 2002.
- Biosca Domènec Empresa y Familia. Problemas y Soluciones. Gestión 2000.com. Barcelona, 2003.
- Coase, Ronald H. “La Naturaleza de la Empresa”. En la empresa, el mercado y la ley, Alianza Editorial, pp. 33-49 (Reimpresión de “*The Nature of the Firm*”, Económica, vol. 4, noviembre 1937).
- Cuesta López, José Valeriano. Mecanismos Jurídicos para la defensa de la empresa familiar Restricciones a la Libre Transmisibilidad de Acciones en la Sociedad Anónima. OPVI. Valencia.
- Daily, E. M.; Dollinger, M. J.: “*An empirical examination of ownership structure in family and professionally managed firms*”. Family Business Review, vol. v, n° 2, summer, 1992.
- DeMoss, Michelle. Family Business gathering. The Holistic Model: Destroying Myths and Creating Value in Family Business” Stetson University. The Family Business Center. Edt. Grez McCann. Florida. 2001.
- Demsetz, H. “*The structure of ownership and the theory of the firm*”. Journal of Law and Economics. vol.26, iss.2, 1983.
- Engisch, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Ediciones Comares. Madrid. Marzo 2001.
- Fama, E. F.; Jensen, M.E. “Separation of Ownership and Control.” Journal of Law and Economics, número 26, Chicago. USA. 1983.
- Galve Gorriz, Carmen y Salas Fumas, Vicente. La empresa familiar en España. Fundamentos Económicos y Resultados. Fundación BBVA. 2003 y en Revista de Economía Teoría y Evidencias Empíricas ICE, Información Comercial Española. Sumario num. 740. Abril 1995.
- Gallo, Miguel Ángel, “Etapas en el desarrollo de la empresa familiar” y “La empresa familiar: fortalezas y trampas”. La empresa familiar ante el Derecho. Seminario de la UIMP dirigido por Víctor Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 1995.
- Garrido De Palma, V.M. La Sociedad de Responsabilidad Limitada Familiar y la de Profesionales, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, Tomo I, Madrid, 1996.
- Gersick, K. E.; Davis, J. A.; Hampton, M.; Lansberg, L: *empresas familiares. Generación a Generación*. McGraw-Hill. Interamericana Editores, S.A. 1997.

- Jensen, M. E.; Meckling, W. H. (1976): “*Theory of the Firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*”. *Journal of Financial Economics*. N° 3.
- K.Z. Heck, Ramona (Cornell University) Stafford, Kathryn (Ohio State University). *The Vital Institution of Family Business: Economic benefits Hidden in Plain Sight*.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, trad., esp. 2ª ed. Barcelona-Caracas-México, 1980.
- Neubauer, Fred y Lank, Alden G. *La empresa familiar. Como dirigirla para que perdure*. Ediciones Deusto. Bilbao, 1999.
- McConaughy, O. L.; Matthews, C. H.; Fialko, A. S. (2001): “Founding family controlled firms: performance, risk, and value”. *Journal of Small Business Management*. vol. 39, iss 1.
- Monreal Martínez, Juan. *La empresa familiar. Realidad Económica y Cultura Empresarial*. Editorial Civitas. Madrid, 2002.
- Ostos Velázquez & Asociados. *Las empresas familiares en Venezuela. El desafío de permanecer, madurar y ser exitosas*. KPMG Escritorio Jurídico, 19.
- Otero Lastres, J.M. *La Junta General de Accionistas de la Sociedad Anónima Familiar*”, en la empresa familiar ante el derecho. El empresario individual la sociedad de carácter familiar, dirigido por Víctor Manuel Garrido Palma, Madrid, 1995.
- Paz-Ares, Cándido ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL) en http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/entdersociedades.pdf.
- Paz-Ares, Cándido. “El gobierno de la sociedad anónima y limitada (II)” Publicado en <http://www.indret.com>
- Pollak. “*A transaction cost approach to familiar and households*.” *Journal of Economics Literature*, 23.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York 1998.
- Ricart, J. E. “*Una Introducción a los modelos de agencia*”, en Marimon, R. (Eds.): *Invitación a la Teoría Económica*. Ariel. Barcelona. 1991.
- Ripert George, *Aspects juridiques du capitalisme Modern*. 2ª ed., París, 1992.
- Rodríguez Díaz, Isabel. *La empresa familiar en el Ámbito del Derecho Mercantil*. Cuadernos 2 Mercantiles, Ediciones Edersa, Madrid. 2000.
- Ross, S. A. “*The economic theory of agency: the principal's problem*”. *American Economic Association*, vol. 63, N° 2, 1973.
- Saiz, L.; Manzanedo, M. A. “*La Estructura Organizativa. Un Enfoque Económico*.” Universidad de Burgos. 1998.
- Trigo, Joaquín y Amat, Joan M. “*Problemática de la empresa familiar y la Globalización*.” Fundación para el Análisis de los Estudios Sociales. Madrid. 2001.
- Vicent Chulia, Francisco. *Organización Jurídica de La Sociedad Familiar*. Revista de Derecho Patrimonial. Número 5. Año 2000. Editorial Aranzadi. Madrid 2000.
- Ward John L. *Cómo crear un Consejo de Administración en empresas familiares. Respuesta a los retos de continuidad y competencia*. Ediciones Deusto. Barcelona 2004.
- Williamson, O. E. (1985) *Las instituciones económicas del capitalismo*. Fondo de Cultura Económica, México (Traducción del original) “*The economic institutions of capitalism*”, Free Press, New Cork, 1989.

Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial

Marianela Zubillaga*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-207-231

Resumen: El Código de Comercio venezolano, sólo contiene una norma -el artículo 290- la cual regula un mecanismo particular y expedito, para la impugnación de decisiones tomadas en el marco de las asambleas de accionistas. Ahora bien, tal vía ha resultado en muchos casos, inconveniente, por el plazo tan corto que establece para incoar la acción, y en otros casos, violatoria al derecho de las minorías, al permitir que las decisiones sean ratificadas mediante una segunda asamblea. Frente a ello, el Tribunal Supremo de Justicia ha dictado importantes sentencias, a los fines de proteger a los accionistas, particularmente los minoritarios y ha estructurado un régimen de recursos, para atacar las decisiones tomadas en el marco de asambleas que sean contrarias a los estatutos o la ley, mediante la incorporación de acciones reguladas en el Código Civil y en la Ley de Registro Público y del Notariado.

Palabras clave: Asambleas de accionistas, derechos accionistas minoritarios, tipos de nulidades, recursos, impugnación asambleas, juicios nulidad asamblea.

Judicial channels to challenge the decisions made in shareholders' meetings: Evolution of jurisprudence

Abstract: *The Venezuelan Commercial Code only contains one provision, Article 290, which regulates a specific and expedited mechanism for challenging decisions made within shareholder meetings. However, this action has proven inconvenient in many cases, due to the short timeframe to submit at courts, and in other cases, it violates the rights of minority shareholders by allowing decisions to be ratified through a second shareholders meeting. In response to this, the Supreme Court of Justice has handed down significant judgments in order to protect shareholders, particularly minority shareholders, and has structured a system of remedies to decisions made within shareholders meetings that are contrary to the bylaws or the law, through the incorporation of actions regulated in the Civil Code and in the Public Registry and Notary Public Law.*

Keywords: *Shareholder meetings, minority shareholder rights, types of nullities, legal remedies, challenge of meetings, nullity proceeding.*

Recibido: 28/05/2023

Aprobado: 27/06/2023

* Abogado *Cum-laude* Universidad Católica Andrés Bello (1988). Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogado socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

Vías judiciales para impugnar las decisiones tomadas en asambleas de accionistas: Evolución jurisprudencial

Marianela Zubillaga*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-207-231

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Evolución jurisprudencial de las vías para impugnar las decisiones tomadas en Asambleas de Accionistas. 2. La Sentencia N° 202 de la Sala de Casación Civil, del 5 de noviembre de 2020. 3. Las nulidades societarias en el Derecho Comparado. 4. Las nulidades societarias en nuestro país, a la luz de la jurisprudencia. 5. Mecanismos de impugnación contra las decisiones tomadas en las asambleas de accionistas conforme a la Sentencia N° 202.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

NOTA PRELIMINAR

Es para mí motivo de mucha alegría participar en la publicación de este artículo, en la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, en homenaje a quien fuera mi Profesor, en la UCAB, el Dr., Hugo Mármol Marqués. El Profesor Mármol, quien —de no haber partido prematuramente— hubiera sido el padrino de promoción de nuestra sección, marcó mi aprendizaje con su claridad en las explicaciones de cosas “tan complicadas” como eran los títulos valores —particularmente la letra de cambio— o el contrato de seguro y sus riesgos, de tal manera, que fueron esas enseñanzas, en gran parte, las que me inclinaron a dedicarme al ejercicio del Derecho Mercantil, sobre todo, tomando en cuenta que, para aquél momento, todos los ojos estaban dirigidos al Derecho Administrativo. Luego, cuando tuve la oportunidad de dar clases en mi alma mater, la consulta obligada de sus libros, me hizo rememorar sus clases y clarísimas exposiciones que cada día hacía, siempre vestido con sus guayaberas, que le eran características. De trato un poco seco, detrás de una figura muy seria, se escondía un ser humano brillante y —sobre todo— muy humano.

* Abogado *Cum-laude* Universidad Católica Andrés Bello (1988). Profesora Asistente Derecho Mercantil (Prácticas) y Fundamentos Derecho Mercantil (2011-2021). Abogado socia de Baumeister & Brewer, abogados consultores.

INTRODUCCIÓN

Si hacemos una búsqueda, en las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia que aparecen en su portal web¹, relativas a impugnaciones o solicitudes de nulidad de asambleas de accionistas, observamos que es una materia sobre la que existe una extensa jurisprudencia, lo que evidencia —cómo es lógico suponer— que en el ámbito societario las discusiones entre socios están a la orden del día.

A pesar de ello, el Código de Comercio, sólo contiene una norma —el artículo 290— la cual regula un mecanismo particular y expedito, para la impugnación de decisiones tomadas en el marco de las asambleas de accionistas. Precisamente, en virtud de ese carácter tan especial y cuya consecuencia —en caso de ser procedente— no es la nulidad de la asamblea, sino la celebración de una segunda reunión en la cual se confirmará o no lo aprobado en la primera, dicha norma se ha visto complementada y ampliada por otras, de conformidad con un largo desarrollo jurisprudencial, por parte de la antigua Corte y del Tribunal Supremo de Justicia.

1. Evolución jurisprudencial de las vías para impugnar las decisiones tomadas en Asambleas de Accionistas

Para entender cuáles son las vías que tienen hoy en día los accionistas, particularmente los minoritarios, para atacar las decisiones tomadas en el marco de asambleas que sean contrarias a los estatutos o la ley, partiremos haciendo referencia al artículo 290 del Código de Comercio, para luego revisar la evolución jurisprudencial dictada sobre esta materia por nuestro máximo tribunal, con fundamento en la cual se incorporaron acciones reguladas en el Código Civil y en la Ley de Registro Público y del Notariado.

1.1. El artículo 290 del Código de Comercio

El artículo reza:

A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque a una nueva asamblea para decidir sobre el asunto. La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se dé la decisión. Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea, con la mayoría y de la manera establecida en el artículo 289 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282 en que se procederá como él dispone.

¹ <http://www.tsj.gob.ve/buscador>

De su lectura se evidencia la naturaleza especial del procedimiento, ya que solo puede ser interpuesto por cualquier socio, dentro de los quince días siguientes a la celebración de la asamblea².

El fundamento para intentar dicha oposición, por parte de cualquier accionista, es que en la asamblea se haya tomado una decisión “manifiestamente contraria a los estatutos o la ley” y no tiene mayores requisitos de procedencia³.

El procedimiento allí previsto no es de naturaleza contenciosa⁴, por lo que no tiene carácter de cosa juzgada⁵ y su finalidad no es obtener la nulidad de la asamblea,

² El plazo contenido en la norma es de caducidad, según lo señalado por el Tribunal Supremo de Justicia. En sentencia de la Sala Constitucional, de fecha 22 de junio de 2006, (Exp. 06-0211) se señaló que: “Esta norma establece un lapso de caducidad para el ejercicio de la acción de solo quince días a contar de la fecha de la decisión tomada por la asamblea, además, otorga fuerza obligatoria a la decisión impugnada si fuese confirmada por otra asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281 del Código de Comercio”. Consultada en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1244-220606-06-0211.htm>

³ Señala Fidel A Castillo Gómez, en su trabajo “Procedimiento de oposición a las decisiones de la asamblea de accionistas establecido en el artículo 290 del Código de Comercio” que: “... dicha solicitud no tiene por qué cumplir con los requisitos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil sino que, para simplificar el asunto, deben contener la indicación de las deliberaciones que se consideren manifiestamente contrarias a los estatutos o/y a la ley así como las razones por las cuales considera su contrariedad”. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 1-2018, pág., 409, Consultada en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_141fa6d3b5744c2c83f1dbd230755696.pdf

⁴ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado que dicho artículo “... se ubica dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y, por lo tanto, no tiene concedido el especial recurso de casación, pues no es subsumible en alguno de los supuestos consagrados en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil que regula las decisiones recurribles en casación”. Ver Sentencia N° 362, de 15 de noviembre de 2000 (caso: Ernesto D’escrivan Guardia contra Construcciones Carúpano, C. A., consultada en: <http://historico.tsj.gov.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/362-151100-RC00195.HTM> y Sentencia N° 721, de 29 de noviembre de 2022, (caso Francisco Salat Pastor, contra FIVEICA C.A.), consultada en: <http://historico.tsj.gov.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/321076-000721-291122-2022-22-127.HTML>

Al tener tal carácter, se le aplican las disposiciones contenidas en el artículo 895 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, relativos a la “Jurisdicción Voluntaria”.

⁵ La sentencia de la Sala Constitucional de fecha 22 de junio de 2006, se pronunció sobre este aspecto señalando que: “Asimismo, esta Sala debe reiterar el criterio expresado en la decisión del 26 de julio de 2000 (caso: Rosa María Aular Ruíz), en donde cita al profesor José Andrés Fuenmayor, en su estudio sobre el artículo 290 del vigente Código de Comercio, y al respecto señala:

‘La solicitud del accionista concatenada a la decisión judicial perseguida no es un juicio contencioso porque el pronunciamiento del juez no crea cosa juzgada sino que remite a la voluntad legalmente manifestada nuevamente por los accionistas la decisión final de la pretensión del accionista solicitante. La palabra ‘oposición’ utilizada por el legislador para conceder el derecho de impugnación al accionista no aporta un elemento determinante para el estudio que estamos efectuando aquí, pues dicho vocablo, de acuerdo con su acepción etimológica, lo que significa es repugnar la decisión en si y no la pretensión de los otros accionistas’

(...)

No hay contención en el procedimiento del artículo 290 y la actividad procesal se limita a oír en forma soberana informaciones de los administradores para formarse opinión de lo sucedido, pero los administradores no son parte, ni son testigos que puedan ser repreguntados. La facultad atribuida al juez por el artículo 290 es una potestad soberana que lo faculta para pronunciarse según su prudente arbitrio...’ (ver. José Andrés Fuenmayor G. Acción de impugnación de las Resoluciones de las Asambleas de las Compañías Anónimas en el Derecho Venezolano Artículo 290 del Código de Comercio. En imprenta).

En este sentido la Sala afirma que el procedimiento contenido en el artículo 290 del Código de Comercio no forma parte de los procesos de jurisdicción contenciosa y en consecuencia, se deduce, que el juez de la causa no está facultado para dictar medidas cautelares de ningún género ya que éstas sólo pueden ser dictadas pendiente lite so pena de violentar el artículo 588 del vigente Código de Procedimiento Civil infracción, que efectivamente ocurrió en el presente caso.” Consultada en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1244-220606-06-0211.htm>.

sino suspender su ejecución o sus efectos —temporalmente— hasta que sea revisada en una segunda oportunidad por una nueva asamblea.

Este mecanismo consta de dos etapas⁶:

La primera, que se inicia con la presentación de la solicitud y su admisión, una vez que el juez haya constatado que cumple con los requisitos de legitimación y tempestividad; luego de lo cual éste deberá ordenar la comparecencia de los administradores, a quienes oír. Si verifica las faltas señaladas, es decir, si de los alegatos del accionista denunciante y de la opinión brindada por los administradores se evidencia —en criterio del juez— la existencia de los vicios denunciados procederá a dictar su decisión, mediante la cual ordenará suspender los efectos del acta de asamblea contra la cual se interpuso la oposición.

La decisión del juez que acuerde o niegue la suspensión tiene apelación, pero dicha decisión no tendrá luego casación, al no ser un proceso contencioso, como se señaló *supra*⁷.

La segunda etapa se inicia con el auto que ordena la convocatoria para la celebración de la segunda asamblea en la cual se decidirá si se ratifica o no las decisiones tomadas. La norma exige la presencia de un quorum calificado del 75% del capital y el voto favorable de la mitad de ese capital. Si la segunda asamblea confirma las decisiones tomadas, éstas quedarían en principio, firmes y no habría recurso alguno.

Por muchos años, la jurisprudencia nacional —no así la doctrina— se pronunció afirmando que tal vía, era la única con la que contaban los accionistas minoritarios para impugnar las decisiones tomadas en asambleas que atentaran sus derechos, otorgándole preeminencia, a la voluntad soberana de la asamblea de accionistas. Con tal interpretación el accionista minoritario estaba desprotegido, frente a las decisiones de las mayorías que fueran contra los estatutos o incluso la ley⁸.

⁶ Para un análisis pormenorizado el procedimiento del artículo 290, ver: Castillo Gómez, Fidel A., Ob., Cit.

⁷ Porque no es subsumible en ninguno de los supuestos del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que versa sobre los casos en los que se puede proponer dicho recurso. Ver sentencia del pie de página N° 4.

⁸ El Profesor Morles señala que: “La interpretación judicial del artículo 290 del Código de Comercio había establecido que la oposición prevista en esa disposición era un procedimiento definitivo que el derecho venezolano instituía para dirimir los reclamos contra las deliberaciones viciadas de la asamblea (sentencia del 13 de octubre de 1925 de la Corte Federal y de Casación). Esa interpretación había sido justamente criticada por la doctrina (Goldschmidt, Villalobos, De Sola, Arismendi, Pineda León, Acedo Mendoza)”. Curso de Derecho Mercantil, Las Sociedades Mercantiles, Tomo II B, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pág., 1380.

1.2. Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 21 de enero de 1975

Tal posición jurisprudencial cambió en 1975, con una sentencia de la Sala de Casación Civil que vino a acotar el ámbito de aplicación de esa norma, al sostener que, como el procedimiento del artículo 290 del Código de Comercio atribuye a una segunda asamblea la facultad de confirmar el acto impugnado, tal posibilidad solo es plausible frente a decisiones viciadas de nulidad relativa que afecten el interés privado de los socios, ya que son las únicas que pueden ser subsanadas de esta manera⁹.

Y agregó que, por lo que respecta a las decisiones de asambleas afectadas de nulidad absoluta, como su confirmación a través una segunda asamblea sería ineficaz, ya que no pueden ser subsanadas por las partes, los interesados pueden intentar la acción autónoma de nulidad, contenida en el art., 1346 del Código Civil¹⁰.

La sentencia añade que, esta vía también podría ser activada, para el caso de decisiones viciadas de nulidad relativa, contra la que no se interpuso en su momento la acción del artículo 290 o en las que, habiéndose activado dicho mecanismo, no se hubiera confirmado en una segunda asamblea las decisiones tomadas en la primera¹¹. De conformidad con el citado artículo, el plazo para interponer tal recurso es de cinco años.

Como se observa, esta decisión marcó un hito importante en beneficio del derecho de protección de las minorías ya que les otorgó un recurso contra las decisiones tomadas por las mayorías, que vayan contra los estatutos o la ley.

La relevancia de la sentencia se destaca tomando en cuenta que, en nuestra legislación, a diferencia de otras, el derecho de separación o retiro del socio solo está reservado para los supuestos en los que se apruebe el reintegro o aumento del capital, o el cambio del objeto social, de conformidad con lo establecido en el art., 282 Código de Comercio.

⁹ La sentencia sostuvo que:

“... es de observar que la facultad de confirmar el acto impugnado, que el mencionado artículo confiere a la segunda asamblea, no puede referirse sino a decisiones viciadas de nulidad relativa que afectan únicamente el interés privado de los socios, ya que sólo esta clase de vicios es la que puede ser subsanada mediante los actos de confirmación. Pero cuando se trate de decisiones de asambleas afectadas de nulidad absoluta, su confirmación sería completamente ineficaz, (...) las decisiones afectadas de nulidad absoluta no pueden ser subsanadas por confirmación, de acuerdo con los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el interés privado nunca podría sobre ponerse al interés supremo del Estado o de la sociedad”.

Jurisprudencia Venezolana Ramirez & Garay, Tomo XLVI, 1975, Primer Trimestre, Caracas, 1976, pág., 318 y sig.

¹⁰ El artículo pauta que: “La acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, salvo disposición especial de la Ley Este tiempo no empieza a correr en caso de violencia, sino desde el día en que ésta ha cesado; en caso de error o de dolo, desde el día en que han sido descubiertos; (...)”.

La sentencia abrió la puerta a intentar dicha acción contra las decisiones de asambleas al afirmar que:

“Juzga por consiguiente esta Sala que cuando se trate de decisiones de Asambleas viciadas de nulidad absoluta, el interesado, además de la oposición a que se refiere el artículo 290 del Código de Comercio, puede intentar también la acción ordinaria de nulidad para que se declare en juicio contencioso la invalidez del acto”. *Ob. Cit.*

¹¹ Esta posibilidad se eliminó, tal como se analizará en páginas posteriores.

Fuera de este supuesto, los accionistas no pueden abandonar la sociedad, aunque en su seno, se hayan tomado decisiones que afecten sus intereses o contra las que ha manifestado su expreso desacuerdo¹².

1.3. Ley de Registro Público y del Notariado

Tal criterio se mantuvo pacífico¹³, hasta el año 2001, cuando entró en vigor la Ley de Registro Público y del Notariado¹⁴, (hoy Ley de Registros y Notarías¹⁵) que incluyó en su artículo 53, (cuyo texto se repite en el artículo 56 de la ley vigente), una norma que expresamente consagra una acción de nulidad a ser incoada contra las asambleas de accionistas, al señalar que:

“La acción para demandar la nulidad de una asamblea de accionistas de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita por acciones, así como para solicitar la nulidad de una reunión de socios de las otras sociedades se extinguirá al vencimiento del lapso de un año, contado a partir de la publicación del acto registrado”.

El plazo allí previsto es de caducidad, tal como lo han señalado diversas sentencias de la Sala de Casación Civil¹⁶.

¹² Por ejemplo, en España, los artículos 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, consagran el derecho de separación si opera alguna de las causales allí establecidas y además se autoriza a que en los estatutos se incluyan otros supuestos distintos, en cuyo caso, deberá contar con la aprobación unánime de los socios. Ley consultada en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con> En México, la Ley General de Sociedades establece en su artículo 91, que “la escritura constitutiva o póliza de la sociedad anónima” deberá contener las estipulaciones que establezcan causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro”. Consultada en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSM.pdf>

¹³ Así lo deja establecido la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N°202, de fecha 5 de noviembre de 2020, que se analizará en páginas siguientes, en la que se señaló que: “Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Registro Público y del Notariado, de fecha 13 de noviembre de 2001, se reconoce como fundamento de derecho de la nulidad de acuerdos societarios, casí exclusivamente el artículo 1.346 del Código Civil en lo que respecta al plazo para intentar la demanda. Esta afirmación es fácilmente verificable al hacer una revisión de la doctrina y de las decisiones judiciales en casos de nulidad de actas de asambleas. Entre estas últimas, se encuentran fallos de la Sala de Casación Civil: números: 243, de fecha 30 de abril de 2002 (caso: Aldo Serafini Di Rocco contra Biagio Clemente De Padova y otra); 409 de fecha 04 de mayo de 2004 (caso: Envases Venezolanos S.A. contra Litoenvases Camino, S.A.); 476, de fecha 20 de julio de 2005 (caso: Asdrúbal Rodríguez Tellerías contra Ondas Del Mar Compañía Anónima); 759, de fecha 11 de noviembre de 2005 (caso: Magaly Cannizaro (Viuda) De Capriles contra Distribuidora De Publicaciones Capriles); 431, de fecha 26 de junio de 2006 (caso: Caracciolo Viloría Molina contra Super Servicios La Meca C.A. y otro) y; 337, de fecha 8 de mayo de 2007 (caso: C. A. Inmuebles Sacco contra Capua, C. R. L.)”. Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/310563-RC.000202-51120-2020-20-053.HTML>

¹⁴ Decreto N° 1.554 con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado, publicado en la G.O. N° 37.333 del 27/11/2001.

¹⁵ G.O. N° 6.668 Extraordinario del 16/12/2021.

¹⁶ Sentencia N° 664 de 20 de octubre de 2008, (caso: Frank Calo Contra Theodorus Henricus Ras), la Sala de Casación Civil afirmó que “... visto que en el caso bajo estudio la pretensión del actor se dirige a la nulidad de un acta de asamblea de accionistas que; de acuerdo al artículo 53 de la Ley de Registro Público y del Notariado, el lapso de caducidad para la acción de nulidad absoluta de una asamblea de accionistas de una sociedad anónima, es de un (1) año contado a partir de la publicación del acto, término fatal, que produce la extinción de la acción”. Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/RC.00664->

A partir de ese momento, la jurisprudencia comenzó a dictar decisiones disimiles, vinculadas con el fundamento legal y el plazo para intentar la acción de nulidad, limitando en unos casos tal derecho al plazo de un año, con fundamento en la norma citada y en otros, aplicando el artículo del Código Civil, que confiere el plazo de cinco años e incluso, acudiendo a otras normas¹⁷.

2. La sentencia N° 202 de la Sala de Casación Civil, del 5 de noviembre de 2020

Frente a la situación planteada, la Sala de Casación Civil dictó el 5 de noviembre de 2020, la sentencia N° 202, mediante la cual, para "... garantizar la certeza y seguridad jurídica en los negocios", fijó criterio y aclaró cuáles son los plazos y las vías para incoar los recursos que la ley otorga a los interesados y accionistas, a los fines de "... dotar de seguridad a las decisiones de las sociedades de capital, al propio tiempo, debe atenderse con rigor a ciertos requerimientos legales que disciplinan su desenvolvimiento, lo cual, a su vez, conduce a distinguir los defectos en sus actuaciones a fin de determinar su nulidad"¹⁸.

La sentencia señaló —a la letra— lo siguiente:

En este sentido, las nulidades derivadas del objeto y la causa ilícita tienen carácter absoluto, sin que sean susceptibles de subsanación o convalidación conforme a los artículos 6, 1.155 y 1.157 del Código Civil, por remisión del Código de Comercio en sus artículos 8 y 200, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá. Fuera de lo anterior, por causa de nulidad absoluta, al estar involucradas normas imperativas e intereses que trascienden de las sociedades de capital, podrá acudirse al proceso ordinario para impugnar el acto con fundamento en el artículo 1.346 del Código Civil. Para los demás

201008-2008-07-855.HTML

¹⁷ La propia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre la diversidad de fundamentos legales para soportar acciones de esta naturaleza, al afirmar en Sentencia N° 721 de 29 de noviembre de 2022, en la que sostuvo:

“En relación al plazo para proponer la pretensión de nulidad de acuerdos societarios, se presentan, incluso al día de hoy, múltiples fundamentos legales tanto en demandas como en decisiones definitivas, entre ellas los artículos 1.346 del Código Civil, como régimen general, el 132 del Código de Comercio y el vigente artículo 56 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, publicado en Gaceta Oficial NRro (sic) 6.156 del 19 de noviembre de 2014, en adelante Ley de Registros y del Notariado, o las disposiciones equivalentes a éste artículo aplicables en razón del tiempo, la primera de ellas desde el 13 de noviembre de 2001, según Ley de Registro Público y del Notariado publicada en Gaceta Oficial Nro. 5.556 Extraordinario de la misma fecha, eso entre otras disposiciones. También con menos frecuencia, se invoca el artículo 1.977 del Código Civil”.

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/321076-000721-291122-2022-22-127.HTML>

¹⁸ Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/310563-RC.000202-51120-2020-20-053.HTML>

casos, caduca la acción de nulidad una vez transcurra el plazo de un año. Este es el esquema general que ha manejado la jurisprudencia al aplicar el referido artículo 1.346 del Código Civil, en concordancia con la Ley de Registro Público y del Notariado (2001), ahora Ley de Registros y del Notariado¹⁹. (negritas originales).

De manera que, con fundamento en el desarrollo jurisprudencial estudiado y en la sentencia transcrita, podemos afirmar que, tomando en cuenta la naturaleza de la nulidad que se discuta y los plazos para intentarlas, los accionistas tienen hoy en día —además de la oposición prevista en el artículo 290— tres vías de impugnación contra decisiones dictadas en asambleas que violenten sus derechos por ser contrarias a los estatutos o la ley, sobre las cuales ahondaremos de seguidas.

En efecto, de su lectura se extrae que, en función de la naturaleza del vicio en que se haya incurrido en la asamblea objeto de impugnación y no caduca, al accionista que haya sido lesionado en sus derechos, se le abren, las siguientes vías judiciales: (i) Si las decisiones recaen sobre un objeto o causa ilícita, la acción de nulidad es imprescriptible y no caduca, (ii) en los otros casos donde nos encontremos con decisiones viciadas de nulidad absoluta, el recurso a ser incoado es el contemplado en el artículo 1343 del Código Civil; (iii) si se incurrió en vicios de nulidad relativa, la acción es la prevista en el artículo 56 de la Ley de Registros y Notarías. Por último, siempre podrá el accionista intentar la oposición prevista en el artículo 290 del Código de Comercio. No obstante, si la decisión está viciada de nulidad absoluta, la segunda asamblea de ninguna manera podría convalidar los vicios, por lo que el accionista tendrá a disposición las acciones antes señaladas contra esa segunda asamblea.

Ahora bien, debemos advertir que, a la luz de lo establecido en la Sentencia N° 202, puede resultar complejo determinar cuál es la naturaleza del vicio en que se incurrió en un caso, a los efectos de elegir la acción a intentar y —fundamentalmente— con miras a comprobar cuál es el plazo con el que cuenta para su interposición. Ya lo han advertido diversos juristas y la doctrina²⁰, que el tema de las nulidades es espinoso y que, en definitiva, corresponderá al juez determinar la naturaleza de tal irregularidad.

¹⁹ Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/310563-RC.000202-51120-2020-20-053.HTML>

²⁰ El Profesor Morles, citando a Garrigues, señala que: “Es difícil decir cuando es nulo, y, sobre todo, cuales son las consecuencias de esa nulidad. El acuerdo puede ser absolutamente nulo o simplemente anulable, siendo grande la transcendencia de esta distinción”. Ob., cit., pág., 1373.

Por otra parte, el jurista Luis Corsi, en su trabajo “Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.”, afirma que: “... la invalidez de los acuerdos de la asamblea y la de ésta misma es uno de los temas centrales en materia de Asamblea. Es uno de los temas más complejos y, con frecuencia, más confusos del Derecho de sociedades anónimas que está erizado de dificultades, tanto en su aspecto teórico como en el práctico. Como se lee en el epígrafe, ‘Es uno de los problemas más difíciles del Derecho de sociedades anónimas’ (Wieland)”. *Bicentenario del Código de Comercio Francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, pág., 723.

La dificultad estriba porque en nuestro Código de Comercio no se incluyó un régimen especial en materia de nulidades assemblearias, y tampoco contiene una norma que establezca cuáles son los motivos o causales por las cuales se puede impugnar una decisión societaria, adicional a lo pautado en el artículo 290.

3. Las nulidades societarias en el Derecho Comparado

Para buscar luces en este difícil asunto, hemos revisado—sin ánimo exhaustivo— el derecho comparado de algunos países de Iberoamérica y observamos que existen legislaciones que sí contienen normas específicas en materia de nulidades societarias y en otras, se acude al derecho común.

En este sentido, En España, la Ley de Sociedades de Capital²¹, contiene un capítulo dedicado a la impugnación de acuerdos, y establece, como regla general que se podrán atacar aquellos acuerdos sociales “... que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”. E incluye, como un supuesto de lesión del interés social, aquellas decisiones que, aunque no causen daño al patrimonio social, se impongan de manera abusiva por la mayoría, lo cual resulta cuando, “... sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

Seguidamente, la norma excluye del mecanismo de impugnación cuando las infracciones (i) versen sobre requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, a menos que recaiga sobre la forma y plazo de la convocatoria o las reglas relativas a la constitución y a las mayorías; (ii) versen sobre incorrecciones o insuficiencia de información brindada por la sociedad, a menos que ésta haya sido esencial para el ejercicio del voto; (iii) la intervención en la asamblea de personas no legitimadas, a menos que dicha participación hubiera sido determinante en la constitución; (iv) invalidez de votos o cómputo erróneo, a menos que hayan sido fundamentales para la mayoría. El plazo para interponer el recurso es de un año, a menos que, sean contrarios al orden público, en cuyo caso, serán imprescriptibles²².

²¹ Artículos 204 y siguientes. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, consultada en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

²² Sobre este aspecto, el catedrático de la Universidad de Sevilla, Pedro Jesús Baena Baena, en su artículo “El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital” en *Revista de Derecho*, 20, 125-160, afirma:

“.. lo que resulta destacable es que el legislador en el articulado renuncia a una mayor precisión terminológica eludiendo el uso de los términos nulo y anulable (criterio que también debiera haber seguido en dicha Exposición de

Ya en nuestro continente, en Argentina, la Ley de Sociedades Comerciales²³ contiene el artículo 251²⁴, que consagra una acción de impugnación contra las decisiones que sean tomadas en contra de la ley, los estatutos o su reglamento, concediendo en principio, dicha acción solo a los accionistas que no votaron a favor de la decisión a impugnar y a los ausentes, así como a los administradores y comisarios (síndicos), dentro del breve lapso de tres meses. Ahora bien, tampoco contiene esta legislación normas particulares sobre impugnaciones, por lo que aplican las normas del Código Civil sobre nulidades²⁵.

En nuestro vecino país, Colombia, el Código de Comercio confiere, en su artículo 191²⁶, a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes o los disidentes de las

Motivos) que, por lo demás, tampoco eran precisos. Y desplaza la cuestión al terreno procesal al establecer junto a la legitimación ordinaria una legitimación ampliada para la proscripción de los acuerdos pretendidamente contrarios al orden público, respecto a los cuales la acción de impugnación resulta, por lo demás, imprescriptible, cuando los demás acuerdos sociales devienen inimpugnables (lo cual, en buena técnica jurídica, no quiere decir que se conviertan por ello en válidos) al cumplirse el plazo de caducidad de un año (que se reduce a tres meses, para las sociedades cotizadas), con independencia de cuál sea la causa por la que se pretenda la declaración de su invalidez (ser contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta, o producir lesión en el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros)".

Consultada en:

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/79602/EINuevoRegimenJuridicoEspañolDeLaLegitimacionActiv-5973558.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²³ Ley N° 19.550 (Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984 con las modificaciones introducidas por normas posteriores al mismo. Consultada en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19550-25553/actualizacion>

²⁴ La norma pauta textualmente:

ARTICULO 251. — Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad.

También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. Promoción de la acción.

La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea.

²⁵ Sostiene el Profesor argentino Hernán Walter Petraso, en su artículo “Impugnación de las decisiones asamblearias” que: “... no estando previstas ni clasificadas las nulidades asamblearias, podemos concluir que las disposiciones sobre dichas nulidades dispuestas en la Ley de Sociedades complementan el régimen común y no conforman uno nuevo, distinción que hacen algunos autores, basados en que nuestra ley, a diferencia de su fuente, no distinguió entre actos nulos y anulables, abarcando a ambas categorías y sujetándolas al plazo de caducidad en ella establecido.

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que si bien el artículo 251 de la ley 19.550 no formula ninguna distinción y abarca todo tipo de nulidades ya sea nulidades absolutas o nulidades relativas, quedando excluidas aquellas que se refieren a supuestos que no tengan que ver con las decisiones asamblearias, como normativa de fondo a falta de normas específicas, se debe aplicar el régimen general de las nulidades previsto por el Código Civil”. Revista Lecciones y Ensayos N° 63, Universidad de Buenos Aires. Consultada en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/63/impugnacion-de-las-decisiones-asamblearias.pdf>

²⁶ El artículo citado señala:

IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS.

Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

Consultada en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr005.html

sociedades anónimas, un derecho a impugnar aquellas decisiones que “... no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos”, la cual se puede intentar dentro de los dos meses siguientes a su celebración o a su registro, sin incluir causales expresas sobre la materia²⁷. Adicionalmente, las sociedades por acciones simplificada (SAS), reguladas por una ley especial²⁸, conforme al artículo 40 de dicha norma, la impugnación de decisiones de asamblea “con fundamento en cualquiera de las causas legales” podrá someterse a arbitraje de derecho o de equidad, si así es incluido en los estatutos; y en caso contrario, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, mediante proceso sumario verbal, organismo que le es atribuida funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 44 *eiusdem*.

Si revisamos la normativa sobre la materia en el Perú, la Ley General de Sociedades²⁹ presenta una situación particular, ya que si bien contiene tres normas que regulan la materia, pueden conducir a situaciones contradictorias: En efecto, el artículo 38³⁰, se refiere a la nulidad de acuerdos societarios, aplicable a todo tipo de sociedades; y por lo que respecta a las sociedades anónimas, encontramos el artículo 139³¹, que regula “la

²⁷ Sobre la norma citada el Profesor Carlos A Velásquez Restrepo, en su artículo “*Impugnación de actos de sociedades civiles y comerciales y sus aspectos probatorios*”, afirmó que: “Así de lacónico es el texto legal, no distingue pues entre las clases de anomalías que puedan ser objeto de impugnación cuando éstas afecten una decisión de un órgano social. (...) Esta generalización de las acciones de impugnación, es decir, la posibilidad de alegar la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, no solo como excepción sino también como acción puede tener alguna utilidad práctica que justifique esta falta de técnica jurídica que comparte el artículo 191, por cuando indudablemente, la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, lo mismo que la nulidad, son fenómenos que están consagrados como consecuencias de normas jurídicas, ...” Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, (69), 84-111. Consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5415576>

²⁸ Las SAS (sociedades de acciones simplificadas), son aquellas sociedades de capital, de naturaleza comercial, que se constituyen por una o varias personas, quienes son responsables hasta por el monto de sus respectivos aportes, cuyas acciones no pueden negociarse en la bolsa, con reglas especiales en materia de capital y acciones. (Ley 1258 de 2008, Diario Oficial N° 47.194 de 5 de diciembre de 2008).

Consultada en: https://www.redjurista.com/Documents/ley_1258_de_2008_congreso_de_la_republica.aspx#/

²⁹ Ley N° 26887, Diario Oficial del 9 de diciembre de 1997, N°6375, pág., 155309. Consultado en: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/>

³⁰ Dicha norma dice, a la letra:

Artículo 38.- Nulidad de acuerdos societarios

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

³¹ La norma prescribe:

Artículo 139.- Acuerdos impugnables

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

impugnación de acuerdos de la Junta General de Accionistas” y el artículo 150³² que versa sobre “la nulidad de acuerdos de la Junta General de Accionistas”. De su lectura se observa que hay supuestos que se solapan y repiten, lo cual ha motivado críticas doctrinales y propuestas de modificación de la ley³³.

4. Las nulidades societarias en nuestro país, a la luz de la jurisprudencia

Por lo que respecta a nuestro país, frente al silencio del Código de Comercio, la Sala de Casación Civil ha aplicado, al igual que en otras jurisdicciones, los principios de las nulidades de los contratos o de los negocios jurídicos, al analizar los juicios por nulidad de actas de asambleas sobre los que le ha tocado pronunciarse y ha desarrollado jurisprudencia en este sentido. En este punto, la propia sentencia N° 202, hace referencia a la sentencia de la Sala de Casación Civil N° 531 de fecha 4 de agosto de 2017, (caso Michael Vera v. Inversiones Aniston) en la cual, al analizar un caso de nulidad de una asamblea, remite al régimen de nulidades de los contratos, a los fines de distinguir ambos tipos de vicios, al señalar:

Ahora bien, relacionado con el régimen de las nulidades, esta Sala, amparada en doctrina calificada, ha indicado en sentencia N° 260, del 9 de mayo de 2017, lo siguiente:

‘...para la Sala es importante destacar que la nulidad absoluta es la ‘...sanción aplicable a la inobservancia de alguna norma imperativa o prohibitiva de la Ley, por parte de un contrato, cuando tal norma está destinada a proteger los intereses del orden público o las buenas costumbres y a menos que

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

³² Este artículo reza:

Artículo 150.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

³³ Sobre el articulado citado, el abogado y profesor Joe Navarrete, afirma en su artículo “*La reforma de la Ley General de Sociedades A propósito del Grupo de Trabajo que reforma la vigente Ley General de Sociedades*” sostiene:

La regulación sobre la invalidez de acuerdos societarios en la LGS es defectuosa y urge una reforma ya que ante aquello lo que pueden surgir son comportamientos oportunistas de los involucrados que tratan de aprovechar las contradicciones de la LGS en cuanto a los supuestos de invalidez, la legitimación activa y pasiva, entre otros.

Definitivamente lo más preocupante es que el artículo 38° (nulidad) y el artículo 139° (impugnación) contemplen los mismos supuestos de hecho como causales de invalidez, pero tengan consecuencias jurídicas distintas. Por ejemplo, un acuerdo societario tomado en contra del estatuto será nulo si tomamos en cuenta el artículo 38° e impugnabile si tomamos en cuenta el artículo 139°.

Consultado en: <https://www.enfoquederecho.com/2017/11/04/la-reforma-de-la-ley-general-de-sociedades/>

la misma Ley indique que es otra la sanción aplicable o que ello surja de la finalidad que persigue...'. (López Herrera, Francisco: 'La nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela', Caracas 1.952, pág. 93).

Y sus características son: 1) Tiende a proteger un interés público; 2) Cualquier persona interesada puede intentar la acción para que un contrato se declare afectado de nulidad absoluta; 3) Puede ser alegada en cualquier estado y grado del juicio; 4) No es susceptible de ser confirmado por las partes; y, 5) La acción de nulidad absoluta no prescribe nunca. (Maduro Luyando, Eloy: Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Fondo Editorial Luis Sanojo, Caracas 1.967, pág. 596).

Y por otro lado, la nulidad relativa es '...la sanción legal a la inobservancia de alguna norma imperativa o prohibitiva de la ley, por parte de los contratantes, cuando esa norma está destinada a proteger los intereses de uno de ellos, a quien la Ley ve con especial simpatía, dada la particular circunstancia que se encontraba al contratar...'. (Ob. cit. pág. 146).

Siendo sus características, las siguientes: 1) No afecta el contrato desde su inicio y éste existe desde su celebración; por tanto, produce sus efectos hasta tanto no sea declarado nulo por la autoridad judicial; 2) La acción para obtener la declaración de nulidad sólo puede ser ejercida por la persona en cuyo favor o protección se establece la nulidad; 3) La acción es prescriptible; y, 4) Este tipo de nulidad es subsanable. (Ob. cit. pág. 598)'.

Efectivamente, tal y como se indica en el criterio expuesto anteriormente, la nulidad absoluta deriva de la inobservancia de normas de orden público, y en el asunto que nos ocupa, el demandante ha señalado que el acta de asamblea cuya nulidad se demanda, ha sido rubricada con una firma falsificada, que no dio su consentimiento, ni otorgó dicho documento, según se evidencia del informe pericial realizados por expertos designados por ambas partes...³⁴.

De esta manera, tal como sostiene Pablo Andrés Trivella Landáez, "... se ha creado un sistema autónomo y diferenciado del derecho de oposición, que permite impugnar las decisiones de la asamblea de accionistas utilizando los principios generales sobre nulidad previstos en el Código Civil"³⁵. Ahora bien, debemos llamar la atención de

³⁴ Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/202010-RC.000531-4817-2017-16-523.HTML>

Tal postura es compartida por el Profesor y antiguo Juez, Luis Corsi, quien sostiene que:

"La necesidad de recurrir a la integración analógica deriva de la insuficiencia, en nuestro derecho, de la disciplina en materia de la invalidez de las deliberaciones de la Asamblea.

Ahora bien, ¿dónde encontrar los elementos suficientes para construir los principios generales que den solución a los problemas de las asambleas?

(...)

Cabría preguntar entonces ¿Las reglas generales de los contratos tienen una fuerza expansiva? La *communis opinio* es que, en principio, la disciplina general del contrato, se extiende a un sector importante de actos que n pueden considerarse como propios y verdaderos contratos. Como quiera que la deliberación presente (sic) aspectos comunes a todos los actos jurídicos, el interprete está autorizado para remitirse a la disciplina general del contrato". Ob. Cit., pág., 724. _

³⁵ "Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano", Revista Derecho y Sociedad N° 16-2020, pág. 269.

que los acuerdos tomados en el marco de las asambleas de accionistas contienen actos jurídicos complejos, que, al ser tomados conforme a lo establecido en los estatutos y la ley, constituyen la decisión de un solo órgano, por lo que presentan un conjunto de particularidades, a las que resulta difícil aplicar dichos principios generales, por lo que en una futura reforma del Código de Comercio debería regularse de manera particular esta materia.

5. Mecanismos de impugnación contra las decisiones tomadas en las asambleas de accionistas conforme a la Sentencia N° 202

Procederemos a analizar los aspectos más relevantes de las tres vías de impugnación que la sentencia N° 202 ha establecido, destacando sus elementos fundamentales, relativos a la legitimación y plazos para intentar dichas acciones. Por último, haremos —de nuevo— una referencia a la vía especial del artículo 290 del Código de Comercio y cuál es su papel hoy en día, a la luz del abanico de acciones existentes, conforme al desarrollo jurisprudencial en estudio.

5.1. Recurso contra decisiones viciadas de nulidad absoluta, que versen sobre un objeto y causa ilícita

La sentencia N° 202, —en vez de incluir en un solo grupo a todos los supuestos en los cuales se incurra en vicios de nulidad absoluta— decidió crear como una categoría especialísima, que englobaría solamente a aquellas decisiones asamblearias que sean nulas por versar concretamente sobre un objeto o causa ilícita. Tal distinción, a nuestro juicio, podría traer dificultades a los jueces, a los efectos de determinar la tempestividad o no de un recurso, en función del motivo que soporta la nulidad de que se trate.

De manera que, en esta categoría se incluirán solo aquellas asambleas que recaigan específicamente sobre un objeto o causa ilícita,³⁶ lo cual, a tenor de lo establecido en el artículo 1.157 del Código Civil, ocurre “... cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público”. En este sentido, entendemos se subsumirían en este recurso, las acciones a ser incoadas contra decisiones tomadas en asambleas de accionistas donde se apruebe la consecución por parte de la sociedad de un objeto ilícito³⁷;

Consultada en: <https://www.derysoc.com/wp-content/uploads/2020/09/DerechoySociedad-No16-2020.pdf>

³⁶ Nótese que la sentencia no incluye en este supuesto al objeto o causa imposible, por lo que en este caso, se deberá intentar la nulidad del numeral siguiente.

³⁷ Tal sería el caso, si se aprobara, por ejemplo, el cambio del objeto social de la sociedad, incluyendo, la venta de cannabis con usos médicos (lo cual ya se ha autorizado en otras jurisdicciones como Colombia, en donde el Ministerio de Salud publicó el 30 de diciembre de 2022, una resolución que incluyó, dentro de los planes de beneficios en salud, el cannabis medicinal, no así en nuestro país); o una sociedad que aprobara ofertar servicios financieros a través de nuevas tecnologías (*Fintech*) al sector bancario, sin contar con la autorización exigida que sería legal en el país, reguladas en las “Normas

también se englobarían en este supuesto, aquellas pretensiones que se intenten contra decisiones tomadas en asambleas cuyo contenido u objeto violente la ley, como sería si se aprobara un aumento de capital cuyo porcentaje pagado fuera menor al que exige el artículo 249 del Código de Comercio³⁸; o se atribuya a un solo accionista o categoría de ellos, la totalidad de los beneficios de la sociedad³⁹; o siguiendo a Corsi, aquellas en las cuales se decida un pago de utilidades ficticias⁴⁰, o la emisión de acciones al portador⁴¹.

A tenor de la sentencia, la acción a ser intentada contra las decisiones que adolezcan del vicio en comento no caduca y es imprescriptible y señala, como fundamento legal de dicha acción, los artículos 6, 1.155 y 1.157 del Código Civil. Desde el punto de vista adjetivo, coincidimos con lo apuntado por Mata Palacios, quien lo soporta en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil⁴² y el juicio será ventilado conforme al procedimiento ordinario.

No señala la decisión quiénes serían los legitimados activos para intentar la acción. En este caso, dada la naturaleza del vicio, somos de la opinión que podría ejercerla cualquier tercero que tenga interés, de conformidad con lo establecido en la sentencia N° 260 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia citada con anterioridad.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, ha habido una evolución jurisprudencial, ya que, si bien durante décadas, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo que en los casos de nulidades de asamblea, la acción debía incoarse contra la sociedad y todos los accionistas que participaron en la asamblea cuya nulidad se pretende, por considerar que había un litisconsorcio pasivo necesario⁴³, en la

que Regulan los Servicios de Tecnología Financiera del Sector Bancario (FINTECH)", G. O. N° 42.162 del 06 de julio de 2021. Ahora bien, en estos casos, no solo sería nula la asamblea, sino que la sociedad entraría en una causal de disolución, de conformidad con el numeral 2 del artículo 340 del Código de Comercio, al encontrarse ante la consecución de un objeto imposible.

³⁸ Recordemos que conforme a la norma citada el capital suscrito debe pagarse —al menos— en un 20%.

³⁹ Es la llamada por la doctrina, clausula o contrato leonino, prohibida en el artículo 1.664 del Código Civil.

⁴⁰ El artículo 307 del Código de Comercio exige que los dividendos a decretar sean provenientes de "utilidades líquidas y recaudadas".

⁴¹ *Ob cit.*, pág., 732.

⁴² Palacios, L. M. (2015). La Acción de Nulidad Absoluta como Medio de Impugnación de las Decisiones de las Asambleas de la Sociedad Anónima. Revista de la Facultad de Derecho, (67-70), pág., 381.

⁴³ En sentencia N° 240, de la Sala de Casación Civil, del 6 de mayo de 2009 (caso: Promociones Olimpo, C.A.), se hace una relación de las sentencias dictadas por esa sala con fundamento en el principio expuesto, y afirma que:

"... el criterio contenido en fallo de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional de fecha 1° de julio de 1999, N° 317, expediente N° 1999-199, caso: Amparo Constitucional contra sentencia proferida en juicio de nulidad de asamblea, intentado por Antonio Dahdah Khadau, contra Assad Dahdah Khado (o Khadau), que remite a sentencia del 27 de junio de 1996, y en relación con '...la aplicabilidad y límites del concepto de litisconsorcio necesario en los casos en los que se pretenda la declaratoria de nulidad de una asamblea de accionistas...', dicha Sala expresó:

'...En el procedimiento de amparo constitucional interpuesto por el ciudadano... contra la sentencia proferida... en fecha 16 de septiembre de 1998, en el juicio que por nulidad de asamblea intentó... el Tribunal

sentencia N° 493, de la Sala Constitucional, de fecha 24 de mayo de 2010⁴⁴, se anuló, por vía de revisión constitucional, tal criterio afirmando que “...era suficiente con la citación de la sociedad mercantil demandada por ser ésta la legitimada pasiva”⁴⁵.

(sic) Superior Primero... dictó decisión el 16 de abril de 1999, mediante la cual se declaró con lugar la acción propuesta y, en consecuencia, nulo el fallo ya identificado.

En fecha 23 de abril de 1999, el Juzgado Superior ordenó la remisión de las actuaciones a esta Corte Suprema de Justicia, a los fines de la **consulta legal** prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

(...omisis...)

Observa esta Sala que habiéndose demandado la nulidad absoluta de una asamblea en la que se aumentó el capital social de la compañía, emitiendo nuevas acciones, las cuales fueron adquiridas por el ciudadano... hoy quejoso, la declaratoria con lugar de esa acción conlleva, forzosamente la nulidad de todos los puntos mencionados.. (sic) Inclusive la compra de las acciones, lo que afecta directamente al hoy solicitante del amparo, quien no fue parte en el proceso.

Considera esta sala que, en el presente caso existe un litisconsorcio pasivo necesario, ya que cualquier modificación que se haga, producto de la nulidad de la asamblea y, específicamente, en el particular de venta y suscripción de nuevas acciones, no sólo opera contra el ciudadano Assad Dahdah Khadau (o Khado), único demandado, sino también contra el hoy quejoso, quien ostenta el carácter de accionista de la compañía MIDI IMPORT, C.A., en virtud de tal asamblea, y hasta tanto no se declare su nulidad, de manera que al demandado y, en consecuencia, citado no puede entenderse debidamente integrado al contradictorio’.

(...)

De los criterios doctrinales transcritos precedentemente, los cuales ratifica esta Sala de Casación Civil, se desprende palmariamente y sin lugar a dudas, que la acción de nulidad de asamblea debe resolverse de modo uniforme para todos los accionistas, por lo cual, la legitimación para contradecir en el juicio corresponde en conjunto a todos estos, siendo por lo tanto necesario, que exista el litisconsorcio, y en consecuencia todos estos accionistas que formaron parte de la asamblea que se pretende anular, deben ser llamados a juicio, para así poder cumplir con los principios constitucionales del derecho a la defensa y de la garantía del debido proceso”. (Negritas, cursivas y subrayados originales).

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC.00240-6509-2009-08-201.HTML>

⁴⁴ Esta sentencia fue dictada —precisamente— con ocasión de un recurso de revisión contra la sentencia N° 240, citada en el pie de página anterior.

⁴⁵ Dada la relevancia de la sentencia, nos permitimos transcribir los párrafos, que explican los motivos que condujeron al cambio de criterio. La Sala sostuvo que:

“En tal sentido, al haber declarado inadmisibles las demandas de la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, porque no se citaron a todos los accionistas de Seguros la Previsora C.A., demandada en el juicio primigenio, constituyó una violación a la tutela judicial efectiva y al debido proceso de Promociones Olimpo C.A., hoy solicitante, toda vez que, como se dijo, la demandada quedó a derecho en la oportunidad en que contestó la demanda, lo cual implica que todos los accionistas de Seguros la Previsora C.A., se encontraban a derecho por solidaridad, ya que, como se ha establecido en otros fallos, los accionistas constituyen una unidad tanto económica como de dirección de dichas sociedades mercantiles (ver entre otras sentencias Nos. 558 del 18 de abril de 2001 caso: *Administración y Fomento Eléctrico* y 903 del 14 de mayo de 2004 caso: *Transporte Saet S.A.*).

En efecto, la doctrina ha señalado que ‘la asamblea expresa la voluntad de la sociedad’ y ese acto —la asamblea— no puede confundirse con la suma de las voluntades particulares de sus socios.

En ese sentido el autor Alfredo, De Gregorio señala que: ‘...en la organización jurídica de las sociedades por acciones y especialmente en la concepción de éstas como personas jurídicas, su voluntad no puede confundirse con la suma de las voluntades de los accionistas singulares y es precisamente la asamblea la que tiene la función de sustituir a (tales voluntades particulares, formándolas, transformándolas, reduciéndolas a una síntesis, la voluntad del ente...’ (De Gregorio, Alfredo, *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, Tomo 6 del Derecho Comercial de Bolaffio, Rocco y Vivante, Ediar, Buenos Aires 1950, pág. 567).

Apunta el autor Brunetti que: ‘...El acuerdo de la asamblea es un acto colectivo que contiene la declaración unitaria y unilateral de los accionistas; unitaria, porque es la síntesis de la voluntad de todos y unilateral, porque no representa la composición de intereses contrapuestos, como el contrato, sino la voluntad del ente, expresada en el voto de unanimidad o de mayoría (...). El acto colegial es, por consiguiente, unitario, en cuanto emana del colegio como organización unitaria. El prototipo se encuentra precisamente en la asamblea de la persona jurídica...’ (Brunetti,

Con relación al fuero por el territorio, sería el juzgado del lugar donde se halle el domicilio de la sociedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil⁴⁶, al igual que en todos los casos vinculados con nulidades de asambleas, que de seguidas se estudian.

Por último, con relación a los efectos de la nulidad, en este supuesto la jurisprudencia ha establecido que tiene efectos *ex tunc*⁴⁷ y ha establecido el llamado “efecto cascada” conforme al cual,

“... no puede derivar actos subsiguientes válidos, toda vez que deviene de un acto fraudulento verificado en perjuicio de la hoy accionante, la venta de dichas acciones también está viciado de nulidad absoluta, así como todos los actos consiguientes que se deriven de la misma por efecto cascada, pues no se puede entender que algo que nace de la ilegalidad pueda tener o derivar actos con valor jurídico posterior, con otro acto que pretende renovarlo, y así admitir, que los actos o las ventas posteriores a la declarada nula de nulidad absoluta por falta de consentimiento tenga valor alguno. Así se decide”⁴⁸. (Negritas, cursivas y subrayados originales).

Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, traducido del italiana(sic) por Felipe de Solá Cañizares, Tomo III; Uteha Argentina, Buenos Aires 1960, pág. 407).

De ahí, que cuando se demande la nulidad de una asamblea, considera la Sala que el legitimado pasivo es la sociedad mercantil, como órgano que agrupa a todos los accionistas.

En efecto, la teoría del órgano que se aplica a la representación de las sociedades mercantiles tiene su nacimiento en el siglo XIX. Surgió de la teoría de la ficción que trató de explicar la expresión de la voluntad social en ellas. La denominada teoría orgánica entiende a la persona jurídica como una persona real con voluntad colectiva y, desde tal punto de vista, no existe imposibilidad alguna de que pueda actuar o ejercitar su capacidad jurídica por ella misma a través de sus órganos.

En tal sentido, nuestro Código de Comercio ha reconocido esa voluntad o poder de decisión que tienen las asambleas en la toma de sus consideraciones dejando a salvo la posibilidad de que cuando un socio muestre su desacuerdo en determinada decisión tomada por la asamblea, pueda objetar la misma (ver artículo 290 del Código de Comercio).

Razón por la cual, partiendo de la teoría del órgano que es la asamblea por estar conformada por todos los socios que integran la sociedad como unidad social de sociedades, se concluye, que es suficiente con la citación de la sociedad mercantil demandada por ser ésta la legitimada pasiva”. (Cursivas originales).

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/493-24510-2010-10-0221.HTML>

⁴⁶ Dicha norma prevé: “La demanda entre socios se propondrá ante la autoridad judicial del lugar donde se halle el domicilio de la sociedad. Se propondrán ante la misma autoridad judicial las demandas entre socios, aún después de disuelta o liquidada la sociedad, por la división y por las obligaciones que se derivan de ésta, con tal de que se propongan dentro de un bienio, a partir de la disolución...”

⁴⁷ En contra, Luis Enrique Mata Palacios, quien señala que: “... la declaratoria de nulidad que haga la sentencia definitiva del proceso operará *ex nunc*;...” *Ob. Cit.*, pág., 381.

⁴⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil N° 531 de fecha 4 de agosto de 2017, (caso Michael Vera v. Inversiones Aniston). Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/202010-RC.000531-4817-2017-16-523.HTML>

5.2. Recurso de nulidad contra decisiones viciadas de nulidad absoluta, que versen sobre motivos distintos a los antes señalados

Se incluirán en este supuesto, aquellas decisiones que impliquen la violación de normas estatutarias o legales por motivos distintos a los incluidos en el numeral anterior, en las que falte el consentimiento de algún accionista, como elemento esencial para su existencia, o versen sobre un objeto o causa imposible, o no se haya cumplido con alguna formalidad *ad substantian*. Es decir, podrán ser objeto de esta acción, aquellas decisiones en que se haya incurrido en vicios de tal magnitud que hayan impedido el proceso de formación de la voluntad social, o vayan en contra de la ley o el orden público, distintos a los del anterior numeral, lo cual —de nuevo— no deja de ser una discusión compleja.

A nuestro entender, se subsumen en esta categoría una amplia gama de supuestos. En este sentido, nos referimos a los casos en los que se hayan incurrido en vicios en la convocatoria que la hagan inexistente, como sería la ausencia total de convocatoria, la realizada por persona no autorizada por los estatutos o fuera del plazo o sin cumplirlo en su totalidad, o ausencia de publicación, conforme a los estatutos o la ley⁴⁹.

También encuadrarán en este caso, aquellas reuniones en que no se formó la voluntad social conforme a los estatutos o la ley, como sería cuando no hubo el quorum de asistencia requerido, o de mayoría para la toma de decisión, la ausencia de algún

⁴⁹ Los casos de juicios de nulidad de asamblea en donde se ha incurrido en vicios en las convocatorias han sido de tal relevancia, que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se pronunció en sentencia N° 1066, de fecha 9 de diciembre de 2016 (caso Yasmín Benhamú Chocrón y otro) dictó un OBITER DICTUM, en el cual estableció:

“... esta Sala no deja de observar la alta cantidad de casos y situaciones que se presentan en relación a la cantidad de acciones de amparos y solicitudes de revisión vinculadas a las nulidades de asambleas de accionistas, en las que un solo accionista realiza convocatorias de Asambleas de Accionistas Extraordinarias (incluso sin tener facultades para convocar a dichas asambleas valiéndose solamente de su condición de socio), para efectuar cambios en la composición accionaria de la empresa (donde un accionista minoritario aumenta capital para pasar a ser mayoritario), realizar aumentos de capital, designar administradores, establecer las facultades de ciertos administradores, o crear administradores únicos excluyendo a los demás, entre otras actividades y decisiones que se realizan y toman en esas asambleas.

(...)

... la Sala debe dejar establecido que la creación, en los estatutos sociales de las sociedades mercantiles, de requisitos distintos a los previstos en el Código de Comercio respecto a la convocatoria de los socios o accionistas para la celebración de las asambleas, debe realizarse con el propósito de fortalecer el régimen de convocatoria previsto en el mismo y no para limitar o perjudicar el derecho de los socios o accionistas de ser informados con las garantías suficientes que le permitan conocer con antelación el día, lugar, hora y objeto a tratar en la asamblea,...

(...)

De allí que, de ahora en adelante se han de convocar a los accionistas de manera concurrente según lo establecido en los artículos 277 y 279 del Código de Comercio y lo establecido en los estatutos y documento constitutivo, salvo en aquellas sociedades mercantiles que coticen en la bolsa o realicen oferta pública de acciones o tenga más de quince accionistas, siendo que a las últimas se podrá notificar por correo electrónico certificado, con firma electrónica certificada y a través de la página de internet(sic) de la sociedad mercantil”.

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193697-1066-91216-2016-16-0826.HTML>

accionista que se incluye como presente⁵⁰; la aprobación de balances sin el informe del comisario, en violación al artículo 287 del Código de Comercio o el voto de los administradores en la aprobación de balances, lo cual está prohibido conforme al artículo 286 *ejusdem*.

En este caso, la impugnación se realizará mediante la acción autónoma de nulidad con fundamento en el artículo 1.346 del Código Civil, conforme al cual el plazo para intentarlo prescribe a los cinco años⁵¹. Entendemos que dicho plazo debe contarse a partir de la fecha de su publicación, para el caso de aquellas actas que, conforme al artículo 19 del Código de Comercio deban publicarse y de su registro, caso contrario. La acción tiene carácter contencioso y se ventilará, también, de conformidad con el juicio ordinario.

En lo atinente a la legitimación activa, la jurisprudencia es reiterada, señalando que ésta recae solo sobre los accionistas⁵², o sus causahabientes⁵³, descartando acciones

⁵⁰ De la revisión jurisprudencial realizada, llama la atención la ventilación de casos en los que un accionista demanda la nulidad de la asamblea por su inclusión como presente, a pesar de no haber acudido o mucho menos aprobado los puntos discutidos. Así, en la sentencia N° 531 de fecha 4 de agosto de 2017, (caso Michael Vera v. Inversiones Aniston), se señaló: "... la nulidad absoluta deriva de la inobservancia de normas de orden público, y en el asunto que nos ocupa, el demandante ha señalado que el acta de asamblea cuya nulidad se demanda, ha sido rubricada con una firma falsificada, que no dio su consentimiento, ni otorgó dicho documento, según se evidencia del informe pericial..."

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/202010-RC.000531-4817-2017-16-523.HTML>

⁵¹ La sentencia de la Sala de Casación Civil, N° 232, del 30 de abril del año 2002 (caso: Melvis Marlene Baptista Acosta y Otra contra Mirtha Josefina Olivares Lugo), que ha sido ratificada en decisiones posteriores, señaló que dicho plazo no es de caducidad, sino de prescripción, al señalar que:

"... el propio artículo 1.346, al establecer la duración para pedir la acción de nulidad de una convención, se refiere, en primer lugar, al ejercicio de la acción y no al derecho correspondiente; luego, prevé la suspensión del lapso cuando el titular es un entredicho o inhabilitado y supedita el inicio del cómputo, en caso de menores, al momento en que alcance la mayoría; de otra parte, no hay en la protección a un interés colectivo o general sino sólo la atribución de una facultad a cada una de las partes de una convención frente a la otra parte,; por todo esto la Corte ya en oportunidades anteriores ha calificado el lapso prescriptivo..."

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0232-300402-00961.HTM>

⁵² Sobre la legitimidad, es oportuno citar la sentencia N° 771, de fecha 28 de noviembre de 2017, de la Sala de Casación Civil, criterio que ha sido reiterado por esa Sala, señalando que:

"En ese sentido la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal ha establecido que la legitimidad para demandar la nulidad de actas de asambleas de accionistas de sociedades mercantiles la ostentan sólo los socios de las mismas; siendo que la condición de accionista frente a la sociedad y los terceros se adquiere mediante la respectiva inscripción en el libro de accionistas. De igual forma, dicha Sala ha establecido que la facultad para acudir ante los órganos jurisdiccionales y denunciar presuntas irregularidades administrativas cometidas por los administradores corresponde sólo a los socios, sean mayoritarios o minoritarios. (Ver sentencias N° 287 del 5 de marzo de 2004, caso: Giovanni Maray; Nros. 107 y 114 del 25 de febrero de 2014, casos: Agropecuaria Flora C.A e Inversiones 30-11-89, C.A, en su orden; sentencia N° 585, de fecha 12 de mayo de 2015, caso: Pedro Luis Pérez Burelli y sentencia N°20, de fecha 23 de febrero de 2017, caso: María Lourdes Pinto de Freitas; todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)".

Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/205752-RC.000771-281117-2017-17-064.HTML>

⁵³ Si bien conforme al artículo 296 del Código de Comercio, la prueba de la cualidad de accionista deriva de su inscripción en el libro de accionistas, mediante sentencia N° 759, de fecha 11 de noviembre de 2005, se estableció un criterio particular

incoadas por terceros no socios afectados por decisiones⁵⁴. Nada dijo la sentencia N° 202 sobre este aspecto. Ahora bien, tal criterio jurisprudencial va incluso en contrasentido con las normas sobre nulidades del derecho común, tal como la misma sentencia N° 202 señaló⁵⁵. En contra de tal posición, Trivella Landáez señala que:

La legitimación activa es un tema muy discutido, que –como veremos más adelante- puede inclusive afectar la arbitrabilidad de la materia. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha dejado severas confusiones en cuanto a este punto, inclusive llegando al absurdo extremo de decir que aún en casos de nulidad absoluta la legitimación corresponde únicamente al accionista. Nosotros pensamos –contrariamente a lo anterior- que la manera correcta para determinar quién tiene la legitimación para demandar en estos juicios (al igual que en la acción de nulidad en general) es analizar si se trata de vicios de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Así, la legitimación para interponer la acción de nulidad absoluta corresponderá a cualquier persona (socio o tercero en sentido amplio) que demuestre tener interés,...⁵⁶.

El exmagistrado, Levis Ignacio Zerpa también se pronuncia en el mismo sentido, al señalar en su obra sobre “La impugnación de las decisiones de la asamblea en la sociedad anónima”, que:

A diferencia del derecho de oposición, limitado a los socios, la acción de nulidad puede ser intentada por cualquier persona interesada. Esto quiere decir que pueden accionar la nulidad de las decisiones de la asamblea: los socios, los administradores, los comisarios, los trabajadores de la sociedad, los acreedores de ésta y, de manera general, cualquier otro interesado en la acción. La única limitación es la genérica prevista en el Art. 14 del CPC [correspondiente al Art. 16 CPC vigente⁵⁷].

La legitimación pasiva, recaerá sobre la sociedad, conforme al criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional citado en el numeral anterior y el fuero territorial también será aplicable el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

con relación a la exigencia de la norma citada, en lo relativo al asiento o inscripción de la titularidad de las acciones en el libro de una sociedad, cuando se está en presencia de recursos incoados por herederos de un socio fallecido, señalando que: “No siendo cierto que para intentar la acción de nulidad autónoma, como la de autos, tenga que ser socio, con todas las formalidades a que se contrae el referido artículo 296 del Código de Comercio”.

Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-00759-111105-02542.HTM>

⁵⁴ Tal fue el caso de un administrador que intentó una acción de nulidad contra una decisión asamblearia que lo destituyó y en donde la Sala de Casación Civil le negó la legitimación.

Ver Sentencia N°310, del 6 de agosto de 2019.

Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/306808-rc.000310-6819-2019-19-066.html>

⁵⁵ Ver numeral 4, *supra*, relativo a nulidades societarias en nuestro país a la luz de la jurisprudencia.

⁵⁶ *Ob. Cit.*, pág., 270.

⁵⁷ ZERPA, Levis Ignacio, “La impugnación de las decisiones de la asamblea en la sociedad anónima”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas, Caracas, 1988, pág., 143-144

Por último, siguiendo el desarrollo jurisprudencial, las decisiones viciadas de nulidad absoluta en estudio también se verán afectadas por el efecto cascada, referido *supra*.

5.3. Recurso de nulidad contra decisiones viciadas de nulidad relativa:

Se incluirían en este supuesto, de conformidad con la jurisprudencia asentada, todas aquellas decisiones que incurran en vicios en el consentimiento, o en alguna incapacidad, que afecten su validez. Nos referimos a supuestos de hecho en donde se incumplen con requisitos de validez, como sería el caso de aquellas asambleas donde no esté presente el comisario, o por ejemplo, en cuyo seno un cónyuge haya acordado en un acto de disposición que, de conformidad con el artículo 168 del Código Civil requiere la autorización del otro cónyuge y esto no estuvo presente; o se designe mandatario a un administrador en asambleas en las cuales no se aprueben las cuentas⁵⁸.

Esta acción se fundamenta en el artículo 56 de la Ley de Registros y Notarías y tiene un lapso de caducidad de un año, contado a partir de la fecha de la publicación del acta registrada⁵⁹. La acción tiene carácter contencioso y, al igual que el supuesto anterior, se ventilará de conformidad con el procedimiento ordinario. En lo relacionado a la legitimación activa, ésta recaerá sobre los accionistas y la pasiva, sobre la sociedad. Los efectos de la sentencia que afecte a cualquier decisión infectada por este vicio sería *ex nunc*, conforme a la jurisprudencia citada.

5.4. La oposición del Art 390 del Código de Comercio a la luz de la Sentencia N° 202

Cabe preguntarse cuál es la relevancia que tiene hoy en día este procedimiento de oposición. Podemos afirmar que es una opción que brinda el Código de Comercio al socio, para —a través de un mecanismo expedito y rápido— atacar una decisión, sin que sea excluyente o previa a la acción de nulidad⁶⁰. No obstante, existe el riesgo, para

⁵⁸ El artículo 285 del Código de Comercio prohíbe, en principio dicho mandato, no obstante, de conformidad con el artículo 213, numeral 10, esta norma puede ser relajada en los estatutos.

⁵⁹ De la norma transcrita, se desprende claramente que en dicha disposición especial se regula de manera específica, el acto a partir del cual debe iniciarse el computo del lapso de caducidad para el ejercicio de las acciones por nulidad de actas de asambleas de las compañías anónimas, por lo que quienes la pretendan cuentan con un (1) año para su ejercicio so pena de sufrir los efectos de la caducidad, lapso que comenzará a computarse “...a partir de la publicación del acto inscrito...”, es decir, que el punto de partida de la caducidad es la fecha en que es publicado el acto inscrito”. (cursivas originales). Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/192137-RC.000707-81116-2016-16-076.HTML>

⁶⁰ Así lo ha sostenido la Sala de Casación Civil, en sentencia N° 992, de fecha 30 de agosto de 2004, en donde sostuvo: “... de la norma no se desprende que la oposición sea preferente ante la otra, es decir, primero que la acción judicial de nulidad de asamblea, pues el referido artículo establece que ‘...a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad...’.” De esta manera, considera la Sala que el socio puede escoger entre hacer oposición a las decisiones adoptadas en la asamblea ante el juez mercantil a quien, constatada la falta, la ley le confiere la facultad de suspender la ejecución y

el accionista minoritario afectado de que, si se interpone dicho procedimiento, se celebra la segunda asamblea y en ella se ratifican las decisiones allí discutidas, se convaliden los eventuales vicios y contra esa asamblea no podrá intentar la acción de nulidad, siempre que, por supuesto, los vicios existentes fueran susceptibles de convalidación, por ser de nulidad relativa.

Caso contrario, es decir, si existen vicios de nulidad absoluta, a pesar de su ratificación, el accionista afectado podrá intentar el recurso de nulidad ordinario contemplado en el artículo 1346 del Código Civil.

Por último, si el juez declara improcedente la oposición, el accionista podrá interponer los recursos de nulidad antes descritos, en función de tipo de vicio que adolezcan las decisiones tomadas. Lo mismo ocurrirá si se celebra la nueva asamblea, pero las decisiones no son ratificadas.

CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que hoy en día el accionista minoritario cuenta con sistema de protección amplio, que brinda distintas alternativas para impugnar las decisiones que atenten contra los estatutos o la ley y que el artículo 290 del Código de Comercio, que en el pasado se erigía como una eventual amenaza contra ellos en ciertos casos, ha sido acotado y limitado su campo de aplicación.

No obstante, se debe advertir que el fundamento del tal norma era precisamente garantizar la estabilidad en el ámbito societario y la interposición de recursos de nulidad a través del procedimiento ordinario puede atentar contra ella, ante la incertidumbre que brindan largos procesos judiciales. Por ello, una futura reforma en esta materia debería brindar un régimen especial, con recursos ágiles, que a su vez brinden garantías a los accionistas minoritarios, de que sus derechos no serán conculcados por una mayoría.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich Ackerman, Daniel, “La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la ley general de sociedades, Revista de Derecho Themis, Nº 47, consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110432.pdf>

remitir el punto a una nueva asamblea que, reconsiderando la decisión, la confirme o la revoque; o acudir directamente a dicho juez a demandar la nulidad a través del procedimiento ordinario, como ocurrió en el presente caso”. Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RC-00992-300804-031002.HTM>

- Baena Baena, Pedro Jesús. “El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho*, 20, 125-160. Consultada en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/79602/ElNuevoRegimenJuridicoEspanolDeLaLegitimacionActiv-5973558.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo Gómez, Fidel A: “Procedimiento de oposición a las decisiones de la asamblea de accionistas establecido en el artículo 290 del Código de Comercio”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 1-2018, pág., 409, Consultada en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_141fa6d3b5744c2c83f1dbd230755696.pdf
- Corsi, Luis. “Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.” En *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, Caracas, 2008, págs., 705-744.
- Jurisprudencia Venezolana Ramirez & Garay, Tomo XLVI, 1975, Primer Trimestre, Caracas, 1976, pág., 318 y sig.
- Mata Palacios, L. “La Acción de Nulidad Absoluta como Medio de Impugnación de las Decisiones de las Asambleas de la Sociedad Anónima”. *Revista De La Facultad De Derecho*, 2018, N°67-70. Consultado en: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/3657>
- Morles, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil, Las Sociedades Mercantiles*, Tomo II B, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- Navarrete Joe, “La reforma de la Ley General de Sociedades A propósito del Grupo de Trabajo que reforma la vigente Ley General de Sociedades”, consultado en: <https://www.enfoquederecho.com/2017/11/04/la-reforma-de-la-ley-general-de-sociedades/>
- Palacios, L. M. (2015). La Acción de Nulidad Absoluta como Medio de Impugnación de las Decisiones de las Asambleas de la Sociedad Anónima. *Revista de la Facultad de Derecho*, (67-70). Consultada en: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/download/3657/3132>
- Perera, Á. C. (2018). La (im) procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios. *Diario La Ley*, (9180), 2. Consultado en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/la-improcedencia-de-impugnar-acuerdos-societarios-sobre-la-base-del-abuso-del-derecho-de-los-socios.pdf>
- Petrasso, Hernán Walter. “Impugnación de las decisiones asamblearias” *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 63, Universidad de Buenos Aires. Consultada en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/63/impugnacion-de-las-decisiones-asamblearias.pdf>
- Trivella Landáez, Pablo Andrés. “Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano”, *Revista Derecho y Sociedad* N° 16-2020, pág. 269. Consultada en: <https://www.derysoc.com/wp-content/uploads/2020/09/DerechoySociedad-No16-2020.pdf>
- Velásquez Restrepo, Carlos A. “Impugnación de actos de sociedades civiles y comerciales y sus aspectos probatorios”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (69), 1985, pag., 84-111. Consultada en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5415576>
- Zerpa, Levis Ignacio. “La impugnación de las decisiones de la asamblea en la sociedad anónima: estudio jurídico”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Oficina de Publicaciones, 1987, ISBN: 9806185005.

Exclusión de socios en la sociedad anónima: Comentarios para su regulación en Venezuela

Edgar Eduardo Berroterán*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-233-247

Resumen: La exclusión de socios en la sociedad anónima ha sido considerada como un mecanismo para prevenir posibles conflictos en la sociedad, y que puedan vulnerar el interés de todos los accionistas en el cumplimiento del objeto social. El Código de Comercio vigente solo plantea la posibilidad de excluir al accionista cuando ha incumplido el pago del total del monto de las acciones que ha suscrito, y los tribunales venezolanos han sido claros en indicar que no se puede aplicar por vía de analogía las causales que se encuentran establecidas para las sociedades en nombre colectivo y en comandita. No obstante, en este artículo se propone que es posible con el amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, incorporar en el contrato social y/o estatutos sociales de la sociedad anónima venezolana causales de exclusión de socios y el proceso para la toma de decisiones y sus efectos, sin quebrantar derechos de los socios.

Palabras clave: exclusión de socios, sociedad anónima, autonomía de la voluntad de las partes, reforma estatutaria.

Exclusion of partners in the corporation: Comments for regulation in Venezuela

Abstract: *The exclusion of partners in the corporation has been considered as a mechanism to prevent possible conflicts in the company, and that may violate the interest of all shareholders in the fulfillment of the corporate purpose. The current Commercial Code only raises the possibility of excluding the shareholder when he has failed to pay the total amount of the shares he has subscribed, and the Venezuelan courts have been clear in indicating that the causes that are established for companies in collective name and limited partnership cannot be applied by analogy. However, this article proposes that it is possible, under the protection of the principle of the autonomy of the will of the parties, to incorporate in the social contract and / or bylaws of the Venezuelan corporation causes of exclusion of partners and the process for decision-making and its effects, without violating the rights of the partners.*

Keywords: *exclusion of partners, public limited company, autonomy of the will of the parties, statutory reform.*

Recibido: 19/05/2023

Aprobado: 17/06/2023

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá. Miembro Fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

Exclusión de socios en la sociedad anónima: Comentarios para su regulación en Venezuela

Edgar Eduardo Berroterán*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-233-247

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *I. Sobre la condición de socio de la sociedad anónima venezolana. II. ¿Por qué se podría excluir a un socio de una sociedad anónima? 1. Consideraciones generales de la exclusión de socios. 2. Consideraciones particulares de exclusión de socios en la sociedad anónima: III. Aportes para la regulación de la exclusión del socio.*
CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

A los fines de delimitar el tema a tratar en el presente artículo, es preciso advertir en primer lugar que se emplea de forma indistinta el término socio o accionista de la sociedad anónima. De igual forma se parte de una realidad legal en materia mercantil relativa a la vigencia del Código de Comercio venezolano, ya que, como ha sido reconocido por los autores nacionales,¹ este cuerpo sistemático que tiene por objeto regular lo mercantil en el país está en vigencia desde 1955, incluso algunas de sus disposiciones sobre las compañías mercantiles son anteriores a esa última ley de reforma, y han estado en el contexto legal comercial desde 1919.²

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá. Miembro Fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

¹ Nayibe Chacón Gómez. «La necesaria reforma del Código de Comercio venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*, 2, (2019): 1-28. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_fdacafe9f92044a390d015b3c14d9002.pdf

² “Es este Código de Comercio de 1919 el que se encuentra actualmente vigente en nuestro país, no obstante ha sufrido posteriores modificaciones: del 4 de julio de 1938; del 17 de agosto de 1942 que modificó el texto del artículo 333; derogó los artículos 334 y 338: suprimiendo así las normas relativas a las sociedades cooperativas y dejando su regulación a ley especial; del 1º de septiembre de 1945, que suprimió el beneficio de competencia del fallido (artículos 1.063 y 1.064), la apelación de la sentencia de quiebra (artículo 1.068) y la rehabilitación del fallido (artículo 1.070); y modificó el contenido del artículo 1.079 que pasó a ser el artículo 1.069. La última reforma es del 23 de julio de 1955, donde se realizaron modificaciones e incorporaciones sobre las siguientes materias: a) mujer casada comerciante: se eliminaron los artículos 14, 15, 16 y 17 para adoptar las reformas habidas en el Código Civil de 1942, incorporando el actual artículo 16; b) registro de comercio; se modificó el encabezado del artículo 20 que pasó a ser el artículo 18; c) sociedades mercantiles: se modificó el artículo 206 que pasó a ser el artículo 200 sufriendo una gran transformación, ya que se estableció el carácter mercantil de todas las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, este último tipo societario incorporado en nuestra legislación a partir de esta reforma; y d) menor socio de una sociedad en nombre colectivo: se estableció la necesidad de autorización para que el menor de edad, hoy adolescente emancipado, pueda asociarse en nombre colectivo, actual artículo 239.” Nayibe Chacón Gómez. «La necesaria reforma del Código...», 6.

Por otra parte, es igualmente importante tener claro que conforme al Derecho Mercantil positivo venezolano, las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil (artículo 200 del Código de Comercio). Al referirse a los convenios de las partes, éstos corresponden a los acuerdos que se encuentran tanto en el contrato de sociedad, que es el documento constitutivo de la sociedad; como en los estatutos sociales. Si bien el legislador se refiere a dos documentos distintos, en la práctica mercantil venezolana suelen estar en un mismo documento la constitución de la sociedad y sus normas de funcionamiento, por lo que el contrato de sociedad tiene carácter estatutario.

En lo que respecta a la exclusión del accionista, la doctrina extranjera³ la describe como una oportunidad a una sociedad de prescindir de un socio cuando las actuaciones de este afectan la realización de operaciones vitales para el futuro de la estructura societaria; dentro de los efectos económicos para el socio excluido, queda claro que deberá recibir el valor de su acción. Advierte la doctrina citada, que, al tratarse de una decisión de la asamblea de accionistas, como órgano supremo de toma de decisiones de la sociedad anónima, el accionista tendrá la posibilidad de impugnar dicha actuación cuando se haya realizado de forma arbitraria.⁴

I. Sobre la condición de socio de la sociedad anónima venezolana

Según mencionan Jaramillo López y Torrado Franco⁵ el individuo siempre está en la búsqueda de asociarse con otras personas con el propósito de consolidar un beneficio común, para cumplir con este propósito, la sociedad anónima ha resultado ser el instrumento jurídico idóneo para lograr unir esfuerzos de provecho económico, que de forma individual no fuera posible lograr, por lo que al adquirir acciones se capitaliza y se convierte en un interés conjunto, surgiendo así la relación de socios-accionista.

El accionista de la sociedad anónima según revela Morles Hernández⁶ es aquella persona natural o jurídica que posee acciones de una sociedad, según el Código de Comercio vigente, esto tiene lugar con la inscripción en el libro de accionistas,⁷ y así

³ Jaramillo López, Juan y Torrado Franco, Carlos. «Reglas de exclusión de accionistas en la sociedad anónima, ¿es necesaria su regulación en el régimen societario colombiano?», *Universitas Studiantes*, 23, (2021): 221. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57772/10.%20Jaramillo-Torrado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁴ Juan Jaramillo López y Carlos Torrado Franco. «Reglas de exclusión de accionistas...», 221.

⁵ Juan Jaramillo López y Carlos Torrado Franco. «Reglas de exclusión de accionistas...», 222.

⁶ Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello, 4ª edición. Caracas, (1998): 1053.

⁷ Código de Comercio, artículo 296.- "La propiedad de las acciones nominativas se prueba con su inscripción en los libros de la compañía, y la cesión de ellas se hace por declaración en los mismos libros, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados.

En caso de muerte del accionista, y no formulándose oposición, bastará para obtener la declaración del cambio de propiedad en el libro respectivo y en los títulos de las acciones, la presentación de estos títulos, de la partida de defunción

ha sido ratificado por Sentencia N° 318 del 09 de agosto de 2022, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se estableció que la venta de acciones no requiere ser registrada; basta con el asiento en el libro de accionistas para que el cesionario adquiera la cualidad de accionista frente a terceros y con ello comienzan a contarse los lapsos establecidos en la ley para la prescripción de la acción.⁸

Sostiene Hung Vaillant⁹ de la posición de socio de una sociedad mercantil, en este caso de la sociedad anónima, devienen derechos y obligaciones, que pueden ser de diversas naturalezas, los cuales son atribuidos automáticamente al socio, una vez que se ha constituido la sociedad, al suscribir la acción se ratifica lo acordado en el contrato de sociedad y en sus estatutos, incluso lo acordado por su antecesor si se trata de una cesión de acciones.

Ahora bien, una vez se ha cumplido con la inscripción en el libro de accionistas conforme al artículo 296 del Código de Comercio vigente, se convierte en accionista y por tanto, titular de los siguientes derechos, por una parte, al derecho a participar en las utilidades; y por otra el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación. Hung Vaillant enfatiza que se trata fundamentalmente de los derechos a gozar de los beneficios de la actividad social, derecho a la cuota de liquidación, derecho a intervenir en la administración de la sociedad y derecho a la vigilancia de la administración social.

A estos derechos que se podrían calificar como básicos, la doctrina le ha sumado otro de tipo económico, como el derecho preferente de participar en la suscripción de nuevas acciones; y de tipo político, el derecho del voto. Según anota Morles Hernández, el derecho al voto podría vincularse a un conjunto de derechos de participación del accionista, por lo que se le puede colocar como un derecho esencial,¹⁰ el cual sin embargo podría quedar en algunos casos establecidos en el propio Código mercantil en suspensión, a saber:

1° el accionista que es administrador de la sociedad no puede dar su voto en la aprobación del balance ni en las deliberaciones respecto de su responsabilidad, conforme el contenido de los ordinales 1° y 2° del artículo 286 del Código de Comercio;

y, si la compañía lo exige, un justificativo declarado bastante por el Tribunal de 1° Instancia en lo Civil, para comprobar la cualidad de heredero.”

⁸ Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 09 de agosto de 2022N°: 000318, N° Expediente: 17-282, Procedimiento: Recurso de Casación, Partes: VICTORINO MANUEL ROMAO CORREIA Y OTRAS contra MARÍA LOURDES PINTO DE FREITAS. Magistrado Ponente: Henry José Timaure Tapia. <http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/318825-000318-9822-2022-17-282.HTML>

⁹ Hung Vaillant, Francisco. *Sociedades*. Vadel Hermanos, Editores, 6° edición. Caracas, (2002): 118.

¹⁰ Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho...*, 1056.

2° Según se encuentra establecido en el artículo 256 del Código de Comercio, norma referida a la estimación de los aportes no dinerarios que hacen para formar la sociedad, en aquellos casos en que nombre un perito para determinar el valor de los bienes o en que se pretenda un provecho particular de alguno o algunos de los socios, se deberá aprobar ese provecho en asamblea; y en este caso los asociados que hacen el aporte o estipulan ventajas sometidas a la decisión de la asamblea no tienen derecho al voto deliberativo en ellas.

3° El socio administrador que tiene un interés contrario al de la compañía, en su propio nombre o como representante de otro, debe notificarlo o anunciarlo a los demás administradores y en asamblea debe abstenerse de intervenir en las deliberaciones, según dispone el artículo 269 del Código de Comercio, pero que no indica si tiene o no derecho de votar, pero resulta evidente que tampoco puede votar al respecto.

En cuanto a los accionistas minoritarios, Rondón García y Gomes¹¹ han manifestado que en la legislación mercantil venezolana, son pocos los mecanismos de defensa con los cuales cuenta un socio minoritario, pero igualmente tiene derecho a participar en la administración de la compañía a través de su voto en las deliberaciones de las asambleas de accionistas; el derecho a estar informado de los asuntos que se someterán a la consideración de la asamblea de accionistas; el derecho a revisar el libro de accionistas y de actas de asambleas (artículo 261 del Código de Comercio); el derecho a examinar el inventario, lista de accionistas, balance general de la compañía y el informe del comisario (artículo 284 del Código de Comercio); denunciar irregularidades de la administración al comisario (artículo 310 del Código de Comercio).

Por otra parte, Morles Hernández¹² apunta que pueden existir acciones sin derecho a voto, dada la posibilidad de estipular en el documento constitutivo o los estatutos sociales este tipo de acción, esto con base principalmente en la norma contenida en el artículo 292 del Código mercantil, que dispone que las acciones son de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, salvo que en los estatutos se disponga otra cosa.

Ahora bien, para poder hacer efectivos los derechos económicos y políticas del accionista en la sociedad, es necesario la existencia y el ejercicio del derecho administrativo que le asiste por ser accionista, especialmente el derecho a ser convocado por el administrador a la asamblea ordinarias o extraordinarias, puesto que la asamblea de accionistas o socios, es el lugar idóneo en el cual es posible ejercer cualquier derecho de participación en la toma de decisiones de la sociedad.

¹¹ Rondón García, Andrea y Gomes, Sabrina. «Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela -Especial referencia a su regulación desde el Derecho». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, núm. 9, (2022): 52.

¹² Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho...*, 1060.

Otros derechos del socio que menciona Hung Vaillant¹³ se encuentra el derecho a la separación, el cual tiene lugar en el caso contenido en el artículo 282 del Código de Comercio, según el cual los socios que no estén de acuerdo o que no convengan el reintegro del capital social, el aumento del capital social o el cambio del objeto de la sociedad, tienen el derecho a separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones en la proporción del activo social que resta aprobado por la asamblea de accionistas en el último balance.

II. ¿Por qué se podría excluir a un socio de una sociedad anónima?

Como se ha dejado anotado en el punto anterior, la posición de accionista de la sociedad anónima se adquiere con la incorporación en la sociedad, sea que se trate de un accionista de origen o fundador de la sociedad, con lo cual su inclusión ocurre en el momento de la constitución en el contrato social, o con la compraventa de acciones que conlleva la inscripción en el libro de accionistas.

En todo caso, de esta cualidad de socio deviene un conjunto de derechos y obligaciones igualmente anotados; dentro de los cuales está el derecho de separación del socio (artículo 282 del Código de Comercio), a la vez del derecho que tiene todo socio de vender su acción por ser parte de su patrimonio propio a quien estime será el mejor comprador, a menos que los estatutos dispongan otra cosa, como el derecho de preferencia.

1. Consideraciones generales de la exclusión de socios

Hung Vaillant¹⁴ menciona los supuestos de pérdida de la posición de socio, que puede tener lugar como consecuencia de la disolución de la sociedad, o en vida de ésta; en este último caso, como ya se mencionará puede tener lugar por causa de un acto de voluntad del socio e incluso por un acto involuntario.

El autor citado enfatiza sobre la importancia del contenido del documento constitutivo o estatuto sociales de la sociedad, puesto que es aquí donde pueden incorporarse requisitos necesarios para la admisibilidad de socios o para la transmisión de la posición de socio; en el caso particular de la pérdida no voluntaria de la posición de socio, los supuestos consagrados en el Código de Comercio corresponden a la sociedad en nombre colectivo y a la sociedad en comandita, a saber:

¹³ Francisco Hung Vaillant. *Sociedades...*, 136.

¹⁴ Francisco Hung Vaillant. *Sociedades...*, 145.

1° falta de pago de la cuota social, siempre y cuando la sociedad lo hubiese constituido en mora;

2° en caso del socio administrador, si realiza alguno de los siguientes actos:

- i) se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio;
- ii) comete fraude en la administración o en la contabilidad;
- iii) se ausenta y requerido no vuelve ni justifica su ausencia.

3° en el caso del socio solidariamente responsable, cuando:

- i) no estando facultado para ello se ingiere en la administración;
- ii) cuando, sin el consentimiento de los demás socios, tiene intereses en otra sociedad en nombre colectivo que tenga el mismo objeto;
- iii) cuando, sin el consentimiento de los demás socios, hace (por cuenta propia o en interés de un tercero) operaciones en la misma especie de comercio de la sociedad.

Si bien el Código de Comercio no lo indica, resulta evidente que tanto la denuncia de que un socio de la sociedad en nombre colectivo o en comandita se encuentra incurso en algunos de los supuestos antes enlistados, así como su trámite y decisión de exclusión, debe ser tramitada por ante la asamblea de socios, guardando las formas y el derecho del socio a ser escuchado sobre posibles justificaciones según se trate; es la asamblea del socios el órgano que en todo caso tendrá la última palabra sobre la pérdida de la posición de socio, de esa asamblea se debe levantar el acta correspondiente y llevarla al registro para su publicación, puesto que es desde ese momento que se puede tener frente a los terceros como excluido al socio.

Por otra parte, Hung Vaillant¹⁵ analiza los efectos de la exclusión del socio de la sociedad, el principal efecto con relación a la sociedad, se encuentra en que la sociedad no se disuelve por la exclusión de un socio.

En lo que respecta a los efectos con relación al socio excluido, del contenido de los artículos 338 y 339 del Código de Comercio se puede advertir que la responsabilidad, al tratarse de un socio de una sociedad en nombre colectivo o en comandita, (en donde todos los socios en el primer caso, y los socios comanditantes en el segundo) y por tanto tienen una responsabilidad solidaria con los demás socios y subsidiaria con relación a la sociedad, en cuyo caso si al momento de ser excluido hubiesen operaciones en curso debe soportar los riesgos y no puede retirar su cuota social sino dejando

¹⁵ Francisco Hung Vaillant. *Sociedades...*, 146.

la parte necesaria para cubrir esos riesgos; asimismo, queda obligado para con los terceros por todas las operaciones hechas por la sociedad hasta el día en que la exclusión sea publicada y registrada.

Finalmente, el socio excluido queda sujeto a las pérdidas y tiene derecho a las utilidades hasta el día de la exclusión, solo tienen derecho a la liquidación de sus utilidades o pérdidas cuando corresponde según el contrato social.

2. Consideraciones particulares de exclusión de socios en la sociedad anónima

A diferencia de lo que ocurre con el tratamiento de la exclusión de socios en las sociedades en nombre colectivo y en comandita, el Código de Comercio no dispone causales particulares para la exclusión del accionista de la sociedad anónima, salvo lo anotado en el artículo 295, que permite la exclusión del socio que no ha pagado, en el momento en que corresponde, la parte pendiente de pago del capital por él suscrito.

Téngase presente que el artículo 249 del Código mercantil dispone que para la constitución definitiva de la sociedad, se requiere que esté suscrita la totalidad del capital social y entregada en caja, es decir, pagada, por cada accionista la quinta parte, como mínimo ya que el contrato puede decir otra cantidad, del monto de las acciones por él suscritas, con lo cual el accionista queda como deudor de la sociedad de la parte del aporte que se obligó con la suscripción de las acciones y que debe pagar cuando la sociedad así se lo requiere, quedando sujeto el accionista a la indemnización por los posibles daños y perjuicios ocasionados por su demora en el pago, esto conforme a los establecido en el artículo 209 del Código de Comercio.

En caso en que requerido dicho pago, incluido los montos de indemnización, y el accionista no hace el pago, la sociedad (que ya tiene personalidad jurídica), puede hacer vender por un corredor o casa de subastas las acciones por cuenta del accionista, subrogándose el suscriptor todos los derechos del accionista, sin perjuicio que éste último vaya en contra de aquel.

Por otra parte, ante el posible cuestionamiento sobre si es posible aplicar las causales establecidas para la exclusión del socio de las sociedades en nombre colectivo y de la sociedad en comandita, a la sociedad anónima, no se ha encontrado en la doctrina posición favorable a esta aplicación por vía de analogía, como si ocurre en otros casos.

Así ha sido el criterio acogido en la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2016, del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Lara con ponencia de José Antonio Ramírez Zambrano, caso de la Sociedad Mercantil Lácteos La Morandina, C.A., contra E.C.A.D., en proceso sobre la exclusión

de socio en compañía anónima,¹⁶ que luego de un riguroso análisis se dispone que el contenido del artículo 337 del Código de Comercio, no obstante haber ocurrido en el caso concreto alguno de esas causales, no implica que sea aplicable dicha norma, ya que al ser la compañía accionante de naturaleza jurídica, compañía anónima, la normativa legal del Código de Comercio, aplicable a este tipo de sociedad no establece esa posibilidad de exclusión de socios y menos aún que se establezca esa facultad a la compañía anónima respecto a alguna de los socios que la constituyen; lo cual obliga a concluir, que la accionante no tiene cualidad activa o *legitimatio ad causam* para incoar la acción de exclusión de socios.

III. Aportes para la regulación de la exclusión del socio en Venezuela

Ahora bien, como se ha mencionado, solo existe el artículo 295 del Código de Comercio como causal para que tenga lugar la exclusión del accionista de la sociedad anónima; sin embargo, desde la perspectiva de que el contrato de sociedad es del tipo asociativo, en el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común (definición del contrato de sociedad en el Código Civil venezolano, artículo 1.649); si alguna de las partes con sus acciones u omisiones no se encuentra contribuyendo a ese “fin económico común”, el otro o los otros accionistas deberían poder excluir a ese socio, puesto que sin lugar a dudas se estaría en presencia de la pérdida del *afetio societatis*, el cual según Hung Vaillant¹⁷ corresponde al interés de quienes intervienen en el negocio que subyace en el contrato social, especialmente de la sociedad anónima, y queda limitado por el elemento intencional o psicológico de realizar determinadas actividades u operaciones de las cuales se espera un resultado económico.

Hung Vaillant¹⁸ menciona que cuando se planifica la creación o constitución de una sociedad, en este caso de una sociedad anónima, cada participante tiene la esperanza de obtener ventajas particulares del fin económico perseguido por el grupo; aspiración que se podrá concretar en la medida en el cual el fin se logre, por lo que cualquier actuación de parte de alguno de los accionistas parece indicar la pérdida de ese interés, y por tanto, dar lugar a que el resto del sustrato personal de la sociedad, es decir, de los accionistas en asamblea pueden decidir la exclusión del accionista que ha obrado en contra del interés social, o haya omitido obrar a favor de ésta.

¹⁶ <https://vlexvenezuela.com/vid/sociedad-mercantil-lacteos-morandina-650343921>

¹⁷ Francisco Hung Vaillant. *Sociedades...*, 4.

¹⁸ Francisco Hung Vaillant. *Sociedades...*, 4.

Se podría alegar a este respecto, que el mantener a un socio que actúa o no en favor del interés social dentro de la sociedad, e incluso en virtud de los derechos económicos antes descrito, tener compartir utilidades de las cuales no ha contribuido, parece estar dentro de lo que se postula *ad impossibilia nemo tenetur*, es decir, nadie está obligado a cosas imposibles, en este caso, lo imposible sería mantener como socio a una persona (natural o jurídica) que con su actuar o por omisión, no contribuye en el cumplimiento del objeto social.

En estos caso, plantean Jaramillo López y Torrado Franco¹⁹ que le corresponde a la propia sociedad implementar herramientas jurídicas, junto con reglas adecuadas de gobierno corporativo, que le permitan prever y dirimir los potenciales eventos que puedan resultar conflictivos en la gestión de una sociedad, con lo cual la exclusión de accionistas ha sido considerada como una alternativa positiva para que los accionistas puedan aplacar toda situación indeseable que afecte el correcto devenir de una sociedad.

A primera vista la exclusión de un accionista, según Jaramillo López y Torrado Franco²⁰ se puede considerar como un poco discriminatoria y susceptible de atentar contra los derechos inherentes que un individuo adquiere al momento de ostentar la calidad de asociado; pero es importante tener en cuenta, como se ha mencionado, que la justificación de la incorporación de un mecanismo eficaz para excluir al accionista en el contrato de la sociedad, puede ser la fórmula idónea para lograr que los socios cumplan oportunamente las obligaciones que han asumido frente a la sociedad, así como un instrumento para la defensa del buen nombre y estabilidad económica ante posibles conductas indeseables y/o dañosas por parte de algunos o varios de sus accionistas.

1. Situación de la exclusión del accionista en el derecho comparado, especial referencia a la Ley 1258 de 2008²¹

Esta normativa consagra en el artículo 39 la posibilidad de que los estatutos de la sociedad prevean causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso, como consecuencia puede que el reembolso del monto de la acción implicare una reducción de capital, con lo cual se deberá seguir el procedimiento establecido en la legislación para estos casos en la Ley 222 de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.²²

¹⁹ Juan Jaramillo López y Carlos Torrado Franco. «Reglas de exclusión de accionistas...», 223.

²⁰ Juan Jaramillo López y Carlos Torrado Franco. «Reglas de exclusión de accionistas...», 224.

²¹ Ley 1258 de 2008, publicada en el Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008, cuya última actualización publicada en el Diario Oficial No. 52.418 de fecha 6 de junio de 2023.

²² <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6739>

En caso de que los estatutos no hayan previsto procedimiento especial para la exclusión, esta deberá contar con la aprobación de la asamblea, con el voto favorable de la exclusión de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueren objeto de la exclusión.

La doctrina consultada²³ advierte que la Superintendencia de Sociedades de ese país, ha indicado que la exclusión de un accionista de la sociedad corresponde a una sanción legal, por lo que en principio es restrictiva y en esa medida las causales que determinan su procedencia por una parte son taxativas y por otra, aplican solamente en los tipos societarios y bajo las circunstancias de tiempo modo y lugar previstas por el legislador, refiriéndose de tal forma que su pacto estatutario no es viable en el contrato social de una sociedad, a menos de que sea una Sociedad Anónima Simplificada, la cual conforme a la ley es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.

2. Incorporación de disposiciones que prevén la exclusión del accionista en las sociedades anónimas venezolanas según la legislación actual

Conforme a las disposiciones vigentes en el Código de Comercio venezolano, nada parece prohibir que los socios incorporen en el documento constitutivo o en los estatutos de la sociedad la posibilidad de excluir al accionista, estableciendo para ello tanto causales como procedimiento que permita tanto la verificación de la causal, así como el respeto del derecho a la defensa que tiene el accionista que ha sido señalado como incurso en las causales taxativas consagradas en el contrato social o los estatutos. La fundamentación de esta incorporación se encuentra en el propio artículo 200 del Código mercantil que establece que las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones del Código de Comercio y por las del Código Civil venezolano.

Dentro de las causales que se pudieran incorporar, estarían las que ya existen en el código para la exclusión del socio en la sociedad en nombre colectivo y en comandita, que fueron tratadas anteriormente, haciendo hincapié a la importancia que tiene el correcto tratamiento del conflicto de interés, que se ventila en el caso de la responsabilidad que tienen los administradores de la sociedad anónima, pero que llega, en el caso de ser un socio administrador, a su exclusión como accionista de la sociedad.

²³ Juan Jaramillo López y Carlos Torrado Franco. «Reglas de exclusión de accionistas...», 226.

En este punto, se puede reflexionar sobre lo planteado por Díaz Tolosa²⁴ sobre el deber de lealtad impuesto a los administradores de las sociedades de capitales, en este caso de la sociedad anónima, que se describe como una escrupulosa observancia de la protección de los intereses de la sociedad y de abstenerse de toda acción que pueda perjudicarla, se podría incorporar un deber de fidelidad abstracto y genérico del director sea socio o no, pero también a los accionistas sean administradores o no, de manera tal que se contempla una prohibición de realizar actos en perjuicio de los intereses sociales.

En este mismo sentido, siguiendo lo anotado por la citada autora,²⁵ se podría consagrar en los estatutos sociales de una sociedad anónima venezolana, una la prohibición para los accionistas de no competir con la sociedad, la cual resultaría ser una fórmula preventiva adecuada para evitar conflictos de intereses, y la consecuencial materialización de un perjuicio a la sociedad y del quebrantamiento de la lealtad debida exigida para con ella.

En Venezuela, al no existir disposición expresa sobre la exclusión de accionistas de la sociedad anónima, al dejar su incorporación en el contrato de sociedad y en los estatutos sociales, resulta de interés aportar algunos extremos que se deben procurar cuando se esté por incorporar esta figura, a saber:

1° las causales de exclusión del accionista deben estar claramente establecidas, y deberán estar inspiradas en la protección de la sociedad, así como de la prohibición de atentar o ir en contra del interés societario, es decir, el *afetio societatis*. Esto procura evitar situaciones arbitrarias, en las cuales un grupo de accionistas convengan en expulsar a otro, por motivaciones que nada tienen que ver con el interés de la sociedad.

2° se deberá consagrar un procedimiento para que una vez sea denunciada la actuación contraria a la sociedad por parte un accionista, se procure su derecho a la defensa, a ser escuchado en la asamblea de accionistas.

Según Acedo Mendoza y Acedo de Lepervanche²⁶ conforme al artículo 289 del Código de Comercio venezolano, se establece la obligatoriedad de las decisiones mayoritarias, cuya validez estará sujeta a que la decisión este comprendida dentro de los límites de las facultades de la asamblea y sea conforme a los estatutos, por lo que se desprende que si bien la asamblea de accionista ha sido considerado el órgano supremo

²⁴ Díaz Tolosa, Regina. «Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, núm. 2, (2007): 86. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714176004>

²⁵ Regina Díaz Tolosa. «Deber de los administradores de ...», 87.

²⁶ Acedo Mendoza, Manuel y Acedo de Lepervanche, Luisa. *La Sociedad Anónima*. Vadel Hermanos, Editores. 6° Edición. Caracas, (1996): 207.

de la sociedad, esto no se puede entender de que se trate de una condición de “soberana” y que puede decidir sin ajustarse al contrato y a los estatutos sociales, ya que como fue anotado, estos rigen a la sociedad.

3° la decisión que apruebe la exclusión del accionista debe ser tomada por la asamblea de socios, tal como se mencionó, para lo cual se debe plantear si se requerirá de una decisión unánime o no. Se debe tener en cuenta que esta decisión puede ser impugnada conforme lo establecido en el artículo 290 del Código de Comercio, si se considera que es contraria a la ley y a los estatutos sociales.

En todo caso, según el artículo 217 del Código de Comercio por tratarse de un convenio en el que se excluya algún de los miembros, aunque sea con arreglo al contrato estarán sujetos al registro y publicación, y luego, el artículo 221 del mismo código prescribe que las modificaciones en la escritura constitutiva y en los estatutos de las compañías, cualquiera que sea su especie, no producirán efectos mientras no se hayan registrado y publicado.

CONCLUSIONES

Durante la vida de las sociedades anónimas puede ocurrir una infinidad de situaciones con relación a la ejecución del objeto social, pero también con referencia a las relaciones entre los accionistas, y muy especialmente, entre el accionista y la propia sociedad, como una persona jurídica distinta del conjunto de personas que acudieron a su constitución. La exclusión de accionistas de la sociedad anónima lejos de ser un acto que puede ser visto como una forma de dañar al socio, debe ser considerada como la fórmula idónea para precaver la solución de situaciones que pueden perjudicar los intereses de la sociedad y lesionar su reputación o su patrimonio.

Al ser la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el contrato social y los estatutos sociales, el límite para disponer la figura de la exclusión del accionista en la sociedad anónima, ya que no se puede por analogía emplear automáticamente lo dispuesto para las sociedades en nombre colectivo y en comandita, se deberá establecer de forma clara y precisa tanto las causales, como el procedimiento para la toma de la decisión de excluir al accionista, así como se deberá establecer previamente el destino de la acción o conjunto de acciones de las cuales es poseedor el accionista excluido.

Si bien una reforma del Código de Comercio venezolano en general y especial en materia de sociedades mercantiles, que incorpore estas figuras, siempre es deseable, con la actual regulación es posible incorporar a las sociedades anónimas la exclusión del accionista sin vulnerar los derechos de ninguno de los interesados.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Mendoza, Manuel y Acedo de Lepervanche, Luisa. *La Sociedad Anónima*. Vadel Hermanos, Editores. 6° Edición. Caracas, (1996).
- Chacón Gómez Nayibe. «La necesaria reforma del Código de Comercio venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil*, núm. 2, (2019): 1-28. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_fdacafe9f92044a390d015b-3c14d9002.pdf
- Díaz Tolosa, Regina. «Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, núm. 2, (2007): 85-106. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714176004>
- Hung Vaillant, Francisco. *Sociedades*. Vadel Hermanos, Editores, 6° edición. Caracas, (2002).
- Jaramillo López, Juan y Torrado Franco, Carlos. «Reglas de exclusión de accionistas en la sociedad anónima, ¿es necesaria su regulación en el régimen societario colombiano?», *Universitas Estudiantes*, núm. 23, (2021): 221-238. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57772/10.%20Jaramillo-Torrado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello, 4° edición. Caracas, (1998).
- Rondón García, Andrea y Gomes, Sabrina. «Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela -Especial referencia a su regulación desde el Derecho». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, núm. 9, (2022): 39-60. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_ba012958dbde4987a1eb2f89dcb59968.pdf

Sentencias:

- Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 09 de agosto de 2022 N°: 000318, N° Expediente: 17-282, Procedimiento: Recurso de Casación, Partes: Victorino Manuel Romao Correia y Otras contra María Lourdes Pinto De Freitas. Magistrado Ponente: Henry José Timaure Tapia. [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/318825-000318-9822-2022-17-282.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/318825-000318-9822-2022-17-282.HTML)
- Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2016, del con ponencia de José Antonio Ramírez Zambrano, caso de la Sociedad Mercantil Lácteos La Morandina, C.A., contra E.C.A.D., en proceso sobre la exclusión de socio en compañía anónima. <https://vlexvenezuela.com/vid/sociedad-mercantil-lacteos-morandina-650343921>

Abogando por el rescate de una exclusiva competencia mercantil

Walther Elías García S.*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-249-275

Resumen: El presente trabajo analiza la competencia especial mercantil en el Poder Judicial venezolano desde sus antecedentes, y cómo la realidad actual apunta a la conveniencia de separar la materia mercantil de la civil diversificando así los tribunales que conozcan de las mismas. Amparados en los antecedentes de nuestro sistema económico y al considerar sus actuales características, se hace más que palpable y exigente una respuesta casi inmediata sobre cualquier litigio que involucre a comerciantes o se origine por actos de comercio; máxime, si se toma también en cuenta que la velocidad actual de una transacción comercial está a un “click”, debiendo entonces el aparato judicial adecuarse a esta realidad para garantizar una verdadera tutela judicial efectiva a los litigios mercantiles.

Palabras clave: competencia mercantil, jurisdicción mercantil, jurisdicción bancaria, Derecho Bancario, crisis financiera, TIC’s

Advocating for the rescue of an exclusive commercial competence

Abstract: *This paper analyzes the special commercial competence in the Venezuelan Judiciary from its background, and how the current reality points to the convenience of separating commercial from civil matters, thus diversifying the courts that hear them. Protected by the background of our economic system and considering its current characteristics, it is more than necessary and demanding an immediate response to any litigation involving merchants or originating from acts of commerce; especially if it is also taken into account that the current speed of a commercial transaction is one click away, and the judicial apparatus must then adapt to this reality in order to guarantee a truly effective judicial protection of commercial litigation.*

Keywords: *commercial competition, commercial jurisdiction, banking jurisdiction, Banking Law, financial crisis, ICTs*

Recibido: 27/05/2023

Aprobado: 21/06/2023

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Abogado litigante, miembro asociado de Borges Schnell & Asoc., e-mail: wegslegal@gmail.com

Abogando por el rescate de una exclusiva competencia mercantil

Walther Elías García S.*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-249-275

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. ¿Competencia o jurisdicción mercantil? Algunas nociones básicas. 2. Jurisprudencia venezolana sobre la competencia mercantil. 3. Aspectos orgánicos y organizativos de la competencia mercantil dentro del Poder Judicial venezolano.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hubo una época en la estructura organizativa de nuestros tribunales, donde efectivamente existió los tribunales competentes en materia civil se encontraban separados de aquellos competentes en materia mercantil.

Consideramos que las circunstancias socioeconómicas actuales de nuestro país, así como el galopante desarrollo de soluciones tecnológicas aplicadas al tráfico comercial, justifican en varios sentidos que se produzca nuevamente esta separación de competencias.

Será necesario entonces conceptualizar a la luz de la doctrina nacional y extranjera las nociones de jurisdicción mercantil y competencia mercantil, para que, una vez haya sido formada esta premisa, nos adentremos en muchos de los importantes criterios jurisprudenciales que surgieron durante esa época para defender y delimitar la competencia mercantil. Criterios que, estimamos, permanecen vigentes y que bien podrían constituir el fundamento de una nueva normativa para orientar una nueva competencia mercantil, tan necesaria hoy en día.

Luego, desde la perspectiva histórica que nos proporcionan las resoluciones que han dado forma a la estructura organizativa de los tribunales, se tomará como referencia la creación de la jurisdicción especial bancaria, como ejemplo claro de cómo ciertas y determinadas circunstancias sociales y económicas, pueden apuntar modificaciones en

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Abogado litigante, miembro asociado de Borges Schnell & Asoc., e-mail: wegslegal@gmail.com

la estructura orgánica tribunalicia, así como en su momento la crisis financiera sufrida en los años noventa, produjo este cambio orgánico en la estructura organizativa del Poder Judicial venezolano.

Así, esta investigación procura alertar a las autoridades competentes sobre la urgencia de modificar la estructura tribunalicia para reinstaurar la exclusividad de la competencia mercantil, pero no sólo ya en la ciudad capital como en aquel entonces, sino aplicarla también en las plazas comerciales más importantes del país, como una medida de apoyo al impulso de la economía nacional, tan necesario hoy en día, para brindarle así a los comerciantes una verdadera tutela judicial efectiva acorde a los postulados constitucionales.

1. ¿Competencia o jurisdicción mercantil? Algunas nociones básicas

La especialidad que caracteriza la materia mercantil, hoy en día es más que patente debido al impacto que han producido las TIC's en la forma de celebrar y ejecutar transacciones comerciales, requiriendo por tanto, un tratamiento procesal que sea también especial, y sobre todo, expedito (por no decir veloz).

Al remitirnos a las nociones básicas que han orientado el tratamiento procesal y orgánico de la especialidad mercantil en los tribunales venezolanos, nos encontramos con el concepto de jurisdicción mercantil, aludiendo a la potestad y facultad del juez de conocer de la materia mercantil como ámbito dentro de su competencia por la materia.

Es necesario entonces precisar de entrada que siendo la competencia un atributo dentro de la jurisdicción, que la mide y la delimita internamente, a los efectos de este trabajo haremos referencia con ambos términos, es decir -jurisdicción mercantil o competencia mercantil- a “la potestad del juez venezolano de conocer esta materia de una forma especializada y excluyente”, y, aunque no sea el objetivo principal de nuestra investigación ahondar en estas disquisiciones terminológicas ni establecer las rigurosas y elementales diferencias que surgen de las nociones de jurisdicción y competencia, nos remitiremos a algunos comentarios y disertaciones claves de estos conceptos para partir de ellos como premisa uniforme.

El procesalista Eduardo Couture, lo explica con extraordinaria simpleza:

La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido al juez.

La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento

de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional. En todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente.¹

Luego, en la voz de la doctrina nacional, el insigne Arístides Rengel-Romberg, ha señalado en este mismo sentido, que la competencia puede definirse así, legalmente, como la medida de la jurisdicción que ejerce en concreto el juez en razón de la materia, del valor de la demanda y del territorio.²

Con base a este acercamiento, nos remitimos ahora a las afirmaciones del maestro Calamandrei:

Para abordar el estudio del derecho procesal, se debe considerar, primeramente los problemas desde el punto de vista del Estado que administra justicia, y partir de la noción de jurisdicción, es decir, de la noción de aquella potestad o función (llamada jurisdiccional o judicial) que el Estado, cuando administra justicia, ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales.³

(...)

El problema de competencia surge, así, lógicamente, como un posterior de la cuestión de jurisdicción (...). La distribución interna del trabajo entre los distintos órganos judiciales presupone que se haya establecido primeramente cuáles son en su totalidad las funciones encomendadas por el Estado a la organización considerada en su conjunto: sólo después de trazados los límites externos de los cometidos que los jueces deben resolver, tomados todos ellos en conjunto, se puede proceder provechosamente a distribuir esos cometidos entre ellos, de modo que su trabajo se desarrolle ordenadamente y cada uno de ellos tenga su propia esfera de oficios, dentro de la cual pueda desenvolver su propia actividad sin entorpecer la de los otros jueces. Esa esfera de oficios que la ley atribuye a cada uno de los jueces dentro de la jerarquía judicial, distribuyendo entre ellos el ejercicio práctico de la jurisdicción, constituye para cada juez su propia competencia: que suele tradicionalmente definirse como medida de jurisdicción, por cuanto el Estado, al determinar cuál es en concreto la fracción de jurisdicción atribuida a un juez, viene con ello a trazar los confines recíprocos de actividades entre ese juez y todos los demás jueces.

La competencia es, básicamente, una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces; pero, como esa limitación de poderes se manifiesta prácticamente en una limitación de las causas sobre las cuales puede ejercerlos cada juez, el concepto de competencia se desplaza así, por un fenómeno de metonimia: de medida subjetiva de los poderes del órgano judicial, pasa a ser en-

¹ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (Uruguay: Editorial B de F., 2002), con cuatro ediciones, 24-25.

² Arístides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, según el nuevo código de 1987*. TOMO I, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO (Caracas: Organización Gráficas Capriles C.A., 2003), con diez ediciones, 298.

³ Piero Calamandrei, *Derecho Procesal Civil. Traducción de la obra original "Istituzioni di Diritto Processuale Civile"*. (México: Harla, 1997), 2.

tendida, prácticamente, como medida objetiva de la materia sobre la cual está llamado en concreto a proveer el órgano judicial, comprendiéndose de tal modo por competencia de un juez el conjunto de causas sobre las cuales puede ejercer, según ley, su fracción de jurisdicción.⁴

Ahora bien, particularmente sobre la llamada jurisdicción mercantil, desde sus orígenes, encontramos que la misma surge debido a la necesidad misma de juzgar y conocer los asuntos propios del comercio, con la celeridad y la experticia que sólo podía ser conocida por otro comerciante, y en este orden de ideas, los tratamientos ofrecidos por los ordenamientos jurídicos fueron variando en cada época, desde la concepción purista en la cual los asuntos mercantiles eran distintos a aquellos propios del ciudadano común (Francia), hasta la escuela que resolvió sin matices que ambas ramas -civil y mercantil- eran parte del Derecho Privado, y por lo tanto, no se justificaba la separación de estas, cuando -de acuerdo a la misma teoría- tenían tantos puntos en común (Italia).⁵

⁴ Calamandrei, *Derecho Procesal...*, 124.

⁵ Resultan prácticos a los efectos de este trabajo los comentarios del procesalista Chioevnda, (Giuseppe Chioevnda: *Curso de Derecho Procesal Civil. Traducción de la obra original "Istituzioni di Diritto Processuale Civile"* (México: Harla, 1997), 289-290., quien refiriéndose a cómo ha sido el tratamiento de la jurisdicción mercantil en los sistemas francés e italiano, sostiene una postura diametralmente opuesta a la pervivencia de la jurisdicción especial mercantil, adhiriéndose más bien a afirmar la conveniencia de una jurisdicción común. Por ello, es propicio mencionar de antemano que sus conclusiones se ajustan a un contexto histórico y económico muy distinto al actual y se refieren puntualmente al caso italiano.

Sin embargo, rescatamos de estos comentarios como nota importante la distinción y trascendencia entre una competencia ordinaria y una competencia especial, pues con los mismos queda justificada por sí sola la necesidad de rescatar la autonomía de la jurisdicción especial mercantil de acuerdo a la realidad imperante no solo en Venezuela, sino a nivel global, por el impacto de las TIC's en la economía y la sociedad. Veamos:

Ciertos litigios se reservan a determinados jueces, debido, entre otros, a la naturaleza de la relación jurídica discutida, por facilitar la conciliación o por otras razones. Al regular esta competencia, el legislador procede de distintos modos. Puede tener en cuenta sólo la naturaleza de la relación, sin consideración ninguna de la cuantía de la causa; o puede combinar ambos criterios, el de la materia a alguno de los órganos ordinarios de la jurisdicción, o se confía la competencia especial por materia a alguno de los órganos ordinarios de la jurisdicción, o se confía la competencia especial a órganos especiales.

La constitución de órganos especiales de jurisdicción puede determinarse por distintas razones. Responde cuando surgen relaciones nuevas, que no se adaptan bien a las normas jurídicas ya establecidas, y necesitan ser definidas y formuladas de modo autónomo; por ello requieren órganos de jurisdicciones especiales que pueden procurar la definición jurisdiccional del derecho nuevo.

Esto no es más que un factor del fenómeno. Por un lado, ocurre a veces que los nuevos órganos no tienen en absoluto que ocuparse de relaciones nuevas, sino de relaciones definidas previamente por el Derecho vigente, y que a veces las relaciones nuevas son de tal naturaleza que el juez ordinario puede regularlas aplicando el Derecho vigente, sin que se requiera un órgano especial. Otras veces, por el contrario, la formación del órgano especial está determinada por consideraciones de otra índole: o se trata de litigios en que el conocimiento preciso del hecho no puede obtenerse sin una preparación técnica especial, que no cabe presumir en los magistrados ordinarios, o se trata de litigios en que se encuentran interesadas clases sociales que no tienen confianza en los tribunales ordinarios, recelo que lleva al legislador a instituir tribunales que les merezcan mayor confianza. A menudo, también la institución de jueces especiales tiene por finalidad no tanto sustraer al litigante del juez ordinario, como librarle de las formas ordinarias del procedimiento. (...)

De estas razones, y particularmente de la última, ha nacido la jurisdicción mercantil especial. En Francia, por ejemplo, fue establecida en 1563, una época en que el Derecho mercantil había alcanzado ya un amplio desarrollo. Pero en el actual ordenamiento de las jurisdicciones, la mercantil ha perdido gran parte de su razón de ser; y la había perdido especialmente en Italia desde que se estableció que pertenecerían a la jurisdicción especial mercantil las acciones derivadas de actos mercantiles, aun cuando el acto fuese mercantil únicamente por la calidad de una de las partes (Cod. Com., art. 879). La jurisdicción mercantil se hizo entonces tan amplia,

Por su parte, con sobrado atino se pronunció el profesor Morles Hernández,⁶ quien ha señalado que el sistema de tribunales mercantiles se había inspirado desde la época de las corporaciones medievales, con la idea de que los comerciantes estaban en mejor capacitados que los letrados para conocer de sus propios asuntos y juzgarlos, especialmente en todo lo relacionado con los aspectos técnicos del comercio, y que como tal, fue el tratamiento dado en el Código de Comercio francés, a cuyo efecto, citando al argentino Jaime Luis Anaya, nos ilustra así:

“Las corporaciones organizaron sus propios tribunales para resolver los litigios que resultasen de las actividades profesionales de sus integrantes. Esta justicia se integró con jueces comerciales, lo que otorgaba garantía de idoneidad respecto de las cuestiones que debían resolver; fue la justicia de los pares, en la solución de los conflictos derivados de negocios generalmente simples, respecto de los cuales solía ser determinante la aplicación de las prácticas en la que eran expertos tales jueces. Pero también tenía una ventaja considerable esta jurisdicción por la informalidad que permitía resolver sumariamente, sine strepitu et figura iudicii. A lo que todavía se sumaba que las decisiones se fundaban en equidad o, según la fórmula hispánica que recoge el capítulo 1, número VI de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, “la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de Mercaderes”. Bajo la flexible formulación de los fundamentos, se dejaba abierto un vasto ámbito a la creatividad de estos tribunales privados, muy próximos a los árbitros arbitradores, que consolidaban jurisprudencialmente las prácticas mercantiles y sentaban algunos principios o reglas que contribuían a dotarlas de eficacia o solidez, no en contradicción pero sí al margen del jus commune. Y tal fue el influjo de esta Jurisprudencia emanada de los cónsules, que caracterizada doctrina llega a sostener el origen procesal o jurisdiccional de la materia comercial (La Lumia y Ferrara). Se lo admitía o no, parece innegable que al lado de los usos resultantes de la iniciativa negocial, las decisiones de esta justicia privada (constituyeron el aspecto más dinámico del nuevo derecho”.

Nos indica además, que:

“El derecho comparado muestra la existencia de diversos sistemas para la regulación de la jurisdicción comercial, desde el extremo de un tribunal compuesto por comerciantes que aplica un procedimiento especial a las causas mercantiles (sistema francés clásico) hasta la desaparición de todo vestigio de diferenciación entre procedimiento y jueces para las causas civiles y mercantiles (sistema italiano). Este último sistema se aplica aún en países en los cuales existe un Código de

que pronto se sintió la necesidad de devolverla a los órganos ordinarios, lo que se hizo con la ley de 25 de enero de 1888. La jurisdicción especial implica un órgano especial; abolido éste, cesa aquella. En consecuencia, abolidos los tribunales de comercio, no puede hablarse ya de una jurisdicción mercantil. Ni cabe decir que hoy los tribunales de lo civil hacen las veces de los tribunales de comercio, puesto que esta frase del art 157 del Cód. Com., supone la pervivencia de los tribunales de comercio, que no existen. La consecuencia de su abolición es que, aun cuando se conserven las formas especiales dictadas por la ley para los juicios mercantiles, no puede hablarse ya de competencia o incompetencia para conocer las causas mercantiles. La comerciabilidad de la causa no es ya más que un criterio usual de atribución de la causa a una sección (sala) con preferencia a otra. (...).

⁶ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I*. (Caracas: UCAB, 2007), con nueve ediciones, 87.

Comercio (España). Por supuesto, entre ambos extremos existen variantes:

- a) la de tribunales mixtos formados por magistrados de la carrera judicial y comerciantes (en cierta medida, el caso del artículo 1.086 del Código de Comercio venezolano);
- b) la de jueces o cámaras especializados en la materia comercial, dentro de la jurisdicción ordinaria civil;
- c) la de jueces juristas que conocen exclusivamente de los asuntos mercantiles (caso venezolano).⁷⁷

Y seguidamente, enfatizando cómo ha sido el tratamiento venezolano en este ámbito, concluye apuntando a una innegable realidad: que existen dos razones principales que han justificado la existencia de una jurisdicción mercantil separada, y estas son las siguientes:

1. La tradición del derecho profesional de la Edad media, considerándose así al Derecho Mercantil como una disciplina autónoma separada del Derecho Civil, y;
2. Que en esta materia influyen también la tradición y la política aplicada por el Estado en la organización judicial, siendo estos últimos factores que se encuentran al margen de la discusión doctrinal.⁸

Tan ciertas resultan estas conclusiones del profesor Morles que -para evidenciar la veracidad de cada una en el contexto de nuestra práctica forense- procederemos a adminicular la primera de las razones por él planteadas con la revisión de algunas de las decisiones que nutren nuestra jurisprudencia para la época previa a la acumulación de las competencias civil y mercantil, que fue rica y abundante para razonar sobre aspectos de derecho subjetivo y adjetivo, cuando se interponían excepciones en torno a la regulación de la competencia en juicios mercantiles dada la separación que existía en ese entonces de los tribunales competentes por cada materia, y donde, vale decir, se defendió con verdadero celo la jurisdicción especial mercantil, delimitándose con argumentos suficientes en cada caso para separarla de la jurisdicción civil.

A la postre, y sobre la segunda razón planteada por el profesor Morles, serán analizadas en sumario algunas de las resoluciones dictadas por el extinto Consejo de la Judicatura y luego por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, para regular el tratamiento de la jurisdicción mercantil en nuestro país.

⁷ Morles, *Curso...*, 88.

⁸ Morles, *Curso...*, 88-89.

2. *Jurisprudencia venezolana sobre la competencia mercantil*

Los extractos de cada decisión citada hablan por sí solos. No obstante, es muy importante tomar en consideración que en el análisis de cada una de ellas priva la verdadera esencia de lo que significa la necesidad especial de todo comerciante de ser juzgado por su juez natural, quien debe atender las necesidades especiales que orientan el tráfico comercial, distinto al tratamiento civil ordinario, muy a pesar de las similitudes que pudieran apreciarse *ab initio* en cada caso.

En esta primera decisión que citamos, por ejemplo, se defiende el carácter mercantil de la hipoteca como contrato accesorio a la compraventa de un bien inmueble, al amparo del artículo 1.092 del Código de Comercio:

Sentencia del 14 de diciembre de 1965 (C.S.J. – Casación)

Administradora Araganey C.A. contra E. Caballero

Es mercantil la ejecución de hipoteca de un apartamento vendido, por un comerciante.

(Ref.: 352-65)

Ahora bien, estima este Alto Tribunal que la decisión de la recurrida que declaró competente a la jurisdicción mercantil para conocer del presente juicio está ajustada a derecho, pues si, como lo establecen los sentenciadores, la ejecutante es comerciante y la venta del apartamento en que se funda la acción es respecto de aquella como un acto de comercio, del cual es accesorio el pacto de hipoteca, debe concluirse que el conocimiento de este proceso corresponde a la competencia mercantil, pues conforme al artículo 109 del Código de Comercio, si un contrato es mercantil para una sola de las partes, todos los contratantes quedan, en cuanto a él, sometidos a la ley y jurisdicción mercantiles; y al tenor de lo preceptuado en el artículo 1092 ejusdem, si el acto es mercantil aunque sea para una de las partes, las acciones que de él se derivan corresponderán a la jurisdicción comercial.”⁹

En esta siguiente decisión, se determina igualmente el carácter mercantil del contrato, atendiendo a la actividad y al fin de las partes, que, vale señalar, son comerciantes.

Sentencia del 23 de mayo de 1966 (Corte Superior Primera)

H. Pisani y otros contra L.F. Pombo

El arrendamiento de un estacionamiento es mercantil. (Ref. 8-66)

“...un contrato de arrendamiento celebrado originalmente por la Compañía Anónima..., que el demandado... al otorgar el contrato cursante en estas actuaciones admite su condición de comerciante, y que aún cuando se trata de un inmueble como lo es el terreno objeto de la acción, éste fue tomado en arrendamiento con el propósito de destinarlo a estacionamiento de vehículos, lo cual constituye una actividad mercantil.

⁹ Ramírez & Garay: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay: Tomo 1, compendio años 1960-1965. Tomos 1 al 13*, (Caracas: Ramírez & Garay), 671.

Se observa entonces que desde su origen, el acto o contrato de arrendamiento fue un contrato celebrado entre comerciantes lo que otorga por sí el carácter comercial a tal acto, lo que por otra parte no puede considerarse extraño a la actividad comercial del demandado, el haber tomado en arrendamiento el inmueble para establecer un negocio de estacionamiento de vehículos, por lo que del acto mismo no resulta dentro de lo que puede ser la excepción a la condición de comerciante, que él hubiera sido de naturaleza civil, como sería el caso de un arrendamiento de un inmueble para ser habitado por el arrendatario. ...”¹⁰

Con especial importancia, esta decisión que de seguidas pasa a citarse, destaca la presunción *iuris tantum* de comercialidad de los actos subjetivos de comercio, resaltando asimismo que es criterio de la Sala presumir la naturaleza mercantil de los contratos inmobiliarios cuando quienes negocien, sean comerciantes.

Sentencia del 21 de febrero de 1967 (C.S.J. – Casación)

Construcciones Llaeco S.A. contra Suelatex, C.A.

Comercialidad de los actos sobre inmuebles ejecutados entre comerciantes, inclusive si se trata de un contrato de arrendamiento. (Ref.: 115-67)

“... “Artículo 3a...”.

“De acuerdo con la citada disposición legal copiada, todo acto del comerciante, por presunción *iuris tantum*, es acto mercantil, a menos que resulte lo contrario del acto mismo o que el acto sea de tal naturaleza que evidencia palpablemente su carácter civil.

Por otra parte, la Corte tiene establecido que los inmuebles no están fuera de la esfera mercantil.

En el caso de autos se trata de dos sociedades mercantiles, o sea, de dos comerciantes, que han celebrado un contrato de arrendamiento y, por consiguiente, sí es aplicable la presunción de la comercialidad al propietario arrendador y sí -como dice la recurrida- esa presunción no ha sido destruida, sino que el formalizante alega que por el hecho de tratarse de un inmueble, y que en dicho contrato se estableció que no puede traspasar el negocio, el acto no es mercantil, sino civil, la Corte considera, que lo alegado por el formalizante no es suficiente para desvirtuar la referida presunción *iuris tantum* de comercialidad de ese acto, y por tanto, la jurisdicción competente es la mercantil como lo estableció la recurrida sin infringir las normas legales denunciadas...”¹¹

En esta próxima sentencia, se exalta el carácter mercantil de las sociedades de capitales como elemento determinante para establecer la competencia mercantil en una demanda interpuesta por cobro de impuestos municipales.

¹⁰ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo 2, compendio años 1966-1970. Tomos 14 al 28*, 12.

¹¹ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo 2...*, 437-438.

Sentencia del 8 de febrero de 1968 (Corte Superior Tercera)

Distrito Sucre del Estado Miranda contra Cigarrera Bigott

Demanda por impuestos municipales a una sociedad anónima. Compete al Tribunal mercantil.

(Ref.: 34-68)

“...: la presente acción es por el pago de Ochocientos Cincuenta y Cinco Mil Setecientos Veinticuatro Bolívares (Bs. 855.724,⁰⁰) por concepto de impuestos que se deben a la actora Consejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, por...

Ahora bien, según el artículo 200 ejusdem, las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dedique exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria. En el presente caso la acción fue intentada, contra una Compañía Anónima, que no se dedica a la explotación agrícola o pecuaria, y por lo tanto, reviste carácter mercantil.”¹²

Nuevamente, al conocer de una regulación de competencia, privó la materia mercantil debido a la naturaleza comercial de la parte demandada.

Sentencia del 3 de octubre de 1968 (C.S.J. – Casación)

W. Vegas contra Seguros Venezuela C.A.

Es competencia de los tribunales mercantiles la acción que el asegurado deduzca contra el asegurador, por la ocurrencia de un siniestro.

(Ref.: 333-68)

“...el actor en el presente juicio ha propuesto contra la sociedad aseguradora demandada, la acción por ejecución del contrato de seguro entre ellos celebrado sobre un vehículo de propiedad del demandante que, siniestrado, sufrió los daños indicados en la demanda; o dicho de otra forma, según se lee en la parte narrativa de la recurrida, para que la demandada fuera condenada a pagar al accionante...

Los jueces de la recurrida declararon sin lugar la excepción de declinatoria de jurisdicción por incompetencia que había opuesto la sociedad demandada, porque a juicio de ellos la competencia para conocer del presente proceso correspondía a la jurisdicción mercantil. ...

Ahora bien, juzga esta Sala que el criterio jurídico sustentado por la recurrida es absolutamente correcto, ...

...la competencia de la jurisdicción del tránsito está limitada a las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual del conductor y del propietario derivada de accidentes de tránsito: el primero, obligado a reparar todo daño material y moral causado por el vehículo en circulación; y el segundo, obligado solidariamente a reparar sólo el daño material. ...

Pero la responsabilidad contractual del asegurador frente al asegurado por los daños sufridos por un vehículo amparado por la póliza, debe debatirse ante la ju-

¹² Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo 2...*, 243.

jurisdicción mercantil, aunque el origen del siniestro se relacione con un accidente de tránsito, pues la ley especial no ha extendido la jurisdicción del tránsito hasta esa clase de procesos. ...”¹³

Luego, atendiendo al criterio del acto objetivo de comercio, se estableció la jurisdicción mercantil por encima de la apariencia civil del asunto debatido.

Sentencia del 8 de junio de 1979 (Juzgado Superior Noveno)

J. Paredes contra Inversiones Seis, S.R.L. y otros

Competencia de los Tribunales mercantiles de la demanda contra el empresario y arquitecto por vicios en la construcción. (Ref. 202-79)

“... en la situación procesal que se contempla, se trata de que el demandante -persona no comerciante- adquirió por compra una vivienda, dentro de un conjunto residencial, ya construida en la zona de terreno que se determina en los autos, siendo la construcción como la parcela de la propiedad de la demandada Inversiones... la cual estuvo representada por el Ingeniero... en la negociación antedicha. Así, pues, no se trata de que el demandante hubiese encargado a la parte demandada -en su condición de empresario- la construcción de la obra, es decir, de la casa-cuarta que adquirió en propiedad junto con el terreno sobre el cual se construyó.

Ahora bien, este Superior no comparte el criterio de que el contrato de obra, y por tanto, la responsabilidad que nace para el constructor o empresario del peligro de ruina de aquélla, ... constituye una convención esencialmente civil, porque bien puede ocurrir que una empresa, ya bajo la forma de una sociedad mercantil o bajo la sola dirección y responsabilidad de una persona física, se dedique mediante contratos de obras a la actividad económica de la fabricación y de la construcción, conformándose así el acto objetivo de comercio previsto en el ordinal 5° del artículo 2° del Código de Comercio, ...

...que concretándose a la especie de autos debemos concluir que tanto el negocio u operación efectuada entre la empresa vendedora y la parte demandante caen dentro de la esfera del derecho mercantil..., por lo que tiene también cabida la aplicación del artículo 3° del antecitado Código de Comercio, por considerarse también, como se considera, que la negociación que nos ocupa es un contrato que genera una obligación -la de reparar el daño- para el empresario o constructor cuya responsabilidad ha sido cuestionada, y como quiera que el obligado es comerciante -habida cuenta que el acto mismo así lo impone- la consiguiente reclamación debe interponerse por ante la jurisdicción mercantil, por estimarse igualmente que en la presente situación surge el acto subjetivo de comercio. Así se decide.”¹⁴

Finalmente, a los efectos de esta revisión, encontramos tres decisiones importantes que destacan antecedentes de mucho valor para determinar en la práctica forense cuando un asunto es de naturaleza mercantil, debiendo atender a la *causa petendi*, por

¹³ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo 2...*, 486-487.

¹⁴ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo 5, compendio años 1977-1979. Tomos 55 al 67*, 291-292.

supuesto; al ámbito de negociación, más allá de que las partes sean o no comerciantes, y, por último, a la aplicación y extensión del artículo 1.092 ya citado, de nuestro Código de Comercio.

Sentencia del 4 de diciembre de 1979 (C.S.J. – Casación)

Estacionamiento Las Flores, Martín y Hernández C.A. contra Sucesión E. Oliviere

a) El título o causa petendi de la pretensión deducida, como criterio para establecer el carácter civil o mercantil de la relación litigiosa. Del retracto legal arrendaticio.

(Ref. 553-79)

Para establecer la naturaleza mercantil o civil de la relación litigiosa, -constituida en el caso por lo que se ha llamado “retracto legal arrendaticio”-; y consiguientemente, la competencia de los tribunales civiles o mercantiles, es preciso partir del examen del título o causa petendi de la pretensión deducida, como único criterio seguro para esclarecer el punto, que viene tan oscurecido por el juego de los conceptos de acto objetivo y acto subjetivo de comercio, condicionantes a su vez de la competencia atribuida a los jueces de comercio por los artículos 109 y 1092 del Código de Comercio.

Este criterio del título o causa petendi es el que ha tenido en cuenta este Alto Tribunal para resolver acerca de la naturaleza esencialmente civil de la acción de reivindicación, cuestión sobre la cual estableció la siguiente doctrina en sentencia de fecha 29 de abril de 1959...¹⁵

Sentencia del 31 de marzo de 1982 (Juzgado Superior Quinto)

L. de Rodríguez contra “Agropecuaria Mata de Dejuco C.A.”

Es competente el Tribunal mercantil para conocer de la ejecución de hipoteca trabada por un no comerciante contra una compañía que se dedica a la explotación agrícola pero no en forma exclusiva.

“En el procedimiento de ejecución de hipoteca trabado por la ciudadana... ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil fue declarada “Sin lugar la oposición a la presente ejecución, mediante las excepciones opuestas por la demandante” ... cumplida la restante tramitación de la Alzada, siendo la oportunidad para decidir, se considera: ...

Al folio... aparece diligencia estampada por apoderados de la ejecutada... en la que exponen: “Siendo la oportunidad alegamos incompetencia del Tribunal por razón de la materia, ya que la materia a discutirse en este juicio es netamente civil, las partes no son comerciantes y tal como el nombre de nuestra representada lo dice, la misma se dedica a las actividades agropecuarias, las cuales por imperativo de la Ley se excluyen de la materia mercantil...”

¹⁵ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo 5...*, 763.

...En cuanto a la excepción dilatoria por la incompetencia del Juzgado a-quo en razón de la materia, este Juzgado Superior observa; según lo transcrito, se cuestiona la competencia por la materia del a-quo, porque la materia a discutirse es netamente civil; las partes no son comerciantes; la ejecución “se dedica a las actividades agropecuarias, las cuales por imperativo de la Ley se excluyen de la materia mercantil. Respecto de la calificación de la naturaleza del contrato de compra-venta, garantizada con la hipoteca cuya ejecución se pretende, Casación sostiene que no es esencialmente civil, ya que, ese contrato está regido por los Códigos Civil y de Comercio. En cuanto a que las partes no son comerciante, no acerca de si la ejecutada lo es, porque mientras la ejecutante sostiene que la contraparte es empresa mercantil, la ejecutada sostiene que sus actividades agropecuarias están excluidas de la materia mercantil; el todo, lleva a la interpretación del artículo 200 del Código de Comercio, el cual contempla que las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio; que, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, “salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria”; y aplicado dicho artículo al caso de especie, resulta que, según la copia certificada anexa al escrito de contestación de la excepción bajo revisión, y la cláusula tercera del documento constitutivo de la compañía anónima ejecutada. “El objeto de la compañía es todo lo relacionado con la explotación de fincas agrícolas y pecuarias, y el comercio y transporte de producto (sic) agrícolas y pecuarios, pudiendo dedicarse asimismo a cualquier tipo de negocio industrial o comercial conexo o no con el negocio principal”, de lo que se desprende que la ejecutada no se dedica exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria, por lo que, siendo sociedad anónima con el objeto transcrito, es una sociedad de comercio que tienen carácter mercantil. Consecuencialmente, el a-quo es competente por la materia para conocer de las acciones que se derivan de los actos comerciales que celebre la ejecutada, tal como el contrato de compra-venta celebrado con la ejecutante y garantizado con hipoteca a favor de esta, por no ser la compra-venta de inmuebles o derechos reales inmobiliarios esencialmente civil, y por no resultar del acto mismo de dicha compra-venta que no fuera acto de comercio para la ejecutada la adquisición de dichos derechos, (...) Así se declara.”¹⁶

Sentencia del 5 de mayo de 1982 (Juzgado Superior Primero)

Agencias Mehl S.R.L. contra O. Salazar

Es mercantil el contrato de arrendamiento de un local destinado a oficinas de la compañía arrendataria

“...En apoyo de la dilatoria de incompetencia, el apoderado del demandado alegó que el objeto del contrato fue un local comercial y que la arrendataria es una sociedad mercantil; que, de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio, si el acto es comercial para una sola de las partes, las acciones corresponden a la jurisdicción comercial; que, por tanto, en el caso el acto es comercial para la demandante.

¹⁶ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXVII, compendio año 1982 (primer trimestre)*, 79-80.

De su lado, el apoderado de la demandante dice al contradecir esta excepción; que el arrendamiento de inmuebles no es acto objetivo de comercio: que en el caso tampoco ha sido subjetivo para su representada porque no celebró el contrato con afán de lucro, sino para proveerse de una oficina para uso particular y no estaba dentro de su objeto social.

Así planteada la cuestión, se observa: Es cierto, como lo alega el apoderado de la demandante, que el arrendamiento de inmuebles no es de los actos objetivos de comercio contemplados en el artículo 2° del Código de Comercio, pero, sin discutir la posibilidad de que pudiese serlo en el ámbito subjetivo, su alegato se centra en negar que, en el caso, lo fuere, aduciendo, para ello, que no arrendó con un fin de lucro o lucrativo y que el objeto de la actora no era arrendar inmuebles.

Por tanto, para decidir, en el caso, toca examinar si el contrato celebrado cae dentro de la presunción de comercialidad de los demás actos de los comerciantes, a que se contraer el artículo 3° del Código de Comercio. En efecto, no hay duda que la demandante es un comerciante, porque, con la copia certificada del documento constitutivo que se acompañó a los autos..., queda evidenciado que es una sociedad o compañía que tiene la forma de responsabilidad limitada y, por tanto, comerciante a tenor de los artículos 10 y 200 del Código de Comercio, máxime cuando exclusivamente a la actividad agrícola o pecuaria.

Ahora bien, lo que determina la comercialidad de un acto, en el ámbito subjetivo, no es que el mismo esté encuadrado dentro del objeto y objetos específicos de la sociedad, sino que tales actos o contratos sean de naturaleza esencialmente civil o que la no comercialidad resulta del acto mismo. Y en este orden de ideas, cabe señalar que, según la jurisprudencia, los contratos de arrendamiento de inmuebles no son de naturaleza esencialmente civil, por manera que, en general, cualquier arrendamiento de inmuebles que celebre un comerciante es, en principio, un acto comercial o mercantil; y deja de serlo sólo cuando resulta lo contrario del acto mismo. Y la circunstancia alegada de no haber habido afán de lucro es insuficiente para descartar y desechar la no comercialidad del contrato, pues la regla es que todos los demás contratos de los comerciantes se reputan actos de comercio “si no resulta lo contrario del acto mismo”, por lo cual es irrelevante o intrascendente el alegato de no haber habido afán de lucro en el acto realizado por el comerciante.

En cuanto al objeto social, precisamente son mercantiles los otros contratos y obligaciones del comerciante, esto es, precisamente los que se salen de su objeto social principal. (...)

Conclusión: a) La demandante es un comerciante nato y por excelencia, al ser una sociedad de responsabilidad limitada no dedicada a actividad agrícola o pecuaria; b) A la luz de jurisprudencia imperante el arrendamiento de inmueble por un comerciante es, en principio, acto subjetivo de comercio, a tenor del artículo 3° del Código de Comercio y, por tanto, no se trata de un contrato esencialmente civil. c) siendo una persona jurídica y estando destinado al inmueble “para proveerse de una oficina para su uso particular”, de la demandante, no resulta del acto mismo que el contrato fuese civil (no comercial).

Por tanto, se concluye que para la demandante el contrato celebrado y cuya resolución demanda es mercantil o comercial, y aún cuando el demandado no fuese comerciante, al ser el acto comercial para la demandante, todas las acciones relacionadas con dicho contrato corresponden a la jurisdicción mercantil a tenor de los artículos 109 y 1092 del Código de Comercio. Así se declara-

Y por cuanto la demanda se propuso ante un Juzgado Civil, éste ciertamente es incompetente por la materia y procede, pues, la excepción dilatoria de declinatoria de la jurisdicción por su incompetencia en razón de la materia, con el efecto que señala el ordinal primero del artículo 256 del Código de Procedimiento Civil.¹⁷

Y aunque es copiosa y abundante la jurisprudencia, no pudiendo citarla en toda su extensión, recomendamos ampliamente con el fin propuesto en este trabajo la lectura de otras decisiones (algunas emblemáticas) cuya referencia es importante para comprender el verdadero alcance y la importancia de la jurisdicción mercantil en nuestro país, por ejemplo:

- Sentencia del 12 de mayo de 1982 (Juzgado Superior Octavo); A. Gómez contra Banco Mercantil y Agrícola C.A.: Compete a los Tribunales mercantiles la demanda de daños y perjuicios intentada contra un banco por un cuenta-correntista. Aplicación de la nueva doctrina de Casación al respecto.¹⁸
- Sentencia del 3 de agosto de 1982 (C.S.J. – Casación); Hermann Zingg contra A. Zingg: Corresponde a los Tribunales Mercantiles conocer de un juicio derivado de una venta o cesión de acciones.¹⁹
- Sentencia del 29 de septiembre de 1982 (C.S.J. – Casación); A. Gómez contra Banco Mercantil y Agrícola C.A.: Interpretación del ordinal 9º del Código de Comercio. Competencia para conocer de las acciones entre comerciantes, originadas por hechos ilícitos.²⁰
- Sentencia del 25 de enero de 1983 (Juzgado Superior Octavo); C.J. González y otros contra Estebita Gas C.A.: Los Tribunales mercantiles son los competentes para conocer de la demanda de daños y perjuicios interpuesta contra una sociedad mercantil.²¹
- Sentencia del 10 de febrero de 1983 (Juzgado Superior Séptimo); E. Ruan contra Inmobiliaria La Vivienda S.R.L.: Compete a los tribunales mercantiles conocer de la devolución de una suma de dinero que se dice entregada con ocasión de una compra de un inmueble. El vendedor es una compañía y la compradora no era comerciante.²²

¹⁷ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXVIII, compendio año 1982 (segundo trimestre)*, 17-20.

¹⁸ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXVIII...*, 105-110.

¹⁹ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXIX, compendio año 1982 (tercer trimestre)*, 360-361.

²⁰ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXIX...*, 395-399.

²¹ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXXI, compendio año 1983 (primer trimestre)*, 123-126.

²² Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXXI...*, 106-108.

- Sentencia del 23 de febrero de 1983 (C.S.J. – Casación); P. Ramos y otros contra R. Friedman.: a) Requisitos para que un acto no objetivo de comercio pueda considerarse como mercantil.²³
- Sentencia del 19 de julio de 1984 (Juzgado Superior Primero); Banco Nacional de Descuento C.A. contra T. Pacanins: Corresponde a los Tribunales Mercantiles conocer del cobro del saldo de una carta de crédito.²⁴
- Sentencia del 18 de octubre de 1984 (Juzgado Superior Octavo); M. Sotelo contra Geométrica C.A.: Compete al Tribunal mercantil la demanda de resolución de contrato de venta de un apartamento vendido por una compañía constructora.²⁵
- Sentencia del 1° de noviembre de 1984 (Juzgado Superior Primero); J.L. Belisario contra F. Pieza Álvarez: Corresponde a los Tribunales mercantiles conocer de la demanda por hurto de un vehículo en un estacionamiento.²⁶
- Sentencia del 16 de mayo de 1985 (Juzgado Superior Séptimo); Banco Hipotecario del Este contra Y. Tepedino: Las actividades de un Banco son actos de comercio. Consideraciones al respecto.²⁷
- Sentencia del 22 de octubre de 1985 (Juzgado Superior Tercero); Convertidora Caracas, C.A. contra la Sucesión del señor L. de Casas: En el presente caso, se decide que es mercantil el préstamo hecho por una compañía a una persona natural que tenía relaciones comerciales con esa compañía.²⁸
- Sentencia del 21 de marzo de 1986 (Juzgado Superior Tercero); A.T. Soto contra Mundisoluciones Publicidad C.A. y otro: Corresponde al Tribunal mercantil la demanda solicitando la simulación del aporte hecho por el esposo de un bien de la comunidad a una sociedad mercantil.²⁹
- Sentencia del 6 de mayo de 1986 (Juzgado Superior Quinto); M. Roca contra Constructora Fasto C.A.: Corresponde a la competencia mercantil la demanda de cobro de bolívares derivado de obras de reparaciones y refacciones de un inmueble.³⁰

²³ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXXI...*, 375-376.

²⁴ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXXVII, compendio año 1984 (tercer trimestre)*, 13-15.

²⁵ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXXVIII, compendio año 1984 (cuarto trimestre)*, 123-127.

²⁶ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo LXXXVIII...*, 11-13.

²⁷ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo XCI, compendio año 1985 (segundo trimestre)*, 109-111.

²⁸ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo XCIII, compendio año 1985 (cuarto trimestre)*, 35-36.

²⁹ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo XCIV, compendio año 1986 (primer trimestre)*, 58-59.

³⁰ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo XCV, compendio año 1986 (segundo trimestre)*, 95-97.

- Sentencia del 5 de agosto de 1986 (C.S.J. – Sala Político-Administrativa); Petroquímica de Venezuela S.A. (PEQUIVEN) contra Banco Italiano Venezolano, C.A.: Específicamente, compete a los Juzgados Mercantiles de Primera Instancia la demanda de cobro de bolívares interpuesta contra el Banco Ítalo Venezolano.³¹
- Sentencia del 6 de febrero de 1987 (Juzgado Superior Noveno); G. Borjes contra Aerovías Venezolanas S.A. (Avensa): Competencia del Tribunal mercantil para conocer de la demanda contra una línea aérea por daños y perjuicios a un pasajero.³²
- Sentencia del 27 de mayo de 1987 (Juzgado Superior Primero); D. Salazar contra C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE): Corresponde a los Tribunales mercantiles la demanda de daños y perjuicios contra CADAFE.³³
- Sentencia del 25 de junio de 1987 (Juzgado Superior Décimo); O’Leary C.A. en rendición de cuentas: Corresponde al tribunal mercantil la demanda por rendición de cuentas contra un abogado a quien se encomendó el cobro de varias letras y otros instrumentos.³⁴
- Sentencia del 5 de noviembre de 1987 (Juzgado Superior Quinto); Venezolana Internacional de Aviación (VIASA) contra Organización Nacional de Turismo Estudiantil y Juvenil (ONTEJ): Corresponde a un tribunal mercantil conocer de la demanda de VIASA contra la Asociación Civil Organización Nacional de Turismo Estudiantil y Juvenil (ONTEJ).³⁵

3. Aspectos orgánicos y organizativos de la competencia mercantil dentro del Poder Judicial venezolano

Al hilo de lo expuesto precedentemente, y abundando ahora sobre lo que para el profesor Morles Hernández constituye la segunda razón de peso que ha justificado la existencia de una jurisdicción mercantil separada, a saber, como se ha dicho, que en esta materia influyen también la tradición y la política aplicada por el Estado en la organización judicial, pasamos ahora a revisar los pronunciamientos emanados del Poder Judicial venezolano, a través de las directrices del extinto Consejo de la Judicatura de la Corte Suprema de Justicia, así como las emanadas de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

³¹ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo XCVI, compendio año 1986 (tercer trimestre)*, 485-487.

³² Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo XCVIII, compendio año 1987 (primer trimestre)*, 81-82.

³³ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo IC, compendio año 1987 (segundo trimestre)*, 24-26.

³⁴ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo IC...*, 190-193.

³⁵ Ramírez & Garay, *Jurisprudencia... Tomo CI, compendio año 1987 (cuarto trimestre)*, 62-63.

Previo a ello, es importante recordar que debido a nuestra extensión territorial como país, ha privado desde nuestros orígenes institucionales un criterio de multi-competencia en la conformación de los tribunales de la República, pues, como es bien sabido, no solamente los tribunales se clasifican de acuerdo a su materia, sino también por el territorio y por la cuantía.

La multicompetencia en nuestros tribunales, ha sido la regla, sobre todo en el interior del país, y la especialidad o exclusividad de competencias en una materia determinada, la excepción. Y una de esas excepciones la constituyó en su momento la competencia exclusiva que hubo en materia mercantil, reservada solamente a los tribunales de primera instancia del entonces Distrito Federal y Estado Miranda.

Al resto de los tribunales en el territorio nacional, partiendo de los de menor cuantía, les fueron siempre atribuidas competencias en múltiples materias, estableciéndose generalmente (cuando ha sido posible por motivos de territorio) la separación de las materias civil, mercantil y tránsito, para diferenciarlos de los tribunales penales y por supuesto de la jurisdicción contencioso administrativa, todo ello, de acuerdo a cada circunscripción judicial, y este criterio aún priva en la estructura organizativa del Poder Judicial.

Anteriormente, las resoluciones organizativas del Poder Judicial eran dictadas por el entonces Consejo de la Judicatura, como órgano rector administrativo del Poder Judicial, pasando luego a ser dictadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con posterioridad a la promulgación de la Constitución Nacional vigente.³⁶

La especialización que actualmente se observa en los tribunales de la República, en disciplinas como la de niños, niñas y adolescentes, materia laboral, marítima, agraria y contencioso tributaria, por solo mencionar algunas, ha sido paulatina, y, tal y como se verá más adelante, un caso excepcional lo constituye lo que fue la llamada jurisdicción bancaria.

Vemos pues como la llamada multicompetencia, ha abrazado también desde larga data -por razones de infraestructura y territorio- a los juzgados superiores en las circunscripciones judiciales de cada estado en Venezuela, lo mismo que en el Área Metropolitana de Caracas, donde, como hemos dicho existió una verdadera separación de las competencias civil y mercantil, a nivel de los tribunales de primera instancia solamente en el Distrito Federal y Estado Miranda.

³⁶ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, G.O. Extraordinaria N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales en G.O. Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda N° 1, publicada en G.O. N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

Creemos que esta separación de la competencia mercantil de la civil en la ciudad de Caracas, obedeció (justificadamente) en su momento a la importancia como plaza comercial de este territorio y sus alrededores, pero las resoluciones organizativas del extinto Consejo de la Judicatura fueron en muy pocos y contados casos suficientemente explicativas, limitándose casi siempre a señalar en su motivación que las mismas eran dictadas en ejercicio de las atribuciones que por ley orgánica les eran conferidas.

Lo cierto es que en las labores investigativas inherentes al presente trabajo, encontramos como hechos importantes que los tribunales civiles se encontraban aún separados de los tribunales mercantiles hasta el segundo semestre de 1991, y que ya para el primer semestre de 1992, estaban fusionadas estas dos competencias a nivel de tribunales de primera instancia, repetimos, en la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Quizás algunos datos importantes en este sentido, sean que a través de la Resolución N° 1.363 del 17 de febrero de 1992 dictada por el Consejo de la Judicatura,³⁷ se resolvió la creación de una Comisión para el estudio de las competencias y ubicación de los tribunales de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, pudiendo este órgano formular recomendaciones a la Plenaria del Consejo de la Judicatura sobre las modificaciones de las competencias; y que, asimismo, mediante Resolución N° 1.340 del 5 de marzo de 1992, también dictada por el Consejo de la Judicatura,³⁸ se declaró la reorganización del Poder Judicial, con excepción de la Corte Suprema de Justicia y la Jurisdicción Militar.

En la misma línea, resulta vital la información de la Resolución N° 1207 del 25 de noviembre de 1991 que modificó la competencia por la cuantía de todos los Juzgados de Departamento y Distrito, para que conocieran en primera instancia de causas civiles, mercantiles y del tránsito, cuya cuantía fuese superior a cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) de la época.

Pero también, es importante observar lo que fue el tratamiento dado a la competencia especial mercantil cuando uno de los intervinientes era el Estado Venezolano, pues pudiera considerarse que ésta había ya sufrido un debilitamiento a través de la llamada multicompetencia tribunalicia, cuando mediante la Resolución N° 687 del 19 de diciembre de 1990,³⁹ el mismo órgano rector suprimió la competencia en materia mercantil al Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, para luego atribuirle a este órgano jurisdiccional las competencias

³⁷ G.O. 34.931 del 26 de marzo de 1992.

³⁸ G.O. 34.919 del 10 de marzo de 1992.

³⁹ G.O. 34.624 del 28 de diciembre de 1990.

contencioso tributaria y agraria, ordenándose luego en su artículo 4° que los expedientes mercantiles fuesen remitidos por inventario al Juzgado Superior Distribuidor para que éstos fuesen repartidos entre los tribunales de su misma competencia y jerarquía.

Ello así, la competencia conjunta de las materias civil y mercantil en la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, se produjo materialmente desde 1992, entrando en el régimen de lo que se denomina la multicompetencia -como regla general-, perdiéndose desde entonces la exclusividad de la competencia mercantil, y sometiéndose los asuntos propios del comercio al cúmulo de causas que también debían ser sustanciadas en la sede civil ordinaria, produciéndose, por supuesto, retardos procesales insoslayables que afectarían desde entonces a los comerciantes inmersos en procesos judiciales.

Sin embargo, es imprescindible remitirnos de acuerdo a la lógica planteada por el profesor Morles en sus conclusiones, a cómo los acontecimientos suscitados en el país a propósito de la crisis financiera que tuvo lugar en 1994,⁴⁰ originó la creación de la llamada jurisdicción especial bancaria, con tribunales especiales con competencia en esta materia, con alcance a nivel nacional, una cuantía superior a cincuenta millones de bolívares (Bs. 50.000.000,00) para ese entonces, y asentados en la ciudad de Caracas, igualmente.

Y resulta preciso remitirnos a estos antecedentes, porque es aquí donde se evidencia a todas luces el mejor ejemplo de cómo las mismas circunstancias sociopolíticas y económicas imperantes en un momento determinado de la historia de nuestro país, fueron capaces de provocar reestructuraciones en la estructura organizativa de los órganos de administración de justicia, en pro de un mejor manejo de los conflictos sociales.

Veamos entonces:

⁴⁰ Una radiografía muy interesante, integral y completa de la crisis financiera venezolana suscitada en la década de los 90's, podemos encontrarla en Kimlen Chang de Negrón y Emilio Negrón Chacín, *Instituciones Financieras* (Valencia - Caracas: Vadell hermanos editores, 2004), 550-554, de la cual tomamos breves referencias: "La crisis del Sistema Financiero venezolano ocurrida durante el año de 1994 es una crisis que aún cuando tiene muchos de los elementos de las crisis bancarias que se han observado en otros países, presenta también algunas características que le son muy peculiares, y no nos referimos sólo a la magnitud de la misma, que algunos venezolanos han calificado como una de las más grandes del mundo en función del tamaño del sistema financiero y en función del impacto de las pérdidas en el producto interno bruto (14%), sino a lo inadecuado de su marco legal, la situación de inestabilidad política, económica y social y los aspectos relativos a su manejo y a la reacción de los depositantes. (...) Como consecuencia de estos hechos, la banca vio reducido su margen financiero el cual en muchos casos era insuficiente para cubrir los costos de transformación, lo que generó prácticas bancarias imprudentes generando ingresos extraordinarios importantes para poder cubrir la brecha operativa y generar ganancias. (...) Resumiendo, las causas de la crisis bancaria venezolana fueron: a. Ausencia de un adecuado marco legal; b. Malas prácticas gerenciales en las instituciones financieras, las cuales se desbordaron y terminaron creando empresas y operaciones fraudulentas; c. Políticas macroeconómicas inadecuadas y sin coordinación con las políticas públicas; d. Un modelo de supervisión desfasado y un modelo bancario desbordado por el mercado y desfasado con el marco legal; e. Sistemas de información sin la necesaria transparencia de mercado, ausencia total de disciplina de mercado; f. Falta de sensibilidad política y gubernamental para establecer un organismo de supervisión con autonomía propia con un sistema de supervisión adecuado; g. Ausencia de competencia externa por la falta de apertura del sector a la inversión extranjera.

La jurisdicción especial bancaria fue creada por el extinto Consejo de la Judicatura a través de la Resolución N° 147 del 21 de febrero de 1995,⁴¹ siendo posteriormente modificada mediante la Resolución N° 149 del 1 de marzo de 1995,⁴² luego por la Resolución N° 291 del 4 de julio de 1995,⁴³ y, finalmente, por la Resolución N° 693 del 9 de abril de 1996.⁴⁴

De sus consideraciones, debe destacarse su motivación, que, como se aprecia, fue especialmente coyuntural, y se señaló así que el Derecho Bancario se había desarrollado considerablemente, por lo que había generado figuras jurídicas especiales; y que la decisión de los litigios relacionados con la actividad bancaria requería de jueces especializados en la materia, resolviendo entonces que se creaba la jurisdicción bancaria, a la cual le correspondería conocer y decidir los litigios derivados de las actividades y operaciones a que se refería la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y la Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras; así como los asuntos civiles y mercantiles en los que fuese parte un banco, con una cuantía mínima de cincuenta millones de bolívares (Bs. 50.000.000,00).

Creemos que los fundamentos que inspiraron en aquel entonces la citada resolución N° 147 -hace casi treinta años atrás- no escapan a la realidad actual, pero más allá de apreciarse los mismos en un contexto bancario específicamente, flagran en la actividad mercantil en todo su espectro, precisamente por encontrarse hoy impregnada de transacciones electrónicas; de una banca digital que, aunque incipiente, no deja de mostrar una adaptación interesante como parte del mercado global, aun a pesar de las limitaciones existentes en cuanto al acceso a internet; de una dolarización no oficializada pero que muestra cada vez más los vestigios propios de la costumbre mercantil, con todas las peculiaridades ínsitas a nuestra realidad social; de un palpable desarrollo regulatorio en materia de criptoactivos; de un constante desarrollo de conceptos tecnológicos como blockchain, Inteligencia Artificial, tokens, billeteras virtuales, NFT's, metaverso, web 1, web 2, web 3, por sólo mencionar una minúscula parte de lo que significa hoy en día transar operaciones comerciales.

Obviamente, resulta concluyente que hoy también -más que siempre- se requieren jueces especializados en la materia mercantil, con mucha más experticia sobre estos asuntos, que no sometan las causas mercantiles -tan inmediatas hoy en día- al retardo procesal que impera en la jurisdicción civil ordinaria pese a los esfuerzos ejecutados para reestructurar los organismos que la componen.

⁴¹ G.O. 35.659 del 22 de febrero de 1995.

⁴² G.O. 35.663 del 2 de marzo de 1995.

⁴³ G.O. 35.747 del 6 de julio de 1995.

⁴⁴ G.O. 35.936 del 10 de abril de 1996.

Vale acotar en otro orden de ideas y como un breve paréntesis, que desde la eliminación de la llamada jurisdicción especial bancaria,⁴⁵ criticamos severamente la denominación de la nomenclatura de los órganos de administración de justicia como juzgados en materia civil, mercantil, tránsito y bancario; pues creemos que bastaba simplemente con señalar en dicha resolución que la competencia especial bancaria quedaba inmersa o absorbida por la misma materia mercantil, toda vez que el mismo ordinal 14° del artículo 2 del Código de Comercio,⁴⁶ señala que las operaciones de banco y de cambio, son en sí mismas actos objetivos de comercio, más ello justifica una vez más que la competencia o la jurisdicción mercantil, autónoma, como se quiere, conozca por supuesto de la actividad bancaria.⁴⁷

Resulta entonces importante detenernos aquí para analizar dos importantes cuestiones a título de corolario:

A) ¿Cómo resultó la experiencia en la práctica forense con la creación de estos tribunales especiales en materia bancaria?

Si bien es cierto que durante sus quince años de existencia, los tribunales bancarios no escaparon del acostumbrado retardo judicial imperante en los tribunales civiles ordinarios y a las condiciones de infraestructura de las sedes tribunalicias, no es menos cierto que los mismos concentraron exclusivamente a los apoderados judiciales de las principales instituciones bancarias del país, con un tratamiento preferente, donde se tramitaban con muchísima más celeridad sus causas, en comparación a lo que podía tardar una sustanciación ordinaria en el resto de los tribunales civiles ordinarios.

⁴⁵ Resolución N° 2003-000015 del 2 de julio de 2003, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la G.O. 37.771, del 9 de septiembre de 2003, mediante la cual redistribuyó la competencia en materia especial bancaria a los Juzgados de Municipio y de Primera Instancia Civiles y Mercantiles y a sus respectivos Superiores, en todo el Territorio de la República Bolivariana de Venezuela, según las reglas de competencia en razón de la materia, del territorio y la cuantía, acceso 17 de abril de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/septiembre/090903/090903-37771-11.html>, y la Resolución N° 2010-0017 del 14 de abril de 2010, donde se hizo constar la finalización de la transición de los tribunales Séptimo y Noveno de Primera Instancia y Superior Octavo; y cuyas consideraciones se citan parcialmente para avalar nuestras conclusiones, acceso 17 de abril de 2023, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0001149.html.

⁴⁶ *Código de Comercio*, G.O. N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

⁴⁷ Sin perjuicio de lo antes dicho, estimamos importante traer a colación las consideraciones hechas sobre esta especialidad: “El Derecho Bancario es una rama del Derecho que tiene por objeto regular las relaciones entre todas las instituciones que conforman el Sistema Financiero, incluyendo las relaciones entre los organismos supervisores, controladores y de apoyo del Estado y las instituciones encargadas de la intermediación financiera, así como la regulación de las relaciones que existen entre las instituciones financieras y sus clientes y las relaciones de las instituciones financieras entre sí. (...) El Derecho Bancario es una disciplina que fue considerada como una rama del Derecho Mercantil el cual a su vez pertenece al Derecho privado en esencia. Ahora bien, consideramos con el Dr. Jiménez Salas que la intervención cada vez más progresiva del Estado en la actividad bancaria alejan a esta disciplina jurídica del Derecho privado y lo convierte en una disciplina mixta, que cada vez se encuentra más vinculada por disposiciones de carácter público. (...)” (Kimlen y Emilio, *Instituciones...* 398-401.

Estos tribunales, además, conocieron de forma exclusiva y excluyente importantes juicios que encontraron rápida respuesta en su tramitación, precisamente por no tener un colapso de causas y que ayudaron a resolver juicios de actores económicos que tuvieron en su momento una importante relevancia en la vida económica nacional,⁴⁸ sin contar que particularmente -siendo este parte de uno de los objetivos de su creación- coadyuvaron desde la instancia judicial a agilizar la recuperación de los créditos de instituciones financieras que fueron intervenidas por el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE).

B) ¿Estos antecedentes de nuestra economía nacional acaso no avalan y justifican una propuesta para diversificar los tribunales mercantiles de los tribunales civiles?

Definitivamente creemos que sí, en aras de que el Poder Judicial venezolano logre estar a la altura de dos innegables fenómenos:

Las características actuales de la economía venezolana, con visos de una dolarización no oficializada, donde existe una abundante doctrina sobre el tratamiento de las obligaciones en moneda extranjera, aplicable a los casos que día a día se suscitan en el país.

El impacto de las novísimas figuras que han nacido de la mano con los avances tecnológicos y que ameritarán, tarde o temprano, tratamientos cada vez más veloces, y por supuesto, respuestas inmediatas de los órganos de administración de justicia por la misma necesidad de estimular la economía nacional, y que la resolución de conflictos judiciales no sea un elemento perturbador, ni para el comerciante venezolano ni para el extranjero, que debe sentir siempre seguridad jurídica y un marco procedimental acorde a sus necesidades.

Lo anterior, significaría por supuesto un autoexamen desde la visión de nuestras instituciones decisoras de justicia sobre dónde nos encontramos económica y socialmente hablando en estos momentos, para poder vislumbrar dónde queremos estar el día de mañana cuando todos los fenómenos tecnológicos apenas mencionados sean ya más y más comunes, y sobre todo, determinar si los tribunales mercantiles serán parte de la solución de los conflictos sometidos a su consideración, o serán parte de los problemas llamados a resolver.

⁴⁸ Aserca Airlines, Tiendas Grafitti, Venepal, Santa Fe Suites Garden, Hyundai, Cauvica, Sanifarma-Pañalex, Tiendas Rex, -entre otros-.

CONCLUSIONES

El que tengamos a nivel organizativo en nuestro Poder Judicial una jurisdicción mercantil que, como bien se ha visto, ha ganado su razón de ser, pero que no es autónoma en su gestión pues sus tribunales tienen una competencia acumulada a los tribunales civiles, dadas las similitudes existentes entre una y otra materia, nos llama a abogar por la exclusividad de la competencia mercantil no solamente en la ciudad de Caracas, sino también en las principales plazas comerciales del país, en pro de estimular la economía del país. Basta remitirnos a la riqueza de nuestra jurisprudencia.

Las circunstancias socioeconómicas actuales son bastante peculiares, pero también lo fueron en 1994, cuando el Poder Judicial asumió el compromiso de colaborar desde las instancias judiciales en la resolución de la crisis financiera sufrida desde ese entonces, y bien puede decirse que, con aciertos y desaciertos, se logró tal misión.

Si tan sólo por poner un ejemplo, nos refiriésemos a los litigios propios de la materia societaria, que es algo tan cotidiano en nuestra cultura, encontraríamos de forma evidente que la respuesta de los órganos jurisdiccionales ordinarios es insuficiente, no genera confianza, no es expedita ni es oportuna para el comerciante venezolano.

Imaginemos entonces lo que significaría en un futuro -no muy lejano- un litigio que implique el tratamiento y un juzgamiento cabal de NFT's, cadenas de bloques, criptoactivos o el desarrollo de plataformas virtuales para transacciones internacionales.

La respuesta es obvia: Sí se necesita un conocimiento técnico especial para juzgar la materia mercantil -y aunque creemos fielmente que quizás siempre se ha requerido- ahora estamos más convencidos de que urge su estructuración en nuestro país, porque mientras un juez mercantil sí debe tener amplios y sólidos conocimientos en materia civil para resolver un asunto sometido a su conocimiento, por el contrario, el juez civil no necesariamente debe manejar conceptos mercantiles para desempeñar su labor sentenciadora. Allí radica la diferencia.

Y para validar estas conclusiones, basta simplemente remitirnos a las -muy oportunas y aun plenamente vigentes- consideraciones expresadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en su Resolución N° 2010-0017, del 14 de abril de 2010, ya citada, donde se señaló que:

Nuestra Carta Fundamental, consagra en sus artículos 26 y 257 el acceso a los órganos de administración de justicia como derecho que garantiza la tutela judicial eficaz, con omisión de las formalidades no esenciales al proceso.

Que es obligación del Tribunal Supremo de Justicia el mejor aprovechamiento y la optimización de los recursos humanos, presupuestarios y técnicos del Poder Judicial, con el fin de que se materialice un sistema de justicia eficaz.

Que los Juzgados de Primera Instancia con competencia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito en la República, han seguido experimentando un exceso de trabajo, a pesar de los esfuerzos mancomunados que han sido realizados por el Tribunal Supremo de Justicia, como órgano de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, en virtud de la cantidad de causas en trámite ante la competencia civil y mercantil, que ha dificultado la tarea de estos operadores de justicia para que den oportuna respuesta a los justiciables.

Que, en virtud de la iniciación de la vigencia de la Constitución Nacional desde 1999, en procura del cumplimiento de sus artículos 26 y 269, se reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos al acceso a la justicia para el logro de una tutela judicial eficaz de sus derechos.

Y, que por virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, en sus ordinales 10 y 11, cuyas funciones ejerce el Tribunal Supremo de Justicia según sentencia N° 1.586 del 12 de junio del 2003, emanada de la Sala Constitucional, y del artículo 267 de la Constitución Nacional, se reserva al Máximo Tribunal la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, siendo de su competencia la creación de circuitos judiciales, tribunales ordinarios y especiales; la supresión de los ya existentes cuando así se requiera, la especialización o no de su competencia y la conversión de los tribunales unipersonales en colegiados; así como, el establecimiento y la modificación de la competencia de los tribunales en razón del territorio y de la cuantía, y la modificación de las cuantías dispuestas, en el Código de Procedimiento Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Calamandrei, Piero. “Derecho Procesal Civil. Traducción de la obra original “Istituzioni di Diritto Processuale Civile”. (México: Harla, 1997).
- Chang de Negrón, Kimlen y Negrón Chacín, Emilio. “Instituciones Financieras” (Valencia - Caracas: Vadell hermanos editores, 2004).
- Chiovenda, Giuseppe. “Curso de Derecho Procesal Civil. Traducción de la obra original “Istituzioni di Diritto Processuale Civile” (México: Harla, 1997).
- Couture, Eduardo. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Cuarta edición (Uruguay: Editorial B de F., 2002).
- Morles Hernández, Alfredo. “Curso de Derecho Mercantil. TOMO I. Novena edición (Caracas: UCAB, 2007).
- Rengel-Romberg, Aristides. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, según el nuevo código de 1987. TOMO I, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO” Décima edición. (Caracas: Organización Gráficas Capriles C.A., 2003).

Legislación:

Código de Comercio. G.O. N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. Extraordinaria N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales en G.O. Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en G.O. N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

Jurisprudencia:

Ramírez & Garay: “Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay”. (Caracas: Ramírez & Garay):

Tomo 1, compendio años 1960-1965. Tomos 1 al 13.

Tomo 2, compendio años 1966-1970. Tomos 14 al 28.

Tomo 5, compendio años 1977-1979. Tomos 55 al 67.

Tomo LXXVII, compendio año 1982 (primer trimestre).

Tomo LXXVIII, compendio año 1982 (segundo trimestre).

Tomo LXXIX, compendio año 1982 (tercer trimestre).

Tomo LXXXI, compendio año 1983 (primer trimestre).

Tomo LXXXVII, compendio año 1984 (tercer trimestre).

Tomo LXXXVIII, compendio año 1984 (cuarto trimestre).

Tomo XCI, compendio año 1985 (segundo trimestre).

Tomo XCIII, compendio año 1985 (cuarto trimestre).

Tomo XCIV, compendio año 1986 (primer trimestre).

Tomo XCV, compendio año 1986 (segundo trimestre).

Tomo XCVI, compendio año 1986 (tercer trimestre).

Tomo XCVIII, compendio año 1987 (primer trimestre).

Tomo IC, compendio año 1987 (segundo trimestre).

Tomo CI, compendio año 1987 (cuarto trimestre).

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena:

Resolución N° 2010-0017 del 14 de abril de 2010, acceso 17 de abril de 2023, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0001149.html

Resolución N° 2003-000015 del 2 de julio de 2003, publicada en la G.O. 37.771, del 9 de septiembre de 2003, acceso 17 de abril de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/septiembre/090903/090903-37771-11.html>

El contrato de cesión de datos personales y sus implicaciones de derecho mercantil

Jesús Dávila*
Maria Paola Gomez S.**
RVDM, Nro. 10, 2023, pp-277-296

Resumen: En el mundo actual, el intercambio de información es la base de la revolución tecnológica y del dominio del ciberespacio como medio esencial para “materializar” las relaciones humanas en la modernidad, en otras palabras, la información es el *currency* esencial de un mercado, es la sangre que permite que el sistema siga existiendo. Desde esta perspectiva, se hace necesario entender cuáles son las implicaciones jurídicas de este vertiginoso entorno. Ciertamente, la definición de información es clave en la determinación de la aplicabilidad de las distintas normas del derecho. Con este artículo nos proponemos revisar las bases conceptuales y el desarrollo legal entorno al tema en derecho comparado para demostrar el carácter mercantil de los contratos de cesión de datos.

Palabras clave: cesión de datos, protección de datos, derecho mercantil.

The contract for the transfer of personal data and its commercial law implications

Abstract: *In today's world, the exchange of information is the basis of the technological revolution and the domain of cyberspace as an essential means to “materialize” human relations in modernity, in other words, information is the essential currency of a market, it is the blood that allows the system to continue to exist. From this perspective, it is necessary to understand what the legal implications of this dizzying environment are. Certainly, the definition of information is key in determining the applicability of the different norms of law. With this article we intend to review the conceptual bases and the legal development around the subject in comparative law to demonstrate the commercial nature of data transfer contracts.*

Keywords: *Transfer of data, data protection, commercial law.*

Recibido: 19/04/2023
Aprobado: 30/06/2023

* Abogado *Cum Laude* UCAB. Director y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.
** Abogado de la Universidad Nororiental Privada Gran Mariscal de Ayacucho.

El contrato de cesión de datos personales y sus implicaciones de derecho mercantil

Jesús Dávila*
Maria Paola Gomez S.**
RVDM, Nro. 10, 2023, pp-277-296

“Digital freedom stops where that of users begins... Nowadays, digital evolution must no longer be offered to a customer in trade-off between privacy and security. Privacy is not for sale, it’s a valuable asset to protect.”

Stephane Nappo

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Breves comentarios preliminares sobre la contratación mercantil. 2. Concepto de información personal, apropiabilidad y su clasificación vis a vis el derecho mercantil. 2.1. “Toda información”. 2.2. “Sobre”. 2.3. “Identificada o identificable”. 2.4. “Persona física”. 3. El contrato de cesión de datos personales, tipicidad e inclusión dentro de la clasificación de los contratos mercantiles. 4. Implicaciones de derecho público. 5. El principio de la autonomía de la voluntad. 6. Efectos de la mercantilidad de los contratos de cesión de datos personales. 6.1 jurisdicción mercantil. 6.2. Interpretación e integración de los contratos. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los estudios sobre el tema digital, la gran preocupación que se plantea desde el derecho -fundamentalmente desde el derecho público- es la protección de la información personal de los usuarios de la “digitalidad” y como esa información se construye desde una teoría del derecho a la privacidad. Estos estudios -que normalmente se inician desde el derecho constitucional- plantean la redefinición del derecho al honor y a la privacidad, frente a las relaciones de los usuarios con los gigantes comerciales que en su afán de generar plataformas más sectorizadas de consumidores (*digital and smart marketing*), utilizan complejos algoritmos y programas de inteligencia artificial que, permiten determinar los perfiles de los usuarios y de esta manera volverlos objetivos claros de una publicidad creada para ellos. Dicho de otra manera, el gran reto es generar mecanismos de contención legal para apoyar a los usuarios en su

* Abogado *Cum Laude* UCAB. Director y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

** Abogado de la Universidad Nororiental Privada Gran Mariscal de Ayacucho.

lucha por mantener ámbitos personales de privacidad que no puedan ser violados por estas grandes compañías.

La solución generalizada ha sido la formulación de normas para regular con cierta agresividad de una parte (i) la recopilación de la información y de otra, (ii) la manipulación de dicha información. Todo lo anterior aparejado de un sistema de control administrativo, i.e., creación de órganos o entes de regulación administrativa que vigilen el mercado y/o establezcan recomendaciones y buenas prácticas con respecto a estos temas.

Ahora bien, lo anterior sugiere que en el análisis de la problemática donde se triangula la data personal, el entorno digital y los derechos humanos/fundamentales, se deje a un lado un elemento esencial para la revisión de la situación planteada: el contenido contractual de todos estos asuntos. La finalidad es determinar la naturaleza jurídica de los espacios contractuales que, necesariamente se generan con ocasión de la circulación de la información personal en el entorno digital.

En este contexto, el problema radica en cómo el derecho privado determina su aplicabilidad a las relaciones contractuales propuestas por la circulación de la información. En este trabajo, planteamos revisar las implicaciones contractuales, específicamente de derecho mercantil, del contrato de cesión de información personal.

Para lo anterior, proponemos un plan de trabajo en los siguientes términos: (i) breves comentarios preliminares sobre la contratación mercantil, (ii) concepto de información personal y su clasificación *vis a vis* el derecho mercantil; (iii) el contrato de cesión de datos personales, tipicidad e inclusión dentro de la clasificación de los contratos mercantiles, (iv) implicaciones de derecho público, (v) efectos de la mercantilidad de los contratos de cesión de datos personales, (vi) conclusiones y reflexiones.

1. Breves comentarios preliminares sobre la contratación mercantil

La definición del contrato como categoría jurídica es una que prácticamente es consabida por cualquier estudiante de derecho; es más, podemos afirmar que el concepto de contrato para el común de la gente se configura en la idea de acuerdo, es decir, en la idea de que dos voluntades se cruzan y generan un efecto vinculante entre ellas. Es conveniente rescatar la definición del Prof. Melich, cuando indica:

El contrato es, pues, un negocio jurídico bilateral capaz de crear, reglamentar, transmitir, modificar, o extinguir una relación jurídica de cualquier naturaleza entre las partes que concurren a su celebración, y no solo es eficaz en lo que se refiere a vínculo de naturaleza personal (de contenido patrimonial o extrapatrimonial) entre las partes, esto es, derechos de crédito (lo que se llama eficacia personal del contrato), sino también puede afectar el estado de los derechos reales (la llamada eficacia real del contrato).

Como se observa esta definición incluye dos elementos esenciales del contrato en un sentido genérico: (i) la voluntad como elemento germinativo del concepto y (ii) la generación o el establecimiento de situaciones jurídicas a partir de esas voluntades.

Este, sin duda, es el punto de partida para analizar el problema del contrato de forma transversal y de esa manera comprender todos sus elementos. Ciertamente, en este trabajo no es menester explicar los elementos y demás asuntos que corresponden a los contratos. Sin embargo, es necesario revisar los efectos de la calificación de tal figura como “mercantil”, en otras palabras, ¿por qué hemos creado la categoría de contratos mercantiles? ¿Qué efecto deviene de ponerle ese apellido a los contratos? Como resulta evidente, las respuestas a estas preguntas aparecen preliminarmente en la comprensión del concepto de las obligaciones mercantiles y las “excepciones” creadas desde el Código de Comercio y otras normas aplicables. De nuevo este no es el lugar para explicar las implicancias propias de las obligaciones mercantiles, pero baste indicar que, esos “accidentes”¹ dentro de la regulación común de las obligaciones propuesta por el Código de Comercio, aunado a otros elementos, repercuten en la importancia de calificar un contrato como de contenido mercantil.

Desde esta perspectiva, la calificación de un contrato como mercantil implica, fundamentalmente, (i) o sus partes son comerciantes (en el sentido del artículo 10 del Código de Comercio) o (ii) los actos sobre los cuales versan tienen carácter mercantil (en el sentido, de los artículos 2 y 3 del Código de Comercio). Ahora bien, lo anterior es un tanto arbitrario, pero lo creemos necesario para justificar la división propuesta. No dudamos que modernamente, se ha planteado la necesidad de visitar estos conceptos y confirmar si efectivamente se puede hablar de contratos mercantiles o simplemente de contratos con elementos mercantiles. Sin embargo, este no es el objeto de nuestro trabajo.

Por otra parte, la creación de una categoría de contratos mercantiles obliga a la correspondiente creación de subcategorías que permitan proponer una clasificación articulada de los mismos. Por razones obvias, estas clasificaciones siempre son un proyecto en desarrollo, porque se hacen desde un pasado que deja de tomar en cuenta la naturaleza dinámica y variable del derecho mercantil². En todo caso, en el transcurso de este trabajo haremos uso de algunas clasificaciones a nuestro juicio pertinentes. Una

¹ En la legislación venezolana, diversos son los ejemplos de normas que no necesariamente se corresponden con la regulación común de las obligaciones. Normalmente se citan las normas del Artículo 108 del Código de Comercio (intereses mercantiles) o del Artículo 121 (régimen de la novación) como ejemplos que determinan principios “distintos” a los civiles.

² De la lectura del libro “Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil” del insigne autor Tulio Ascarelli, es evidente concluir que el Derecho Mercantil es un objetivo en movimiento (moving target) que depende más de la realidad del hecho económico que de las acartonadas propuestas de clasificación que se hacen desde lo jurídico.

que parece ideal, sobre todo por el objeto de esta investigación, divide a los contratos mercantiles en típicos y atípicos. Esta clasificación un tanto descriptiva, atiende a la idea de que existen figuras contractuales sujetas a una regulación específica en normas del bloque de la legalidad, ejemplo de estos contratos es el contrato de compraventa mercantil que tiene regulación específica en el Código de Comercio. Por otro lado, los contratos atípicos no pueden encajar en las categorías descritas anteriormente y proponen un problema de organicidad e interpretación importante. A pesar de lo anterior, los contratos atípicos son esenciales dentro del derecho mercantil porque, precisamente, incluyen aquellas formas contractuales originadas de la creatividad de los comerciantes y del propio hecho económico. Insistimos, esta categoría puede ser muy útil al momento de analizar los temas propios de este trabajo de investigación.

Sumando a todo lo anterior, lo cierto en relación a los contratos mercantiles es que la voluntad de las partes resulta esencial en su formación y, por consiguiente, las formas como tal idea es impactada por el marco de la legalidad, representa un área relevante para su investigación. Vale la pena recordar que la actividad mercantil ha dejado de ser una limitada área, donde pocos ejercían el comercio y se ha vuelto una acción omnipresente en todos los estratos de la sociedad. El comercio ha tenido vocación de masificación y de esa manera el derecho ha tenido que adaptarse. Así las cosas, es innegable que, sobre la actividad mercantil, consecuentemente sobre los contratos mercantiles, hay una rigurosa gama de normas y principios que limitan la capacidad de las partes en su quehacer contractual.

Desde las clásicas clasificaciones que sacan del comercio a ciertos bienes, la normativa de protección al consumidor, hasta las más complejas disposiciones de *compliance* normativo, hoy en día no se pueden redactar contratos mercantiles sin tomar en cuenta estas disposiciones.

En relación a lo expresado, la idea de realizar actividades comerciales tiene un fuerte componente de elementos regulatorios por los cuales afectan a las partes y califican el concepto de libertad contractual, no necesariamente para eliminarlo, pero si, para encauzarlo en contexto de las diversas políticas económicas propuestas por el Estado. En el fondo, el concepto de orden público económico,³ resulta un añadido necesario para la revisión de cualquier situación de naturaleza contractual en el comercio. Este concepto también será importante al momento de analizar las situaciones planteadas por el eje de interés de este trabajo, toda vez que la sensibilidad del objeto con el cual se pretende negociar tiene unas características muy especiales, i.e., datos personales.

³ “[e]l conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad pública a regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución”. Pedro, Harris 2021. Legislación de orden público económico y reglamentación administrativa. Asesoría técnica parlamentaria.

Inevitable discutir el tema de la protección de los datos personales; resulta evidente y en concordancia con lo que venimos evaluando, se debe hacer una mención especial a este asunto porque, ciertamente, será un elemento esencial para determinar el alcance de orden público económico, en la formación del contrato de cesión de datos. Existe una tentación evidente a decantar un trabajo como este en temas propios de la protección de datos; sin embargo, este no es el tema de interés.

2. Concepto de información personal, apropiabilidad y su clasificación vis a vis el derecho mercantil

Los datos personales son objeto de un desarrollo doctrinal y legal amplio en su dimensión de derecho público. Este enfoque hace énfasis en la protección de los derechos inherentes al concepto de información personal. En este sentido, la protección del honor, la privacidad y la intimidad son las categorías que consecuentemente aparecen luego de entender la existencia de una esfera de protección necesaria, en el contexto de las actividades tanto del mundo real como del mundo virtual.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de la información personal en torno a la cual poco se ha escrito. Pareciera que la mayoría de las reflexiones gravitan en torno a la protección de los derechos naturales al concepto, desde la perspectiva de las normas requeridas en el contexto contractual, e.g., requerimientos mínimos de consentimiento por parte del individuo que aprueba la cesión de sus datos o declaraciones expresas que debe hacer quien recauda la información.

Resulta evidente, nadie duda de la cesibilidad intrínseca de los datos personales, pues sin esta posibilidad no puede haber una discusión sobre la protección de los derechos correspondientes. A pesar de lo anterior, la determinación de la naturaleza de los datos personales resulta esencial para establecer, desde el derecho contractual, los aspectos propios a esta tipología de contratos.

Es importante recordar, la protección de derechos esenciales, así como la regulación estricta de un sector de la economía, no implica que tal situación sustraiga la referida actividad económica del campo mercantil⁴. En este sentido, el sector ban-

⁴ En el Estado de California de los Estados Unidos, en el 2018 se promulgo una Ley que regula el uso y explotación de datos personales por parte de las empresas tanto californianas como foráneas que traten datos de ciudadanos de California, así las cosas, la misma Ley se describe de la siguiente manera: "*The California Consumer Privacy Act of 2018 ("CCPA" or "the Act") became effective on January 1, 2020, and is codified at §§1798.100-199 of the Civil Code. The Act offers new and wide-ranging privacy rights for California residents, including a right to be informed about personal data collected by a business and rights to access and delete that information, a right to prevent personal information from being sold to third parties, and a right to data portability. The law applies to all business that collect or use this personal information, not just those companies operating in California. The California Attorney General may bring actions for civil penalties of up to \$7,500 per violation and there is a limited private right of action for individual victims of data breaches for penalties ranging between \$100-750 per violation*".

cario o el de seguros, son ejemplos claros de la posibilidad de establecer en entornos de alta regulación, espacios de clara contractualidad mercantil. En otras palabras, la aplicabilidad del derecho público, como limitante de la formación del contrato en el contexto del derecho mercantil, no implica que en los espacios donde la norma de derecho público permita, la libertad contractual y las demás consecuencias derivadas de la normativa mercantil no sea aplicable. Lo anterior, podría verse ratificado en el claro valor económico de los datos personales y el uso que se le puede dar a los mismos, en el contexto del ciberespacio para identificar modelos de consumo determinantes de estrategias efectivas de mercadeo⁵. Solo es objeto de este trabajo la revisión de los temas de protección de datos, en tanto en cuanto, estos afecten la idea del contrato de cesión de datos. Por otra parte, tampoco es pertinente estudiar el uso posible de los datos personales. En todo caso, lo claro es que los datos personales -cuando se ceden mediante un contrato- tienen un valor transacción propio claramente ubicables en el campo de la mercantilidad.

En este orden de ideas, el artículo 4.1⁶ del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) de la Unión Europea establece que, datos personales es “toda información relativa a una persona física, identificada o identificable”, es decir, toda información que siendo recabada directa o indirectamente conlleve a la identificación de una persona física tiene carácter de datos personales.

Conforme Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales⁷, esta definición consta de cuatro componentes principales, mismos que son:

⁵ *The CCPA section 1798.125 cites the concept of a “financial incentive” in the context of (and as a foil to) “discrimination” against consumers for exercising any of the consumer’s rights under the statute. Section 1798.125(a)(1) cites the following as examples of such discriminatory actions: A. Denying goods or services to the consumer. B. Charging different prices or rates for goods or services, including through the use of discounts or other benefits or imposing penalties. C. Providing a different level or quality of goods or services to the consumer. D. Suggesting that the consumer will receive a different price or rate for goods or services or a different level or quality of goods or services. However, this section qualifies the prospect of discrimination by stating that “[n]othing in this subdivision prohibits a business from charging a consumer a different price or rate, or from providing a different level or quality of goods or services to the consumer, if that difference is reasonably related to the value provided to the business by the consumer’s data.” 1 There are two types of financial incentives, direct payments and differences in price, rate, level, or quality of goods/services. The statute states that [a] business may offer financial incentives, including payments to consumers as compensation, for the collection of personal information, the sale of personal information, or the deletion of personal information. A business may also offer a different price, rate, level, or quality of goods or services to the consumer if that price or difference is directly related to the value provided to the business by the consumer’s data. 51.*

⁶ «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE).

⁷ Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales. 12251/03/EN (europa.eu)

1. “Toda información”
2. “Sobre”
3. “Identificada o identificable”
4. “Persona física”

Estos cuatro componentes están relacionados entre sí y se complementan recíprocamente, pero a objeto de un mayor entendimiento se analizará cada uno por separado.

2.1. “Toda información”

La expresión “toda información”, denota en sí misma la intención de dar un sentido amplio al concepto de “datos personales”. Estos datos pueden ser de tipo objetivo o subjetivo. Los datos de tipo objetivos, entiéndase estos como aquellos datos que carecen de prejuicios personales, son por e.g., el ADN de una persona física, ahora bien, los datos de tipo subjetivos, entiéndase estos como aquellos datos que contiene opiniones, percepciones o prejuicios personales, son por e.g., informaciones, opiniones, evaluaciones de una persona física que puedan ser objeto para evaluar su fiabilidad para ser considerado a un prestamos bancario o aceptarlo en determinado puesto de trabajo en una organización, etc.

Como “toda información”, relativa a datos personales de una persona física debe entenderse comprende stricto sensu, la información relativa a su vida privada⁸ y familiar, pero también, cualquier información relativa a actividades desarrolladas en diversos aspectos de la vida cotidiana, tales como, información de su cualidad de consumidor, paciente, trabajador autónomo, cliente, deportista, estudiante, etc.

2.2. “Sobre”

A priori se entiende que la expresión “sobre”, en el ámbito de datos personales, hace alusión a una persona cuando se refiere a ella, e.g., datos sobre los resultados médicos que se práctica una persona, recogidos posteriormente en su historial médico o imágenes captadas por una persona y compartidas en una red social; pero en algunas situaciones, determinada información no hace tanto referencia a una persona sino a objetos que pueden llevar a identificar a una persona a través de los mismos, ya sean

⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Amann/Suiza de 16.2.2000, apartado 65: «[...] el término “vida privada” no debe interpretarse restrictivamente. En especial, el respeto por la vida privada comprende el derecho a establecer y a desarrollar relaciones con otros seres humanos; además, no hay ninguna razón de principio que justifique la exclusión de actividades de una naturaleza de profesional o empresarial de la noción de la “vida privada” (véase al Niemietz v. Sentencia de Alemania del 16 de diciembre de 1992, serie A no. 251- B, págs. 33-34, § 29, y la sentencia Halford citada anteriormente, págs. 1015-16, § 42). Esa interpretación amplia se corresponde con la del convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 [...]»

porque pertenecen a esa persona o son manipulados por ésta, al punto de que ejerce una influencia importante sobre los mismo, y, ante estos casos debe considerarse que de forma indirecta esa información es relativa a datos personales de una persona, e.g., estimación del precio de un bien inmueble.

En atención a lo anterior, para poder determinar que una información versa “sobre” una persona habrá que atender a que dicha información contenga un elemento de contenido, o un elemento de finalidad o un elemento de resultado.

2.3. “Identificada o identificable”

Una persona física se tiene como identificada cuando entre un grupo personas a ésta, se le distingue o aprecia de forma singular y específica, por lo tanto, se considerará una persona como identificable cuando, aunque no se le distinga o aprecie a priori si concurra la capacidad de identificársele a posteriori.

2.4. “Persona física”

Se entiende como “persona física”, a un ser humano, en consecuencia y conforme el considerando 2 de la Directiva “los sistemas de protección de datos están al servicio del hombre” y “deben, cualquiera sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales [de estas]”.

El artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, siguiendo esta aseveración y de acuerdo a Gorrondona,⁹ entre las diversas acepciones que en derecho se da a “persona” se tiene que, “persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos”.

Como se puede observar el criterio que unifica la idea de datos personales es la idea de identificación de los mismos con una persona, y, como los mismos pueden generar un perfil que, en su conjunto permitan calificar en el entorno de intimidad de dicha persona. Desde este punto de vista, creemos posible justificar que la información personal pudiera calificarse como derechos de carácter personalísimo, es decir, derechos que por su naturaleza no pueden desligarse de la persona que los detenta.

⁹ José Gorrondona, *Derecho Civil: Personas* (Caracas: Publicaciones UCAB, 2015), 39.

Esta indisolubilidad entre el derecho y la persona -en el caso de la información personal- genera una pregunta obligada: si la información personal califica como un derecho personalísimo, ¿qué puede cederse mediante un acuerdo de cesión de datos? Posiblemente la respuesta es más evidente de lo que parece. En el Derecho de Autor es consabido que los autores tienen un derecho moral indisoluble de su obra, es decir, un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable. LHoeste¹⁰ citando a la Universidad de La Salle considera como Derecho de Autor:

Aquella prerrogativa de orden moral y patrimonial que se otorga por parte de los Estados a las creaciones del espíritu en el campo literario, científico y artístico, incluido el soporte lógico (*software*) y las bases o bancos de datos, desde el momento mismo de la creación, cualquiera sea su expresión y destinación que pueda producirse o definirse por cualquier forma de impresión o por cualquier medio conocido o por conocer. (CAN, 1993, Congreso de la República, Decisión 351, artículo 1°, y Ley 23, 1982, artículo 2°, citados en Universidad de La Salle, 2013, p.17).

Esto así, el autor puede en cualquier momento reivindicar sus derechos sobre su obra, a oponerse a cualquier cambio no autorizado o uso indebido sobre su obra, a conservar la obra como inédita o anónima, a realizar modificaciones o a retirar su obra de circulación o suspender cualquier forma de utilización de esta, aunque hubiere autorizado esto con anterioridad.

Visto lo anterior, la obra creativa es una suerte de extensión de la personalidad del autor. Ahora bien, el propio derecho de la propiedad intelectual también reconoce la posibilidad que la obra pueda ser explotada con fines económicos, esto así conforme establece el Código Civil de Venezuela¹¹ (en adelante CCV) en el artículo 546:

El producto o valor del trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son propiedad suya, y se rige por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre la materia.

En este sentido, la doctrina habla de derechos patrimoniales, debiendo entenderse estos como aquellos derechos capaces de ser cuantificados económicamente y que exige necesariamente ser susceptibles de derecho a uso, goce y disposición de una manera exclusiva con las restricciones de la ley según correspondan.

Si bien es cierto, una parte de la doctrina critica la acepción de propiedad sobre bienes inmateriales, otra por su parte, entre ellos Kummerow¹² alude que “frente a la

¹⁰ Fernando LHoeste, *Propiedad Intelectual Aproximaciones conceptuales y normatividad jurídica* (Bogotá D.C.: Universidad de La Salle, 2016) 69.

¹¹ Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario 2990 de 1982.

¹² Gert Kummerow, *Bienes y derechos reales* (Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 2002) 245.

evidencia de la temporalidad [de los derechos intangibles], acata la existencia del derecho de propiedad sobre bienes inmateriales (incorporales), dada la presencia de otros elementos ([absolutidad], exclusividad, naturaleza patrimonial, posibilidad de enajenación), integradores del dominio”.

Los derechos patrimoniales sobre bienes intangibles producto del ingenio humano son también susceptibles a ser hipotecados bajo la figura de “hipoteca mobiliaria”, respaldando así esto la tesis de los derechos patrimoniales sobre los bienes intangibles, y, respecto a esto, en opinión de Gorrondona¹³:

La ley incluye varias normas sobre efectos de la hipoteca dada las peculiaridades de los bienes sobre los cuales recae. En efecto, estos son de duración legalmente limitada, están expuestos a sufrir sensibles disminuciones de valor con gran rapidez, y dependen en medida no despreciable de la persona y del comportamiento y actividad del titular del derecho.¹⁴

En este sentido, creemos que la información personal corresponde a la categoría de derechos personalísimos, es decir, son derechos de carácter esencialmente moral y que no pueden dividirse de la persona que los detenta.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional mediante Sentencia Nro. 1.318 de fecha 04 de agosto de 2011, ha señalado que la información personal sujeta a protección constitucional es aquella que:

En consecuencia, los datos e informaciones particulares y aislados que alguien lleva con fines de estudio, o para uso personal o estadístico, o de consumo propio para satisfacer necesidades espirituales o culturales, o para cumplir objetivos profesionales, que no configuran un sistema capaz de diseñar un perfil total o parcial de las personas no forman parte de los registros sujetos al habeas data, ya que ellos carecen de proyección general. Sí podrían serlos los registros aparentemente inocentes, que cuando se entrecruzan con otros llevados por una o varias personas, permiten delinear un perfil de la vida privada o íntima de los demás, o de su situación económica, tendencias políticas, etc. La sola potencialidad de cruzar y complementar los datos de un registro, con la información almacenada en otros que lo completen, hacen que el conjunto de registros sea susceptible a los derechos referidos en el artículo 28 constitucional.

Claramente esta definición no es particularmente detallada, pero nos ofrece una propuesta venezolana sobre lo que los jueces deben entender por información personal sujeta a protección constitucional. Lo anterior, no entra en conflicto con lo explicado

¹³ José Gorrondona, *Derecho Civil IV Contratos y Garantías* (Caracas: AB.UCAB ediciones, 2017), 153.

¹⁴ Ley de Hipotecas Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Gaceta Oficial Extraordinario 1575 de 1973. Artículos 45 al 50.

con relación a las regulaciones europeas. En este sentido, el juez venezolano optó por una definición descriptiva que, refiere a la potencialidad de la creación de un perfil completo, sin hacer referencia a la sustancialidad del concepto, i.e., a los rasgos que le son propios.

Si lo anterior es correcto, entonces ¿cuál es el objeto que se transfiere en los contratos de cesión de datos personales? Parece irremediable concluir que de la información personal nacen al menos dos derechos adicionales: (i) los derechos patrimoniales que refieren a los datos personales (e.g., uso y/o explotación) y (ii) la fijación (*record*) de los datos personales como una forma de su manifestación.

En el caso de los derechos patrimoniales, estamos en presencia de la posibilidad de explotar con fines económicos los datos personales de una persona¹⁵. Este derecho de naturaleza pecuniaria está en el comercio y está sujeto a las reglas propias de la circulación (contratación) mercantil. Con lo cual, cuando hablamos de la cesión de datos personales, hablamos realmente de la cesión de un derecho de uso o explotación mercantil. Para lo que refiere a la fijación de datos personales, nos encontramos al establecimiento por medios físicos de un perfil personal con multipropósitos e.g., estadísticos, marketing dirigido, creación de nuevos productos o servicios.

3. El contrato de cesión de datos personales, tipicidad e inclusión dentro de la clasificación de los contratos mercantiles

Con base a lo revisado en las secciones anteriores, cabe la pregunta: ¿qué es el contrato de cesión de datos? Pues, la respuesta parece obvia, es un contrato mediante el cual una persona cede -en todo o en parte- los derechos de uso y/o explotación de sus datos personales a otra que los recibe a cambio de una contraprestación. Hasta acá la definición parece sensata y completa, pero una revisión detallada de la misma no escapa a cuestionamiento necesarios: ¿quiénes son estas personas que intervienen en el contrato?, ¿solo pueden ser personas naturales?, ¿cuál es la contraprestación a la que hace referencia la definición?, ¿puede darse este contrato entre dos compañías?

En principio el contrato de cesión de datos parece ser un contrato bilateral y consensual; es decir, intervienen dos voluntades que en su correlación generan el efecto jurídico de la traslación de un derecho muy específico: el derecho de uso y el contenido patrimonial de tal uso.

¹⁵ “CCPA”. 798.120. (a) A consumer shall have the right, at any time, to direct a business that sells personal information about the consumer to third parties not to sell the consumer’s personal information. This right may be referred to as the right to opt-out. 7.

Por otro lado, este contrato necesariamente tiene efectos traslativos de dominio, ya que el receptor de los derechos que derivan de los datos personales claramente tiene un derecho específico que dimensionado en función a los acuerdos de las partes. Desde esta perspectiva, el contrato de cesión de datos es constitutivo en cuanto, genera una situación jurídica inicial que implica la posibilidad de la explotación y uso del derecho específico reconocido y cedido por las partes.

En Venezuela no existe un reconocimiento expreso por parte del Código de Comercio al contrato de cesión de datos, lo cual ratifica su atipicidad. Adicionalmente y a pesar de la especial materia a la que refieren, los contratos de cesión de datos no son formales y aceptan cualquier figura que las partes acuerden.

Asimismo, es evidente que este tipo de contratos no puede obviar las leyes de derecho público que vigilaran la protección de los datos personales de quienes los ceden, esto a razón del derecho a la protección del honor, a la privacidad y a la intimidad, establecidos en nuestra carta magna.

Ahora bien, parece importante describir el alcance y los requisitos mínimos que debe contener un contrato de cesión de datos a objeto de no infringir las normas básicas de protección de datos y pueda explotar los datos facilitados por sus clientes en beneficio propio o de terceros.

El contrato de cesión de datos debe como mínimo contener: 1. La descripción de la actividad que explota la empresa cedente de los datos, 2. El nombre del fichero que contiene los datos a cederse, 3. La categoría y datos que se ceden, 4. La forma y el tipo de tratamiento que se le dará a los datos cedidos, 5. Las medidas de seguridad a las que están sujetos a aplicar la empresa tratante de los datos cedidos.

Resulta importante precisar que, en muchos casos estos contratos son más del tipo “*contrato de adhesión*” que uno bilateral en tanto muchas páginas web para permitir el acceso a su portal, solicitan aceptes sus políticas y términos antes de ingresar al mismo y obtener la información que necesitas o requieres consumir¹⁶, esto trae como

¹⁶ e.g. Términos y condiciones de La Ley Soluciones Legales, S.A. “Su privacidad es importante para nosotros: Nosotros y nuestros socios almacenamos o accedemos a información en un dispositivo, tales como cookies, y procesamos datos personales, tales como identificadores únicos e información estándar enviada por un dispositivo, para anuncios y contenido personalizados, medición de anuncios y del contenido e información sobre el público, así como para desarrollar y mejorar productos. Con su permiso, nosotros y nuestros socios podemos utilizar datos de localización geográfica precisa e identificación mediante las características de dispositivos. Puede hacer clic para otorgarnos su consentimiento a nosotros y a nuestros socios para que llevemos a cabo el procesamiento previamente descrito. De forma alternativa, puede acceder a información más detallada y cambiar sus preferencias antes de otorgar o negar su consentimiento. Tenga en cuenta que algún procesamiento de sus datos personales puede no requerir de su consentimiento, pero usted tiene el derecho de rechazar tal procesamiento. Sus preferencias se aplicarán solo a este sitio web. Puede cambiar sus preferencias en cualquier momento entrando de nuevo en este sitio web o visitando nuestra política de privacidad” Acceso el 26 de enero de 2023: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDCyNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOCSoAlbYwQjUAAAA=WKE

consecuencia que, los consumidores o las personas, muchas veces no intervengan en la negociación o discusión del uso que se les dará a sus datos, pero esto actualmente está siendo subsanado con las regulaciones existentes en torno al tema en desarrollo.

4. Implicaciones de derecho público

No es el objeto de este trabajo proponer temas relacionados con aspectos evidentes de derecho público vinculados con este asunto. Ciertamente, hay una clara intervención del derecho público toda vez que es innegable que los derechos de un nivel esencial son “manipulados”. Ahora bien, ¿qué implica lo anterior? En nuestra opinión, esto debe analizarse desde la perspectiva del alcance de la libertad contractual y, por lo tanto, desde los límites de la voluntad de las partes en la construcción de la relación contractual.

Así las cosas, el derecho público es relevante por cuanto, propone una especie de límite objetivo a la libertad contractual y por ello establece las materias que de alguna forma no podrían someterse a la voluntad de las partes.

En Venezuela carecemos de un sistema de protección de datos personales riguroso, en cambio se presenta una serie de regulaciones atomizadas, de las cuales se puede derivar una serie de principios que, procuran -en esencia- la protección de la privacidad, la intimidad y el derecho al honor. Ahora bien y como se dijo anteriormente, el propósito de este estudio no es revisar los temas de derecho público, pero sí parece importante mediante la revisión superficial del tema, entender, entonces, cuáles serían las limitaciones prácticas de esta situación.

En términos generales, el tema de la protección de datos está regulado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ciertas leyes especiales, e.g., la Ley de Delitos Informáticos, Ley de Privacidad de las Comunicaciones, entre otras y la sentencia 1318 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En particular, la mencionada sentencia explica que existen ocho principios constitucionales que regulan el tema de la protección de datos personales; tales principios son los siguientes: (i) Principio de Autonomía de la Voluntad, (ii) Principio de Legalidad, (iii) Principio de Finalidad de Calidad, (iv) Principio de la Temporalidad o Conservación, (v) Principio de Exactitud y de Autodeterminación, (vi) Principio de Previsión e Integralidad (vii) Principio de Seguridad y Confidencialidad, (ix) Principio de Tutela.

Tomando en cuenta lo anterior, ¿qué relevancia plantean estos principios con relación al contrato de cesión de datos personales? más aún, ¿qué implicaciones tiene a los efectos de la voluntad de las partes? Creemos que una respuesta obvia es, cualquier disposición contractual que pueda interpretarse como menoscabo cualesquiera de los principios indicados, y, por lo tanto, de los derechos fundamentales que se pretenden

proteger, debería considerarse nula. En otras palabras, las partes no tienen libertad para disponer sobre asuntos que impliquen una violación de principios constitucionales, e.g., las partes no podían establecer que el receptor de la información personal podría tener estándares de protección claramente inferiores a los manejados actualmente por el cedente.

Cada uno de los principios antes señaladas procura la protección de un aspecto específico del proceso de recolección y cesión de datos personales.

La falta de regulación especializada y el carácter público de lo mucho asociado con el contrato de cesión de información personal, representa un claro reto para los abogados que intentan redactar contratos de cesión de datos en el marco jurídico venezolano desde el derecho privado.

5. El principio de la autonomía de la voluntad

Considerando que a través del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden autorregular los objetivos planteados al tomar la decisión de contratar entre ellas, según sus deseos, porque existe un reconocimiento de ley del poder de autorregulación, consideramos válido hablar de contrato de cesión de datos en el contexto venezolano, y esto así, dado a que decir que las partes pueden ejercer su capacidad de contratar con base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, implica entonces, que las mismas gozan de: (i) libertad para decidir si contratar o no, (ii) pueden elegir el tipo de contratación a acordar, (iii) pueden celebrar contratos del tipo innominados, eso sí, dentro de los límites establecidos por las leyes, como son a saber, que no sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, (iv) tienen capacidad para modificar el contenido de los contratos del tipo nominados, siempre que el marco normativo lo permita.

Atendiendo a las limitaciones establecidas respecto al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, se hace necesario observar al tiempo que para su validez los contratos celebrados en uso de esta facultad, es necesario la concurrencia de elementos esenciales, mismos conforme el artículo 1.141 del CCV "... 1. Consentimiento de las partes, 2. Objeto que pueda ser materia de contrato, 3. Causa lícita".

Este principio juega un rol realmente importante en el qué hacer diario del entorno mercantil en cual se desenvuelven las actividades de los comerciantes, tanto en nuestro país como en el extranjero, a través del mismo, las transacciones comerciales pueden evolucionar de la misma forma como lo hace nuestra sociedad, cada vez más exigente e inmersa en el aspecto digital, claramente, es de entender, los contratos de cesión de datos aunque puedan tener cabida en base a este principio, también deberán atender a las materias de protección de datos y regulación del aspecto público, considerando el objeto de que se trata, esto es, datos de carácter personal.

6. Efectos de la mercantilidad de los contratos de cesión de datos personales

Como ya resulta evidente, el contrato de cesión de datos tiene carácter mercantil, y, por lo tanto, las consecuencias propias del derecho mercantil le serían aplicables. En este sentido, se pueden identificar al menos las siguientes consecuencias:

6.1. Jurisdicción mercantil

Las controversias que resulten de la interpretación y ejecución del contrato, en lo referido a temas mercantiles deberán ventilarse ante los jueces mercantiles, esto así con base en los artículos 2 y 3 del Código de Comercio, donde se establece que las obligaciones de los comerciantes en lo referido a sus operaciones mercantiles y a los actos de comercio, se rigen por lo establecido y bajo la jurisdicción la norma supra descrita, aunque sean ejecutadas por no comerciantes, siempre que una de las partes sea comerciante o el acto mismo sea de naturaleza mercantil .

Asimismo, considerando que nuestro ordenamiento mercantil es de vieja data y además carecemos de ordenamiento específico para el tratamiento, uso y explotación comercial de los datos personales, conforme al artículo 3 del Código de Comercio, el cual establece: Artículo 3. “Se reputan además actos de comercio, cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, sino resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil”, consideramos que, ante la figura de los contratos de cesión de datos personales, con el fin de ser explotados para e.g. campañas de marketing dirigido, se podría encuadrar en este artículo dicha situación.

Así las cosas, traemos a modo de ilustración un caso de arbitraje acelerado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI), relativo a una controversia sobre *software* bancario (tratamiento de datos de clientes):

Una empresa norteamericana proveedora de *software* de procesamiento de datos y servicios, y un banco asiático concluyeron un acuerdo relativo a la prestación de servicios de procesamiento de cuentas. Las partes convinieron que la empresa norteamericana iba a ser el exclusivo proveedor de servicios para algunas de las filiales del banco en América del Norte y Europa. El acuerdo indicaba que cualquier disputa surgida de o en conexión con el acuerdo se resolvería en el marco del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI y que el árbitro único sea elegido entre un grupo de personas que tengan experiencia en nuevas tecnologías.

Cuatro años después de la celebración de su acuerdo, la empresa norteamericana alegó que el banco había violado el acuerdo mediante el uso de servicios ofrecidos por terceros en los países cubiertos por el acuerdo. Cuando las partes no pudieron resolver la diferencia, la empresa norteamericana proveedora de servicios inició un arbitraje acelerado OMPI alegando incumplimiento del acuerdo y reclamando daños considerables.

Las partes acordaron un árbitro único que celebró una audiencia de dos días en la ciudad de Nueva York. Tres meses después de la solicitud de arbitraje acelerado, el árbitro dictó un laudo definitivo determinando la existencia de infracción parcial del acuerdo y la concesión de daños y perjuicios a la empresa norteamericana proveedora de servicios.¹⁷

6.2. Interpretación e integración de los contratos

Los contratos de cesión de datos deben interpretarse con base a los términos que las partes le han dado. Esto así, consideramos importante citar lo establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano¹⁸:

Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Asimismo, el artículo 1.160 del CCV¹⁹ prescribe: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se deriven de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

Ahora bien, lo anterior no puede dejar de tomar en cuenta la existencia de principios de protección de datos personales que necesariamente podrían interferir con la interpretación de derecho privado que sea pertinente. Tal y como se mencionó anteriormente, desde un punto de vista de derecho privado, la inclusión de principios rectores en materia de protección de datos procura establecer un estado de homeostasis entre las partes, en el reconocimiento que la “data personal” es un bien sometido a protección constitucional y por lo tanto siempre procurará una regulación especial.

¹⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ejemplos de arbitrajes en la OMPI. Acceso el 26 de enero de 2023. [Ejemplos de Arbitraje de la OMPI](#)

¹⁸ Código de Procedimiento Civil Venezolano. Gaceta Oficial Extraordinaria 4209 de 1990.

¹⁹ Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario 2990 de 1982.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones es importante indicar que no es posible desprender del derecho privado al contrato de cesión de datos, el cual ciertamente presenta una relación estrecha con el derecho público. En este sentido, es importante comprender los elementos de derecho público que participan de la vida del contrato, para entender el alcance de los acuerdos que las partes pueden tener en función a la posible limitación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Por otro lado, es imperiosa la necesidad de tener una legislación robusta y clara para este tema que genera una simetría entre la necesidad de tener contratos que puedan darse de forma dinámica en el contexto de las relaciones de los privados, pero que a su vez proteja los intereses de las personas que ceden su información. Como se observa, no es una tarea sencilla, porque si bien es cierto es prioridad salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, también es importante considerar que las actividades económicas privadas son esenciales para el desarrollo económico de un país. Adicionalmente, no puede olvidarse el elemento técnico, es decir, las implicaciones informáticas y digitales de esta regulación y la manera como podría impactar en procesos de innovación tan naturales para este tipo de área de la economía.

Actualmente es innegable que las empresas son de al menos dos tipos, esto es, o recaban y analizan datos o compran data analizada con propósitos de marketing dirigido, así las mismas se vuelven más eficientes a la hora de hacer sus publicidades y obtienen ganancias en el incremento de las ventas, evitando al tiempo la pérdida de dinero en publicidad masificada; por ello insistimos que la cesión de datos, sin duda alguna, es parte del aspecto económico del ejercicio del comercio actual, por tanto requiere y urgen obtener regulaciones claras que permitan un *win win* de las partes involucradas con las protecciones necesarias, ateniendo la naturaleza del bien objeto de negociación, esto es, los datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario 2.990 de 1.982.
- Código de Procedimiento Civil Venezolano. Gaceta Oficial Extraordinaria 4.209 de 1.990.
- Gorron dona, José. *Derecho Civil: Personas*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2.015.
- Gorron dona, José. *Derecho Civil IV Contratos y Garantías*. Caracas: AB.UCAB ediciones, 2.017.
- Harris, Pedro. 2021. Legislación de orden público económico y reglamentación administrativa. Asesoría técnica parlamentaria.
- Kummerow, Gert. *Bienes y derechos reales*. Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 2.002.

Ley de Hipotecas Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Gaceta Oficial Extraordinario 1.575 de 1.973.

LHoeste, Fernando. *Propiedad Intelectual Aproximaciones conceptuales y normatividad jurídica*. Bogotá D.C.: Universidad de La Salle, 2.016.

The California Consumer Privacy Act of 2018.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1.318 de fecha 04 de agosto de 2.011 (caso *German José Mundarain Hernández y otros Vs Decreto N° 1.526 Con Fuerza De Ley De Reforma De La Ley General De Bancos Y Otras Instituciones Financieras*).

La constitución de compañías anónimas en la era digital

Alexander Ocanto Portillo*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-297-316

Resumen: La necesidad de formalizar actos de comercio, está determinada por quien la realiza, sea ya el comerciante como persona natural, o bien como persona jurídica bajo la modalidad de una sociedad mercantil. Las compañías anónimas como especie societaria de mayor aplicación en la práctica, deben cumplir con formalidades normativas que le permitan tener ‘vida’ en el mundo del derecho siendo el punto de inicio, su constitución. Sin embargo, en virtud de que el derecho debe acoplarse a los avances tecnológicos, en Venezuela, se han implementado herramientas tecnológicas, sin desconocer el riesgo legal que ello implica conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico patrio, para agilizar y hacer más prácticos este tipo de actos, sin desmeritar el alcance ni la naturaleza legal de tales procesos.

Palabras clave: Compañías, actos de comercio, tecnología.

The incorporation of limited companies in the digital age

Abstract: *The need to formalize acts of commerce is determined by the person who performs it, be it the merchant as a natural person, or as a legal person under the modality of a commercial company. Anonymous companies as a corporate species of greater application in practice, must comply with regulatory formalities that allow them to have ‘life’ in the world of law, being the starting point, its constitution. However, by virtue of the fact that the law must be coupled with technological advances, in Venezuela, technological tools have been implemented, without ignoring the legal risk that this implies, in accordance with the provisions of the national legal system, to expedite and make this process more practical. types of acts, without detracting from the scope or legal nature of such processes.*

Keywords: *Companies, acts of commerce, technology.*

Recibido: 21/05/2023

Aprobado: 15/06/2023

* Abogado (LUZ, 2010). Magister en Banca y Finanzas (URU, 2018). Profesor invitado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho de La Universidad del Zulia, actualmente abogado en ejercicio, adscrito al escritorio jurídico Soto Rojas & Asociados, Soluciones Legales R.L., con especial atención al derecho corporativo y al derecho mercantil.

La constitución de compañías anónimas en la era digital

Alexander Ocanto Portillo*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-297-316

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Constitución de compañías anónimas vía electrónica, plataforma SAREN. 2. Incidencia de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónica y demás leyes especiales, en cuanto a la estandarización tecnológica del proceso de constitución de C.A. 3. La adecuación de una plataforma tecnológica y su cumplimiento con los extremos legales mínimos para la constitución de sociedades mercantil, previstas en el Código de Comercio.* **CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

La actividad mercantil ha sido utilizada como mecanismo para la ejecución de actos de comercio, tanto de parte del comerciante concebido como persona natural y ente colectivo, en términos legales, es decir, como persona jurídica a través de las denominadas sociedades mercantiles. Precisamente, esta función de asociación por intereses comerciales comunes, se configura entre dos o más personas con ánimo de comercio; cabe resaltar, para la puesta en práctica de operaciones comerciales que conlleven a la obtención de un lucro, o básicamente, la generación de una ganancia, producto de una operación de reventa.

Las sociedades mercantiles, en el caso que importa para este artículo, abarcan una perspectiva legal, que en su conjunto, debe ser analizada desde su creación o constitución, como persona jurídica conformada y una vez creada, el estudio de las distintas relaciones y vínculos jurídicos que genera durante toda su vida estatutaria.

Tratar el tema de las sociedades mercantiles, particularmente bajo la modalidad de compañías anónimas, expresa Morles¹, implica estudiarlas como una herramienta y parte esencial de los esquemas de organización del mundo capitalista; de hecho, tales estructuras organizativas más ampliamente utilizadas en los países de economía

* Abogado (LUZ, 2010). Magister en Banca y Finanzas (URU, 2018). Profesor invitado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho de La Universidad del Zulia, actualmente abogado en ejercicio, adscrito al escritorio jurídico Soto Rojas & Asociados, Soluciones Legales R.L., con especial atención al derecho corporativo y al derecho mercantil.

¹ Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

capitalista, van destinados a la producción de riqueza; siendo los otros modos de producción privada, que asumen un carácter totalmente marginal —y distinto— a aquellas.

Las compañías anónimas como expresión de las formas de asociación que prevé el Código de Comercio venezolano, condensan toda su regulación normativa en la sección V, título VII del instrumento mercantil; estableciendo en su sección siguiente toda la fase que interesa para este artículo, como lo es la constitución de sociedades. Si bien en Venezuela, existen un conglomerado de sociedades mercantiles, la norma en cuestión al ser de tan vieja data, reúne disposiciones comunes entre —por ejemplo— la constitución de compañías en comandita o sociedades de personas y las compañías anónimas; sin embargo, en la actualidad las primeras, se encuentran en total desuso, creando privilegio en cuanto a demanda que, por su utilización, se les otorga a las sociedades anónimas.

El contrato de sociedad, es el resultado tangible de la manifestación de voluntad de dos o más interesados en fungir en nombre de una entidad abstracta con personalidad jurídica propia, para la realización de uno o varios actos de comercio, donde su formalidad, contenido, estructura y alcance, pese a tener un tratamiento legal con más de 68 años de vigencia, ha debido ser adaptado y condicionado a los constantes cambios con el devenir del tiempo, pues, hoy en día este tipo de procesos son enterados ante el Registrador Mercantil y no ante el Juez de Comercio, en sede del Tribunal de Comercio (como adscripción a las Secretarías de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil hasta 1952, en que, por decretos Nos. 15 y 30 de diciembre de ese año, se institucionaliza de manera independiente, el primer Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal), según lo dispone el artículo 212 del Código de Comercio² y la consignación del instrumento contentivo de esas voluntades.

La necesidad de unificar las funciones registrales descongestionando sedes jurisdiccionales en el país, ajenos a la actividad registradora estrictamente mercantil, obligó a la institucionalización de este ámbito —entre otros, los registros inmobiliarios y notarias públicas, a nivel nacional—, a través del Servicio Autónomo de Registros y Notarías, en lo adelante SAREN; antecediendo a la extinta Dirección Nacional de Registros y del Notariado, según la Ley de Registro Público y del Notariado en el Decreto No. 1.554 del 13 de noviembre de 2001; no siendo hasta que, en la Resolución No. 31 del 24 de febrero de 2011, se promulga la reforma parcial de la Resolución No. 388 del 25 de agosto de 2009.

² Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

El SAREN atendiendo a las nuevas tecnologías de la información, en sus siglas TIC'S, no solo se ha ajustado al ecosistema económico y comercial del país, en la manera en la que se formalizan negocios u operaciones mercantiles, sino también en cuanto a los mecanismos que facilitan, en el caso de los registros mercantiles, la constitución de compañías anónimas de manera electrónica, en atención a lo que dispone la norma rectora en ese rubro, como lo es el Código de Comercio y la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, según Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001³.

En esta investigación se abordará un breve estudio en cuanto a la constitución de las compañías anónimas como especie societaria de mayor valor en la práctica legal venezolana, a través de mecanismos electrónicos, su alcance, lineamientos y el riesgo que desde el punto de vista legal ese mecanismo 'no tradicional' trae consigo en la creación de este tipo de sociedades.

1. Constitución de compañías anónimas vía electrónica, plataforma SAREN

Desde el momento inicial en que dos o más personas, hacen manifiesto su consentimiento para la ejecución de actos de comercio, bajo la modalidad de una compañía anónima, dan inicio al proceso de formalización de esa intención de asociación con fines mercantiles. Es esa manifestación de voluntad la que debe ser estampada en el documento constitutivo o estatutos sociales de lo que será la compañía.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 213 del Código de Comercio⁴, el legislador deja claros los extremos normativos que deben ser cubiertos en el referido documento, entre los cuales, dispone los siguientes:

El documento constitutivo y los estatutos sociales de las sociedades anónimas y de las sociedades en comandita por acciones, deben expresar: La denominación y el domicilio de la sociedad, de sus establecimientos y de sus representantes. La especie de los negocios a los que se dedica. El importe del capital suscrito y el del capital enterado en caja. El nombre, apellido y domicilio de los socios o el número o valor nominal de las acciones, expresando si estas son nominativas o al portador y viceversa; y el vencimiento e importe de las entregas que los socios deben realizar.

El valor de los créditos y demás bienes aportados. Las reglas con sujeción a las cuales deberán formarse los balances y calcularse y repartirse los beneficios. Las ventajas o derechos particulares otorgados a los promotores. El número de individuos que compondrán la junta administrativa, y sus derechos y obligacio-

³ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

⁴ Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

nes expresando cual de aquellos podrá firmar por la compañía; y si estas fueren comandita o por acciones, el nombre, apellido y domicilio de los socios solidariamente responsables.

El número de los comisarios. Las facultades de la asamblea y las condiciones para la validez de sus deliberaciones y para el ejercicio del derecho al voto, si respecto a ese punto se establecen reglas distintas de las contenidas en los artículos 278, 28 y 285.

El tiempo en que debe comenzar el giro de la compañía y su duración. Además deberán acompañarse con la escritura constitutiva, los documentos que contengan las suscripciones de los socios y los comprobantes de haber depositado la primera cuota, conforme a lo establecido en el artículo 252.

Respecto al capital social, de acuerdo a lo planteado por Morles⁵, afirma que, el Código de Comercio no utiliza un criterio dimensional del capital para la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima. El monto del capital, incluso expresa, puede ser cualquiera, sin embargo, en algunas leyes especiales si se adopta el criterio cuantitativo para el capital social: bancos, empresas de seguro y reaseguro, almacenes generales de depósito, bolsas de valores, etc. Es decir, sea cual sea el supuesto para la conformación y formalización de ese consenso de voluntades, el capital social es un requisito esencial para la constitución de sociedades anónimas, puesto que los acreedores solo cuentan con el patrimonio de la sociedad para la satisfacción de sus créditos. Para asegurar la existencia real (integridad) de ese capital, la ley regula varias situaciones, mediante un conjunto de normas de interés público, concebidas en función de protección de terceros.

Cuando se tiene reflejada la voluntad y el convenio de lo manifestado por los comerciantes quienes fungirán como socios de la compañía anónima, en el documento constitutivo, en conformidad con lo establecido en tales estatutos sociales, se debe reflejar, además: si el capital aportado por los accionistas es en efectivo –en el caso venezolano, Bolívares, como moneda de curso legal-, se requerirá el depósito de tales aportes ante la institución bancaria que corresponda, cuyos detalles deberán estar reflejados en los estatutos.

Esta situación se encuentra tipificada a tenor del ordinal 3º del artículo 213 del Código de Comercio, el cual enuncia que el documento constitutivo y los estatutos de la sociedad anónima, deberá expresar “el importe del capital social suscrito y el del capital enterado en caja”, coincidiendo esta disposición el artículo 249 *ejusdem* del mismo texto legal, por lo cual, “para la constitución definitiva de la compañía es necesario que esté suscrita la totalidad del capital social y entregada en cada por cada accionista, la quinta parte, por lo menos, del monto de las acciones por él suscritas si

⁵ Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

en el contrato social no se exige mayor entrega. Esa primera disposición, formula la clásica distinción entre capital suscrito y capital pagado, siendo el primero aquel que los socios se han comprometido a cubrir con sus aportes y el segundo corresponde a pagos efectivamente realizados.

Caso contrario, cuando el capital social será conformado por activos, sean estos bienes muebles o inmuebles, de partes de los accionistas, se necesitará de un balance contable que exprese tales aportes, conforme a las acciones que, efectivamente, serán suscritas y pagados con los referidos bienes, los cuales entrarían directamente al patrimonio de la persona jurídica, situación ésta que ha sido constante en la práctica jurídica-mercantil actual. En cualquiera de ambos supuestos, el capital social es un elemento fundacional al momento de la constitución de la compañía.

Es ese elemento constitutivo —el capital social— el que se encuentra dividido en acciones, cuyo término se emplea para indicar no solo una fracción del capital social, sino también para el conjunto de los derechos del accionista, así como también para el documento que se le entrega acerca de su derecho de participación dentro de la persona jurídica. Sin embargo, es necesario aclarar que esa división es ideal, no material, en palabras de Morles Hernández, ya que el capital social no puede ser dividido en ningún sentido. No obstante, como el capital está constituido por la suma de los aportes de cada socio y cada uno de estos recibe acciones en forma proporcional a su aportación, termina diciéndose que el capital se divide en acciones; esta frase básicamente enuncia el criterio de justamente, esa proporcionalidad de los aportes al momento de conformar o constituir una sociedad mercantil, por lo que, cada acción resulta una parte alícuota del capital social.

Teniendo definido los aportes que, en dinero o en bienes (activos tangibles) quienes fungirán como accionistas están conformando para constituir la persona jurídica que pretenden, se deben considerar otros aspectos de igual relevancia para dar forma legal al nacimiento de la compañía anónima frente al registrador mercantil.

Ese otro aspecto no es más que, el comisario. Quien actuaría como comisario de la sociedad mercantil, conforme a los términos establecidos por la norma mercantil, en su artículo 311, asume las funciones y principales responsabilidades a las cuales esta figura está llamada a cumplir dentro de la compañía:

Los comisarios deberán: revisar balances y emitir su informe. Asistir a las asambleas. Desempeñar las demás funciones que la ley y los estatutos les atribuyan, y en general, velar por el cumplimiento por parte de los administradores, de los deberes que les impongan la ley y la escritura o los estatutos de la compañía.

En palabras de Goldschmidt⁶, quien actúa como comisario, posee frente a la compañía, un derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones de esta —desde su constitución— y pueden examinar los libros, la correspondencia, y en general, todos los documentos de la sociedad.

Asimismo, sobre este particular, Hernández argumenta la importancia en cuanto al rol de esta figura, por lo que, resulta imprescindible e ineludible el cumplimiento de este deber al momento de la constitución de una compañía, e incluso a la magnitud de su investidura en procesos posteriores, una vez esté legalmente constituida la sociedad anónima:

Los Comisarios son responsables de la regularidad formal y sustancial en la estructura constitutiva de las sociedades mercantiles. En consecuencia, responden a los daños que sufran la sociedad, los accionistas o los terceros, por la impropia formulación del balance por parte de los administradores, siendo su culpa generalmente, una culpa in vigilando o in negligendo (...)

En la práctica, los comisarios se limitan a declarar que el balance ha sido formulado conforme a principios contables de aceptación general, y que el mismo refleja razonablemente la situación financiera de la empresa para el cierre del ejercicio. Esa declaración no limita la responsabilidad de los comisarios, porque éstos no pueden exonerarse unilateralmente de los deberes que les corresponden, como órganos de la sociedad, sobre la total regularidad formal y sustancial del balance⁷.

Ahora bien, teniendo el esquema estructural en cuanto a los mínimos legales que exige la norma mercantil para la constitución de compañías anónimas, se hace necesario dirigir este contenido a la actual tendencia que, desde el punto de vista tecnológico, el SAREN, ha diseñado e implementado para cubrir este particular.

El Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), adscrito a la Vicepresidencia de la República Bolivariana de Venezuela, dando cumplimiento al marco de los objetivos estratégicos que le son propios, promovió la estandarización de una plataforma virtual para la ejecución y formalización de actos jurídicos, no solo en materia de registro mercantil, sino también ante registros inmobiliarios y notarías públicas. Entre tales objetivos o planes estratégicos, se encuentran: Proveer a los ciudadanos venezolanos, de un sistema de registros y notarías de fácil acceso a la información por medio de herramientas efectivas; Garantizar que los actos y solicitudes de los ciudadanos alcancen la máxima seguridad, eficiencia y rapidez, con la finalidad de obtener procesos oportunos y expeditos en los servicios solicitados; proveer una plataforma tecnológica

⁶ Goldschmidt Roberto. “Curso de Derecho Mercantil”, Caracas, Venezuela, 1979.

⁷ Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil, Tomo II”, Universidad Católica Andrés Bello, V Edición. Caracas, Venezuela. 2002.

y una conectividad que garantice por medio de la captación y la capacitación de recursos tecnológicos y humanos plenamente comprometidos eficiente y eficaz, una base de datos con información local y nacional, única, objetiva y confiable, con la participación de todos los actores del sistema⁸.

En aras de garantizar el cumplimiento de las premisas estructurales de SAREN, para cubrir con la formalización de actos jurídicos previstos y regulados en la Ley de Registro Público y Notariado, siendo el eje central en este caso, el ámbito especialmente mercantil, permitió el diseño, ejecución y control de una plataforma tecnológica que el usuario utilizaría como herramienta digital para la concreción de actos jurídicos, como lo son la constitución de sociedades mercantiles, bajo el contexto de compañías anónimas.

Es así, como hace dos años, SAREN decide lanzar el proyecto piloto de “trámite en línea”, a través de su sitio web⁹, siendo el centro de enfoque de esta primera prueba, los registros mercantiles de Distrito Capital, estado Miranda y La Guaira. Este plan desarrollado conforme a parámetros previamente comprobados en atención a los requerimientos que determina no solo la práctica legal mercantil, sino la norma especial que regula dicha actividad, fue puesto en operaciones para dar frente a una situación de necesidad en cuanto a la simplificación de actos, que a nivel de las oficinas de registro mercantil en el país –inicialmente en las entidades que conformaron el plan de origen– se estaba exteriorizando, con el único fin de obtener resultados eficientes en cuanto a la formalización que engloba la constitución de compañías anónimas a nivel regional, estatal y nacional; y demás actos jurídicos de interés comercial vinculados a las C.A. El proceso va determinado por dos fases, de la siguiente manera:

Primera fase:

- Creación de usuario y contraseña, vinculado a un correo electrónico, propiedad del titular de la cuenta a ser configurada.
- Posibilidad de selección entre dos tipos de actuaciones, tanto en registro mercantil como en registro principal.
- Opción de actuaciones en registro mercantil, que interesa para este artículo, la solicitud de denominación mercantil para la constitución de empresas.
- Selección de modalidad a constituir: ordinaria o PYMES (pequeñas y medianas empresas)¹⁰.

⁸ Servicio Autónomo de Registros y Notarías: <https://www.saren.gob.ve/valores-institucionales/>

⁹ Servicio Autónomo de Registros y Notarías, www.saren.gob.ve

¹⁰ *Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) son iniciativas que cuentan con un número reducido de trabajadores,*

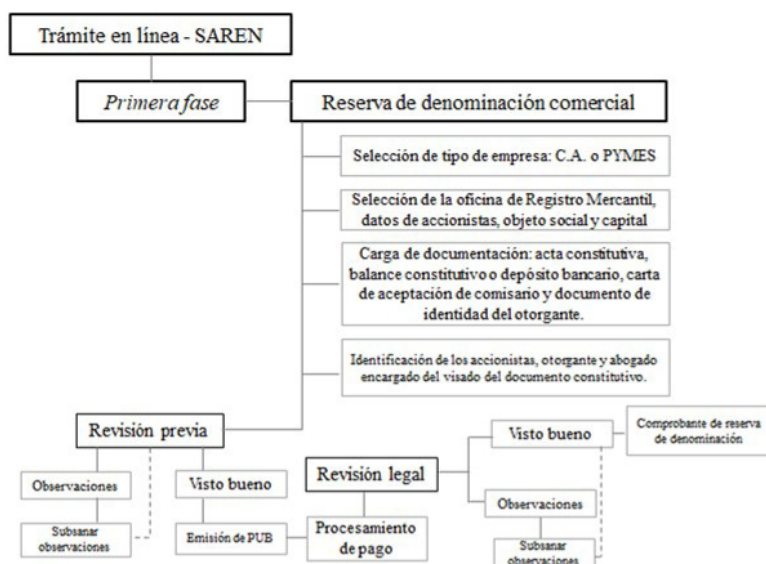
- Denominación comercial a solicitar, haciendo expresa salvedad en cuanto a su alcance y limitación en los términos del Código de Comercio:
- Estimado usuario, conforme a lo establecido en el código de comercio, un comerciante que no tiene asociado o que no tiene un participante, no puede usar otra firma o razón social, que su apellido y nombre. Por lo que nuestro servicio autónomo no se responsabiliza por los gastos generados al usar nombres de fantasía para las firmas personales. La inobservancia de las disposiciones legales referentes a la reserva del nombre no será objeto de devolución <https://tramites.saren.gob.ve/reservaNombre>.
- Paso siguiente de vaciado de información: entidad territorial donde se ejecutará el trámite de constitución, registro mercantil, capital suscrito de la empresa, actividad económica de la empresa, división, grupo, clase, tipo de empresa, objeto y cantidad de copias.
- Adjunto de documentación digital: estatutos sociales de la compañía anónima debidamente firmado por los accionistas y visado por el profesional del derecho, según aplique, copia de documento de identidad (cédula de identidad) del solicitante del trámite, autorizado en el documento constitutivo, carta de aceptación del comisario, depósito bancario –en caso de que el capital social haya sido conformado en dinero en efectivo- o balance de inventario –ante el supuesto de que el capital social haya sido conformado por bienes muebles o inmuebles de parte de los accionistas que la conformarán-, debidamente visado por el profesional según aplique.
- Especificación en cuanto a los accionistas, discriminando si se trata de persona natural o jurídica, con indicación del porcentaje accionario del capital social suscrito y pagado.
- Identificación del abogado encargado del trámite.
- Cubiertos estos extremos, de manera automática, la plataforma arroja como avance, que el proceso inicial –reserva de denominación comercial-, se encuentra en estatus de revisión previa, por parte de la oficina de registro mercantil receptora de ese proceso particular. Al cumplir con la conformidad de parte del funcionario revisor, se emite el visto bueno, y es emitida la Planilla Única Bancaria, en lo adelante PUB¹¹, generando un número de trámite como determinante

incluyendo al emprendedor que genera una idea la cual es desarrollada para obtener un beneficio económico. "Consideraciones teóricas para el análisis de las pequeñas y medianas empresas", Pérez María, Maracaibo, 2007.

¹¹ Artículo 1: *La Planilla Única Bancaria (PUB) es el instrumento emitido por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, a través del cual los usuarios y usuarias efectúan el pago de las tasas, impuestos y el procesamiento de documentos,*

para signar e identificar ese avance. Honrado el pago del arancel reflejado en la PUB por concepto de reserva de denominación mercantil, el estatus a nivel operativo avanza a “revisión legal”, fase en la cual, el funcionario mercantil verifica el cumplimiento o no, de todos los extremos normativos que prevé el artículo 213 del Código de Comercio, en cuanto al documento constitutivo, y demás recaudos necesarios para perfeccionar esta parte inicial del trámite, es decir, depósito bancario o balance contable de constitución, carta de aceptación de comisario, copia de documento de identidad de quien es el presentante del trámite.

Dando la conformidad, el proceso concluye con la emisión de comprobante de reserva de denominación; dando lugar automáticamente a un proceso signado con un número de trámite distinto, para la configuración definitiva del acto de constitución de la C.A., en segunda fase.



Mapa gráfico¹²

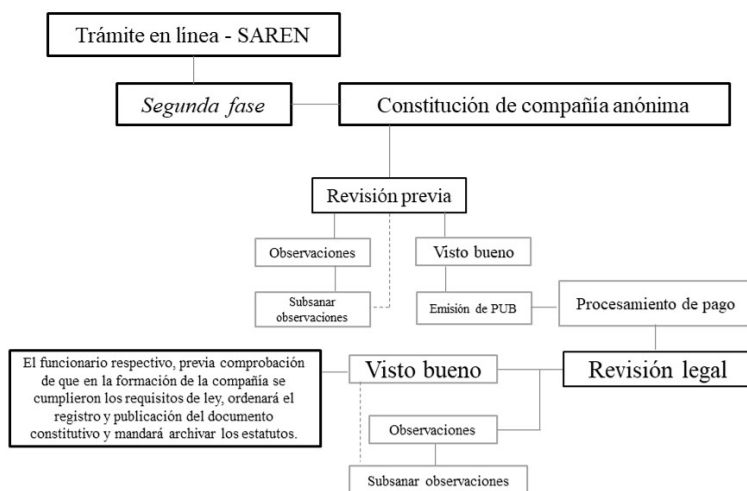
establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado. Instructivo para normar la emisión de la planilla única bancaria (PUB) del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), Resolución No. 095 de fecha 2 de mayo de 2018, según la Gaceta Oficial No. 41.388 del 2 de mayo de 2018.

¹² Representación gráfica del proceso de trámite inicial de reserva de denominación comercial. Ocanto Alexander, Maracaibo, 2023.

Segunda fase:

- Procesada la aceptación en cuanto a la reserva de denominación comercial en la primera fase *ut supra* indicada, de forma automática se genera una nueva nomenclatura para el trámite de formalización definitiva de la constitución de la compañía anónima.
- Acto seguido el sistema de “trámite en línea” informa al usuario que el proceso pasa a “revisión previa”. Estando todo conforme, de parte del funcionario revisor, se emite la PUB¹³ para que sea honrada; permitiendo el avance a la revisión legal de todos los recaudos, que conforme también a la primera fase, son analizados a detalle de manera digital, por el funcionario encargado para ello.
- El análisis que realiza el sujeto llamado a ejecutarlo en nombre del registro mercantil ante el cual se presentó la solicitud de constitución, deberá verificar: estatutos sociales o documento constitutivo, balance de apertura o de inventario, carta de aceptación de comisario; determinando requisitos y extremos tanto de forma como de fondo que atañen directamente al proceso que se pretende.
- Emitido el visto bueno definitivo como resultado de la revisión legal, el sistema arroja un último mensaje, indicando al usuario que, dentro los próximos tres días hábiles siguientes, se podrá ejecutar el otorgamiento del documento constitutivo, esto es, la formalización en cuanto a la constitución de la sociedad mercantil.
- Llegada a fecha del otorgamiento, la fase digital se materializa en un acto jurídico, que desde el punto de vista material, se hace necesario para cubrir con todos los parámetros que normativamente sobre este particular, atañen. En este entendido, el usuario debe consignar ante el funcionario público, los documentos remitidos vía web por el sistema “trámite en línea” de SAREN, pero en formato físico y originales, a los fines de la conformación del expediente interno que es destinado al archivo del Registro Mercantil, para que sea alojado no solo en sistema virtual, sino también de manera tangible.

¹³ Instructivo para normar la emisión de la planilla única bancaria (PUB) del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), Resolución No. 095 de fecha 2 de mayo de 2018, según la Gaceta Oficial No. 41.388 del 2 de mayo de 2018.

Mapa gráfico¹⁴

Otorgado el documento constitutivo, el Registrador Mercantil del cual se trate, se contrae a lo establecido expresamente en el segundo aparte del artículo 215 del Código de Comercio, cuyo contenido dispone:

(...) El funcionario respectivo, previa comprobación de que en la formación de la compañía se cumplieron los requisitos de ley, ordenará el registro y publicación del documento constitutivo y mandará archivar los estatutos.

2. Incidencia de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónica y demás leyes especiales, en cuanto a la estandarización tecnológica del proceso de constitución de C.A.

Uno de los motivos fundamentales producto de la necesidad de actualización tecnológica en el país, fue justamente la consolidación de lo que, en la exposición de motivos de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas¹⁵, en lo adelante LSMDFE, se vislumbró bajo una premisa de “Gobierno Electrónico”, el cual incluye todas aquellas actividades fundamentadas en las modernas tecnologías de información, disponiendo:

¹⁴ Representación gráfica del proceso de trámite de constitución de compañía anónima. Ocanto Alexander, Maracaibo, 2023.

¹⁵ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001, Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

(...) en particular Internet, que el Estado desarrollará para aumentar la eficiencia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer a las acciones del gobierno de un marco mucho más ágil y transparente que el actual.

Mediante la implementación del gobierno electrónico el ciudadano venezolano o extranjero tiene acceso, desde cualquier lugar del mundo, a la información sobre el funcionamiento y gestión de cada uno de los entes estatales y gubernamentales del país, la utilidad de estas tecnologías y de este Decreto-ley Que las hace más seguras, aumenta exponencialmente día a día (...)

Y es justamente el tema de propiciar mejoría en los servicios que el Estado debería garantizar a los ciudadanos, a fin de facilitar procesos, en este caso de corte jurídico, como lo son la constitución de compañías anónimas. Ahora bien, debido a la evolución acelerada de la tecnología, los países con legislaciones más recientes sobre el tema, han optado al igual en el caso de Venezuela, por proyectos simples, tecnológicamente neutros y dinámicos, en los cuales se mantienen los grandes aciertos de modelos anteriores (aplicación indistinta a todo tipo de actos y contratos, tanto en el sector público como en el privado y la homologación con los documentos en formato tradicional). El mecanismo adoptado ha sido la elaboración de normas legales de carácter general, que validan y homologan los actos y contratos celebrados por estos medios, y que contienen provisiones reglamentarias para su implementación. Es por ello que, basándose en los elementos básicos y principales contenidos en el referido compendio normativo, el Estado pretende brindar seguridad y certeza jurídica no solo a las comunicaciones, sino también a las transacciones, actos —constitución de C.A., por ejemplo— y negocios electrónicos en general.

Los avances tecnológicos en materia jurídica, pueden traer consigo la configuración de riesgos que, de no ser controlados, pudieren afectar el correcto desenvolvimiento que en este caso, el SAREN, pretendió desde el momento inicial en que fue instaurada la plataforma virtual utilizada como medio para la ejecución de actos civiles y mercantiles, en términos generales. La Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, con más de veinte años de vigencia en el sistema jurídico de leyes patrias, estipula tres conceptos básicos y fundamentales, que deben ser considerados para el apartado que se estudia y analiza en este artículo, traducido en la constitución de compañías anónimas vía digital y electrónica. En este sentido, el artículo 2, expone:

A los efectos del presente decreto-ley, se entiende por: (...)

Mensaje de datos: toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Emisor: persona que origina un mensaje de datos por sí mismo o a través de terceros autorizados.

Firma electrónica: información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Sistema de información: aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma, mensajes de datos.

En los términos que interesan para este artículo, como lo es la constitución de sociedades anónimas a través de la plataforma electrónica denominada “trámite en línea” de parte de SAREN, una vez que el usuario denominado como emisor a los fines de la ley especial *ut supra* invocada, y tratado a su vez como solicitante y responsable del proceso que instaura a través del sistema *in comento*, genera varios mensajes de datos que terminan siendo alojados en el servidor del organismo –SAREN-, de forma inteligible en formato electrónico, esto es, cuando de manera digital son cargados por el usuario al sistema: documento constitutivo, balance de inventario o depósito bancario, documento de identidad del solicitante, carta de aceptación del comisario que se trate, otros.

Tal como se planteó en líneas precedentes, la constitución de una especie societaria como lo son las compañías anónimas, por la vía ya descrita, de por sí engloba un acto jurídico apegado al cumplimiento de solemnidades y formalidades. Sobre este tema en específico, la LSMDFE, en su artículo 6 establece expresamente:

Quando para determinados actos o negocios jurídicos, la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este decreto-ley.

Quando para determinados actos o negocios jurídicos, la ley exija la firma autógrafa, este requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una firma electrónica.

Todos los documentos que se requieren para la constitución de las sociedades mercantiles, en modalidad de compañías anónimas, deben ser escritos de acuerdo a las formalidades de redacción tanto de fondo como de forma, en papel. Sin embargo, una vez se da inicio al proceso de formalización de a través del sistema instaurado por SAREN, de manera electrónica, estos documentos alojados en el servidor del sitio web del organismo, requiere, no solo conforme a lo establecido en el Código de Comercio¹⁶, sino en la LSMDFE, que estos permanezcan bajo esa modalidad, independientemente que cuando el proceso concluya, el registrador mercantil, ordena el resguardo del expediente que ha armado para tal fin, en su archivo físico central.

¹⁶ Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Esta situación en cuanto a los documentos que se ventilan ante la referida plataforma, goza de la posibilidad de que sean accesibles para su posterior consulta, por lo que, cuentan con la regulación normativa que se encuentra prevista a tenor del artículo 8 de la ley especial antes mencionada, cuyo contenido se desglosa:

Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. 2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida. 3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

Aunado al instrumento normativo que se cita en líneas precedentes, se hace necesario traer a colación otro compendio de instrumentos legales que, de igual manera, inciden directa o indirectamente en la formalización del acto jurídico, en virtud del cual se desarrolla este artículo. En consecuencia, es importante citar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado¹⁷ aplicable precisamente a la Vicepresidencia de la República, las dependencias y demás unidades adscritas a estas, como lo es el SAREN.

Asimismo, la citada norma engloba un conjunto de fines en virtud de los cuales, esta fue creada, dando prioridad en cuanto a la implementación de un estándar de interoperabilidad entre órganos del Estado, con el sol objeto de:

El presente Decreto con rango, valor y fuerza de ley, tiene los siguientes fines: 3. Promover el desarrollo de sistemas de información interoperables adecuados para los procesos del Estado y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos; 10. Coadyuvar en la simplificación de los trámites que realizan los ciudadanos ante los órganos y entes del Estado.

Justamente, el SAREN ha promovido los fines que se citan en la disposición legal invocada, toda vez que, con la puesta en marcha de la plataforma “trámite en línea”, ha consolidado con el pasar del tiempo, un sistema de información que ha coadyuvado a

¹⁷ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

descongestionar oficinas públicas a nivel nacional, permitiendo a su vez la satisfacción de los ciudadanos, traducidos en destinatarios del servicio legal electrónico para, en este supuesto en específico, formalizar sociedades mercantiles, permitiendo además facilitar procesos en cuanto a la simplificación de trámites, que antes de la instauración de la plataforma electrónica de parte de SAREN, se hacían tediosos y tardíos.

Por otro lado, y en abundancia a lo indicado en ideas anteriores, en el ordenamiento jurídico venezolano, existe otro compendio normativo que necesario citarlo, a fin de abordar el tema con un mayor sustento. En ese sentido, se tiene el Decreto No. 825 del 10 de mayo del 2000, sobre acceso y uso del internet, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.955 del 22 de mayo del 2000, instrumento a través del cual se declara el acceso y uso de internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela.

Este, uno de los instrumentos legales, de los cuales el SAREN se hace valer para la aplicación dar marco jurídico al diseño y uso de la plataforma tecnológica destinada a la ejecución de trámites civiles y mercantiles, tal como ha sido explanado en líneas precedentes.

3. La adecuación de una plataforma tecnológica y su cumplimiento con los extremos legales mínimos para la constitución de sociedades mercantiles, previstas en el Código de Comercio

En Venezuela, la regulación normativa no debe cesar, por cuanto el derecho se va adecuando y adaptando, ante cada exteriorización de necesidad social. Los avances de la tecnología, deben ir de la mano junto al derecho, pues de no hacerlo, la garantía de seguridad jurídica, que le compete al Estado dirigir a los destinatarios de la norma, podría carecer de todo sentido de existencia y de vigencia.

SAREN al permitir instaurar un sistema basado en la plataforma tecnológica “trámite en línea”, dio cumplimiento a los parámetros previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado¹⁸, por cuanto promovió el desarrollo de un sistema de información interoperable¹⁹ adecuado para los procesos del Estado y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, siendo esa necesidad, la agilización de los procedimientos de manera más expedita y celeridad, para la conformación de

¹⁸ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

¹⁹ Artículo 4, numeral 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado: Interoperabilidad es la capacidad de los órganos y entes del Estado de intercambiar por medios electrónicos datos, información y documentos de acceso público.

sociedades mercantiles, más concretamente, compañías anónimas; ; incluso, coadyuvando en la simplificación de los trámites que realizan los ciudadanos ante los órganos y entes del Estado, en este ante un Registro Mercantil, como oficina pública adscrita al SAREN, para la concreción y formalización de actuaciones de índole mercantil y/o comercial.

Ahora bien, el diseño y la posterior utilización de esta plataforma electrónica que años atrás resultaba operativamente imposible de poner en marcha, para ejecutar actos de carácter tan formal como la constitución de sociedades mercantil, no fue considerada por SAREN de manera ajena a los parámetros y lineamientos normativos que plantea el Código de Comercio, sobre ese punto en particular, por el contrario condensó y organizó los estándares de tal manera que el proceso habitual por medio del cual dos o más personas manifestaran intencionalmente su voluntad de vincularse bajo la figura de una persona jurídica, se pudiese desarrollar de manera electrónica, sin hacerse a la vista gorda, en cuanto a todos y cada uno de los extremos, que desde el punto de vista legal, deben configurarse ante un registrador mercantil.

La exigencia de formalidad que plantea una norma desde su promulgación en el año 1955, como lo es el Código de Comercio, para la constitución de C.A., no queda deslastrada de la adaptabilidad que el SAREN, a través del sistema electrónico implementado, que puso en marcha desde hace poco más de dos años, por el contrario, promovió que los procesos de conformación de sociedades mercantiles, sus actualizaciones a través de actas de asamblea, entre otros particulares, sea utilizado con mayor frecuencia, por cuanto se traduce en una notable simplificación de trámites que de manera presencial ante la oficina de registro mercantil, ameritaba mayor tiempo en su ejecución. Solo existe, para el autor de este artículo, una observación de forma en cuanto al sistema del SAREN, y va dirigido específicamente, en cuanto al término que implementa el organismo, para referirse a la C.A. como empresa.

Desde el punto de vista doctrinal, e incluso práctico, no resulta similar equiparar el término empresa al de sociedad mercantil, por cuanto el primero atiende a términos estrictamente económicos mientras que el segundo y el que interesa para este artículo, es rigurosamente jurídico, siendo sus connotaciones en la práctica, contrapuestas entre una y otra. No obstante, la no adecuada utilización de estos términos por el SAREN, no desmerita ni resta valor de fondo, al proceso que de manera consistente el organismo ha creado, desarrollado, ejecutado y controlado, para la consecución del fin deseado.

CONCLUSIÓN

La manera tradicional bajo la cual se estableció el proceder normativo para la constitución de sociedades mercantiles, conforme al Código de Comercio que aún sigue vigente desde el año 1955, ha sido acoplada y emparejada por el órgano encargado del control de las oficinas públicas, ante las cuales se ejecutan, como lo son los registros mercantiles, adscritos al SAREN.

Ese emparejamiento y coordinación de la forma tradicional de constitución de C.A. ante el Juez de Comercio, respecto a la plataforma electrónica que hoy en día ha diseñado e implementado el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, ha garantizado más allá de una mera simplificación de trámites, la actualización del derecho mercantil patrio, a nuevas tecnologías, situación ésta que se apuntó a raíz de la instauración del denominado Despacho Virtual, por parte del Tribunal Supremo de Justicia, tras la situación de pandemia a causa del COVID-19, a través de la resolución No. 05-2020 de la Sala de Casación Civil del máximo tribunal de la República, precisamente para garantizar en ese caso, el principio de tutela judicial efectiva a los justiciables, pues el sistema judicial debía ser reactivado.

La forma de constitución que a tenor de la norma mercantil se ha venido estableciendo por décadas, sigue teniendo plena vigencia, no obstante los cambios y procesos de adaptabilidad a nuevas formas tecnológicas establecidas por SAREN, no deben ser ajenas a la intención del legislador que desde la promulgación del Código de Comercio aún existen; toda vez que la esencia de la norma mercantil debe seguir teniendo pleno vigor en cuanto al aspecto explanado en este artículo, pero sin alejarse ni resistirse a los inminentes cambios que año tras año, las tecnologías de la información traen consigo para aliviar de cierto modo, los procesos legales que son ejecutados ante registros mercantiles, de parte de quienes hacemos vida en el ejercicio profesional en esa rama del derecho.

En definitiva, como se planteó en ideas anteriores, el punto de inicio para la conjugación de voluntades entre dos o más personas con ánimos de ejecutar uno o varios actos de comercio, requieren de la conformación o constitución de ese consenso, bajo la formalidad de la sociedad anónima ante el funcionario mercantil, con todos los pasos a seguir en el *íter* registral que se amerita, atendiendo los lineamientos del Código de Comercio. A través del presente artículo, se determinó la practicidad, que desde el punto de vista jurídico, este tipo de procesos implementados por SAREN, promueve para agilizar y hacer más prácticas las constituciones de sociedades mercantiles, sin desmeritar su alcance ni su esencia jurídica, en comparación a la práctica tradicionalmente conocida.

BIBLIOGRAFÍA

Código de Comercio, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 del 21 de diciembre de 1955.

Decreto No. 825 del 10 de mayo del 2000, sobre acceso y uso del internet, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.955 del 22 de mayo del 2000

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos del Estado, Decreto No. 9.051, según la Gaceta Oficial No. 39.945, del 15 de junio de 2012.

Goldschmidt Roberto. “Curso de Derecho Mercantil”, Caracas, Venezuela, 1979.

Instructivo para normar la emisión de la planilla única bancaria (PUB) del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), Resolución No. 095 de fecha 2 de mayo de 2018, según la Gaceta Oficial No. 41.388 del 2 de mayo de 2018.

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto No. 1.024 del 10 de febrero de 2001, Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Morles Hernández Alfredo, Curso de Derecho Mercantil II Edición. Caracas, Venezuela, 1987.

Morles Hernández Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil, Tomo II”, Universidad Católica Andrés Bello, V Edición. Caracas, Venezuela. 2002.

Consideraciones sobre la validez y eficacia del Arbitraje Comercial en controversias derivadas de Smart Contracts

Kimberly K. González Rojas*
Génesis Daniela Gutiérrez**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-317-338

Resumen: Se ha incrementado el uso del arbitraje como medio idóneo para la resolución de los conflictos derivados de esta novedosa figura. Sin embargo, las características propias del comercio, donde prima la seguridad, celeridad y flexibilidad de las relaciones, han requerido que tanto programadores como abogados encuentren las estrategias indicadas para desafiar la inmutabilidad casi dogmática de esta figura, abriendo espacios para el mayor desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Por lo tanto, resulta de cardinal importancia reflexionar sobre las características de la cláusula arbitral indicada para estos asuntos, así como los requisitos de validez y eficacia del laudo arbitral que resuelva la controversia, a fin de garantizar su reconocimiento y ejecutabilidad en Venezuela o en el extranjero.

Palabras clave: Arbitraje; blockchain; contratos inteligentes; autonomía de la voluntad; cláusula arbitral; laudo arbitral.

Considerations on the validity and effectiveness of Commercial Arbitration in disputes derived from Smart Contracts

Abstract: *The use of arbitration has increased as an adequate means for the resolution of conflicts derived from this new figure. However, the characteristics of commerce, where security, speed and flexibility of relationships prevail, have required both programmers and lawyers to find the right strategies to challenge the almost dogmatic immutability of this figure, opening spaces for the greater development of the autonomy of the will of the contracting parties. Therefore, it is of cardinal importance to reflect on the characteristics of the arbitration clause indicated for these matters, as well as the validity and effectiveness requirements of the arbitration award that resolves the controversy, in order to guarantee its recognition and enforceability in Venezuela or in the foreign.*

Keywords: *Arbitration; blockchain; smart contracts; autonomy of the will; arbitration clause; arbitration award.*

Recibido: 28/05/2023
Aprobado: 18/06/2023

* Abogada. Universidad Central de Venezuela. Año 2012.

** Abogada. Universidad Central de Venezuela. Año 2018.

Consideraciones sobre la validez y eficacia del Arbitraje Comercial en controversias derivadas de Smart Contracts

Kimberly K. González Rojas*
Génesis Daniela Gutiérrez**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-317-338

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Generalidades sobre la idoneidad del Arbitraje Comercial como método de resolución de controversias derivadas de Smart Contracts. 2. Limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas de la inmutabilidad de esta figura. 3. Condiciones de validez de la cláusula arbitral incluida en un Smart Contract. 4. Validez y eficacia del laudo arbitral que resuelva este tipo de controversias.* **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

El auge de las criptomonedas y la aplicación de la tecnología blockchain a diversas operaciones, ha permitido el surgimiento de los Smart Contracts como una nueva herramienta para regular las relaciones comerciales, lo que ha generado a la ciencia jurídica nuevos problemas por resolver. Como elemento característico de cualquier relación con relevancia para el Derecho, el conflicto gravita sobre el intercambio de voluntades como una potencialidad y confluye con el arbitraje como medio de resolución alternativa de controversias, debido a su gran flexibilidad y apego al desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes como principio que informa la libertad contractual.

Con la evolución tecnológica, el arbitraje también ha avanzado hacia la incorporación de los medios telemáticos para su desarrollo, aproximándose desde tres puntos de vista a la tecnología blockchain¹: en primer lugar, utilizando la cadena de bloques como herramienta en arbitrajes “tradicionales” *offline* y *online*, aplicándola como sistema de registro inmutable y deslocalizado de datos e información almacenados en plataformas con reconocido valor probatorio y certeza jurídica o a su vez, como plata-

* Abogada. Universidad Central de Venezuela. Año 2012.

** Abogada. Universidad Central de Venezuela. Año 2018.

¹ Rodríguez C., Luis Ernesto. «La relación entre Blockchain y Arbitraje ¿mutualismo o canibalismo?» *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, 2019: 12-16.

forma de trámite de los procedimientos arbitrales, utilizando la tecnología blockchain para registrar el acuerdo de arbitraje y abarcando la sustanciación del proceso; lo cual ha encontrado ciertos obstáculos en cuanto a la gran cantidad de datos que se manejan en un arbitraje complejo.

En segundo lugar, se ha tratado la blockchain como relación jurídica objeto del arbitraje, donde se ha destacado la idoneidad del procedimiento arbitral para resolver este tipo de asuntos, lo que ha promovido el surgimiento de centros de arbitraje exclusivos para esta clase de conflictos y el surgimiento de grandes instituciones que ofrecen servicios puntuales enfocados en blockchain².

En tercer lugar, existe la implementación de la tecnología blockchain como contenedor- administrador del arbitraje, lo que se ha denominado como Arbitraje Inteligente, autoejecutable o descentralizado, donde el procedimiento arbitral o una parte de él se programa, ámbito en el cual han destacado plataformas que, aunque guardan diferencias entre sí, se desarrollan en cuanto a un concepto bastante similar, tales como Kleros, Codelegit, Opencourts, entre otras.

La presente investigación se centrará en plasmar ciertas consideraciones sobre la idoneidad del arbitraje como medio de resolución de controversias derivadas de los Smart Contracts y los desafíos que enfrenta la autonomía de la voluntad de las partes, dentro del concepto de la inmutabilidad como nota característica dentro de esta novedosa figura, así como los requerimientos de una cláusula arbitral pactada para este tipo de acuerdo de voluntades, considerando a su vez los requisitos que revisten a un laudo arbitral que resuelva un conflicto de este tipo de plena validez y eficacia en el lugar de su ejecución, con arreglo a las normas domésticas y los tratados internacionales que regulan la materia.

1. Generalidades sobre la idoneidad del Arbitraje Comercial como método de resolución de controversias derivadas de Smart Contracts

Las nuevas tecnologías han sido las herramientas protagonistas en el desarrollo del comercio moderno, ya que con su uso se han creado diversas modalidades que le han posibilitado a los comerciantes abarcar grandes nichos de forma mucho más rápida. Ante esta realidad, el Derecho Mercantil también ha tenido que evolucionar adaptándose a las recientes tendencias mundiales, entrando a regular situaciones jurídicas novedosas que requieren de mecanismos efectivos que protejan derechos y garanticen el cumplimiento de las obligaciones de la forma más eficaz posible. El uso de la tecnología blockchain ha sido clave en todo este proceso.

² La Institución de Resolución de Conflictos de Blockchain y Tecnología (IBT) es el primer centro arbitral de Latinoamérica, con sede en Panamá, especializado en temas de tecnología y Blockchain. <https://www.ibtlat.com>.

Klaus Schwab describe el blockchain como “un protocolo seguro por el cual una red de ordenadores verifica colectivamente una transacción antes de que pueda ser registrada y aprobada”³. El blockchain permite transacciones más seguras ya que los datos son almacenados en cadenas de bloques con protocolos de seguridad específicos que requieren de aprobación de diversos usuarios u ordenadores, también llamados “nodos”, para que se ejecuten. Esto le otorga un carácter público y descentralizado ya que todos los usuarios tienen acceso a la red y a la información contenida la cadena de bloques a través de llaves.

Además, el blockchain imprime un sello de alta seguridad en todas las operaciones que se ejecuten en las cadenas de bloques, ya que aunque la red tenga carácter público y descentralizado, no significa que sean reversibles, modificables o sustituibles. Generalmente, el blockchain se describe como:

un libro de contabilidad compartido e inalterable que facilita el proceso de registro de transacciones y de seguimiento de activos en una red de negocios. Un activo puede ser tangible o intangible. Prácticamente cualquier cosa de valor, puede rastrearse y comercializarse en una red de blockchain, reduciendo así el riesgo y los costes para todos los involucrados⁴.

Uno de los usos más comunes del blockchain es la ejecución de operaciones financieras y el desarrollo de monedas digitales o criptomonedas a través de una red *Peer-to-Peer* o *P2P*, como, por ejemplo, *Bitcoin* o *Ethereum*. Sin embargo, esta tecnología ha avanzado a pasos agigantados, llegando a influir también en el ámbito legal.

Así, ha surgido una nueva tipología de contratos llamados Smart Contracts o contratos inteligentes. Los Smart Contracts son programas que permiten la ejecución de las obligaciones contraídas por las partes de forma automática, sin que medie la intervención de terceros o incluso de los involucrados. Estos instrumentos son programados en un lenguaje criptográfico dentro de una red blockchain, en la cual se almacenan los datos, se verifica el cumplimiento de la obligación, y, de forma automática se ejecuta la misma. El hecho de trabajar en una red blockchain le otorga a los Smart Contracts, en principio, el carácter de inmutabilidad, puesto que es imposible modificar las obligaciones inicialmente pactadas, independientemente de que se presenten causas externas que impliquen la modificación de las condiciones iniciales, ni siquiera por mutuo acuerdo entre las partes, lo cual impediría la ejecución automática del contrato

³ Schwab, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Foro Económico Mundial, 2016. P.22

⁴ IBM. Visión general de Blockchain. s.f. <https://www.ibm.com/es-es/topics/blockchain> (último acceso: 20 de 02 de 2023).

mientras no se verifique el cumplimiento. Tal carácter inmutable confiere seguridad al garantizar que si una de las partes incurre en algún incumplimiento no hay ejecución y por lo tanto no hay ganancia, lo cual se traduce en menores pérdidas para la parte afectada.

Pero, conforme han evolucionado la tecnología y las relaciones comerciales, también han evolucionado las controversias derivadas de estas, por lo que resulta imperante conseguir medios eficaces para su resolución que provean de soluciones efectivas y ajustadas a las necesidades de las partes para cada caso concreto. Si bien los Smart Contracts otorgan a las partes involucradas mayor seguridad y rapidez en la concreción de los acuerdos celebrados en el marco del intercambio de bienes y servicios, no es menos cierto que representan un gran reto para el Derecho, dado que su carácter, en principio inmutable, resulta incompatible en muchas ocasiones con las innumerables situaciones que pueden darse en el transcurso de la relación jurídica entre las partes contratantes, y que produzcan la necesidad de modificar los términos, condiciones o incluso la forma de cumplimiento de la obligación inicialmente pactada.

La Profesora Claudia Madrid, citando a Chillón Medina, define el arbitraje “como una forma de dirimir controversias que, al ser establecido por las partes en un contrato, presenta carácter voluntario, y confiere la facultad de decisión a simples particulares llamados árbitros”⁵. Es un medio alternativo de solución de conflictos en el que las partes voluntariamente acuerdan renunciar a la jurisdicción ordinaria de los tribunales y someter sus controversias a las decisiones de árbitros, el cual es reconocido en el Texto Constitucional de 1999, que lo consagra junto con la Conciliación y la Mediación, como un medio alterno de resolución de conflictos válido y apto para la administración de justicia.

La renuncia a la jurisdicción ordinaria no significa la vulneración de la seguridad jurídica de las partes ni la imposibilidad de ejecución de las decisiones que resulten del proceso, las cuales se materializarán en un laudo arbitral. Por el contrario, la tendencia mundial es crear sistemas jurídicos sólidos y coherentes que doten al arbitraje de las mismas cualidades jurisdiccionales que las otorgadas a los jueces. Un árbitro podrá dictar medidas cautelares, acordar celebrar tantas audiencias considere, permitir la evacuación de testigos y presentar pruebas, experticias, y todas aquellas potestades de las que gozaría un Juez, incluyendo el carácter de cosa juzgada, que se le atribuye tanto a la sentencia como al laudo, a excepción de la fuerza ejecutoria, la cual corresponde de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

⁵ Madrid, Claudia. «El acuerdo de arbitraje como excepción al ejercicio de la jurisdicción.» *AA.VV., Derecho Procesal Civil Internacional*, 2010: 697 ss.

El arbitraje nace y se desenvuelve a través de la autonomía de la voluntad de las partes, principio esencial para el Derecho Privado, siendo el fundamento que permite a las partes adaptar el proceso y acordar sus pautas de acuerdo a las particularidades de su relación contractual o extracontractual, siempre que el objeto de la controversia verse sobre materia susceptible de ser sometida al conocimiento de los árbitros.

Por lo anterior, recurrir al Arbitraje Comercial resulta el camino idóneo en aquellas controversias derivadas de los Smart Contracts, ya que, por la especialidad de esta figura, resulta favorecedor para las partes contar con una herramienta flexible que les permita diseñar el proceso a su medida, seleccionando las normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia, así como las normas adjetivas que les permitan arribar a soluciones efectivas, preservando en muchos casos las relaciones comerciales que no están interesadas en romper de manera definitiva. De esta manera, se permite a las partes involucradas incorporar nuevas opciones, especialmente tecnológicas, apuntando a soluciones más certeras y hechas a la medida, dándoles la posibilidad de seleccionar árbitros altamente capacitados para conocer este tipo de asuntos, que puedan emitir un laudo imparcial, que provea soluciones justas al asunto planteado.

2. Limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas de la inmutabilidad de esta figura. Posibilidad de pactar una cláusula arbitral postconflicto

Las definiciones jurídicas aportadas sobre los Smart Contracts oscilan entre categorizarlos como “un proceso automático de ejecución de obligaciones (las cuales han sido previamente codificadas en la blockchain), una vez se verifique el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes.”⁶ y en otras ocasiones, la doctrina “se refiere a la aplicación de esta tecnología, la cual puede ser utilizada como un complemento o sustituto para los contratos legales”⁷, destacando que el alcance de esta categoría depende del acercamiento que hagan las autoridades legales, políticas y comerciales hacia esta tecnología. En este sentido, Tasende⁸ señala:

Cuando se aplican estas tecnologías a un acuerdo jurídicamente exigible, de lenguaje tradicional, para su ejecución, estamos ante un *smart legal contract*, donde el código informático autoejecutable es capaz de verificar, facilitar, vigilar y hacer cumplir el acuerdo sin voluntad humana.

⁶ Centeno, Rafael J. «Introducción a la blockchain, a los contratos inteligentes, y a la aplicabilidad del arbitraje a esta tecnología.» *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, Nro. 1, 2020. P. 491.

⁷ *Ibidem*. P. 492.

⁸ Tasende, Ignacio. «Blockchain y Arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smartcontracts y criptodivisas.» *Revista de Derecho* N°22, 2020. P. 145.

Resulta de cardinal importancia para la ciencia jurídica hacer distinción entre los prenombrados conceptos. De este modo, es oportuno precisar que cuando se habla de un Smart Contract, no se hace referencia necesariamente a un contrato legalmente exigible, mientras que, al utilizar las tecnologías para la ejecución de un acuerdo jurídicamente válido, el intérprete se encuentra ante una figura que ha ingresado en la esfera de protección del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, muy a pesar del nombre que reciben, el debate ha girado en torno al reconocimiento de la naturaleza contractual de esta figura, pues no es una cuestión de única nomenclatura, sino de la adecuación de este supuesto a una figura jurídica, lo que aporta certeza sobre su definición. Para ello, es menester recurrir a las disposiciones de la legislación venezolana, a fin de precisar la adecuación de un Smart Contract a la noción de contrato que ha acogido nuestro ordenamiento.

Cabe destacar, que algunos contratos inteligentes en sentido estricto, únicamente están almacenados en la blockchain a través de un código informático. Mientras que, en otros supuestos, al acuerdo contractual cifrado en la cadena de bloques lo acompaña un contrato tradicional cuyas cláusulas se encuentran plasmadas en lenguaje natural. Resulta obvio que, en este segundo escenario, es imposible negar su auténtico carácter contractual.

Para aclarar cualquier vestigio de dudas sobre los contratos inteligentes, es menester remitirse al artículo 1133 del Código Civil Venezolano⁹ cuando dispone: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.” El jurista venezolano, José Mélich Orsini¹⁰, amplía esta noción al establecer:

El contrato es, pues, un negocio jurídico bilateral capaz de crear, reglamentar, transmitir, modificar o extinguir una relación jurídica de cualquier naturaleza entre las partes que concurren a su celebración, y no sólo es eficaz en lo que se refiere a vínculos de naturaleza personal (de contenido patrimonial o extrapatrimonial) entre las partes, esto es, derechos de créditos (lo que se llama eficacia personal del contrato), sino que también puede afectar el estado de los derechos reales (la llamada eficacia real del contrato).

Por todo lo anterior, puede establecerse la adecuación de los contratos inteligentes a la noción de contrato que consagra el legislador venezolano, toda vez que son fuente de obligaciones emanadas de las respectivas declaraciones de voluntad de las partes, bien sea obligaciones de dar, hacer o no hacer. Su diferencia estriba en cuanto a

⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N°2.990. Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

¹⁰ Mélich O., José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006. P.8.

dos aspectos esenciales: en primer lugar, en cuanto a la ejecutabilidad de dichas obligaciones, ya que la inmediatez marca el cumplimiento de las mismas una vez se hayan ejecutado los compromisos asumidos por las partes contratantes. Y, en segundo lugar, en cuanto al idioma en el cual se encuentran escritos, puesto que el contrato inteligente será desarrollado por los programadores en un lenguaje criptográfico reconocido por el software que las partes elijan.

Al mencionar los desafíos de esta novedosa figura, la doctrina extranjera destaca: "Si los comerciantes no confían en él, las leyes no los reconocen y los tribunales no pueden interpretarlo, no será entonces un "contrato" muy útil en la práctica".¹¹ En el caso venezolano, puede entenderse que son contratos perfectamente válidos siempre que cumplan los requisitos de existencia y validez de los mismos, entendidos los primeros como consentimiento libremente manifestado, un objeto idóneo y una causa lícita, de acuerdo al artículo 1141 del Código Civil y los segundos, como la capacidad de los contratantes y la ausencia de vicios del consentimiento, en atención a lo dispuesto por el artículo 1142 *ejusdem*.

Aceptando que la naturaleza jurídica de un Smart Contract es la misma de un contrato tradicional y su noción es producto del ejercicio de la libertad contractual de las partes que lo celebran, deben dilucidarse las posibles limitaciones a la autonomía de la voluntad que puedan derivarse de la característica inmutabilidad de las transacciones que implican la utilización de la tecnología blockchain.

Aunque la formulación de los Smart Contracts y su modo de ejecución se configuran gracias a la combinación de diversos elementos tecnológicos, la autonomía de la voluntad de las partes no deja de tener un marcado protagonismo dentro de su creación, aún más, cuando de la inclusión de cláusulas arbitrales al inicio de la relación contractual se trata. No obstante, es prudente analizar, además, la posibilidad de pactar una cláusula arbitral postconflicto en caso de no haber incluido una en las fases iniciales de la negociación del contrato.

La noción de autonomía, etimológicamente comienza con la idea de poder dictarse a sí mismo su propia ley. Para el filósofo alemán Immanuel Kant, la voluntad es autónoma y se determina a sí misma, en virtud de su propia esencia.¹²

¹¹ Stark, Josh. 2016. Making Sense of Blockchain Smart Contracts - Coindesk. Coindesk. <https://www.coindesk.com/makingsense-smart-contracts>. La versión original, señala: Versión original: "If businesspeople don't trust it, the legislature doesn't recognize it and the courts can't interpret it, then it won't be a very practically useful "contract".

¹² Madrid M., Claudia. «Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días.» En El Código Civil Venezolano en los inicios del Siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil Francés de 1804, de Varios autores, 724. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Embajada de Francia en Venezuela; Asociación Francovenezolana de Juristas (JURISFRAVEN), 2005. P.376.

Colin y Capitant,¹³ definen a la autonomía de la voluntad, refiriéndose a ella como un principio jurídico esencial que consiste en:

(...) que los particulares puedan ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y de hacerles producir las consecuencias jurídicas que convengan, siempre que no se trate de un acto o de un efecto jurídico prohibido por una disposición expresa de la ley. Todo lo que no está prohibido, está permitido.

El principio de la autonomía de la voluntad se refleja en la libertad que poseen las partes para seleccionar o idear la figura contractual que más se adapte a sus necesidades, partiendo de esa voluntad creadora de contenidos, forma y esencia jurídica a una relación jurídicamente válida, para ubicarla así dentro de una categoría contractual preexistente o crear una novedosa figura con un objeto y efectos ajustados a la necesidad de las partes contratantes en el caso concreto.

En sintonía con lo anterior, Puig Brutau¹⁴, asevera:

el poder creador de la autonomía de la voluntad se manifiesta cuando existe la posibilidad de dos o más personas de quedar obligadas por su propia iniciativa (...) Esta autonomía significa que, en principio, todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera.

En el ordenamiento jurídico venezolano, este principio se encuentra consagrado en los artículos 20 y 112 de la Constitución. Pero es el artículo 1159 del Código Civil, el que le da una configuración más acabada, cuando señala: “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas en la Ley”. De manera generalizada, se ha reconocido que la limitación más contundente de la libre autonomía de la voluntad viene dada por el respeto al orden público y las buenas costumbres, consagrado en el artículo 6, *ejusdem*¹⁵.

En síntesis, por autonomía de la voluntad se entiende, de acuerdo con Mélich Orsini,¹⁶ “el poder que el artículo 1159 del Código Civil reconoce a las voluntades particulares de reglamentar por sí mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen”. Las partes determinan libremente y sin intervención de la ley, pero con una eficacia que el mismo legislador compara con la del texto legal los contratos que tengan a bien celebrar de acuerdo a sus intereses individuales, sin tener que sujetarse a las normas específicas del Código Civil relativas a los tipos de contrato y su reglamentación particular. Así pues, en materia contractual, la voluntad de la ley solamente suple el silencio de la voluntad de las partes o las insuficiencias en sus previsiones.

¹³ Colin, Ambrosio; Capitant, Henri. Curso Elemental de Derecho Civil. Madrid: Editorial Reus, 1952. P.170

¹⁴ Puig B., José. Fundamentos de Derecho Civil. Barcelona: Editorial Bosch, 1973. P.5

¹⁵ Vid. Madrid M., Claudia. «Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días». *Op. Cit.*

¹⁶ Mélich O., José. Doctrina General del Contrato. *Op. Cit.* P.20.

Las consecuencias de este principio, son básicamente tres y se traducen en: a) Las partes pueden hacer cuantas convenciones se les ocurran, aún más allá de las formas contractuales previstas por el legislador, por lo cual se permite la existencia de los llamados contratos innominados en el artículo 1140 del Código Civil; b) las partes pueden derogar en sus convenciones las reglas previstas por el Código Civil para los contratos previstos en él y/o las reglas de las obligaciones en general, estableciendo los plazos y condiciones que prefieran; y c) Las partes pueden igualmente modificar la estructura del contrato, estableciendo las excepciones y formalidades que juzguen convenientes.¹⁷

Ni aún el avance tecnológico más elevado, puede desligarse de la esencia de la manifestación de este principio, toda vez que, aunque el campo del Derecho cada día se adapta a la incorporación de la inteligencia artificial y el ser humano es impulsado hacia la simplificación de sus tareas diarias, la voluntad forma parte de la definición misma de la personalidad jurídica y es indivisible de su noción.

Aun cuando un Smart Contract se celebre entre partes distantes físicamente y a menudo desconocidas, no por ello escapa de este principio inherente a la libertad individual, que, en una de sus tantas expresiones, se manifiesta como libertad de contratación. La libertad contractual se revela en la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, esta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás¹⁸.

De esta manera, una vez se haya perfeccionado el contrato inteligente a través del cruce de voluntades de las partes en cuanto a las prestaciones ofrecidas y no exista ningún obstáculo que afecte su validez, el contrato deviene en eficaz y vincula a las partes contratantes con la característica de que es inmodificable e irreversible. En principio, la inmutabilidad provee a las partes de seguridad jurídica sobre el acuerdo celebrado, pero al mismo tiempo, dota al pacto de una noción de inflexibilidad que lo haría imposible de adaptar a situaciones imprevisibles que pudieran surgir en el tránsito de la vigencia del contrato.

Como bien indica Fetsyak¹⁹ “si bien la inmutabilidad del blockchain limita de forma sustancial la formación del contrato inteligente, ello no necesariamente significa que devenga en imposible, dado que existen una serie de mecanismos que posibilitan modificar el contenido de un bloque, v.gr., mediante una operación inversa validada por al menos 51% de los nodos”.

¹⁷ Mélich O., José. *Doctrina General del Contrato. Op. Cit.* P.20

¹⁸ De la Puente, Manuel. *El contrato en general.* Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2007. P.264.

¹⁹ Fetsyak, Ihor. «Contratos Inteligentes: Análisis jurídico Desde El Marco Legal español». *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja (REDUR)*, n.º 18 (diciembre) 2020 :197-236. <https://doi.org/10.18172/redur.4898>. P. 219.

Entendiendo que jurídicamente se está ante un contrato, lo ideal es que las mismas partes asuman un rol protagónico en la modificación del acuerdo. Una posibilidad viable menos limitativa de la autonomía de la voluntad, es que las propias partes acuerden desde el inicio de la relación la posibilidad de modificar el contenido del contrato para cuando surgieran circunstancias no previstas inicialmente, mediante la inclusión de una cláusula inteligente o *smart term*, que sirva para tal fin, o bien redactar un nuevo acuerdo sustitutivo del inicial, o también manejarlo bajo la figura del *addendum*, cuya posibilidad se plantee entre las partes desde el principio, para, (entre otros asuntos), la verificación de situaciones específicas como caso fortuito, fuerza mayor, inicialmente difíciles de valorar a través de la tecnología y por último pero no menos importante, la celebración de acuerdos arbitrales perfectamente válidos, aún post-conflicto.

Asimismo, es recomendable que, para adaptar el contrato al acaecimiento de circunstancias externas, se seleccionen oráculos o empresas verificadoras con capacidad de ajustar y actualizar ciertas condiciones contractuales en caso de requerimientos específicos.

Como puede observarse, la inmutabilidad figuraba al surgimiento de esta tecnología como un dogma arraigado a la definición de los Smart Contracts. Sin embargo, la creatividad característica del comerciante ha movilizado a abogados e informáticos hacia el empleo de modalidades que les permitan conservar la autonomía de sus decisiones, sin renunciar a la celeridad que los usos del comercio persiguen. Para enfrentar estos desafíos, se necesitan evidentemente, programadores con la suficiente capacidad de análisis para abstraer la realidad del comercio del lenguaje binario que predomina en sus labores, con el trabajo conjunto de abogados capacitados en el manejo de esta nueva forma de contratación que ha llegado para quedarse.

Un contrato inteligente facilita, pero a la vez desafía e invita: facilita la agilización del comercio, la rapidez de las transacciones, lo que ha sido la quimera de los comerciantes desde la génesis del comercio y el surgimiento del Derecho Mercantil. Y es que no hay nada que guarde más la esencia del Derecho Mercantil originario, que un Smart Contract, como una muestra de agilidad, transparencia, eficacia, celeridad e intercambio continuo de bienes y servicios.

Con el aumento del rango de acción del principio de la autonomía de la voluntad en esta área, se permite a las partes un mayor goce de sus libertades. Y en caso de eventuales conflictos, se les deja la puerta totalmente abierta para recurrir al Arbitraje como medio idóneo para la resolución de este tipo de controversias, donde lo fundamental para los empresarios es la respuesta al conflicto planteado, sin que ello implique, per se, una ruptura irreversible de las relaciones comerciales que acostumbran a sostener.

3. Contenido y condiciones de validez de una cláusula arbitral incorporada en un Smart Contract

Dadas las características particulares de los Smart Contracts, especialmente en cuanto a su lenguaje de programación, cabría preguntarse sobre la posibilidad de incluir en su contenido un acuerdo arbitral para la resolución de controversias derivadas de los mismos. La respuesta a esta interrogante tiende a ser positiva siempre y cuando el acuerdo cumpla con las características específicas que se requieren para su validez, evitando tropezar con una patología que vicie el contenido de la referida cláusula y que surta efectos contrarios.

La génesis de una cláusula arbitral o acuerdo arbitral, -términos que serán utilizados indistintamente a los efectos de este breve estudio- parte de la existencia de una relación jurídica entre las partes, bien sea por vía contractual o extracontractual. Así lo reconoce la Convención de New York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de New York)²⁰ en su artículo II.1. y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)²¹ en su artículo 1. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial²² define la cláusula arbitral como:

un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

La cláusula arbitral es la materialización de la manifestación expresa de la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje ante la existencia de un conflicto derivado de una relación contractual o extracontractual, renunciando a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la simple manifestación de voluntad de las partes no es suficiente, se requiere que el acuerdo conste por escrito, bien en el contrato principal contentivo de las obligaciones que dieron o podrían dar origen a la controversia o puede reposar en un documento independiente exclusivo para tales fines.

²⁰ Gaceta Oficial N° 4.832 de la República de Venezuela, de fecha 29 de febrero de 1994.

²¹ Gaceta Oficial N° 33.170 de la República de Venezuela, de fecha 22 de febrero de 1985.

²² Gaceta Oficial N° 36.430 de la República de Venezuela, de fecha 07 de abril de 1998.

Luis Alfredo Araque Benzo, clasifica al acuerdo arbitral como un contrato formal en el cual el simple consentimiento no basta para el perfeccionamiento contractual, y las obligaciones contractuales no nacen mientras el consentimiento no se haya manifestado en forma escrita²³. Así lo reconoce la Convención de Nueva York en el ya mencionado artículo II.1.:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el **acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. (resaltado nuestro)

Y la Convención de Panamá en su artículo I:

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. **El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.** (resaltado nuestro)

La expresión “acuerdo por escrito” no solo debe entenderse en su sentido contractual tradicional, sino también desde un sentido amplio, y es pacíficamente aceptado que ese acuerdo se verifique tanto en contratos como a través medios escritos como el télex, cartas, correos, y similares²⁴. La Profesora Claudia Madrid, acertadamente señala que la doctrina ha convenido que no sólo ha de admitirse el intercambio de cartas, telegramas o télex, sino cualquier otro medio de comunicación creado o que pueda crearse en el futuro, siempre y cuando permitan un canje de documentos entre las partes²⁵. La Convención de Nueva York también lo expresa así en su artículo II.2, cuando establece: “La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. Asimismo, la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 6, coincide con las posturas de los prenombrados convenios internacionales.

Un aspecto importante sobre el acuerdo arbitral es su carácter autónomo, por cuanto su validez no depende de la validez del contrato al que se incorpore la cláusula o del contrato principal del cual sea accesorio el acuerdo, en el caso de que la cláusula arbitral no forme parte del contrato generador de las obligaciones. En este estado de autonomía, se permite a las partes decidir si pactar un acuerdo arbitral antes del conflicto o post-conflicto.

²³ Araque B., Luis A. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

²⁴ Vid. Rico C., Mariliana. «Validez y eficacia jurídica de los convenios arbitrales electrónicos.» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2020: 93-106.

²⁵ Madrid M., Claudia, *El Acuerdo de Arbitraje como excepción al ejercicio de la Jurisdicción*. *Op. Cit.*

La naturaleza autónoma del convenio arbitral parte del principio *pacta sunt servanda*²⁶, y busca proteger a la institución del arbitraje comercial al garantizar el cumplimiento de lo acordado por las partes sobre renunciar a la jurisdicción ordinaria para la solución de determinadas controversias, sin que exista la posibilidad de alegar la nulidad del arbitraje derivada de la nulidad del contrato primario. Incluso bajo este supuesto, si resultare procedente la declaración de nulidad del contrato, esto solo le correspondería al tribunal arbitral y jamás a la jurisdicción ordinaria, ya que sería gravemente contradictorio equiparar la validez del arbitraje a la de un proceso jurisdiccional y a su vez limitar las facultades de los árbitros a la voluntad de un Juez, amén de constituir también una violación al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Y es precisamente por su naturaleza autónoma que uno de los principios rectores del Arbitraje es el *kompetenz-kompetenz*, el cual implica que solo el Tribunal Arbitral conocerá sobre su propia competencia, incluyendo excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje²⁷. En relación a los Smart Contracts, la autonomía del acuerdo arbitral resulta bastante pertinente, ya que debido a la forma en la cual se conciben estos contratos, en principio, parecería imposible incluir una cláusula arbitral en ellos. Sin embargo, no lo es. Es posible y altamente recomendable incluir una cláusula arbitral programada dentro del contrato inteligente y que esté configurada para activarse ante el surgimiento de una controversia, previo aviso de las partes contratantes. Resulta prudente señalar que el acuerdo arbitral deberá constar en estos casos en un documento separado al Smart Contract y escrito en lenguaje natural opuesto al lenguaje criptográfico, sin que ello afecte en modo alguno su validez, cumpliendo así las exigencias de escritura que establecen las normas que la regulan.

En segundo lugar, es muy importante para la validez de una cláusula o acuerdo arbitral la determinación del derecho aplicable: esto implica que las partes deberán acordar las leyes bajo las cuales se regirá el arbitraje, el cual concluirá con un laudo definitivo. Sin embargo, este punto es de cuidado, ya que debe tomarse en cuenta la arbitrabilidad o no del objeto de litigio en la jurisdicción a cuyo derecho las partes han convenido someterse. En el caso venezolano, la Ley de Arbitraje Comercial en el artículo 3 señala que son arbitrables todas aquellas controversias susceptibles de transacción salvo lo referido a aquellas relativas al orden público, las concernientes a las funciones de imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público, aquellas que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas, las relativas a bienes y derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, y por último, sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución.

²⁶ *Pacta sunt servanda*: locución latina que hace referencia a que lo pactado debe cumplirse.

²⁷ Artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

No debe confundirse el derecho aplicable con la sede del arbitraje, ya que la sede o lugar en el que se decida llevar el proceso no implica que la consecuencia inmediata sea la aplicación de las normas de esa jurisdicción²⁸. Son elementos que pueden estar relacionados o no, según las partes lo acuerden.

En tercer lugar, las partes pueden incorporar en la cláusula el idioma del arbitraje y el tipo, sea de equidad o sea de derecho. Aunque la ausencia de su elección no derivaría en la nulidad del acuerdo, es recomendable no omitir ninguno de estos dos elementos.

Sin embargo, otra interrogante que resulta válido plantear es sobre la posibilidad de modificar las condiciones del arbitraje plasmadas inicialmente en la cláusula arbitral de un Smart Contract, considerando tanto las características del proceso como las características de los contratos, todas brevemente estudiadas con anterioridad. Este planteamiento se hace a la luz de que el arbitraje por naturaleza es dinámico y adaptable en todas sus fases de acuerdo a la voluntad de las partes, contrario a la inmutabilidad de los Smart Contract. Sin pretender dar una respuesta definitiva, parece lógico pensar que por el carácter autónomo de la cláusula arbitral sí cabría la posibilidad de que las partes acuerden modificaciones a la misma, siempre que cumpla con los requisitos de validez exigidos, ya que al modificar la cláusula arbitral no se estaría modificando propiamente el contenido del Smart Contract sino las condiciones para la resolución del conflicto.

4. Validez y eficacia del laudo arbitral que resuelva una controversia derivada de un Smart Contract

Tal como disponen la mayoría de las legislaciones sobre Arbitraje Comercial, incluyendo la ley venezolana en su artículo 29, el procedimiento arbitral debe concluir con la emisión de un laudo que resuelva el fondo de la controversia. Dicho laudo debe constar por escrito y ser firmado por el o los árbitros miembros del tribunal arbitral. Avanza el contenido de la normativa doméstica precisando en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial que el laudo deberá ser motivado, salvo convención en contrario, debiendo constar en su contenido la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje, indicando además que el laudo se reputará dictado en el lugar donde se haya celebrado el arbitraje.

Una vez dictado el laudo, establece el artículo 31 de la Ley de Arbitraje Comercial que el tribunal arbitral lo notificará a las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros, el cual será de obligatorio cumplimiento; lo cual no es óbice que para que pueda ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal, bien sea de oficio o a solicitud de parte interesada, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del mismo.

²⁸ Artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

Al referirse a la nulidad del laudo arbitral, la Ley de Arbitraje Comercial dispone en su artículo 30 que esta podrá declararse en diversos supuestos:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que **una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad** al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro, de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos; c) Cuando la **composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta ley**; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público. (Resaltado nuestro).

Para el reconocimiento del laudo arbitral como vinculante e inapelable, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, la Ley de Arbitraje Comercial exige en su artículo 48 que dicha solicitud sea presentada por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente, acompañando a dicha petición una copia del laudo certificada por el Tribunal Arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario.

Sólo podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado, en los casos previstos por el artículo 49, los cuales son:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que **una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad** al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos; c) **Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se efectuó el arbitraje**; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden el acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público; g) **Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido**. (Resaltado nuestro).

Por su parte, la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, se aplica en Venezuela a los laudos arbitrales que resuelvan diferencias entre personas naturales o jurídicas dictados en un territorio de otro Estado contratante distinto de aquel en que se pide dicho reconocimiento y ejecución. En su artículo IV, establece los requisitos para tal fin, entre los cuales destaca la presentación junto a la demanda del texto original del laudo debidamente autenticado conjuntamente con el acuerdo arbitral, con la correspondiente traducción de estos documentos, si fuere necesario.

El reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, solamente podrá negarse, de acuerdo al artículo V *ejusdem*, en estos supuestos: a) que la incapacidad de las partes afecte el acuerdo arbitral; b) violaciones al debido proceso o del derecho a la defensa del demandado; c) que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en la cláusula arbitral o que exceda su planteamiento; d) defectos en la constitución del tribunal arbitral o falta de ajuste del procedimiento al acuerdo arbitral o en defecto de tal acuerdo, la falta de adecuación del tribunal y procedimiento a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; e) que el laudo no sea aún obligatorio para las partes, o que haya sido anulado o suspendido por las autoridades del país en que, o conforme a cuya ley fue dictado; f) que el objeto de la controversia no sea materia susceptible de ser sometida a arbitraje en el lugar de la ejecución; g) que el reconocimiento o ejecución sean contrarios al orden público en el país donde se solicita la ejecución.

En el mismo sentido, se pronuncia la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) en su artículo 5, al referirse al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Al resolver controversias derivadas de la utilización de Smart Contracts, las partes pueden elegir la aplicación del arbitraje tradicional, institucional o *ad-hoc*, también llamado arbitraje *off-chain*; o por el contrario, el sometimiento del conflicto a un arbitraje donde se utiliza la cadena de bloques empleada para la transacción, la cual podrá contar (dependiendo del caso concreto), con una autoridad central para administrar las disputas, lo que se conoce como arbitraje *on-chain*. La ventaja es en estos casos que el arbitraje se integra a la cadena de bloques siendo posible pausar la transacción si es necesario y administrar eventuales recursos.

Hay casos como en la plataforma Kleros, donde un algoritmo podría resolver la controversia con base en el examen de disputas similares. Sin embargo, queda como un desafío la apreciación de hechos con estándares subjetivos (buen padre de familia, caso fortuito, negligencia, entre otras), así como la correcta valoración de las pruebas y principios que orientan al juzgador en cuanto a los principios que utiliza para emitir su veredicto, lo cual luce a priori, como un gran reto para los desarrolladores de inteligencia artificial ²⁹.

Al tomar en cuenta el arbitraje *off-chain*, existe la posibilidad de registrar el laudo en la cadena, siendo la decisión autoejecutable. Para lo cual, sería conveniente que las partes prevean el arbitraje en su contrato primario así como la posterior recepción del laudo en el contrato inteligente.

Cuando se hace referencia al reconocimiento o la ejecución del laudo se considera el arbitraje tradicional, situación en la que se abren dos posibilidades: que se obtenga un laudo cuya ejecución se busque por la vía jurisdiccional, o que dicho laudo se incorpore a la blockchain y se ejecute automáticamente. Con relación a este último, surgen cuestionamientos sobre las vías procesales que tendrían los interesados para oponerse a tal ejecución, casos en los cuales, las partes deben seguir las disposiciones antes mencionadas de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, en los casos de arbitrajes nacionales y lo establecido por las Convenciones de Nueva York y de Panamá, respectivamente, para las situaciones de arbitrajes comerciales de carácter internacional.

Tal como puede apreciarse, ambos tipos de arbitraje (*on-chain/off-chain*), pueden enfrentar dificultades concretas de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Convención de Nueva York para su reconocimiento y ejecución.

En el ámbito de la capacidad de las partes, constituye un gran desafío resolver los casos en los que no sea posible establecer de forma inequívoca la identidad de las mismas, para lo cual es necesario perfeccionar los mecanismos para la correcta validación de las firmas electrónicas³⁰ o cualquier otro método de certificación de la identidad, así como la Ley aplicable a efectos de determinar con certeza si éstos eran o no, capaces de contratar; tomando en cuenta que la capacidad de las partes para obligarse viene determinada por la ley aplicable a las estas, por lo que se debe conocer con certeza si de acuerdo a estas normas las partes pueden obligarse válidamente en Derecho.

Acertadamente indica Tasende³¹, que “también podría denegarse el reconocimiento o ejecución del laudo en caso de que un tribunal estatal estime que se han violado las disposiciones de orden público del lugar de la ejecución del laudo arbitral. Esto ocurriría, por ejemplo, si el laudo condena al pago de daños y perjuicios a una parte por el incumplimiento de un acuerdo anticompetitivo y en dicho Estado las disposiciones sobre Derecho de la Competencia, tienen carácter de orden público”.

²⁹ Tasende, Ignacio. «Blockchain y Arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smart-contracts y criptodivisas.» *Op. Cit.* P.150.

³⁰ *Vid.* Ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas. Gaceta Oficial N°37.076, de fecha 13 de diciembre de 2000.

³¹ Tasende, Ignacio. «Blockchain y Arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smart-contracts y criptodivisas.» *Op. Cit.* P 153.

Para dar cumplimiento al deber de acompañar la solicitud de ejecución del laudo con una copia del laudo, en el caso del arbitraje *on-chain* los árbitros deberán dictar su veredicto en un formato que habilite la posibilidad de su ejecución por vía estatal. De igual manera, se vuelve necesario acompañar el contrato con una prueba fehaciente de este o del acuerdo arbitral, si éste se encuentra separado del contrato, por ejemplo, a través de un documento electrónico.

Visto lo anterior, los aspectos a tener en cuenta a fin de evitar la obtención de un laudo arbitral cuyo reconocimiento y ejecución resulten rechazados³², responden al diseño de un contrato inteligente cuyo respaldo o traducción se encuentre plasmada en un idioma natural donde pueda ser claramente interpretada la voluntad contractual de las partes que ha quedado encriptada en el idioma de codificación empleado en la configuración del Smart Contract. Con ello, se dará cumplimiento efectivo a la formalidad escrita del acuerdo arbitral, requisito de elevada importancia tanto para la legislación doméstica como para la legislación aplicable a las relaciones jurídicas con elementos de extranjería; lo cual se aplica además para el caso en que la cláusula arbitral conste en acuerdo separado, bajo la figura del *addendum*, o cualquiera similar.

Al momento de designar el lugar que sirva como asiento al arbitraje las partes deben tomar en cuenta que el mismo normalmente determinará la ley procesal aplicable al arbitraje y a su vez, definirá el rango de intervención que podría tener la jurisdicción ordinaria en tales asuntos, así como efectuar todas las consideraciones necesarias para establecer la arbitrabilidad del conflicto planteado, la cual se encuentra regulada por la ley sustantiva que regirá el fondo de conflicto y por la ley de asiento del arbitraje.

Es prudente recomendar la escogencia de un número impar de árbitros (normalmente, 3), que cuenten con los conocimientos técnicos necesarios para decidir adecuadamente este tipo de controversias, por lo que se sugiere que tengan un grado de experiencia respetable en cuanto al funcionamiento, ejecución y limitaciones de los contratos inteligentes.

Una vez finalizado el procedimiento arbitral, se reitera la importancia de la emisión de un laudo que se encuentre plasmado en un idioma natural cuyo contenido quede fijado en un instrumento que pueda ser perfectamente consignado a las autoridades competentes para realizar su ejecución, con miras a la satisfacción de los extremos exigidos por la Ley de Arbitraje Comercial, para el caso de los arbitrajes nacionales, o de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, para los procedimientos arbitrales con un carácter internacional, en cuanto a la solicitud de reconocimiento y ejecución que se haga de ellos.

³² Centeno, Rafael J. «Introducción a la blockchain, a los contratos inteligentes, y a la aplicabilidad del arbitraje a esta tecnología.» *Op. Cit.* P. 497.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la tecnología blockchain y su efectiva respuesta a las necesidades de celeridad, transparencia, seguridad e inmutabilidad, han conducido a su aplicación más allá de las finanzas, permitiendo que sus beneficios y posibilidades se trasladen a la Ciencia Jurídica, a través del surgimiento de la figura de los Smart Contracts.

La resolución de conflictos en una realidad donde cada día se privilegia la inmediatez, la seguridad, la transparencia, confidencialidad y la eliminación de obstáculos procesales innecesarios, así como la necesidad de árbitros cada vez más especializados, entre otros múltiples beneficios, ha reafirmado al arbitraje como el medio de resolución de controversias ideal para esta categoría de asuntos.

En principio, la inmutabilidad absoluta que es característica de los Smart Contracts, ofrecía numerosas ventajas pero resultó demasiado rígida para el comercio, por lo que se convirtió en uno de los importantes desafíos que enfrentó esta novedosa figura para asegurarse una posición en el campo del Derecho Mercantil. La creatividad y el dinamismo propio de los comerciantes aceleraron el surgimiento de los mecanismos idóneos para permitirles el adecuado ejercicio de su libertad contractual, expresada bajo la autonomía de la voluntad como eje de las operaciones mercantiles, sin renunciar a la celeridad distintiva del intercambio de bienes y servicios.

Con el objeto de preservar en la mayor medida la voluntad de las partes al momento de contratar, surge como requisito esencial la fijación tanto del acuerdo arbitral como del laudo que resuelva la controversia planteada, de acuerdo a los requisitos que exige nuestra legislación doméstica para el caso de arbitrajes nacionales, y las Convenciones de Nueva York y Panamá, respectivamente, para el caso de los arbitrajes internacionales. Todo ello, con finalidad de proteger tanto la validez y eficacia de la cláusula arbitral, como asegurar el correspondiente reconocimiento y ejecución del laudo que se trate.

Los contratos inteligentes invitan a los abogados: no es el debate si estos contratos son viables o no, si son o no verdaderos contratos, si pueden o no utilizarse; la realidad es que son auténticos contratos en los términos del ordenamiento jurídico venezolano y en este preciso instante se están empleando para regular infinitas transacciones de intercambio de bienes y servicios en el mundo moderno, por lo que la mirada del jurista no debe ser desde el recelo y el apego a la vieja formalidad, sino al reconocimiento de la novedad para llevar a ella la más elevada noción de justicia y libertad contractual, exaltando los valores insignes del Derecho Privado.

BIBLIOGRAFÍA

- Araque B., Luis A. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Centeno, Rafael J. «Introducción a la blockchain, a los contratos inteligentes, y a la aplicabilidad del arbitraje a esta tecnología.» *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, Nro. 1, 2020: 483-500.
- Colin, Ambrosio; Capitant, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus, 1952.
- De la Puente, Manuel. *El contrato en general. Tomo I*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Diez Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. s.f.
- Fetsyak, Ihor. «Contratos Inteligentes: Análisis jurídico Desde El Marco Legal español». *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja (REDUR)*, n.º 18 (diciembre) 2020 :197-236. <https://doi.org/10.18172/redur.4898>.
- IBM. *Visión general de Blockchain*. s.f. <https://www.ibm.com/es-es/topics/blockchain> (último acceso: 20 de 02 de 2023).
- Madrid M., Claudia. «Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días.» En *El Código Civil Venezolano en los inicios del Siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil Francés de 1804*, de Varios autores, 724. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Embajada de Francia en Venezuela; Asociación Francovenezolana de Juristas (JURISFRAVEN), 2005.
- Madrid, Claudia. «El acuerdo de arbitraje como excepción al ejercicio de la jurisdicción.» *AA.VV., Derecho Procesal Civil Internacional*, 2010: 697 ss.
- Mélich O., José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- Puig B., José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosch, 1973.
- Rico C., Mariliana. «Validez y eficacia jurídica de los convenios arbitrales electrónicos.» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2020: 93-106.
- Rodríguez Carrera, Luis Ernesto. «La relación entre Blockchain y Arbitraje ¿mutualismo o canibalismo?» *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, 2019: 12-16.
- Schwab, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Foro Económico Mundial, 2016.
- Stark, Josh. 2016. Making Sense Of Blockchain Smart Contracts - Coindesk. Coindesk. <https://www.coindesk.com/makingsense-smart-contracts>.
- Tasende, Ignacio. «Blockchain y Arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smartcontracts y criptodivisas.» *Revista de Derecho N°22*, 2020: 138-159.

La legalidad de la cláusula de exclusividad en el contrato de distribución

Marith Fernanda Rosales*
Samuel Dávila**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-339-350

Resumen: El presente trabajo tiene como finalidad analizar, a partir de las normas mercantiles vigentes y el derecho de la competencia, si la cláusula de exclusividad en el contrato de distribución es legal o no. Para ello, abordará las nociones básicas del contrato de distribución y sus caracteres; los límites legales del mismo, relativos al derecho de las personas en el acceso de bienes y servicios, derecho de la competencia y normas del Poder Popular. Asimismo, será fundamental analizar la naturaleza jurídica de las cláusulas de exclusividad y considerar las semejanzas y diferencias con demás cláusulas de esta naturaleza, contenidas en distintos contratos mercantiles, a fines de determinar su legalidad.

Palabras clave: contrato de distribución, cláusula de exclusividad, límites del contrato de distribución

The legality of the exclusivity clause in the distribution contract

Abstract: *The purpose of this paper is to analyze, based on current commercial regulations and competition law, whether the exclusivity clause in the distribution contract is legal or not. To do this, it will address the basic notions of the distribution contract, as well as its characteristics; and the legal limits of the distribution contract. Likewise, it will be key to analyze the legal nature of the exclusivity clauses and to make some comparisons on the similarities and differences with other exclusivity clauses contained in other commercial contracts to conclude its legality or not.*

Keywords: *distribution contract, exclusivity clause, limits of the distribution contract*

Recibido: 26/05/2023

Aprobado: 29/06/2023

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudiante de la Especialización de Derecho Mercantil de la misma universidad.

** Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudiante del Programa de Estudios Avanzados de Derecho Corporativo y Especialización de Derecho Mercantil en la misma universidad.

La legalidad de la cláusula de exclusividad en el contrato de distribución

Marith Fernanda Rosales*
Samuel Dávila**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-339-350

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Definición del contrato de distribución. 1.1. Caracteres. 2. Límites legales al contrato de distribución. 2.1. El orden público y las buenas costumbres. 2.2. Límites vinculados al consumidor. 2.3 Límites vinculados a la competencia. 2.4. Límites vinculados a las normas del Poder Popular. 3. Cláusula de exclusividad. 3.1. Legalidad de la cláusula de exclusividad en Venezuela. 4. Semejanzas y/o diferencias con la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de suministro.*
CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Las estipulaciones de cláusulas de exclusividad revisten de una importante consideración económica, no solo entre las partes contratantes, sino para las familias, empresas y el mercado de bienes y servicios que hacen vida en el ciclo económico de un país, especialmente en el campo del derecho de la competencia.

En el contrato de distribución, el cual es contentivo de la cláusula de exclusividad que nos atañe analizar, es de especial interés para las partes, el uso de la misma. Por un lado, es importante para el distribuidor porque es quien posee el *know how* de cómo, dónde y a quién vender los productos objeto del contrato de distribución, y a este no le conviene que el productor contrate con otro distribuidor en un mismo territorio. Por el otro, al productor le interesa que el distribuidor sea exclusivo con él y no negocie con sus competidores, porque pudiese generar conflictos de intereses y un perjuicio en relación a cómo son consumidos sus productos en el mercado.

En los últimos años, las cláusulas de exclusividad han sido consideradas, bajo ciertos supuestos, estipulaciones contrarias a la justa competencia económica, bajo el argumento de que, en ocasiones, una de las partes no tiene la condición de imponerse o

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudiante de la Especialización de Derecho Mercantil de la misma universidad.

** Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudiante del Programa de Estudios Avanzados de Derecho Corporativo y Especialización de Derecho Mercantil en la misma universidad.

igualarse sobre la otra para negociar, y esto supone una desmejora en sus posibilidades de actuación y negociación. Ante esta situación, nos cuestionamos si estas cláusulas de exclusividad son legales a la luz del derecho de la competencia y el derecho mercantil propiamente, cuando son estipuladas en un contrato de distribución, o, si, por el contrario, pudiesen ser consideradas cláusulas de competencia desleal o abusiva.

1. Definición del contrato de distribución

En primer término, resulta de relevancia analizar el origen y la funcionalidad del contrato de distribución, el cual surgió como una respuesta a las dinámicas extremadamente aceleradas de los mercados modernos, en los cuales cada vez se volvió más complicado para el productor satisfacer la demanda de los mismos, manteniendo su viabilidad económica, sin la necesidad de cooperar con otras empresas.¹

En tal sentido y como respuesta a los incentivos que dictaba el mercado, para los productores surgió una diatriba: asumir mayores costos de explotación e invertir en sus propias redes de comercialización, o, pactar con agentes externos que se encargaran de la compleja tarea de la distribución, en aras de poder enfocarse de manera plena en las labores de producción; las cuales conocían con amplio margen.²

Es entonces así, como de esta simbiosis construida entre productores y distribuidores, surge un nuevo escenario contractual a través del cual, los productores se enfocan en sus utilidades y delegan la colocación de bienes y servicios a terceros especializados en ello. En tal sentido, se genera una retroalimentación en la cual el productor se beneficia del posicionamiento en el mercado y, a su vez, el distribuidor obtiene una ganancia por los productos revendidos.³

Ahora bien, en aras de seguir construyendo la naturaleza de este contrato de manera eficiente, es pertinente distinguir entre el contrato de distribución en sentido amplio; el cual puede incluir acuerdos tales como: franquicias, agencias, entre otros. Y en la otra mano, el contrato de distribución en sentido estricto, al cual nos referiremos en el presente trabajo de investigación.⁴

¹ Diego Castagnino, El Contrato de Distribución como Mecanismo para la Comercialización de Bienes y Servicios en Venezuela: Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil, 12 y siguientes.

² Juan M. Farina, Contratos Comerciales Modernos, 2º Edición, 391 y siguientes.

³ Diego Castagnino, El Contrato de Distribución como Mecanismo para la Comercialización de Bienes y Servicios en Venezuela: Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil, 14 y siguientes.

⁴ Ana López, Los Contratos Conexos, 14.

1.1. Caracteres

En virtud de lo anterior, y a fin de comprender a cabalidad la esencia del contrato de distribución, en el presente apartado, desglosamos las características que lo constituyen:⁵

a. Es un contrato bilateral.

Se requiere la existencia de dos partes, de las cuales una fungirá como productor y la otra como distribuidor. En la relación contractual que suscriban, esta será bilateral, ya que ambas partes serán titulares de derechos y obligaciones de manera recíproca.

b. Puede haber exclusividad o no

En virtud del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, existe la posibilidad de que la productora, suscriba múltiples acuerdos de esta naturaleza. Es decir, no necesariamente implica una relación de exclusividad.

c. Rige el principio de cooperación.

Por la dinámica del derecho mercantil y de la finalidad de los contratos de distribución *per se*, hay un fuerte vínculo de cooperación, debido a que existe una relación de recíprocos beneficios para las partes involucradas, lo cual constituye fuertes incentivos para trabajar en conjunto.

d. Rige el principio de permanencia.

A fin de que las partes puedan lograr la consecución de sus actos de comercio sin interrupción y en provecho de los beneficios del contrato de distribución, se busca la prevalencia del mismo, con la expectativa de que prolongue su vigencia en el tiempo y no sea circunstancial.

e. Finalidad.

El objeto del contrato de distribución, por parte del productor, es la venta de su producto. En el caso del distribuidor, existe un fin de reventa y posicionamiento de productos en el mercado, para generar réditos económicos de esas labores.

⁵ Raúl Etcheverry, Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial, 204.

2. Límites legales al contrato de distribución

2.1. El orden público y las buenas costumbres.⁶

El contrato de distribución encontrará uno de sus límites en el orden público, el cual se entiende como “*un conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar*”.⁷ Asimismo, el Código Civil venezolano señala que no se podrán relajar ni renunciar estipulaciones particulares, cuando estas interesen al orden público y las buenas costumbres.⁸

De igual forma, ha de entenderse las buenas costumbres como “*el conjunto de convicciones de ética social imperantes en una sociedad, en un determinado momento histórico y en un lugar geográfico específico*”;⁹ y tanto el orden público, como las buenas costumbres, representan un límite a la libre autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, a los contratos de distribución que pudiesen o quisieren pactar.

2.2. Límites vinculados al consumidor

Inicialmente, las teorías más clásicas de la economía, postulaban que la “*Mano Invisible*” de Smith, era el mecanismo idóneo de regulación del mercado. Es decir, que el equilibrio natural alcanzado por la oferta y la demanda, era el vehículo ideal para la consecución de mercados sanos y fortalecidos.

Posteriormente, el paradigma económico fue cambiando al punto de que se entendió que, si bien el exceso de intervencionismo es perjudicial para los mercados, sí es necesaria determinada gestión y planificación económica por parte del Estado, por lo menos para garantizar la protección de los consumidores y garantizar su acceso a los bienes y servicios, sin que ello implique una merma profunda en su poder adquisitivo.

Así las cosas, el derecho del consumidor puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que protegen al beneficiario final de los productos; es decir, el consumidor, brindándole acceso a una información adecuada del mercado y medios efectivos de defensa, incluso al punto de poder movilizar al Ministerio Público o demás órganos de la Administración Pública. En tal sentido, en el caso de los límites relacionados con

⁶ Diego Castagnino, El Contrato de Distribución como Mecanismo para la Comercialización de Bienes y Servicios en Venezuela. Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Central de Venezuela, 209 y siguientes.

⁷ Eduardo Couture, Vocabulario Jurídico, 449.

⁸ Código Civil Venezolano, artículo 6.

⁹ Carlos Soto Coaguila, La Libertad de contratación: ejercicio y límites. Derecho de las obligaciones del nuevo milenio, 341.

el derecho al acceso de los bienes y servicios por parte de los individuos, están estrictamente ligados a evitar que los productores ejecuten prácticas que puedan perjudicar directamente al consumidor o a la microeconomía.

2.3. Límites vinculados a la competencia

El derecho de la competencia, es una rama jurídica que surge como una respuesta a las prácticas monopólicas y anticompetitivas, que afectan negativamente a los mercados, en aras de devolverles el equilibrio, el cual se materializa en una vida económica próspera para la población general.

En este caso, los límites asociados al derecho de la competencia, tienen por objeto promover y proteger el ejercicio de la misma, fomentando así la eficiencia de los productores y consumidores, a fines de evitar que se restrinja indebidamente, se impida o limite el goce de la libertad económica, la cual es vital para el desarrollo de una nación. En conclusión, estos son normativas o reglamentaciones, que tienen por objeto incentivar o reducir, según sea el caso, determinados comportamientos de los agentes económicos.

2.4. Límites vinculados a las normas del Poder Popular

En relación a los límites vinculados con las normas del Poder Popular, estos de igual forma tienen por objeto generar incentivos en los agentes económicos y proteger los derechos de los consumidores de acceder a bienes y servicios de calidad, a buen precio y tener acceso a instancias o garantías en caso de que se vean afectados; sin embargo, en este caso se hace desde una perspectiva con un espectro ideológico más involucrado.

Para ilustrar lo anterior, resulta relevante analizar como en el caso de los límites vinculados al Poder Popular, el Estado pretende generar esta presunta protección del mercado a través de la utilización de figuras como la economía comunal, propiedad social comunal y demás instituciones propias de un régimen económico con rasgos socialistas.

3. Cláusula de exclusividad

La cláusula de exclusividad tiene como naturaleza jurídica la estipulación de una obligación mercantil contenida en un contrato. Sin embargo, la posición de la doctrina en cuanto a la aceptación de esta figura no ha sido pacífica, ya que algunos la consideran como ilegales y contrarias al derecho de la competencia; otros por su parte han manifestado su apoyo al uso de las mismas en el contrato de distribución, por considerar que los beneficios que derivan de esta para las partes, son mayores.

Así entonces, Germán Coloma, autor argentino, ha expresado que en la distribución hay una práctica vertical por participar dos sujetos ubicados en distintos eslabones del sistema de producción. Sin embargo, señala el autor que “no todas las prácticas verticales, y por lo tanto no todos los pactos de exclusividad, son necesariamente anticompetitivos en sí mismos, aunque puedan implicar una limitación en el proceso de la competencia”.¹⁰

Sobre ese punto, la Corte Constitucional de Colombia estableció que, para determinar si una cláusula de exclusividad es contraria a la competencia económica, se requiere analizar factores como el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser reemplazado por otro, la participación de otros competidores, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia y el efecto en los precios producidos por la estipulación.¹¹

En la misma línea, la jurisprudencia nacional ha señalado que las cláusulas de exclusividad tampoco podrían ser consideradas ilegales o abusivas, salvo que “*sin una justificación objetiva y racional, limitan los derechos de los consumidores y usuarios*”,¹² y agrega Acedo Sucre a esa observación de la Sala Constitucional que “son ilegales aquellas cláusulas que resultan desproporcionadas, excesivas y contrarias a la buena fe, puesto que rompen groseramente el equilibrio de las prestaciones”.¹³

Finalmente, a modo de conclusión de la naturaleza jurídica de la cláusula de exclusividad y algunas opiniones de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como de derecho comparado, advertimos la importancia y nuestra posición similar a la del autor Díez-Picazo, quien estableció que cuando la cláusula de exclusividad es individualmente negociada, como ocurre en la mayoría de casos del contrato de distribución, la misma no es considerada contraria a la libre competencia, sino hasta un beneficio, como abordaremos a continuación.¹⁴

¹⁰ Germán Coloma, *Defensa de la Competencia: Análisis Económico comparado*, 188 y siguientes.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1049, 23 de julio de 2009 (Rafael Badell Madrid et al. en nulidad contra los artículos 53, 54, 83, 84, 85, 86, 87 [numerales 5, 6 y 8], en concordancia con los artículos 125, 92, 119, 122 y 150 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en Gaceta Oficial No. 37.930, 4 de mayo de 2004), en: <https://bit.ly/2XuV2m8>

¹³ Carlos Acedo Sucre, *Cláusulas abusivas*, en: I. de Valera (coord.), *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804, 257, 295 y siguientes.

¹⁴ Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, 331.

3.1. Legalidad de la cláusula de exclusividad

El contrato de distribución no está regulado por el ordenamiento jurídico venezolano, más allá de algunas definiciones que podemos encontrar de forma dispersa. Por ejemplo, la Resolución N° SPPLC/036-95 en su momento lo reconoció como “*aquellos contratos o acuerdos celebrados entre un proveedor y un distribuidor en los que el proveedor se comprometa a suministrarle en exclusiva al distribuidor determinados productos para su reventa en un territorio determinado*”.¹⁵ Sin embargo, lo más interesante que se desprende de esa definición, es que la Resolución reconoce el carácter exclusivo que se puede pactar en el contrato de distribución.

Sin embargo, los cuestionamientos a la legalidad de la cláusula de exclusividad han surgido porque el derecho de la competencia no es ilimitado, puesto que se busca salvaguardar los intereses de los consumidores. Especialmente, el debate se aviva a raíz de que la Ley Antimonopolio establece como prohibición general, entre otras prácticas, los contratos que limiten la competencia económica.¹⁶ A su vez, el artículo 11 de la misma ley establece la prohibición de contratos que produzcan o puedan producir el efecto de limitar la competencia justa.¹⁷

No obstante, en materia de contratación mercantil, rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual de acuerdo al autor José Ballesteros, consiste en “*la posibilidad de que los individuos puedan dictar normas, como expresión de esa libertad para auto-regular sus relaciones privadas, normas que el Estado asumirá como propias, concediéndolas un vigor semejante al de la ley y por cuya eficacia velará con idéntico rigor*”.¹⁸

Esto resulta de vital importancia, porque entonces tienen las partes el poder para gobernar sus propios asuntos e intereses, de acuerdo a sus necesidades; y si lo que más interesa a estas es establecer una cláusula de exclusividad donde (i) el distribuidor se obligue a no revender los productos de la competencia directa de su productor, o (ii) el productor se obligue a vender sus productos únicamente a un distribuidor en una zona territorial determinada; (iii) o regular la exclusividad bidireccional, ello bastaría para que fuese ley entre las partes, en virtud de que estas tienen la libertad y el derecho de cómo, cuándo y en qué términos contratar.

¹⁵ Resolución N° SPPLC/036-95 del 28 de agosto de 1995 de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Gaceta Oficial N°. 35801, del 21 de septiembre de 1995.

¹⁶ Ley Antimonopolio, artículo 4.

¹⁷ Ley Antimonopolio, artículo 11.

¹⁸ José Ballesteros, Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad, 17.

De ninguna manera lo anterior puede ser considerado como un obstáculo a la competencia económica, ya que las partes están obrando en virtud de los principios de colaboración y permanencia que rigen el contrato de distribución, para ambos obtener los beneficios a corto, mediano y largo plazo que se han propuesto. Además, esto no resulta en perjuicio hacia el consumidor, al contrario, ya que como señala Garrigues, “*esta relación jurídica pone en circulación la economía*”.¹⁹

Finalmente, ha de perseguirse el principio de razonabilidad para el análisis de la exclusividad a la luz de la Ley Antimonopolio; principio el cual establece que ha de perseguirse el fin del legislador.²⁰ Así, sería irrazonable pensar que el legislador prohibiría de plano la exclusividad, especialmente para el entorno mercantil que suele tener relaciones comerciales con vocación de permanencia y confianza entre las partes; al contrario, la exclusividad genera valor.

4. Semejanzas y/o diferencias con la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de suministro

A diferencia de la definición de contrato de distribución antes analizada, el contrato de suministro “*es un contrato por el cual una parte se obliga a entregar cosas a la otra, en forma periódica o continuada, y esta a pagar un precio por ellas*”. Asimismo, al igual que el contrato de distribución, este es un contrato atípico en Venezuela.²¹

Así las cosas, dada la falta de regulación en Venezuela, analizaremos a través del derecho comparado, algunas buenas prácticas y prohibiciones respecto al uso de la cláusula de exclusividad en el contrato de suministro. Por ejemplo, en Colombia, el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 prohíbe las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro cuando tengan por objeto o como efecto restringir la libre competencia económica; y ha de evaluarse la real afectación que se pueda generar en el mercado como consecuencia de la exclusividad.²²

Inclusive, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló que la prohibición de la cláusula de exclusividad en el contrato de suministro se debe hacer extensiva a otros contratos mercantiles siempre que la cláusula tenga por objeto o como efecto restringir la libre competencia económica, porque de acuerdo con la doctrina a la cual se adscriben, “*donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*”.²³

¹⁹ Joaquín Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo III, Volumen I, Revista de Derecho Mercantil, Citado en: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles, Tomo I, 243.

²⁰ Mauricio Maldonado, El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas, Ius Humani, Revista de Derecho, Volumen 3, 142 a la 144.

²¹ Gabriel Stiglitz, Concepto y función del contrato de suministro, 1074.

²² Congreso de la República de Colombia, Ley 256 de 1996, 15 de enero, Diario Oficial 42.692, artículo 19.

²³ Ana Botero, Aplicación de la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro a los demás contratos de distribución comercial, Trabajo de grado, 8.

En Venezuela, la situación es distinta, ya una disposición de ese calibre no es aceptada en virtud del principio de razonabilidad, dado que el legislador venezolano no hubiese querido que la prohibición se extendiera a cualquier tipo de contrato de distribución “en sentido amplio”, sino solo a aquellas situaciones que generen un obstáculo real a la competencia económica.

CONCLUSIONES

En suma, podemos concluir que el uso de la cláusula de exclusividad en Venezuela, ha sido más bien satanizada por la interpretación que se les da a los artículos 4 y 11, de la Ley Antimonopolio, que parecieran sugerir una prohibición al respecto.

Sin embargo, el contrato es la principal fuente de las obligaciones mercantiles, y el de distribución, al no encontrarse regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, tiene como génesis y principio rector, la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Adicionalmente, la exigencia y dinamismo de la actividad comercial, requiere que las partes contratantes, en virtud del principio de colaboración que rige la materia, además de su libre autonomía, puedan tomar las decisiones necesarias para la consecución de sus actos de comercio y, en ese sentido, no perder oportunidades en el mercado de acceso de bienes y servicios; especialmente, porque el contrato de distribución facilita la circulación de dichos productos, para el acceso de los mismos en el mercado.

Es de destacar que no toda cláusula de exclusividad acordada genera una afectación al derecho de la competencia o un perjuicio al consumidor. Al contrario, la exclusividad puede generar valor y eficiencia en el mercado, dado que fomenta la permanencia del contrato entre las partes, lo cual, se traduce en una longeva relación comercial, en la cual el productor vende sus productos o servicios al distribuidor, y este a través de sus canales de distribución los hace llegar al consumidor para su disfrute. Así entonces, no solo se benefician las partes, sino también el consumidor, que, a fin de cuentas, es el destinatario final de los productos y servicios.

Por todo lo mencionado, se concluye que el uso de la cláusula de distribución, no es en esencia ilegal, especialmente porque el contrato de distribución no está regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, lo que permite un abanico de libertades para pactar sus obligaciones.

Además, la cláusula de exclusividad, cuando es acordada por dos partes, en igualdad de condiciones, que tras una negociación consideran que es lo mejor para el cumplimiento de sus obligaciones y el objeto del contrato, será no solo legal, sino de sumo beneficio para ellas y, en consecuencia, para los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Sucre, Carlos, Cláusulas abusivas, en: I. de Valera. El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Ballesteros, José. Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999.
- Botero, Ana. Aplicación de la prohibición de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro a los demás contratos de distribución comercial. Trabajo de grado, Universidad EAFIT, 2008.
- Castagnino, Diego. El Contrato de Distribución como Mecanismo para la Comercialización de Bienes y Servicios en Venezuela. Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 2013.
- Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955.
- Coloma, Germán. Defensa de la Competencia: Análisis Económico comparado. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 256 de 1996, 15 de enero. Diario Oficial 42.692.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Editorial Martin Bianchi Altuna. República Oriental del Uruguay. 1960.
- Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, Los principios del Derecho europeo de los contratos. Civitas, Madrid, 2002.
- Etcheverry, Raúl. Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1994-1995.
- Farina, Juan Manuel. Contratos Comerciales Modernos. 2° Edición. Buenos Aires. Editorial Astria. 1993.
- Garrigues, Joaquín. Tratado de derecho Mercantil. Tomo III. Volumen I. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963. Citado en: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- Ley Antimonopolio, Gaceta Oficial N° 6.151 del 18 de noviembre de 2014.
- López, Ana. Los Contratos Conexos. José M. Bosch Editor. Barcelona 1994.
- Maldonado, Mauricio. El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas. (Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 3 (2012/2013).
- Stiglitz, Gabriel, Concepto y función del contrato de suministro. LL Editores. Buenos Aires, 1989.
- Soto Coaguila, Carlos. La Libertad de contratación: ejercicio y límites. Derecho de las obligaciones del nuevo milenio. Academia de ciencias políticas y sociales. Caracas. 2007.
- Resolución N° SPPLC/036-95 del 28 de agosto de 1995 de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Gaceta Oficial N°. 35801, del 21 de septiembre de 1995.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1049, 23 de julio de 2009. Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López.

Consecuencias de la constitución de sociedades anónimas unipersonales en el ordenamiento jurídico venezolano

Deysi Carolina Labrador Oliveros*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-351-374

Resumen: El presente trabajo aborda las consecuencias de la constitución de sociedades anónimas unipersonales en el ordenamiento jurídico venezolano, ya que en la actualidad si bien se permite el funcionamiento de este tipo de sociedades cuando ha recaído todo el capital accionario en un socio (sociedades unipersonales sobrevenidas), su constitución originaria no está permitida, razón por la cual los comerciantes suelen acudir a artilugios legales para lograr limitar su patrimonio a la consecución de una determinada actividad.

Palabras clave: Sociedades unipersonales, Empresa unipersonal, Levantamiento del velo corporativo.

Consequences of the establishment of sole shareholder companies in the Venezuelan legal system

Abstract: *This paper addresses the consequences of the establishment of sole shareholder companies in the Venezuelan legal system. Although the operation of such companies is allowed when all share capital is held by a single shareholder (subsequent sole shareholder companies), their original establishment is currently not permitted. As a result, business owners often resort to legal maneuvers to limit their assets to a specific activity.*

Keywords: *Sole shareholder companies, Sole proprietorship, Piercing the corporate veil.*

Recibido: 28/05/2023

Aprobado: 14/06/2023

* Abogado, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Gerencia de Proyectos, mención *Summa Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Diplomado en Gerencia Integral de Franquicias, Centro de Extensión, Desarrollo Ejecutivo y Consultoría Organizacional de la Universidad Metropolitana.

Consecuencias de la constitución de sociedades anónimas unipersonales en el ordenamiento jurídico venezolano

Deysi Carolina Labrador Oliveros*

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-351-374

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1.- Consideraciones fundamentales sobre las sociedades unipersonales. 2.- Sociedades unipersonales en el Derecho venezolano. 3.- Implicaciones del reconocimiento de la unipersonalidad originaria en las sociedades anónimas en la actividad empresarial venezolana.* **CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

En Venezuela es poco lo que se ha legislado en materia de sociedades unipersonales, siendo admitidas a la fecha únicamente las sociedades de capital que devengan en unipersonales por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. De manera que la única figura de unipersonalidad permitida en el derecho venezolano para los comerciantes es la denominada por la doctrina como “sobrevenida”.

No obstante, este estudio se emprende con la firme convicción de procurar comprender la figura de las sociedades unipersonales, bien sean originarias o sobrevenidas, teniendo como finalidad contribuir con una visión académica y práctica a la consideración de admitir la constitución de sociedades anónimas unipersonales originarias en el ordenamiento jurídico venezolano.

1. Consideraciones fundamentales sobre las sociedades unipersonales

Las formas societarias tradicionales que hoy predominan en la mayoría de los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo son producto del reconocimiento de las necesidades económicas y sociales de los individuos.

* Abogado, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Gerencia de Proyectos, mención *Summa Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Diplomado en Gerencia Integral de Franquicias, Centro de Extensión, Desarrollo Ejecutivo y Consultoría Organizacional de la Universidad Metropolitana.

En principio, las sociedades estaban orientadas a la consecución de objetivos específicos y de tiempo determinado, lo que significó el nacimiento de las sociedades en comandita. Luego, se reconoció que existían numerosos grupos de empresas de origen familiar, de donde surgieron las sociedades en nombre colectivo. Posteriormente se regularon las sociedades de capital, en las cuales los empresarios limitan la responsabilidad de su giro comercial a un patrimonio previamente determinado, facilitando el ejercicio de sus actividades económicas.

No obstante, con el paso del tiempo se hizo notoria la necesidad en los empresarios individuales de un ordenamiento específico que reconociera su derecho de participar libremente en el tráfico económico, es decir, a través de la constitución de una sociedad de capitales sin requerir la participación de otros socios.

Ante este panorama surge la denominada sociedad unipersonal o sociedad de un solo socio, la cual es acogida en el ordenamiento jurídico de diversos países con las particularidades de cada uno. Dicha situación ha generado, al contrario de lo que se desearía, una interpretación polivalente sobre la naturaleza jurídica de la unipersonalidad de las sociedades a nivel doctrinal.

En este sentido, parte de la doctrina concibe la sociedad como un contrato en el que debe existir un encuentro de voluntades obligatoriamente, basados en la concepción iusromanista del contrato en la que nadie puede contratar consigo mismo, requisito este que incumplen las sociedades de un solo socio. Contrariamente, Luchinsky arguye “*La concepción contractual de la sociedad ha sido, en cierto sentido, superada y virtualmente reemplazada por la doctrina del “contrato plurilateral de organización”*”¹. Sin embargo, el mismo autor admite que la referida postura es criticada por ser contraria a determinados preceptos de la ciencia jurídica.

En esta línea, Morles resume la opinión de la doctrina francesa, en los exponentes de Le Cannu, Cozian y Viandier, de la siguiente manera:

(...) si bien reconoce que la legislación societaria ha sido elaborada pensando en el carácter contractual de la sociedad y advierte contra el aumento de la eventualidad del fraude, observa que la realidad demuestra la falsedad del pluralismo muy frecuentemente, por lo que se inclina por aceptar la forma unipersonal.²

Luchinsky comparte una reflexión de la Dra. Ana Piaggi sobre este tema:

¹ Rodrigo Luchinsky y Vanesa Mordoj, “Sociedades de un solo socio”. *Revista Lecciones y Ensayos*, 95-118 (2001): 98.

² Alfredo Morles. *Curso de Derecho Mercantil: Las sociedades mercantiles*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 809.

(...) nunca hemos comprendido que no se admita una nueva forma genérica con el pretexto de que se opone a criterios tradicionales o teorías jurídicas...El derecho no debe ser una coraza que aprisione a la sociedad humana impidiendo su desenvolvimiento, sino que debe canalizar su progreso.³

Por otro lado, están los que explican la naturaleza jurídica de las sociedades unipersonales a través de la teoría de la institución, la cual busca un equilibrio entre la realización del interés del individuo y el interés del Estado, pudiendo ser modificados según convenga al interés que sea predominante en un momento dado.

Al respecto, Chacón indica que la existencia de las sociedades unipersonales se puede explicar fundiendo la teoría de la institución, los conceptos de sociedades mercantiles de capital y el de empresa, cuyo resultado sería un “ente-empresario” con personalidad jurídica⁴.

1.1. Origen de las sociedades unipersonales

Pudiera pensarse que la necesidad creciente de la constitución de sociedades de un solo socio obedece a un asunto reciente, como la proliferación de pequeñas y medianas empresas en algunos países, la globalización o incluso a la necesidad de reglar los vacíos legales que son empleados por ciertos individuos para disimular sus actos delictivos. Pero la historia demuestra que el tema de la limitación de la responsabilidad del comerciante individual tiene sus orígenes desde finales del siglo XIX.

Al jurista austriaco Oskar Pisko se atribuye la creación de la institución y su primera fundamentación doctrinal, ya que fue él quien en 1910 preparó un proyecto basado en la limitación de la responsabilidad en los casos de iniciativas empresariales de tipo no colectivo, el cual sirvió de modelo para la primera regulación de esta figura en un ordenamiento jurídico, que tendría lugar en 1925, con el Principado de Lichtenstein.

Jequier explica como Oskar Pisko basaba su proyecto en el hecho cierto de la aceptación de la limitación de la responsabilidad de los socios, pues para esa época Alemania ya había consagrado la Sociedad de Responsabilidad Limitada (1892). En ese sentido, argumentaba que si para el momento se había permitido la limitación de la responsabilidad de los socios al monto de su aporte, bien podría extenderse ese beneficio al empresario individual⁵.

³ Luchinsky, *Sociedades de un solo socio*, 99.

⁴ Nayibe Chacón, *Las Sociedades Unipersonales: ¿Ruptura de la Teoría Contractual o Patrimonio Separado?* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2008), 85.

⁵ Eduardo Jequier, “Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 17, N° 2 (2011): 192, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4096115> 2011), 192.

No obstante, tal asimilación se explicaba no bajo la concepción plurilateral del contrato, sino mediante la técnica del patrimonio separado, también denominada teoría de la afectación.

De modo que, el proyecto de Oskar Pisko se basaba en el reconocimiento de un modelo legislativo que consagrara la responsabilidad limitada del empresario, siempre que se extremara la protección a los intereses de los terceros a través, por ejemplo, del desembolso de todo el capital de la sociedad y la prohibición de los acreedores del empresario de atacar el patrimonio de la empresa. Así, mediante disposiciones de este estilo se protegerían los intereses de los terceros, sin necesidad de acudir a los tipos asociativos y a la atribución de personalidad jurídica tradicionales.

Dentro de las disposiciones innovadoras que consagró el Código Civil del Principado de Lichtenstein (1926), se encuentra la redacción del artículo 637, en el cual se indicaba que toda persona jurídica podía ser constituida por una persona natural o por una firma individual como único socio de un agregado asociativo unipersonal, permitiendo además, que si el número de sus miembros se reducía a uno, pudiera continuar sus actividades, siempre que se modificaran sus estatutos sociales.

Luego de que Alemania reconociera a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (1892) y que el Principado de Lichtenstein (1926) se convirtiera en el primer país en incorporar en su ordenamiento jurídico la figura unipersonal originaria, la idea de unipersonalidad fue ganando seguidores.

1.2. Concepto de sociedad unipersonal

El profesor Angelo Grisoli realizó un estudio comparado de la jurisprudencia de al menos veinte países, en materia de sociedades con un solo socio a los efectos de verificar, entre otros aspectos, las diferencias terminológicas que rodean a las sociedades unipersonales.

Del estudio del citado autor se desprenden las siguientes consideraciones respecto a la diversidad terminológica empleada por los países al referirse a las sociedades unipersonales: a) las Cortes suelen ser más herméticas al describir la unipersonalidad y sus características, en comparación del lenguaje empleado por la doctrina, que puede incluir “expresiones floridas”; b) A la capacidad inventiva de cada país obedecerá el término empleado para referirse a este tipo social; y, c) Un mismo término puede tener significado e implicaciones diversas según el ordenamiento jurídico del país de que se trate⁶.

⁶ Angelo Grisoli. *Premisas al estudio comparado de las sociedades con un solo socio. En Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970). 27-28.

Respecto del empleo incontrolado de distintos términos para referirse a las sociedades de un solo socio, el profesor Grisoli indica “*De ello derivan consecuencias deplorables: no solamente una situación de ambigüedad en el enfoque de los problemas, sino también una tendencia a acumular en una solución única, hipótesis objetivamente distintas*”⁷.

En este orden de ideas, Duque proporciona una definición de las sociedades unipersonales en dos vertientes suficientemente genéricas para el presente estudio, a saber:

En un sentido estricto, la sociedad unipersonal es una sociedad que tiene sus acciones, participaciones o partes de interés concentradas, en poder de una sola persona. En sentido amplio se entiende por sociedad unipersonal una sociedad que claramente está dominada por un solo socio⁸.

Por su parte Schlemenson define las sociedades unipersonales como “*sistemas organizativos de comando directo*’. *En ellas se perfila la figura central ya mencionada [propio dueño], que ejerce el manejo, la supervisión y el control, en forma personal*”⁹.

En tales definiciones se obvian las discusiones respecto de la necesidad de pluralidad de voluntades para la constitución de una sociedad, resaltando únicamente el carácter unipersonal de tales sociedades. Si bien tradicionalmente la sociedad ha sido considerada como de naturaleza contractual plurilateral, en diversos países la ley permite la constitución de la sociedad mediante la declaración unilateral de voluntad de un único individuo, dando reconocimiento a las sociedades de un solo socio o sociedades unipersonales.

Pareciera que para los sectores tradicionales hay una flexibilización o debilitamiento de la teoría contractual de las sociedades, pero Oviedo explica que se trata de una concepción que viene a definir a la sociedad como:

(...) un simple mecanismo de organización de la empresa. Así, las compañías pueden surgir bien de un contrato o de un acto unipersonal, aglutinar a un grupo indeterminado y numeroso de accionistas o mantenerse bajo un esquema cerrado y restringido por el derecho de preferencia, etcétera¹⁰.

⁷ Grisoli, *Premisas al estudio comparado de las sociedades con un solo socio*, 31.

⁸ Justino Duque. *La 12a Directiva del Consejo (89/67/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada*. En *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. (Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1991), 274.

⁹ Aldo Schlemenson. *Análisis organizacional y empresa unipersonal. Crisis y conflictos en contextos turbulentos*. (Buenos Aires: Paidós, 1993), 97.

¹⁰ Jorge Oviedo, “Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano”. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, N° 36 (2011), 266, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5470292>

Así, Chacón afirma que:

(...) el origen de las sociedades unipersonales se ubica en el fenómeno que ha sido denominado proceso de institucionalización de la empresa. Con la sociedad unipersonal se trata de dar forma a la empresa individual, manteniendo la estructura orgánica de las formas sociales, particularmente la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada¹¹.

Al respecto, Oviedo arguye “*También se ha insistido que más que darle a la sociedad la naturaleza de ‘institución’, debe ser considerada como ‘[...] un mecanismo, una herramienta, una estructura jurídica destinada a cumplir diversos fines de naturaleza empresaria*”¹².

Surge entonces la necesidad de profundizar en el análisis de la noción de empresa por guardar estrecha relación con el concepto de sociedad, a pesar de no existir sinonimia entre ellas. Ossorio explica que aunque el concepto se encuentra en construcción en el plano jurídico y económico, la empresa se puede definir de forma genérica como “la organización de los elementos de la producción –naturaleza, capital y trabajo – con miras a un fin determinado”¹³. Tal definición tiene un marcado carácter económico.

De igual forma, Goldschmidt y Ramírez proporcionan una definición atendiendo al rol que desempeña la empresa en la economía moderna. Así, la empresa es una “organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”¹⁴.

Ahora bien, cuando se indaga sobre la definición jurídica de la empresa se obtienen dos realidades:

(...) la primera realidad es que no existe concepto legal de Empresa recogido de manera uniforme por el ordenamiento jurídico, y la segunda realidad es que los juristas han utilizado el concepto económico de Empresa (previamente citado), para darle un marco conceptual a la actividad realizada por el comerciante¹⁵.

Ante la tentativa de admitir a la empresa como persona jurídica, Garrigues es tajante al explicar que relacionar el concepto de sociedad con el de empresa es errado:

Esta doctrina, que atribuye personalidad jurídica a la empresa, renace modernamente a causa de la confusión, para ciertos autores, entre empresa y sociedad. Al

¹¹ Chacón, *Las Sociedades Unipersonales: ¿Ruptura de la Teoría Contractual o Patrimonio Separado?*, 89.

¹² Oviedo, “Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano”, 263.

¹³ Manuel Ossorio. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (Buenos Aires, Editorial Heliasta S. R. L, s.a.), 281.

¹⁴ Roberto Goldschmidt y Raul Ramírez. *De la enajenación del Fondo de comercio en el Derecho Venezolano*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 134.

¹⁵ Roberto Goldschmidt y Raul Ramírez. *De la enajenación del Fondo de comercio en el Derecho Venezolano*, 134.

ser confundida la empresa con la sociedad, la personalidad jurídica atribuida a ésta se extiende a la empresa misma. Se olvida así que la sociedad, como empresario que es, no puede ser confundida con la empresa¹⁶.

Al respecto, De la Cámara agrega “*Si se trata de integrar en una unidad los diferentes elementos que componen la empresa, no es de extrañar, como dice Garrigues, que se haya acudido al resorte unificador por excelencia, o sea, a la personalidad jurídica*”. Pero este expediente (la atribución de personalidad jurídica a la empresa) no es admisible ni ha tenido éxito¹⁷.

Por su parte, Morles proporciona la siguiente distinción entre ambos conceptos:

La empresa y la sociedad son dos cosas fundamentalmente distintas. La primera es una organización económica y humana. No es una noción jurídica, sino una noción económica y social... La segunda es una noción jurídica que le permite a la empresa acceder a la vida jurídica y organizarla (Paillusseau, citado por Bertrel)¹⁸.

La sociedad unipersonal se convierte para algunos doctrinarios como Verdera y Tuells, tal como explica González, en “*una técnica racional para la más eficiente explotación de la empresa, como tal, los socios pierden importancia frente a la estructura organizativa que la forma societaria ofrece para las empresas*” (cursiva en el texto)¹⁹. En conclusión, la sociedad unipersonal viene a ser una figura evolutiva de las formas societarias tradicionales que permite al empresario, de forma individual, cumplir con su objetivo comercial a través de la organización y coordinación de los distintos factores productivos que aglomere.

1.3. Tipos de sociedades unipersonales

Del estudio jurisprudencial sobre las sociedades con un solo socio que realiza el reconocido profesor Grisoli en los términos antes indicados, se obtiene como resultado tres hipótesis base, que a su decir “*llegan a agotar todos los medios con que aparecen las sociedades con un solo socio, relevantes desde el punto de vista jurídico*”²⁰. Dichas hipótesis son las siguientes: “*a) Sociedades con un solo socio en el momento de la constitución (sociedades originalmente unipersonales). b) Sociedades reducidas a un solo socio. c) Sociedades preordenadas a un solo socio*”²¹.

¹⁶ Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*, 169.

¹⁷ Manuel De la Cámara. *Estudios de Derecho Mercantil*. (Jaén: Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho Reunidas, 1977), 8.

¹⁸ Alfredo Morles. *Curso de Derecho Mercantil: Las sociedades mercantiles*, 771

¹⁹ Hugo González, “La responsabilidad individual limitada”. *Revista Perspectiva Jurídica UP*, N° 04 (2015): 118, http://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/Perspectiva_Juridica_04.pdf

²⁰ Grisoli, Premisas al estudio comparado de las sociedades con un solo socio, 37.

²¹ Grisoli, Premisas al estudio comparado de las sociedades con un solo socio, 37.

En atención a dicho criterio, las sociedades unipersonales se clasificarían en:

- 1) Sociedades unipersonales originarias: Son aquellas sociedades que nacen de un acto unilateral de voluntad.
- 2) Sociedades unipersonales sobrevenidas: Son aquellas sociedades que a pesar de ser constituidas por una pluralidad de socios, concentran la totalidad de sus acciones en uno solo.
- 3) Sociedades preordenadas a un solo socio: Se trata de la “concentración preordenada de todas las acciones en manos de una sola persona, esto es, el caso del socio que haya obtenido ya de los otros todas las acciones en aplicación de un pacto parasocial...”²².

Por su parte, Chacón explica que la clasificación de las sociedades unipersonales va a depender de la forma en que existan tales figuras en los países que reconozcan su existencia, apegándose a la agrupación que realiza Grisoli, pero omitiendo la hipótesis relativa a las sociedades preordenadas a un solo socio²³. Sin embargo, es probable que tal omisión se deba a la similitud entre la hipótesis de las sociedades reducidas a un solo socio y las sociedades preordenadas a un solo socio, ya que en la primera se identifica una concentración de acciones de forma involuntaria, mientras que en la segunda existe una manifiesta intención de transmisión de todas las acciones a un único socio. De modo que, independientemente de la intencionalidad en ambas hipótesis el resultado obtenido es el mismo: la unipersonalidad sobrevenida.

2. Sociedades unipersonales en el Derecho venezolano

El ordenamiento jurídico venezolano no contempla la constitución de sociedades mercantiles mediante una declaración unilateral de voluntad. En efecto, para la celebración de un contrato societario se requiere la manifestación de voluntad de al menos dos personas, tal como se establece en el artículo 1649 del Código Civil (1982)²⁴ al definir el contrato de sociedad como “aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin común”.

Por su parte, aunque el Código de Comercio vigente²⁵ no define la naturaleza jurídica de las sociedades, de la lectura del artículo 200 de dicha norma se desprende la necesidad de una pluralidad de partes para la constitución de la sociedad, al indicar que las “sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes”.

²² Grisoli, Premisas al estudio comparado de las sociedades con un solo socio, 34.

²³ Chacón, Las Sociedades Unipersonales: ¿Ruptura de la Teoría Contractual o Patrimonio Separado?, 99.

²⁴ Código Civil. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 2.990 (Extraordinaria), del 26 de julio de 1982. En adelante se podrá emplear indistintamente las siglas CC..

²⁵ Código de Comercio. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 475 (Extraordinaria), del 21 de diciembre 1955. En adelante se podrá emplear indistintamente las siglas CCo.

El derecho venezolano no contempla la creación de sociedades anónimas por un acto unilateral de voluntad basado, por un lado, en la interpretación romanística del contrato en la que se prohíbe que un individuo contrate consigo mismo, y por el otro, en el apego a los preceptos establecidos en el Código de Comercio francés de 1807, al requerir una pluralidad de personas para la constitución de una sociedad mercantil.

A pesar de la aparente imposibilidad legislativa para la constitución originaria de las denominadas sociedades mercantiles unipersonales, el Código de Comercio reconoce su validez en la forma sobrevenida, a través del último aparte del artículo 341 al disponer que “la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas de la sociedad”.

En este orden de ideas, si bien la legislación venezolana no prevé la constitución de sociedades mercantiles unipersonales desde su nacimiento, sí reconoce que existe la figura de la sociedad unipersonal sobrevenida o sociedad de un solo socio, ya que al menos en lo que respecta a la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, la exigencia mínima de dos socios no parece ser relevante para el correcto desenvolvimiento de la sociedad, toda vez que de acuerdo al artículo 341 CCo., la adquisición de la totalidad de las acciones por uno de los socios no conlleva la disolución de la sociedad.

Una sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica desde el momento en que ha cumplido una serie de formalidades registrales, haciéndose titular de deberes y derechos entre los que cabe resaltar la limitación de su responsabilidad a un capital determinado. Sin embargo, en la normativa vigente no se permite el nacimiento de sociedades mercantiles unipersonales, pero si se acepta la acumulación posterior de la totalidad accionaria en un socio, sin implicar ésta la pérdida de personalidad jurídica de la sociedad. De manera que, parece carecer de sentido prohibir la constitución de dichas sociedades, cuando en la práctica estas sociedades operan con total normalidad a pesar de tener un socio.

En este sentido, comprender que las sociedades tienen personalidad jurídica distinta a la de los socios permitiría admitir la constitución de sociedades anónimas unipersonales en nuestro ordenamiento, tal y como se ha venido aplicando en Europa y algunos países de Latinoamérica.

3. Implicaciones del reconocimiento de la unipersonalidad originaria en las sociedades anónimas en la actividad empresarial venezolana

3.1. Actividad empresarial individual en Venezuela

La libertad económica es la base para el desarrollo de un país, de modo que el hecho cierto de que los comerciantes gocen de todos los derechos y libertades reconocidos por las leyes venezolanas es de vital importancia para la consecución de tal fin. Al respecto, Morles explica:

La libertad económica o libertad de empresa es considerada como un elemento nuclear del modelo constitucional de libre mercado en los países que como Venezuela son caracterizados como un Estado Democrático y Social de Derecho, hasta tal punto que se afirma que no hay economía de mercado sin libertad de empresa²⁶.

La legislación venezolana vigente no contempla la constitución de sociedades mercantiles por un acto unilateral de voluntad, tal como lo hacen otros países, entre ellos Colombia y España. En consecuencia, la exigencia de una pluralidad de socios podría considerarse como una restricción a la actuación de los empresarios que de forma individual pretenden constituir una empresa y limitar así su responsabilidad a un capital determinado sin comprometer la totalidad de su patrimonio.

El último aparte del artículo 341 del Código de Comercio permite comprender que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que devengan en unipersonales, dependen de la integridad de su capital social y del patrimonio propio de la compañía, dejando de lado todas aquellas consideraciones en torno a la importancia de la pluralidad de socios y las características personales de estos.

De modo que, cuando se constituye una sociedad de capitales lo que se pretende es limitar la responsabilidad patrimonial del comerciante, para lo cual se estipula un capital social acorde a la consecución del objeto de la sociedad y se mantiene íntegramente durante su vigencia. En consecuencia, la pluralidad de socios no debería ser determinante en la constitución de las sociedades anónimas, argumento que se apoya precisamente en la negativa de disolver las sociedades que se han quedado con un socio luego de su constitución.

Desde un punto de vista registral, en el ordenamiento jurídico venezolano el nacimiento de las sociedades anónimas y su consecuente adquisición de personalidad jurídica está sujeto al cumplimiento de una serie de formalidades. Como se ha referido anteriormente, la constitución de este tipo de sociedades requiere la manifestación de

²⁶ Alfredo Morles. *Curso de Derecho Mercantil: Las sociedades mercantiles*, 196-197.

voluntad de una pluralidad de partes, lo que lleva en la práctica a la constitución simulada de sociedades, y la consiguiente realización de trámites legales adicionales para la venta de las acciones o cuotas al socio que en estos casos siempre quiso tener una sociedad de forma individual.

En consecuencia, dar cabida a un nuevo tipo societario, como las sociedades anónimas unipersonales o a una figura como la empresa unipersonal que han sido admitidas en otros países, ampliaría el campo de actuación comercial de los empresarios, quienes serían los mayores beneficiarios al gozar de una serie de ventajas, tales como el estímulo a la actividad de comerciante individual. Asimismo, se demostraría que sincerar el acto de constitución de sociedades mercantiles no desnaturaliza la autonomía patrimonial que caracteriza a las sociedades de capitales, y que por tanto facilitaría la ejecución de actividades de la sociedad en el plano financiero y contable, tanto de parte del comerciante como de los terceros que contraten con la sociedad.

3.2. Abuso de la personalidad jurídica

Atribuir personalidad jurídica a las sociedades y en especial a la compañía anónima, implica que, a partir de su reconocimiento como sujeto de derecho será capaz de asumir obligaciones y adquirir derechos, y en especial que poseerá un patrimonio propio e independiente del patrimonio de los individuos que la constituyeron.

Muci ha realizado un estudio en donde determina los elementos de juicio o convicción para el desconocimiento de la personalidad jurídica. En primer lugar, se refiere a la sociedad constituida con socios de apariencia, también denominadas sociedades de favor. Se trata de sociedades en donde la pluralidad de socios se manifiesta solo al momento de su constitución, pues en la práctica es uno de los socios quien tiene el control de la sociedad por ser titular de la mayoría de la composición accionaria de la empresa²⁷. Esta situación se presenta con mucha frecuencia en el derecho venezolano, ya que muchas sociedades se registran bajo acuerdos previos de ventas de acciones a uno de los socios con posterioridad a su constitución, con la finalidad de mantenerse al amparo de último párrafo del artículo 341 del CCo.

El segundo elemento identificado es el referente al control ejercido sobre la sociedad, el cual se caracteriza por ser relevante, incisivo y asfixiante, en otras palabras, por limitar el desenvolvimiento independiente de la sociedad como sujeto de derecho diferente de los socios. Muci lo define como “aquel que convierte o transforma a la sociedad en una suerte de *marioneta* o *títere* –de instrumentality o alter ego – de los socios; en suma, aquél que evidencia que la persona moral no tiene ni voluntad ni exis-

²⁷ Muci. *El abuso de la forma societaria*. (Caracas: Editorial Sherwood, 2005), 129.

tencia propias”²⁸. No obstante, el citado autor opina, al igual que Hung Vaillant, que no debe confundirse el referido control como supuesto suficiente para el levantamiento del velo corporativo²⁹.

En las empresas unipersonales suele señalarse con desmedida ligereza la existencia de un control incisivo de parte del socio único. Sin embargo, es incorrecto concluir que la unipersonalidad conlleve obligatoriamente el ejercicio del control desmedido del socio único y como consecuencia la aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo en defensa de sus acreedores o algún tercero que pudiera verse afectado por su giro comercial.

Al respecto, Muci señala:

Quando la sociedad deja de tener más de un socio, ya no tiene sentido hablar, no hay duda de ello, de contrato social. Sin embargo, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, tiene sentido seguir hablando de persona jurídica y de patrimonio autónomo, porque la concentración de las acciones en un único accionista no constituye causa de disolución de la sociedad. Más aún, ni los acreedores de la sociedad, ni tampoco los del socio, sufren perjuicio alguno por el solo hecho de que aquella tenga un único socio³⁰.

En este sentido se pronuncia Rodríguez, para quien “la unipersonalidad no debería ser causa para levantar el velo societario si la forma societaria no ha sido utilizada para cometer fraude perjudicando los derechos a terceros”³¹.

De manera que, la unipersonalidad no implica el control incisivo del socio único, correspondiendo al juez o a la Administración Pública determinar la medida del control ejercido sobre la sociedad y si procede o no el levantamiento del velo corporativo.

El tercer elemento de juicio en que se puede fundar el desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, es el referente a la falta de independencia económica. Muci identifica los siguientes índices relevantes del ejercicio de un control incisivo en torno a la independencia económica: a) La insuficiencia del capital social; b) La confusión patrimonial; y, c) Otros síntomas de falta de independencia económica, tales como los negocios celebrados entre la sociedad y sus socios en condiciones desfavorables para la sociedad³².

²⁸ Muci. *El abuso de la forma societarias*, 130-131.

²⁹ Muci. *El abuso de la forma societarias*, 131.

³⁰ Muci. *El abuso de la forma societarias*, 134.

³¹ Julio Rodríguez. “Mitos y realidades de la llamada teoría del levantamiento del velo corporativo”. *En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 144, (2006): 318, http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2006/BolACPS_2006_144_299-322.pdf

³² Muci. *El abuso de la forma societarias*, 149-153.

Especial énfasis merece el índice referido a la confusión patrimonial, ya que en materia de sociedades unipersonales, pudieran presentarse casos en que el socio único emplea los bienes sociales como si fueran propios. No obstante, nuevamente se hace evidente que esta situación es igualmente factible en sociedades pluripersonales o en aquellos casos en que no existe una clara independencia patrimonial entre grupos de empresas.

De lo expuesto hasta este punto se desprende que el levantamiento del velo corporativo debe proceder en última instancia, es decir, corresponde al juez o a la Administración Pública realizar un estudio pormenorizado de cada caso y determinar si el Derecho no configura una solución específica que permita mantener el hermetismo de la personalidad jurídica de los entes morales.

3.3. Críticas al reconocimiento de la unipersonalidad originaria en las sociedades anónimas en la actividad empresarial venezolana

A continuación, se desarrollan algunas de las críticas en torno a la aceptación de las sociedades unipersonales de carácter originario:

a) Empleo incorrecto del adjetivo “unipersonal”

La primera crítica se refiere al uso inadecuado del adjetivo “unipersonal” al catalogar a las sociedades de un solo socio, dado que la doctrina más tradicional otorga un carácter asociativo a las sociedades, es decir, la misma es definida como una agrupación de al menos dos personas. Tal planteamiento tiene bases irrefutables desde el punto de vista teórico, sin embargo, algunos casos de derecho comparado han demostrado prescindir de rigorismos gramaticales para darle prioridad al fondo de la problemática, el cual no es otro que regular una situación de hecho.

b) Normativa aplicable a las sociedades anónimas unipersonales

Otra de las críticas está orientada al régimen que se empleará para dar cabida a las sociedades unipersonales dentro de un determinado ordenamiento jurídico y que debe considerar el legislador venezolano en caso de incorporar la unipersonalidad originaria a su marco normativo. Se presentan básicamente dos posturas, una en donde se emplearían las normas ya existentes para desarrollar la nueva figura, y otra en donde se propone la creación de un nuevo y especial ordenamiento jurídico para la naciente figura.

La primera postura se caracteriza por admitir la figura de las sociedades unipersonales originarias a través de la aplicación, en cuanto sea pertinente, de la estructura orgánica de las sociedades de capital ya existentes, con la finalidad de evitar asfixiar el sistema legal con disposiciones repetitivas. A favor de esta postura se esgrime el empleo

de la normativa que más se ajuste al nuevo tipo social, flexibilizando y/o desaplicando aquellas normas que no concuerden con la nueva figura. Por ejemplo, en Venezuela se podría aplicar toda la normativa de sociedades anónimas a las sociedades anónimas unipersonales, pero en los casos que refieran a una pluralidad de socios, tales como las reuniones de asambleas de accionistas o de junta directiva, se deberán mantener dichas estructuras teniendo especial cuidado en denotar la actuación del único socio.

Otra consideración a favor de esta postura, es la facilidad con la cual se podría migrar de una figura unipersonal o una pluripersonal y viceversa, sin necesidad de realizar transformaciones estructurales que impliquen nuevas gestiones ante los registros mercantiles, lo que eventualmente implicaría un congestionamiento administrativo. Por ejemplo, si una empresa unipersonal requiere aumentar su capital para emprender un nuevo negocio y su único accionista no puede efectuar el aporte ni cuenta con la posibilidad de adquirir un préstamo, podría considerar la opción de incorporar un nuevo accionista, migrando así a un tipo social pluripersonal, sin mayores formalismos que los estrictamente necesarios para la incorporación del nuevo socio.

El autor patrio Goldschmidt en su estudio sobre la reforma parcial del Código de Comercio de 1955, comparte esta postura:

(...) mientras no se haya encontrado un régimen legislativo satisfactorio para reglamentar la llamada empresa individual de responsabilidad limitada, resulta preferible la forma de la sociedad unipersonal, ya que permite continuar utilizando, especialmente por el interés de los acreedores, los instrumentos jurídicos de la sociedad anónima y la experiencia legislativa y jurisprudencial al respecto³³.

Del mismo modo, Grisoli se manifiesta a favor del estudio de las implicaciones de adaptar las disposiciones societarias tradicionales a las características que sobrevengan de la concentración de las acciones de una empresa en un único titular:

(...) en lugar de una reforma fundada en la elaboración de una nueva institución, se podrían estudiar los efectos de una modificación de las normas existentes en materia de concentración de todas las acciones en una mano para ver si posible llegar a una más satisfactoria disciplina legislativa aún de las sociedades de conveniencia³⁴.

En contra de los argumentos previos se presenta la segunda postura, pues si bien se concuerda en la necesidad del reconocimiento de la unipersonalidad originaria de las sociedades, no se admite que sea a través de las estructuras tradicionales. Por el

³³ Roberto Goldschmidt. *La reforma parcial del código de comercio*. (Caracas: Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1957), 154.

³⁴ Angelo Grisoli. *Sociedades unipersonales y empresa individual de responsabilidad limitada*. (Caracas: Imprenta Universitaria de Caracas, 1967), 443.

contrario, esta postura realza la importancia de construir un cuerpo normativo especial que se encuentre libre de toda influencia pluripersonal. En tal sentido se manifiesta Maisch:

(...) ¿por qué hacerlo en una forma encubierta e indirecta? ¿por qué valernos de una figura jurídica que tiene su perfecta aplicación cuando hay verdaderamente un elemento pluripersonal, y desfigurándola, adaptarla para un único titular? La estructura de una empresa, con varios y a veces miles de accionistas, no puede, ni debe ser la misma que la de la empresa de un único titular; los requisitos de su fundación, de su funcionamiento, los órganos deliberativos, ejecutivos, de vigilancia, el sistema de acciones, en fin, la normatividad necesaria en el derecho societario, para protección de las minorías, de los terceros, de los eventuales obligacionistas, de los acreedores, el cumplimiento del objeto social, la fiscalización extrema a que deben estar sometidas las sociedades que ofertan acciones al público, etc., etc. son todos problemas ajenos y diferentes sustancialmente a los que se pueden presentar en una empresa unipersonal³⁵.

Para reforzar esta postura se tiene que, el hecho de aplicar principios de otras normativas implicaría atribuir a los socios, acreedores, registradores, jueces y los terceros que tengan cualquier tipo de relación con la sociedad, la potestad de interpretar las disposiciones existentes para determinar su aplicación a casos específicos, lo que podría generar una diversidad de interpretaciones y en consecuencia inseguridad jurídica en torno a la aplicación del nuevo tipo social planteado.

c) Pérdida de la pluripersonalidad como causal de disolución

De acuerdo a lo previsto, en Venezuela no es causal de disolución la concertación de las acciones de la sociedad en un solo socio. Ahora bien, para aquellos países que no admiten la unipersonalidad sobrevenida de las sociedades, incorporarla será de gran utilidad para los comerciantes que desean continuar con el giro comercial de su empresa de forma individual, sin tener que verse obligados a conseguir un socio de favor o algún interesado genuinamente en su empresa.

En dicho supuesto, forzar la disolución de la sociedad que sobrevenga en unipersonal podría ser considerada como un atentado al derecho constitucional de la persona a ejercer una determinada actividad comercial, pero tal argumento perdería fuerza al sostenerse que el comerciante siempre podrá continuar con el ejercicio de sus actos de negocios, la diferencia radicaría en que no gozaría del beneficio de la autonomía patrimonial que ofrece la figura en estudio.

³⁵ Lucrecia Maisch. *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. (Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970), 51.

d) Protección a los acreedores y terceros

Las legislaciones que han acogido a la sociedad unipersonal o han desarrollado figuras semejantes bajo la denominación de empresa unipersonal, tienden a exigir la incorporación a su denominación o razón social de la expresión “Unipersonal”, por ejemplo, en Colombia se exige el uso del término “Empresa Unipersonal” o las siglas “E.U.”, cuya omisión implicaría la responsabilidad ilimitada del empresario. Con dicha previsión se procura que aquellos que contraten o mantengan algún tipo de relación con la empresa estén informados de su carácter unipersonal. Asimismo, en algo que se coincide en el derecho comparado es en la necesidad de inscribir este tipo de sociedades en el Registro Mercantil correspondiente para efectos de su publicidad.

No obstante, el asunto de la denominación de la empresa podría resultar irrelevante si se considera que desde el momento en que un ordenamiento jurídico concede personalidad jurídica a las sociedades unipersonales, bien bajo esta expresión o a través de otras, como la empresa unipersonal, está creando un ente moral apto para el desarrollo del comercio.

De esta forma, los individuos que de alguna manera celebran actos de comercio con la sociedad unipersonal no deberían preocuparse por el sustrato personal de la misma, recomendándose al Estado establecer el monto del capital social mínimo requerido para la inscripción y operación de los tipos sociales tradicionales y en especial para la figura unipersonal que se consagre. Tal previsión restaría trascendencia a la curiosidad que gira en torno a conocer el número de accionistas de una determinada empresa, pues:

(...) el elemento personal tiene una importancia secundaria tanto para la colectividad que está interesada, en primer lugar, en la existencia y supervivencia de la empresa, como para los acreedores de la sociedad, cuya garantía está en la administración separada del patrimonio social, pero no en la pluralidad de socios³⁶.

En Venezuela, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado³⁷, en su artículo 41 establece la facultad del registrador para ejercer la función calificadora en el sistema registral y en su artículo 57, numeral 1, consagra igualmente la potestad para “Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas del Estado”. En consecuencia, ante un eventual reconocimiento de

³⁶ Goldschmidt. *La reforma parcial del código de comercio*, 154.

³⁷ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado. Gaceta Oficial N° 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021.

las sociedades unipersonales, quedaría en manos del registrador verificar que el capital sea suficiente para la consecución de su objeto social. Asimismo, sería pertinente extender la referida potestad del registrador a la revisión del capital con cierta frecuencia (a determinar por los órganos competentes) y de forma obligatoria en cada oportunidad en que se acuda al Registro Mercantil (independientemente de la gestión a realizar), con la finalidad prevenir una eventual descapitalización de la sociedad ante los avatares de la economía inflacionaria venezolana.

Con relación a la obligación de mantener un capital mínimo, Serick cataloga como un abuso de la persona jurídica de una sociedad unipersonal la siguiente maniobra de un empresario individual:

(...) cuando un socio único no proporcione a su sociedad el capital necesario para acometer grandes negocios, de modo que, en lugar de la correspondiente elevación de su capital, le hace un préstamo, para que si fracasa pueda aparecer en la posición de un acreedor, lo cual necesariamente repercute en perjuicio de los otros acreedores³⁸.

En este caso el socio único utiliza la sociedad unipersonal de manera fraudulenta y en consecuencia logra perjudicar a los terceros acreedores. De manera que, el legislador debería prever este tipo de situaciones y construir disposiciones que las prevengan.

Otra de las opciones para proteger a los acreedores y terceros que contraten con la empresa unipersonal es la designación de comisarios activos y eficientes, quienes a través de su derecho de inspección y vigilancia garanticen el cumplimiento de los deberes que impone la Ley, el documento constitutivo y los estatutos de la empresa.

e) Administración de las sociedades unipersonales

Existe una especial crítica en lo que se refiere a la administración de las sociedades de un solo socio y la responsabilidad patrimonial personal que tal gestión generaría. En consecuencia, es osado atribuir al socio único, que a su vez actúa como administrador de la empresa, una responsabilidad personal sobre los actos de comercio de la empresa, ya que éste está actuando como en las sociedades anónimas tradicionales, es decir, en representación de la sociedad unipersonal a través del mecanismo del mandato. Es probable que esa consideración errada provenga de asimilar al socio único con el socio de las sociedades de personas, el cual puede tener una responsabilidad solidaria (según se trate de una compañía en nombre colectivo o sociedad en comandita, específicamente el socio comanditante).

³⁸ Rolf Serick. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1958), 243.

Asimismo, la referida crítica se desvirtúa con la explicación que al respecto ofrece Alonso:

Lo importante no es si el socio único accede o no a la gestión o administración social, sino si se respeta o no el régimen del tipo societario y, en particular, el régimen patrimonial montado sobre la técnica del capital. La responsabilidad del socio único por las deudas sociales se derivará, en su caso, no del hecho de que sea a su vez administrador de la sociedad, sino del hecho de que respete el régimen patrimonial propio del tipo, no dando lugar a un uso abusivo del mismo (...) ³⁹.

Por otro lado, el derecho comparado ha demostrado que la administración y dirección de las sociedades unipersonales o empresas unipersonales, puede recaer sobre una persona distinta al socio único o en varias personas simultáneamente. Asimismo, se destaca la norma española que establece la obligación de hacer constar en acta las decisiones del socio único, bajo su firma o la de su representante, independientemente de la persona que las ejecute y formalice.

f) Limitación al acceso a créditos bancarios

El beneficio de la limitación de la personalidad puede devenir en desventaja si se coloca a la sociedad unipersonal frente a la situación específica de requerir financiamiento bancario para el cumplimiento de su objetivo social. De la Cámara citado por Robilliard señala que:

(...) la pretendida igualdad de la concurrencia de los sujetos en el mercado se mueve en el plano de las proporciones teóricas “porque el pequeño empresario verá cómo se difumina su ambicionada responsabilidad limitada tan pronto como tenga que recurrir al crédito” ⁴⁰.

Frente a esta situación, Robilliard indica que acudió a tres especialistas en materia bancaria de su país (Perú), para determinar si la empresa individual de responsabilidad limitada era desventajosa para obtener un crédito bancario. De tal análisis, el autor determinó la veracidad de la reflexión de Sardón: “Los bancos están interesados en la solvencia material de la empresa que pide un crédito más que en la forma jurídica que haya adoptado” ⁴¹.

³⁹ Alberto Alonso. “La 12a Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la Sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990”. *En Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Ten*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., (1991), 117.

⁴⁰ Paolo Robilliard. “La E.I.R.L y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor”. *Ius Et Veritas*, N° 42, (2011): 42, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12083>

⁴¹ Paolo Robilliard. “La E.I.R.L y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor”, 42.

Si bien el criterio expuesto se limita a la situación peruana, parece un razonamiento extensible a la situación venezolana para el caso específico de las sociedades anónimas unipersonales.

g) Contratación de la sociedad unipersonal con el socio único

En aquellos casos en que el socio único contrate con la empresa unipersonal no estaría contratando consigo mismo, sino con un sujeto de derecho con personalidad jurídica propia. No obstante, es posible que las sociedades unipersonales puedan ser utilizadas por el socio único en detrimento de sus acreedores al celebrar negocios directamente con esta.

Ante la referida realidad, los legisladores que han aceptado la unipersonalidad de forma originaria han ideado alternativas para evitar el fraude a los acreedores, o al menos disminuir sus consecuencias. Por ejemplo, el legislador colombiano prevé en el único parágrafo del artículo 71 de la Ley 222 de 1995⁴², lo siguiente:

Quando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

h) Interpretación de la normativa unipersonal

Independientemente de la redacción de una normativa especial para el reconocimiento de las sociedades anónimas unipersonales en el país, o de la aplicación de disposiciones tradicionales, se destaca en este punto la utilidad que representaría para el Derecho venezolano incorporar un ente como la Superintendencia de Sociedades de Bogotá de la República de Colombia para desarrollar la labor interpretativa de la normativa que se dicte en materia societaria.

La Superintendencia de Sociedades de Bogotá en Colombia es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio que posee personalidad jurídica, autonomía patrimonial y administrativa. Tal como se establece en el artículo 81 y 82 de la Ley 222 de 1995⁴³ en Colombia, la Superintendencia de Sociedades es el organismo empleado por el Presidente de la República de Colombia para inspeccionar, vigilar y controlar las sociedades comerciales, incluida la empresa unipersonal, en los términos establecidos en el capítulo IX de la referida ley y demás normativa vigente.

⁴² Ley 222 de 1995. Diario Oficial del Congreso de la República de Colombia N° 42.156, del 20 de diciembre 1995.

⁴³ Ley 222 de 1995. Diario Oficial del Congreso de la República de Colombia N° 42.156, del 20 de diciembre 1995.

En este sentido, si se llegase a incorporar la figura de las sociedades anónimas unipersonales en el ordenamiento jurídico venezolano, resultaría invaluable la labor de una Superintendencia de Sociedades a los efectos de disipar las inquietudes que surjan en torno a la nueva figura y su desenvolvimiento práctico en el Derecho venezolano.

CONCLUSIONES

I. Identificar al contrato de sociedad mercantil como un acuerdo en el que debe existir un encuentro de voluntades obligatoriamente, basados en la concepción iusromanista del contrato en la que nadie puede contratar consigo mismo, es el principal impedimento para admitir la constitución originaria de las sociedades unipersonales. Ahora bien, considerar a las viejas instituciones como herméticas y únicas alternáticas para solventar los inconvenientes que pudieran surgir, conduce negativamente a emplear en situaciones actuales fórmulas desdeñadas y estimadas de ineficaces por el Derecho más moderno.

II. Aquellos países que han aceptado la unipersonalidad de las sociedades lo han hecho apoyados en la teoría del patrimonio-afectación, la cual ha dado cabida a la existencia de patrimonios autónomos, permitiendo al comerciante o empresario individual, proteger su patrimonio personal de los avatares de una economía de alto riesgo. En tales supuestos, el ente moral unipersonal respondería ante cualquier obligación únicamente con el capital social de la empresa.

III. Aunque con la aceptación de la unipersonalidad originaria se busca obtener resultados positivos, tales como el incentivo a los comerciantes individuales, el incremento de la pequeña y mediana empresa para contribuir con el desarrollo económico de un país y en general alcanzar las finalidades predeterminadas por el legislador, también es cierto que, si el empresario individual utiliza la figura unipersonal originaria (o bien sobrevenida) para vulnerar una norma, una obligación contractual u ocasionar perjuicios a terceros, existirá abuso de la personalidad jurídica concedida por el legislador.

IV. Como se ha indicado, el ente moral realiza los actos de comercio afectando su propio patrimonio, a cuyo efecto no tiene ninguna relevancia el sustrato personal de la empresa. Sin embargo, ante circunstancias anómalas que impliquen abuso de Derecho, fraude a la ley o simulación, el juez o la Administración Pública podrán desestimar las normas que otorgaron personalidad jurídica al ente moral, es decir, quedan facultados para activar los mecanismos concernientes con el levantamiento del velo corporativo.

V. Los países que se mantienen herméticos respecto a la incorporación de tales sociedades a su ordenamiento jurídico vigente, como es el caso venezolano, tienen la tarea de evaluar las legislaciones de aquellos países que han permitido la existencia de sociedades con un solo socio, bien de forma originaria o sobrevenida, a fin de identificar su utilidad (más allá de las concepciones tradicionales de las sociedades) y comprender que la aceptación de la autonomía patrimonial no implica necesariamente el abuso de la personalidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberto Alonso. “La 12a Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la Sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990”. *En Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Ten*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1991: 65-120.
- Bonilla, Fabio. “Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano”. *Revista e-Mercatoria*, N° 1 (2008): 1-44, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2052> 18
- Chacón, Nayibe. *Las Sociedades Unipersonales: ¿Ruptura de la Teoría Contractual o Patrimonio Separado?* Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2008.
- Código Civil (1982). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 2.990 (Extraordinaria), del 26 de julio de 1982.
- Código de Comercio. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 475 (Extraordinaria), del 21 de diciembre 1955.
- Ley 222 de 1995. *Diario Oficial del Congreso de la República de Colombia* N° 42.156, del 20 de diciembre 1995.
- De la Cámara, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*. Jaén: Editorial de Derecho Financiero. Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.668 (Extraordinaria), del 16 de diciembre de 2021.
- Duque, Justino. *La 12a Directiva del Consejo (89/67/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada*. *En Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1991.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, S.A., 1979.
- Goldschmidt, Roberto. *La reforma parcial del código de comercio*. Caracas: Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1957.
- Goldschmidt, Roberto y Raúl Ramírez. *De la enajenación del Fondo de comercio en el Derecho Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.

- González, Hugo. “La responsabilidad individual limitada”. *Revista Perspectiva Jurídica UP*, N° 04 (2015): 111-132, http://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/Perspectiva_Juridica_04.pdf
- Grisoli, Angelo. *Sociedades unipersonales y empresa individual de responsabilidad limitada*. Caracas: Imprenta Universitaria de Caracas, 1967.
- Grisoli, Angelo. *Premisas al estudio comparado de las sociedades con un solo socio*. En *Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970.
- Jequier, Eduardo. “Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno”. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 17, N° 2 (2011): 189-230, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4096115>
- Maisch, Lucrecia. *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970.
- Morles, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: Las sociedades mercantiles*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.
- Muci, José. *El abuso de la forma societaria*. Caracas: Editorial Sherwood, 2005.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (Buenos Aires, Editorial Heliasta S. R. L, s.a.).
- Oviedo, Jorge. “Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano”. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, N° 36 (2011), 251-278, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5470292>
- Robilliard, Paolo. “La E.I.R.L y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor”. *Ius Et Veritas*, N° 42, (2011): 86-106, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12083>
- Julio Rodríguez. “Mitos y realidades de la llamada teoría del levantamiento del velo corporativo”. En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 144, (2006): 299-322.
- Schlemenson, Aldo. *Análisis organizacional y empresa unipersonal. Crisis y conflictos en contextos turbulentos*. Buenos Aires: Paidós, 1993.
- Serick, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1958).

La debida diligencia en la contratación mercantil

Alejandro Ramírez Padrón*
Patricia Ugueto Solorzano**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-375-391

Resumen: La contratación mercantil se desarrolla en un ambiente repleto de riesgos, los cuales acrecientan de la mano de la globalización y la masificación del contrato. Es por ello que cada vez cobra mayor relevancia el desarrollo de procesos de debida diligencia y la aplicación de buenas prácticas corporativas orientadas a la investigación previa de los sujetos con quienes se pretende contratar a fin de seleccionar, evaluar y diseñar de manera óptima aquellas relaciones contractuales esperadas por las partes.

Palabras clave: debida diligencia; riesgos; precontrato.

Due diligence in commercial contracts

Abstract: *Commercial contracting takes place in an environment full of risks, which increase with globalization and the massification of the contract. That is why it is becoming increasingly relevant the development of due diligence processes and the application of good corporate practices oriented to the prior investigation of the subjects with whom it is intended to contract in order to select, evaluate and design in an optimal way those contractual relationships expected by the parties.*

Keywords: *due diligence, risks; pre-contract.*

Recibido: 29/05/2023

Aprobado: 18/06/2023

* Abogado (UCAB, 2022). Cursando la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Subdirector Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.

* Abogado (UCAB, 2015). Magister en Finanzas (IESA, 2018). Cursando el PREA de Derecho Corporativo (UCAB). Consultora Jurídica de Grupo Financiero Omnis.

La debida diligencia en la contratación mercantil

Alejandro Ramírez Padrón*
Patricia Ugueto Solorzano**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-375-391

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Aproximación a la noción de due diligence. 2. Estructuración de un proceso de debida diligencia. 3. Importancia e integración de la debida diligencia con la contratación mercantil.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Cada vez más nos direccionamos a un modelo de sociedad en donde la nota característica es la complejidad, cuestión social que impacta profundamente y genera un efecto transformador en la práctica jurídica en sus distintos niveles y sectores.

Hoy en día se ha vuelto necesario no quedarse solo en valorar la aplicación de normas locales, sino que además se ha vuelto imperante revisar el cúmulo de normas internacionales y extranjeras que pueden impactar en la relación jurídica a la que se pretender dar nacimiento.

A manera de ejemplo, nos encontramos con la *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) la cual es una normativa estadounidense pero que indudablemente repercute en el mundo entero al momento de hacer negocios. En principio esta característica viene apalancada de la Globalización, fenómeno que permite la reducción del espacio en sus formas simbólica, al mismo tiempo que conlleva a una interpenetración de culturas y una inmensa celeridad en el intercambio de información¹.

En un plano nacional también se vuelve más complejo, con Estados que se tienden a la sobre-regulación, al cambio constante de normativas y criterios, al incremento del grado de intervención estatal en la actividad empresarial, dando forma a aquello que autores como Luigi Ferrajoli definen bajo la denominación “hiperinflación normativa”².

* Abogado (UCAB, 2022). Cursando la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Subdirector Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.

** Abogado (UCAB, 2015). Magister en Finanzas (IESA, 2018). Cursando el PREA de Derecho Corporativo (UCAB). Consultora Jurídica de Grupo Financiero Omnis.

¹ Jean Paillusseau, «La influencia que ejerce la mundialización sobre el derecho de las actividades económicas». En *La mundialización del derecho*, ed. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009), 22.

² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2000).

Ante este panorama, es consecuente que el comerciante –tanto individual como colectivo- se vea obligado a transformar su conducta hacia un estándar más alto de diligencia, al ver que sus decisiones tendrán un abanico más amplio de posibles consecuencias.

Como es bien conocido, un elemento jurídico muy cercano al comercio es la figura del contrato. De esta forma, este cambio de paradigma descrito anteriormente hace repensar la forma en que contratamos, con quién contratamos y cuándo contratamos.

Sobre esta visión de prevención y manejo de riesgos es que nace el concepto de debida diligencia, noción que no es de nueva data pero que sí ha venido intensificándose y refinando con el pasar el tiempo.

Es por ello que en el presente artículo se pretende brindar un acercamiento a qué es el *due diligence* o debida diligencia, para luego aterrizarlo de manera práctica en cómo implementarlo dentro de la contratación mercantil. Y sobre la base de lo anterior, señalar los beneficios e importancia de aplicar esta herramienta en nuestra práctica contractual mercantil del día a día.

1. Aproximación a la noción de due diligence

1.1. Evolución histórica

El concepto de *due diligence* ha sido estudiado en múltiples formas, todas relacionadas entre sí, pero acentuando algunos elementos u otros según la manera en que se materializa el concepto.

Para Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale³, el concepto de *due diligence* se remota al derecho romano, en donde era entendido como un estándar de conducta requerido para cumplir una obligación. Es decir, el enfoque inicial del concepto matriz fue entendido como un estándar de conducta, pero ubicado en la etapa de ejecución de la obligación principal.

Posteriormente, los mismos autores nos ilustran que ese concepto fue trasladado al derecho internacional público bajo los elogiados escritos de Grotius en el siglo XVII, en donde continua como estándar de conducta, pero ahora en relación a un tercero. Un caso emblemático fue el caso Wipperman por la Corte Permanente de Justicia

³ Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, «The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights» En: *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 3 (2017), 902.

Internacional en donde se estableció que ningún Estado es responsable por actos de particulares en su territorio siempre que se emplee una diligencia razonable para tratar de evitar que se produzcan o se repitan tales infracciones⁴.

Poco a poco esta noción se fue inmiscuyendo en el derecho privado y concretamente en el derecho mercantil, en donde —entre las múltiples formas que adopta— se desarrolla como un medio preventivo y de planificación.

A manera de ejemplo, en la US Federal Securities Act de 1933, la debida diligencia se empieza a entender como un estándar de conducta, pero al mismo tiempo acoge un enfoque bifuncional en donde se utiliza como una defensa ante responsabilidades.

Esta evolución en cuanto a la responsabilidad de las propias decisiones fue conectándose con el derecho de contratos de la mano de la evolución del entorno normativo.

Es así, como se empieza a requerir que, bajo la visión de debida diligencia, todas las empresas, independientemente de su forma jurídica, tamaño, estructura de propiedad o sector, deban velar por conocer/determinar la integridad corporativa de la persona con la que estarán contratando, en cualquier tipo de relación comercial de la empresa (proveedor, franquiciado, licenciataria, empresas conjuntas, inversionistas, clientes, contratistas, consumidores, consultores, asesores financieros, legales y de otro tipo, así como cualquier entidad no estatal o estatal vinculada a actividades comerciales)⁵.

1.2. Concepto y finalidad

Con ocasión a lo mencionado anteriormente, las empresas realizan un proceso de investigación previo denominado *due diligence* o debida diligencia, que puede ser definido como un proceso de “*recolección o levantamiento de información cuya principal función es el análisis de la posibilidad de generar algún tipo de negocio*”⁶.

Así las cosas, el *due diligence* puede ayudar a las empresas a crear valor, mediante: “*la identificación de oportunidades para reducir costos; un mejor conocimiento de los mercados y las fuentes de suministro; el fortalecimiento de la gestión de negocios empresariales y operativos de la empresa; la disminución de la probabilidad de incidentes (...), y una menor exposición a riesgos sistémicos*”⁷.

⁴ Bonnitca y McCorquodale, «The Concept of ‘Due...’, 903.

⁵ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, p. 11.

⁶ Iván D. Restrepo Londoño. Due Diligence Financiera, una forma de garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas (Medellín, Colombia: El Cuaderno - Escuela de Ciencias Estratégicas Vol 2 N.4, 2008), 263

⁷ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable.

Sobre esta base podemos acercarnos a que la finalidad pretendida con la debida diligencia en contratos mercantiles es que dicho contrato nazca y se desarrolle en orden, incluso, que culmine en orden y acorde a los intereses perseguidos por las partes⁸.

Bajo la óptica de contratos, podemos entender este proceso de *due diligence* – entendido bajo los parámetros de procesos de recolección de información para evaluar la viabilidad de un contrato principal- enmarcado bajo la figura jurídica de un contrato preliminar.

En esta misma categoría de contrato preliminar ubica al *due diligence* la doctrina nacional en cabeza de autores como Diego Castagnino quién al referirse al contrato de franquicia menciona al acuerdo de *due diligence* como un contrato preliminar importante, el cual, aunque no se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico venezolano, pero es de inmenso provecho para el desempeño del negocio⁹.

Al respecto, enfocándolo con aplicación al contrato de franquicia, Castagnino comenta: “*Si bien el acuerdo de Due diligence no se encuentra regula en el ordenamiento jurídico venezolano, se ha vuelto un útil instrumento en la práctica comercial, no solo a nivel de franquicias, sino también en casos de fusiones y adquisiciones de sociedades*”¹⁰.

En definitiva, el *due diligence* desde la óptica que acoge el presente artículo puede ser entendido como una técnica de verificación de los requisitos mínimos para la celebración y ejecución del contrato, sumado a un análisis de riesgos que podrían devenir del mismo. Esto analiza tanto al sujeto con quien se contrata como el contenido de lo que se contrata.

1.3. Requisitos de aplicabilidad

En general, al ser producto de la libre autonomía de las partes y no ser regulado dentro del ordenamiento jurídico venezolano, no existen grandes exigencias para llevar a cabo estos procesos, más allá de los que deriven de su eficiencia a los que mucho están recogidos en guías de recomendaciones que no son de uso obligatorio.

Hay quienes realizan un contrato preliminar de *due diligence* de manera escrita, hay otros que no. Generalmente viene acompañado de un contrato de confidencialidad cuando la información a ser suministrada es sumamente sensible. Es menester señalar que es un proceso que gira entorno a la información, incluso hay autores que lo denominan como la *doctrina de la información*¹¹.

⁸ Jesús A. Villegas Ruiz, *Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la Empresa* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2022), 436.

⁹ Diego Castagnino, «Acuerdos preliminares al contrato de franquicia» (*Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho*, 2012), 291.

¹⁰ Diego Castagnino, «Acuerdos...», 291.

De esta forma, la información que se vaya a proveer debe estar claramente predefinida en cuanto a qué se va a solicitar, en qué fechas se entregará, en qué lugar se entregará y donde se procesará. A veces –cuando la información es muy sensible– se recurre a la técnica del *data room* en donde se revisa la información solo en las instalaciones de quién la entregó y con un tiempo determinado. También, puede darse un *data room online* en donde la información se sube en una web sin posibilidad de descarga.

Este proceso termina siendo un traje a la medida por construirse en la libre autonomía de las partes y no existiendo –al menos en Venezuela– regulación específica como sí existe en otros países o como se apunta en otros países.

Algunos avances normativos en el mundo al respecto son: Eu Commission Proposal For A Directive On Due Diligence (Propuesta a la Comisión Europea); Eu Parliament Resolution on Corporate Due Diligence (recomendación); Ley francesa sobre Debida Vigilancia (Obligatoria en su jurisdicción); Ley noruega sobre Transparencia (Obligatoria en su jurisdicción); Ley alemana sobre Cadena de Suministros (Adoptada y obligatoria en su jurisdicción a partir del 2023); Propuesta de Países Bajos sobre conducta responsable de negocios (Propuesta por una parte del parlamento); Propuesta de Bélgica sobre Ley de Debida Vigilancia (Propuesta, no obligatoria).

Por lo cual avizoramos un intento de regular esta herramienta lo cual se conecta también con el cumplimiento de objetivos públicos que se abordará en el tercer capítulo de este artículo académico.

2. Estructuración de un proceso de debida diligencia

De acuerdo a Villegas Ruiz¹², un elemento clave de los programas de cumplimiento es la autorregulación corporativa (en inglés denominado “*self-policing*”), así como un equipo que implemente las políticas en representación de la empresa. Los programas de cumplimiento que sean estructurados tienen como propósito reducir los riesgos de la empresa. Las empresas se autorregulan “*en la medida que sus órganos corporativos establezcan reglas, protocolos y modos de proceder en un negocio en específico, y como parte de su gobierno corporativo*”¹³.

Las empresas, en ejercicio de su objeto social, tienen libertad plena de estructurarse de conformidad con sus necesidades, lo cual se extiende más allá del documento constitutivo-estatutario de la sociedad, creando sus propias normas internas, con el fin de obedecer a la legislación local, estándares internacionales e incluso mejores prácticas corporativas; todo en *pro* de la disminución de riesgos.

¹¹ Pierre Dupuy, «Due diligence in the International Law of Liability» (En Legal Aspects of Transfrontier Pollution. Paris: OECD, 1977), 3-4.

¹² Villegas, Derecho del..., 11.

¹³ Villegas, Derecho del..., 11.

En este sentido, encontramos que el riesgo es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como una contingencia o proximidad de un daño¹⁴, mientras que la Universidad de Oxford lo define como “el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos”. Esto también puede expresarse como una desviación de los resultados esperados, ya sea positivo (oportunidad) o negativo (amenaza)¹⁵. Se mide en términos de probabilidad (frecuencia o probabilidad de ocurrencia del riesgo) y severidad (impacto o magnitud del efecto de ocurrencia del riesgo). El riesgo puede ser clasificado como: (i) riesgo financiero; (ii) riesgo político; (iii) riesgo reputacional y (iv) riesgo regulatorio.

La gestión de riesgos está referida así, a las actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización con respecto al riesgo, mientras que el apetito por el riesgo es la cantidad de riesgo que una organización está dispuesta a perseguir o retener¹⁶. Un marco de gestión de riesgos se define como “un conjunto de componentes que proporcionan los cimientos y los arreglos organizacionales para diseñar, implementar, monitorear, revisar y mejorar continuamente la gestión de riesgos en toda la organización”¹⁷.

El concepto de debida diligencia implica un marco de gestión de riesgos que incluya: políticas, objetivos, mandato y compromiso para gestionar los riesgos; junto con planes, responsabilidades, recursos, procesos y actividades para la gestión de riesgos. Bajo esta premisa, las empresas desarrollan múltiples Programas de Cumplimiento, incluyendo los de Debida Diligencia, que cruzan las nociones de cumplimiento y manejo de riesgos.

2.1. La Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable

Como se expuso más arriba, algunas actividades empresariales son intrínsecamente riesgosas porque pueden causar, contribuir o estar vinculadas a impactos negativos en el ámbito de la conducta empresarial responsable (“CER”). La debida diligencia contribuye a que las empresas anticipen y prevengan estos impactos¹⁸, y en caso que esto no sea posible, coadyuva a mitigar los mismos, prevenir su recurrencia y, cuando corresponda, repararlos. Incluso, en oportunidades, la debida diligencia puede asistir en resolver si continuar o no las actividades o relaciones comerciales, bien porque el riesgo de impacto negativo es demasiado alto o porque los esfuerzos de mitigación no tuvieron éxito.

¹⁴ «Diccionario de la Real Academia Española», Real Academia Española, acceso el 20 de enero de 2023, <https://dle.rae.es/riesgo>.

¹⁵ «About risk management», Home | Compliance, acceso el 06 de diciembre de 2022, <https://compliance.admin.ox.ac.uk/about-risk-management#collapse1094336>.

¹⁶ «About risk management»...

¹⁷ Villegas, *Derecho del...*, 11.

¹⁸ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, p. 17.

Al momento de desarrollar las Políticas de Debida Diligencia, las empresas deben acatar primeramente las leyes nacionales de las jurisdicciones donde operan y/o donde están domiciliadas, y subsecuentemente, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (“Líneas Directrices de la OCDE”). A título informativo, el presente artículo tiene por objeto establecer las bases para desarrollar las Políticas de Debida Diligencia, en el marco de las Líneas Directrices de la OCDE, y se invita a las empresas a tomar medidas proactivas para cumplir con la legislación aplicable a su jurisdicción.

Así, bajo el alcance de éstos últimos lineamientos, podemos observar que la naturaleza y el alcance de la debida diligencia puede variar en atención al tamaño de la empresa, su actividad económica, su modelo de negocio, posición en la cadena de suministros y naturaleza de sus productos o servicios. En general, las Políticas de Debida Diligencia deben establecer un conjunto de medidas que sean acordes a la gravedad y probabilidad del impacto negativo, sobre las empresas. Cuando la probabilidad y la gravedad de un impacto negativo son altas, entonces la debida diligencia debe ser más amplia¹⁹.

Bajo las Líneas Directrices de la OCDE, el Proceso de Debida Diligencia y Medidas de Apoyo, debe en primer lugar, incorporar la Conducta Empresarial Responsable a las Políticas y Sistema de Gestión. En este sentido, se deben diseñar, adoptar y divulgar una serie de políticas en los ámbitos de la CER y en las Líneas Directrices de la OCDE, así como sus planes para implementar la debida diligencia; las cuales serán relevantes para actividades propias de la empresa, su cadena de suministro y otras relaciones comerciales²⁰.

Las Políticas de Debida Diligencia desarrolladas deben ser incorporadas a los órganos de supervisión de la empresa, de forma tal que se asignen las responsabilidades del Consejo de Administración, la Gerencia y demás departamentos pertinentes, con especial atención a los trabajadores cuyas acciones tengan mayor probabilidad de aumentar/disminuir los riesgos. Asimismo, resulta imperativo que las empresas incorporen las Políticas de CER en las relaciones con proveedores y otras relaciones comerciales, para lo cual deberá, cuando sea posible, desarrollar procesos de precalificación de debida diligencia de proveedores y otras relaciones comerciales, adaptados al riesgo y contexto específicos identificados como relevantes para su actividad económica²¹.

¹⁹ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida..., p. 19.

²⁰ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida..., p. 26.

²¹ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 28

En segundo lugar, las empresas deben identificar y evaluar los impactos negativos, reales o potenciales, asociados a la operación, productos o servicios de la empresa. Esto implica²²: (1) Llevar a cabo una delimitación de las áreas de la empresa en las que es más probable que existan riesgos significativos, asociados a la CER, lo cual le permite hacer una priorización inicial de las áreas de riesgo; (2) Realizar evaluaciones reiteradas sobre las actividades, proveedores y otras relaciones comerciales prioritarias, con el objetivo de identificar y evaluar los impactos negativos y potencias en los ámbitos de la CER (en atención al riesgo priorizado); (3) Evaluar la participación de la empresa en los impactos negativos reales o potenciales identificados; (4) Como resultado de la información obtenida, priorizar los riesgos e impactos más significativos en los ámbitos de la CER para la adopción de medidas, en atención a la gravedad y probabilidad de ocurrencia.

En tercer lugar, la empresa debe detener, prevenir y mitigar los impactos negativos, en los ámbitos de la CER. Entre las respuestas adecuadas a riesgos asociados a las relaciones comerciales se incluyen: mientras se mitiga el riesgo, la continuación o la suspensión temporal de la relación; o, ante intentos fallidos de mitigación o gravedad del impacto negativo, la interrupción de la relación²³.

En cuarto lugar, la empresa deberá hacer un seguimiento de la implementación y los resultados, para determinar la eficacia de la debida diligencia y mejorar los procesos en el futuro. Esto involucra realizar evaluaciones periódicas de las relaciones o vínculos comerciales, para verificar que se estén implementando las medidas de mitigación de riesgos, o para verificar que los impactos negativos realmente se han prevenido²⁴.

En quinto lugar, la empresa debe dar a conocer públicamente (con respeto adecuado a la confidencialidad comercial) sobre cómo se abordan los impactos, incluyendo sus políticas, procesos y actividades de debida diligencia llevadas a cabo para identificar y abordar los impactos negativos reales o potenciales, incluyendo las conclusiones y resultados de las actividades²⁵.

Por último, cuando la empresa identifique que ha causado o contribuido en un impacto negativo real, debe abordar su reparación o colaborar con la misma, según corresponda²⁶.

²² OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 29-32.

²³ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 33-35.

²⁴ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 36.

²⁵ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 37.

²⁶ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 38.

2.2. El Gobierno Corporativo: Establecimiento de responsabilidades

A nuestro criterio, el riesgo no debe ser monopolizado por un solo área de la empresa, sino que debe ser un proceso administrado de forma transversal por la organización, y así, tener múltiples instancias del gobierno corporativo, donde se realicen los chequeos y aprobaciones necesarias. En virtud de lo cual, lo primordial al momento de desarrollar un proceso de debida diligencia, es contar con un buen gobierno corporativo, que vele por el beneficio de la empresa. Al respecto, de conformidad con Ernst & Young (“EY”), el concepto de Gobierno Corporativo se refiere al “conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de órganos de gobierno de la empresa”²⁷, como lo son la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados.

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 (los “Principios”), disponen que el objetivo del gobierno corporativo es “facilitar un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas que es necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios”²⁸; que, aunque no prevén un carácter vinculante, sirven de referencia para legisladores y participantes del mercado.

En términos generales, los Principios contemplan que el marco de Gobierno Corporativo debe, en primer lugar, basarse en leyes, reglamentos, sistemas de autorregulación, compromisos voluntarios y la tradición²⁹, que suelen ser característicos de cada país. Entonces, queda claro que lo que puede funcionar para una empresa, inversor o actor, no necesariamente es replicable de forma general a empresas, inversores y actores que operan en situaciones distintas. Por lo tanto, no existe un único modelo de buen gobierno corporativo, pero si encontramos elementos comunes, que están contenidos en los Principios, que subyacen a todos ellos, y los cuales buscaremos abordar en el presente artículo.

De acuerdo a los Principios, los encargados de la elaboración de Políticas deben velar porque las mismas sean lo suficientemente flexibles, a los fines de favorecer las nuevas oportunidades que creen valor a las empresas. Esto sin dejar de lado que, usualmente, en los requisitos y prácticas de gobierno corporativo influyen varios ámbitos jurídicos, como la ley de sociedades, la normativa de valores, las normas contables, y de auditoría, y la legislación mercantil, laboral y tributaria.

²⁷ Luis Hidalgo. “Gobierno Corporativo: ¿Por qué es un pilar fundamental para el crecimiento y la gestión de riesgos en una organización?” EY Deutschland - Home | Building a better working world, 12 de noviembre de 2020. https://www.ey.com/es_pe/risk/gobierno-corporativo-pilar-crecimiento.

²⁸ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es..> 7.

²⁹ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo..., 15.

De conformidad con los Principios, la ejecución de las Políticas de Gobierno Corporativo exigen que se asignen responsabilidades a las diversas autoridades de la empresa, de modo que ejerzan las competencias de los departamentos y órganos internos, con la máxima eficacia³⁰. Así, encontramos que la gestión diaria de la empresa es responsabilidad del Consejo de Administración, mientras que los accionistas tienen derecho a obtener información sobre la sociedad, y sólo pueden influir en ella a través de su participación y voto en las Asambleas de Accionistas en temas fundamentales, contenidos dentro de la misma legislación de cada país.

Por su parte, el Consejo de Administración tiene las siguientes funciones: dirigir la estrategia corporativa; controlar los resultados de la empresa y ofrecer rentabilidad a los accionistas; evitar conflicto de intereses; lograr un equilibrio entre las múltiples exigencias de la empresa, y supervisar el sistema de gestión de riesgos, para garantizar que la empresa cumple con la legislación aplicable. No obstante lo anterior, la dirección de la empresa puede incurrir en prácticas ilegales y contrarias a la ética, que no sólo violen derechos de terceros interesados, sino que además perjudican a la empresa, sus accionistas, su reputación, y su estabilidad financiera. Por lo tanto, la empresa y sus accionistas en el desarrollo de Políticas de Gobierno Corporativo, ajustadas a los Principios, podrán establecer mecanismos para recoger las quejas presentadas por sus empleados, asociadas a comportamientos ilegales o antiéticos, ya sea personalmente, a través de órganos de representación o terceros³¹. En el caso de que no se tomen las medidas correctivas a tiempo, los trabajadores serán invitados a presentar sus denuncias ante las autoridades competentes. Las empresas no podrán tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra estos empleados.

Por último, queda claro que de forma complementaria, las múltiples instituciones públicas mantendrán funciones de control para velar que tales competencias son ejercidas de forma transparente y conforme a derecho.

2.3. Debida Diligencia del Cliente: ALA/CFT

En el pasado, el lavado de activos y financiamiento al terrorismo (“LA/FT”) eran delitos que estaban intrínsecamente vinculados con los sectores bancario y financiero; sin embargo, recientemente estas actividades también han penetrado otros sectores (no financieros)³². Es por ello que, la práctica de Debida Diligencia del Cliente (“CDD” por su acrónimo en inglés) está íntimamente relacionada con la lucha contra el blanqueo

³⁰ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo..., 18.

³¹ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo..., 41.

³² “Global AML/CFT context”. EU AML/CFT Global Facility. Consultado el 16 de enero de 2023. <https://www.global-amlcft.eu/global-anti-money-laundering-and-counter-terror-finance-context/>.

de capitales, competencia del Grupo de Acción Financiera Internacional (“GAFI” por su acrónimo en español), el cual es el organismo de control mundial contra lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, que establece estándares internacionales que tienen como objetivo prevenir éste tipo de actividades. Dicho organismo cuenta con más de 200 países y jurisdicciones comprometidos con su implementación³³.

El mandato del GAFI es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional³⁴. Las Recomendaciones de GAFI esbozan medidas que las instituciones financieras, empresas de ciertos sectores y actividades profesionales, deberían adoptar para contrarrestar el LA/FT; en virtud de lo cual, estas deberán emprender medidas de CDD, cuando: se establezcan relaciones comerciales; se realicen transacciones ocasionales; existe una sospecha de LD/FT; o tiene dudas sobre la veracidad/idoneidad de los datos de identificación sobre el cliente obtenidos previamente³⁵.

Las empresas deben cumplir con las obligaciones impuestas por cada legislación en materia de CDD, tomando en cuenta las siguientes medidas³⁶: (1) identificar al cliente y verificar la identidad del mismo, utilizando datos o información confiable; (2) en el caso de personas jurídicas, identificar al beneficiario final y tomar medidas para identificar su identidad; (3) obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial, y (4) realizar la debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de la relación comercial.

En el caso de personas expuestas políticamente (PEP), adicionalmente a las medidas citadas en el párrafo anterior, las empresas deberán: contar con sistemas de gestión de riesgo que determinen si el cliente o el beneficiario son PEP; obtener aprobación de la alta gerencia para establecer o continuar, las relaciones comerciales; establecer la fuente de los fondos, y llevar a cabo un monitoreo intensificado de la relación comercial³⁷.

³³ Consultado el 15 de enero de 2023. <https://www.fatf-gafi.org/about/>.

³⁴ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022): Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, 6.

³⁵ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022), 14.

³⁶ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022), 14.

³⁷ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022), 16.

3. Importancia e integración de la debida diligencia con la contratación mercantil

El *due diligence* tiene una gran utilidad en la contratación mercantil, puesto a que nos permite alcanzar grandes beneficios. En primer lugar, nos brinda transparencia en cuanto a con quien contratamos, es decir, asegurarnos de que es alguien tanto con la capacidad técnica como con los requisitos legales y estándares ético para llevar a cabo el negocio. Al igual que brinda transparencia frente a terceros que tengan contacto con la operación como pueden ser las entidades bancarias.

En segundo lugar, ofrece una evaluación más certera de los riesgos asociados al negocio que se pretende celebrar, sea para concluir que se deba hacer, que no se deba hacer, o que se deba hacer, pero con ciertas medidas de mitigación.

En tercer lugar, el uso de la debida diligencia favorece en la determinación de responsabilidades puesto a que deja en claro de situaciones previas al contrato definitivo a ambas partes, por lo que hace que las decisiones se ejerzan de manera más responsable.

Al igual que existe una cuarta razón por la que el *due diligence* ha tenido un lugar exitoso en la práctica de los negocios y es que ha sido un conducto mediante el cual se ha logrado la inclusión de objetivos públicos en la toma de decisiones contractuales. Esto visto con suma precaución.

Como señala Recalde con relación a la guía de diligencia debida de la OCDE:

El 21 de mayo de 2018 la OCDE aprobó una Guía de “diligencia debida” (due diligence) en la Conducta Empresarial Responsable, que ofrece un apoyo práctico a las empresas al aplicar aquellas Directrices y explica en lenguaje sencillo sus recomendaciones. Estas pretenden ayudar a las empresas a evitar y abordar los impactos adversos relacionados con los trabajadores, los derechos humanos, el medio ambiente, el soborno, los consumidores y el gobierno corporativo que se puedan asociar a sus operativa, cadena de suministro y otras relaciones³⁸.

El autor hace la misma apreciación con relación a las guías y normativas actualmente discutidas en Europa acerca de la sustentabilidad y en general concluye en que estas exigencias de *due diligence* guardan una inclusión de intereses públicos como lo puede ser el respeto a los derechos humanos y medioambientales³⁹.

³⁸ Andrés Recalde Castells, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital» (En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*. Editado por Nuria Bermejo Gutiérrez y Aurora Martínez Flórez, 439-473. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2022).

³⁹ Andrés Recalde Castells, «La inclusión...

Esto también repercute en la medida de que puede entenderse no solo como el desarrollo de una labor preventiva y un estímulo para la labor de cumplimiento de la legalidad, sino también, señala Recalde Castells que cumple un rol de internalización de intereses ajenos a las tomas de decisiones del comerciante⁴⁰.

CONCLUSIONES

En consideración de los argumentos anteriormente expuestos, ha sido posible alcanzar las siguientes conclusiones:

Nos encontramos en una sociedad compleja, en donde se transforman los medios y los incentivos por los que nos relacionamos. Esto genera un alto impacto en el mundo del comercio y con ello en el derecho mercantil, incluyendo –tema objeto del presente artículo- a los contratos mercantiles.

Bajo toda esta realidad, se realiza la aplicación del *due diligence* como proceso previo a la materialización del contrato mercantil. Todo esto en la búsqueda de tomar mejores decisiones, así como detectar y mitigar posibles riesgos.

El *due diligence* consiste en una herramienta que permite investigar y validar la viabilidad de aquel contrato principal que se busca llevar a cabo. Para ello es importante comprender que este contribuye al análisis del riesgo desde dos aspectos, uno respecto al sujeto con quien se desea contratar, y otro en cuanto al objeto mismo de la contratación.

Sumado a lo anterior, si se busca verdaderamente dar respuesta a las dificultades del entorno jurídico-comercial actual, es necesario comprender al *due diligence* no solo como un contrato preliminar para cierto caso en concreto, sino que además debe entenderse desde un grado de planificación corporativa superior que permita desarrollar procesos y luego sistemas aplicables a la vida comercial, pero al mismo tiempo equilibrarlo con la necesidad de celeridad propia del comercio.

Es esta visión holística a la que apuntan las buenas prácticas internacionales y que se integran a la actividad contractual en la medida de que persiguen la eficiencia del propio contrato y aseguran los beneficios esperados del negocio.

Siendo esta una necesidad a la que muchas empresas y particulares en Venezuela no se han sumado, con contadas excepciones como empresas vinculadas al sector financiero-bancario y transnacionales. Principalmente por desconocer los múltiples beneficios que la debida diligencia les aporta.

⁴⁰ Andrés Recalde Castells, «La inclusión...

BIBLIOGRAFÍA

- «About risk management», Home | Compliance, acceso el 06 de diciembre de 2022, <https://compliance.admin.ox.ac.uk/about-risk-management#collapse1094336>
- Arbulú Ramírez, José Antonio. *Lavado de activos: prevención, detección y control*. Perú: Legales, 2014.
- Bonnitcha, Jonathan y McCorquodale, Robert. «The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights» *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 3 (2017): 899-919.
- Castagnino, Diego. «Acuerdos preliminares al contrato de franquicia» *Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho*, 2012.
- Castagnino, Diego. «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance» En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No 3. Caracas: SOVEDEM, 2019.
- «Diccionario de la Real Academia Española», Real Academia Española, acceso el 20 de enero de 2023, <https://dle.rae.es/riesgo>
- Dupuy, Pierre. «Due diligence in the International Law of Liability» En *Legal Aspects of Trans-frontier Pollution*. Paris: OECD, 1977.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence (World Economic Forum, 2013).
- Guía de “diligencia debida” (due diligence) en la Conducta Empresarial Responsable (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito).
- Hidalgo, Luis. “Gobierno Corporativo: ¿Por qué es un pilar fundamental para el crecimiento y la gestión de riesgos en una organización?” EY Deutschland - Home | Building a better working world, 12 de noviembre de 2020. https://www.ey.com/es_pe/risk/gobierno-corporativo-pilar-crecimiento.
- Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022): Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación.
- Lavite, Cannelle. The French Loi de Vigilance: Prospects and Limitations of a Pioneer Mandatory Corporate Due Diligence. Disponible: <https://verfassungsblog.de/the-french-loi-de-vigilance-prospects-and-limitations-of-a-pioneer-mandatory-corporate-due-diligence/> (Última consulta: 28/01/23).
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: Los contratos mercantiles*. Caracas: UCAB, 2004.
- Nouel Velasco, Emilio. *El derecho en tiempos de globalización*. Caracas: Grupo JusConsult, 2002.
- OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>,
- Paillusseau, Jean. «La influencia que ejerce la mundialización sobre el derecho de las actividades económicas». En *La mundialización del derecho*, editado por Irene de Valera, 35-48. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

Programa Anticorrupción de Ética y Cumplimiento para las Empresas (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito).

Ramírez Barbosa, Paula Andrea y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

Rebolledo, Alejandro. *Prevención y control de legitimación de capitales y del financiamiento al terrorismo*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2007.

Recalde Castells, Andrés. «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*. Editado por Nuria Bermejo Gutiérrez y Aurora Martínez Flórez, 439-473. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

Rodríguez Morales, Alejandro. *Criminal Compliance*. Caracas: Ediciones Paredes, 2019.

Villegas Ruiz, Jesús. *Derecho de Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio Normativo*. Caracas: ACPS, 2022.

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES

Versión vigente a partir del seis (6) de octubre de 2020

TEMÁTICA DE LA REVISTA

La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, invita a participar a profesionales en distintas áreas del saber dedicados al estudio y desarrollo del Derecho Mercantil y disciplinas relacionadas con las manifestaciones de la empresa.

Las convocatorias a colaborar en sus números estarán enfocadas en temas que aborden asuntos relacionados con la promoción, protección y actualización del Derecho Mercantil, así como otras áreas del saber jurídico que a juicio del Comité Editorial guarden estrecha relación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aún cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Comité Editorial.
- **Fuente:** Times New Roman.
- **Tamaño de la fuente:**
 - Inter títulos 14.
 - Subtítulos 13.
 - Cuerpo de texto del artículo 12.
 - Citas largas: 10.
 - Pie de página: 8.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.
- **Márgenes:** Superior: 4 cm, inferior: 3 cm, izquierda: 3 cm, derecho: 3 cm.

- **Sangría:** En Sangría > Especial, seleccione Sangría de primera línea y luego escriba: 1 cm.
- **Espaciado:** En Espaciado, seleccione 0 como valor para Anterior y Posterior y, en Interlineado, seleccione Sencillo.
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3...). Los subtítulos, en letras cursivas en color Rojo, Énfasis 2, Oscuro 50%, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3...), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
- **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte (texto justificado) con sangría izquierda 1 cm y derecho 1 cm y con interlineado 1.0. Este tipo de cita no utiliza comillas.
- **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 8 puntos.
- **Tipo de cita:** Estilo Chicago “sistema de notas y bibliografía” se debe de mantener a lo largo de todo el texto. ([Descarga el manual haciendo clic aquí](#)).
- **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
- **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración: Vaya a la pestaña Archivo y haga clic en Opciones, en Avanzadas, busque tamaño y calidad de la imagen, marque la opción No comprimir las imágenes del archivo. Adicional debe enviar como archivo adjunto las imágenes utilizadas en su formato y tamaño original.
- **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla Intro mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
- **Control de cambios:** Compruebe que la función Control de cambios no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección Seguimiento, en la pestaña Revisar.
- **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insertar como imágenes.
- **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.

- **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.

Estructura del artículo: Todos los artículos deberán contar con la siguiente estructura y orden:

Primera página que incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (en castellano e inglés).
- **Resumen:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en castellano de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Palabras clave:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano
- **Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en inglés de máximo 10 líneas, que no exceda de 120 palabras, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.
- **Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en inglés.

Segunda página incluirá:

- **Título del artículo:** extensión máxima de 80 caracteres con espacio (solo en castellano).
- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.

De seguida:

- **Introducción,**
- **Desarrollo del artículo,**
- **Conclusiones y**
- **Bibliografía:** listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).

Los títulos de: sumario, Introducción, conclusión y bibliografía, debe estar en mayúsculas y negritas, tamaño de letra 12.

- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta “Número de página” en la opción “Insertar” del menú principal de Microsoft Word.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO:

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en la temática de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** La Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil de SOVEDEM, los autores afirman que:
 - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
 - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
 - El o los autores liberan expresamente a SOVEDEM, de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
 - Por el hecho de enviar su obra a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, el o los autores autorizan a SOVEDEM para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:
 - Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de SOVEDEM o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que SOVEDEM decida unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.
 - La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a SOVEDEM, de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.

- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a SOVEDEM.
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de SOVEDEM, tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, así como a su Código de Ética.
- SOVEDEM, no está en obligación de publicar en su revista ningún trabajo recibido.
- SOVEDEM no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte la Revista Venezolana de Derecho Mercantil.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos dos (2) meses de anticipación a la fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de SOVEDEM.
- **Selección previa de los artículos:** al recibir cada uno de los manuscritos el Comité Editorial de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, realizará una selección de los artículos que se ajusten a la temática y que hayan sido presentado conforme a las normas de forma, sin prejuizar sobre el contenido ni otros elementos propios del proceso de arbitraje.
- **Arbitraje doble ciego:** Los artículos enviados a la Revista Venezolana de Derecho Mercantil sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por dos (2) profesionales con méritos académicos, elegido a discreción por el Comité Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores podrán saber quién

es el evaluador. El proceso de evaluación por parte de los revisores tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los revisores (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el **instrumento de evaluación** elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de SOVEDEM (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Comité Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, la Revista será publicada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.

- **Devolución de manuscritos:** Vencidos los lapsos del aparte anterior sin que el manuscrito presentado haya sido publicado, o en los casos en que el o los autores no hayan acogido las recomendaciones realizadas por los árbitros, el Comité Editorial devolverá el manuscrito a su autor o autores, a los fines de su liberación y que puedan presentarlo en la convocatoria de otra revista o anuario.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



La Revista Venezolana de Derecho Mercantil es una publicación de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela, de carácter científica, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, especializada en el área del derecho mercantil, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua de la Revista.

La Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en esta obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.

 www.sovedem.com

 [@sovedem](https://twitter.com/sovedem)

 [@sovedem_ac](https://www.instagram.com/sovedem_ac)