RIF: J-41167976-3

SOCIEDAD VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

Nº 9
CARACAS, 2022

HOMENAJE AL *Dr. Roberto Goldschmidt*

COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez
Daniel Pérez Pereda
Nasly Ustáriz Forero
Andrea Rondón García
Sabrina Gomez
Liliana Vaudo Godina
Victor Hugo Guerra
Sacha Rohán Fernández Cabrera
Victor Guidón Guerrero
Franco Di Miele
Yeoshua Bograd Lamberti
José Nicolás Rinascente Vargas
Eduardo José Milano Villalobos
Rodrigo A. Quintero Bencomo

www.sovedem.com

© REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL
Reservados todos los derechos

DEPÓSITO LEGAL: DC20181777
ISBN: 9798530244964

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° 9 / Diciembre 2022
Publicación de la convocatoria: 17/10/2022
Recepción de artículos: 17/10/2022 al 21/10/2022
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: sociedadderechomercantil@gmail.com

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

Caracas, Venezuela

SOCIEDAD VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

REVISTA VENEZOLANA DE DERECHO MERCANTIL

IX EDICIÓN
Homenaje al Dr. Roberto Goldschmidt

COLABORADORES:

Nayibe Chacón Gómez	Sacha Rohán Fernández Cabrera
Daniel Pérez Pereda	Víctor Guidón Guerrero
Nasly Ustáriz Forero	Franco Di Miele
Andrea Rondón García	Yeoshua Bograd Lamberti
Sabrina Gomes	José Nicolás Rinascente Vargas
Liliana Vaudo	Eduardo José Millano Villalobos
Victor Hugo Guerra	Rodrigo A. Quintero Bencomo

Caracas – Venezuela
Diciembre, 2022

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

www.sovedem.com @sovedem @sovedem_ac

Sumario

Presentación y agradecimientos
Nayibe Chacón Gómez, Diego Castagnino y Daniel Pérez Pereda 2

Semblanza del Dr. Roberto Goldschmidt 5
Victor Hugo Guerra Hernández

ARTÍCULOS

La responsabilidad de la empresa de energía nuclear 11
Nayibe Chacón Gómez y Daniel Pérez Pereda

El Derecho mercantil: La manifestación más acabada del nexo entre Economía y Derecho 22
Nasly Ustáriz Forero

Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela Especial referencia a su regulación desde el Derecho Mercantil 39
Andrea Rondón García y Sabrina Gomes

Empresas y gestión de riesgos. Agregando valor al negocio 62
Liliana Vaudo

Comentarios a la sentencia de la sala de Casación Social N.º 199/21.10.2022 sobre la validez del poder judicial dado por una persona jurídica cuando fallece el otorgante y representante legal de la empresa 84
Sacha Rohán Fernández Cabrera

Bolsas de comercio, valores y exchanges de criptoactivos 111
Víctor Guidón Guerrero

Apuntes sobre la conformidad de mercaderías conforme a la CISG 148
Franco Di Miele

B*eneficios laborales e instrumentos financieros* 173
Yeoshua Bograd Lamberti.

Consideraciones sobre las sucesiones mortis causa en el arbitraje societario 195
José Nicolás Rinascente Vargas

La función del Comisario Mercantil en el Régimen Legal Venezolano 209
Eduardo José Millano Villalobos

Blockchain como estrategia de Derecho Societario 220
Rodrigo A. Quintero Bencomo

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES 237

Presentación y agradecimientos

Nos complace presentar la Novena Edición de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil, en esta oportunidad, en homenaje a uno de los más importantes mercantilistas que hemos tenido en la doctrina venezolana, el Dr. Roberto Goldschmidt, a quien además se le dedicó la V Jornada de la sociedad en su III Edición internacional y virtual que se realizó los días 12 y 13 de diciembre de 2022.

Durante dicha jornada no solo se bautizó esta Novena edición sino también a la Segunda edición extraordinaria, que hemos dedicado a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). De tal manera que, hemos cerrado el año 2022 cumpliendo exitosamente los objetivos que nos planteamos desde el Comité Editorial de la Revista.

A pesar de los logros alcanzados, hoy mantenemos intacto nuestro compromiso de ser una revista de carácter científico, arbitrada, indexada, abierta, de frecuencia semestral, y especializada en el área del derecho mercantil, que sirva de plataforma para promover, actualizar y proteger al derecho mercantil en nuestro país. Compromiso que es posible gracias a los aportes de los autores que edición tras edición contribuyen con trabajos académicos de altísima calidad.

Con humildad, pero con profundo respeto y admiración, hemos organizado este merecido homenaje al Dr. Goldschmidt, a quien le estaremos eternamente agradecidos por todos sus aportes a la doctrina mercantilista venezolana. El homenajeado ha sido inspiración para muchos de los que hoy nos dedicamos al derecho mercantil, especialmente por la pasión, entrega y entusiasmo que siempre demostró tener por esta rama del derecho.

El Dr. Goldschmidt se caracterizó por su disciplina, atención al detalle y visión de futuro, lo cual lo convirtió en un respetado escritor, cuyos libros siguen estando vigentes a pesar del tiempo, un ejemplo de ello es su obra “Curso de Derecho Mercantil”, la cual es utilizada por estudiantes de pregrado y postgrado, es consultada por profesionales en el libre ejercicio de la profesión, y es continuamente citada por jueces y árbitros en sus decisiones judiciales y arbitrales.

Desde Sovedem solo tenemos palabras de agradecimientos para este gran mercantilista, y nos comprometemos a seguir promoviendo sus obras entre las futuras generaciones, enalteciendo su legado y dando siempre el valor que se merece en la historia del derecho mercantil venezolano.

La Convocatoria para esta edición fue publicada en las redes sociales y página web de la Sovedem (www.sovedem.com), el diecisiete (17) de octubre de 2022, en la cual, 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 veintiuno (21) de noviembre de 2022. Se anexa a la presente publicación las Normas y Criterios Editoriales, que fueron plenamente aplicadas en la presente edición.

En esta oportunidad recibimos en total 16 trabajos, que fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego. De los cuales, 11 fueron aprobados y 5 rechazados.

Queremos agradecer a los 28 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. La responsabilidad de la empresa de energía nuclear. Nayibe Chacón Gómez. Daniel Pérez Pereda.
2. El Derecho mercantil: La manifestación más acabada del nexo entre Economía y Derecho. Nasly Ustáriz Forero
3. Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela. Especial referencia a su regulación desde el Derecho Mercantil. Andrea I. Rondón García. Sabrina Gomes.
4. Empresas y gestión de riesgos. Agregando valor al negocio. Liliana Vaudo.
5. Comentarios a la sentencia de la sala de Casación Social N.º 199/21.10.2022 sobre la validez del poder judicial dado por una persona jurídica cuando fallece el otorgante y representante legal de la empresa. Sacha Rohán Fernández Cabrera.
6. Bolsas de comercio, valores y exchanges de criptoactivos. Víctor Guidón Guerrero.
7. Apuntes sobre la conformidad de mercaderías conforme a la CISG. Franco Di Miele.
8. Beneficios laborales e instrumentos financieros. Yeoshua Bograd Lamberti.
9. Consideraciones sobre las sucesiones mortis causa en el arbitraje societario. José Nicolás Rinascente Vargas
10. La función del Comisario Mercantil en el Régimen Legal Venezolano. Perspectiva y actualidad. Eduardo José Millano Villalobos.
11. Blockchain como estrategia de Derecho Societario. Rodrigo A. Quintero Bencomo

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

Caracas, diciembre de 2022

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 del Dr. Roberto Goldschmidt
"…un sabio peregrino por el viejo y el nuevo continente…"[1]

Por: Dr. Victor Hugo Guerra Hernández

Para mí es un verdadero honor escribir las siguientes líneas sobre un excelso jurista que Venezuela tuvo la maravilla de acoger a mediados del siglo pasado.

El Dr. Roberto Goldschmidt fue recibido generosamente por la comunidad jurídica e intelectual venezolana, como muchos otros emigrantes, forzados a dejar su patria en búsqueda de una mejor suerte para ellos y sus familias. Los horrores de las dos grandes guerras europeas, el recrudecimiento de regulaciones raciales y antisemitas, el surgimiento de injustas persecuciones y prácticas discriminatorias, ponían en serio peligro la seguridad más básica de los seres humanos.

El Dr. Goldschmidt nació en Berlín en 1907, en el seno de una familia acomodada de origen judío. Hijo del eminente abogado procesalista James Paul Goldschmidt y la pianista Margarete Lange, lleva el nombre de su abuelo, el banquero Robert Goldschmidt, siendo el mayor de cuatro hermanos, Werner (9 de febrero de 1910); Viktor (28 de septiembre de 1914) y Ada (9 de marzo de 1919).

Compartió con su hermano Werner la pasión jurídica de su padre, estudiando Derecho en Berlín, en donde obtuvo el grado académico de Doctor en Derecho (Dr. Jur.). En 1932, y a la temprana edad de 25 años, fue nombrado Juez Civil en esa misma ciudad, donde también se desempeñó como Asistente en la Facultad de Derecho de Berlín. Cargos que ocupó hasta el momento de su retiro forzoso y subsiguiente migración.

En el plano académico europeo, y durante el periplo previo a la Segunda Guerra Mundial (1934-1941), el Dr. Roberto Goldschmidt ejerció el cargo de Asistente en la Universidad Católica de Milán (1934-1936), y fue Profesor de Derecho Mercantil y Derecho del Trabajo en St. Gallen Suiza (1936-1941).

Desde sus primeras clases en la Universidad de St. Gallen (1936), el Dr. Goldschmidt ya advertía que "*las ciencias del espíritu, y en especial la ciencia del Derecho, se han enfrentado hasta ahora casi siempre con actitudes críticas y desconfiadas en cuanto al valor de sus resultados*", lo cual a decir del Ex Director del Instituto de Derechos Extranjeros y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Freiburg in Br., Wolfram Müller-Freienfels, seguían siendo válidas en la década de los sesenta, y en opinión de quien escribe no han logrado superarse aún en pleno siglo XXI.

Al salir de Alemania, vivió primero en Inglaterra (1939), hasta que decide migrar, definitivamente, a nuestros trópicos. Primero a Uruguay en 1941, donde dictó varias conferencias en la Universidad de Montevideo, luego a Argentina, donde es nombrado Asesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, hasta que finalmente migra a Venezuela en 1953. El Dr.

[1] José Melich-Orsini, Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1967, p. 15.

Goldschmidt fija su residencia en una pujante Caracas de cielos azules, clima amable y llena de oportunidades.

En 1994 tuve la oportunidad de entrar a trabajar en el Instituto de Derecho Privado de la ahora Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto que dirigiera, históricamente como su segundo Director, el Dr. Goldschmidt desde 1953 hasta su fallecimiento en 1965.[2] A pesar de ya no estar con nosotros, las enseñanzas del Dr. Goldschmidt y su compromiso con la labor docente, se respiraban en el ambiente del Instituto, motivando a los jóvenes abogados que como yo, apenas comenzábamos en estas lides.

La vida académica del Dr. Goldschmidt en Venezuela transitó entre la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello, principalmente como Profesor de Derecho Mercantil. Pero su labor universitaria desbordó, sin duda, esta disciplina jurídica, para convertirse en un reconocido ius comparatista. Como bien citara el Dr. Melich-Orsini al Dr. Goldschmidt: "*…nadie más que el comparatista está llamado a colaborar en la preparación de la legislación del futuro*".

Su pasión por el Derecho Comparado lo llevó a ocupar cargos como el de Director de la Oficina de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia de Venezuela, y también a crear el Comité Venezolano de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, siendo su Secretario hasta su muerte. Coordinó con especial esmero las ponencias venezolanas a los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, labor que aún hoy en día continúa, con admirable esfuerzo, el Profesor Allan R. Brewer-Carías. En ese contexto pre global, el Dr. Goldschmidt fue un visionario, procurando siempre un elevado intercambio intelectual entre juristas de Europa y América.

Llama la atención que, siendo un profesional de su talla académica, se le recuerde como un ser humano paciente y humilde, generoso a la hora de trasmitir sus conocimientos. Para muchos, su realidad de migrante a la fuerza, le permitió adoptar una visión cosmopolita de la sociedad, y patrocinar en ella los más altos ideales y valores del ser humano, resaltando en todo momento, la necesidad e importancia de una efectiva cooperación internacional.

En el marco legislativo y de política regulatoria, el Dr. Goldschmidt también se destacó, pues como Director de la Oficina General de la Comisión para la Reforma Mercantil del Ministerio de Justicia de Venezuela, tuvo la tarea de coordinar, revisar, redactar y proponer varias reformas normativas tales como la del Código de Comercio venezolano, y los proyectos de Ley de Fideicomiso, Ley General de Sociedades, y la Ley de Derecho Internacional Privado, entre muchas otras.[3] Este último proyecto es especialmente significativo para mí, pues tuve el honor de acompañar a los Doctores Gonzalo Parra-Aranguren y Tatiana B. de Maekelt, durante su nuevo

[2] El Instituto fue fundado en 1949 por el Profesor de Derecho Internacional Privado, Dr. Lorenzo Herrera Mendoza, quien lo dirigió hasta 1952.

[3] El Proyecto original fue elaborado en el año 1963 y revisado en 1965, por una comisión designada a mediados de septiembre de 1958 por el entonces Ministro de Justicia, Andrés Aguilar Mawdsley, e integrada por los doctores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa.

proceso de revisión que comenzó en 1995, y culminó con la sanción de la hoy Ley de Derecho Internacional Privado de 1998.[4]

En 1995 tuve la dicha conocer a la Señora Ilse Jaffé de Goldschmidt, hija del doctor Rudolf Jaffé, fundador de la patología en Venezuela. Destacada trabajadora social y fundadora del Centro Comunal de Catia en Caracas, y a quien acompañé, desde entonces y hasta el 2011, en la Junta Directiva de dicho Centro. Una vez le preguntamos a la Sra. Ilse, ¿cómo hacia el Dr. Goldschmidt para escribir tanto? Sin reparo nos contestó que su marido no perdía oportunidad para tomar notas, y aprovechar así cualquier antesala o tiempo de espera para escribir algo.

La prolifera obra del Dr. Goldschmidt, especialmente en alemán, italiano y español, dan fe de ello. Más de una decena de libros, más de cincuenta ensayos, más de dos docenas de artículos, numerosas notas de jurisprudencia y bibliográficas, y la redacción de invaluables proyectos de ley, por numerar tan sólo un aspecto de su vida como investigador y académico. Su libro *Curso de Derecho Mercantil*,[5] publicado originalmente en 1964 por la Universidad Central de Venezuela, es todavía hoy una obra de lectura obligatoria para los estudiantes y profesionales del Derecho.

Paradójicamente, pues estaba vinculado a la familia de reconocidos científicos, una gripe tropical acabó con la vida del Dr. Goldschmidt, a la temprana edad de 58 años. Así, un 18 de octubre de 1965 se conoció la lamentable pérdida de uno de los juristas más completos y universales de su generación.

Los homenajes y reconocimientos póstumos no tardaron en manifestarse. El Instituto de Derecho Privado, de la Universidad Central de Venezuela publicó para el segundo aniversario de la muerte del Dr. Goldschmidt (1967) un Libro Homenaje en su Memoria, con la valiosa participación de académicos de diversas latitudes. En 1977, el Comité Venezolano de la Asociación Internacional de Derecho Comparado organizó las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado dedicadas al "*Dr. Roberto Goldschmidt*".

Igualmente, el Instituto Centroamericano de Derecho Comparado lo nombró socio honorario, para recordar y celebrar sus elevados méritos. Finalmente, su viuda la Sra. Ilse, de la mano de nuestro también querido y recordado el Dr. Alberto Baumeister Toledo, decidieron constituir la Fundación "*Roberto Goldschmidt*", con el objeto principal de apoyar el estudio, investigación y publicación en materia de Derecho Mercantil, así como reconocer y premiar a los mejores estudiantes de Derecho de las universidades venezolanas. Fundación de la que orgullosamente hicimos parte por más de una década, con nuestra colega y amiga la Dra. Angelina Jaffé.

Quisiera concluir estas líneas citando tan sólo a algunos de los autores que han dedicado sentidas palabras al Dr. Goldschmidt, tras su súbita partida:

---

[4] Ley de Derecho Internacional Privado Comentada, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Tomo I, p. 77 y ss. Publicada en la G.O. 36.511 del 6 de agosto de 1998.

[5] Este libro fue revisado y reactualizado en el 2001, bajo la Coordinación de la Dra. María Auxiliadora Pisani Ricci, con la colaboración de los Doctores Angelina Jaffé y quien suscribe esta nota. Publicado por la Universidad Católica Andrés Bello y la Fundación Roberto Goldschmidt. La primera actualización de la obra le correspondió al Dr. Víctor M. Pulido Méndez (1974).

"…*Él supo forjarse con tanta competencia como modestia, un lugar preponderante entre los especialistas del Derecho Mercantil y de la ciencia comparativa*.".[6] **Marc Ancel**, Ex Consejero de la Corte de Casación de Francia y Ex Presidente de la Sociedad de Legislación Comparada (París).

"…*brillante jurista cuya sensible desaparición aun conmueve los círculos universitarios… Algunas de sus ideas no encontraron, tal vez, la aceptación que presagiaba su clara inteligencia y la depurada técnica*…". **Gert Kummerow**, Profesor de Derecho Civil, Universidad Central de Venezuela.[7]

"*Fui amigo de Roberto Goldschmidt desde su llegada a este continente… Fue nuestra amistad un dialogo permanente…Hablamos mucho, proyectamos estudios y elaboración de leyes uniformes para la América Latina… Nos hizo mucha falta en Buenos Aires para la discusión… de una Ley Uniforme de Títulos Valores*…".[8] **Roberto Ramírez**, Profesor de Derecho Mercantil y Ex Presidente del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado.

"*Goldschmidt no fue avaro de sus conocimientos; más su innata modestia le movía a ocultar su sabiduría, quien se acercaba a él en busca de claridad para sus sombras interiores, hallaba la plácida y generosa luz de su espíritu.*".[9] **Luis Loreto Hernández**, Profesor de Derecho Procesal Civil, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

"*Con gran satisfacción reportamos la vigencia del pensamiento 'goldschminiano' y la fortaleza de sus conceptos, mantenidos incólumes a través de los años.*".[10] **Maria Auxiliadora Pisani Ricci**, Profesora de Derecho Mercantil.

Terminamos haciéndonos eco y compartiendo las palabras del Dr. Baumeister en su Exordio a la Reactualización del Curso de Derecho Mercantil del Dr. Goldschmidt (2001), cuando sabiamente el Dr. Goldschmidt escribiera en el Prólogo original de su obra:

"*Una enseñanza universitaria que sólo procura el conocimiento de datos y no educa a un pensamiento crítico, carece de valor*" (1964).

***

Bogotá D.C., 6 de diciembre de 2022.
Fiesta de San Nicolas de Bari.

[6] Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1967, p. 101.
[7] Ibidem, p. 258.
[8] Ibidem, p. 575.
[9] Prólogo a la Segunda Edición del Curso de Derecho Mercantil del Dr. Goldschmidt, 1974.
[10] Presentación de la Reactualización del Curso de Derecho Mercantil del Dr. Goldschmidt, 2001.

ARTÍCULOS

La responsabilidad de la empresa de energía nuclear

Nayibe Chacón Gómez*
Daniel Pérez Pereda**
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 11-20

Resumen: En 1958 fue publicado en la Revista número 16 de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela el artículo del Dr. Roberto Goldschmidt "Energía atómica y seguro", en el cual se revisan el concepto, contenido y alcance de la responsabilidad a los fines de determinar conforme a la legislación nacional y comparada, en caso de que un reactor se desboque. Han transcurrido más de sesenta años desde esa publicación, dentro de ese período han ocurrido algunos de los más lamentables y recordados "accidentes" nucleares que han dejado secuelas no solo en el ámbito jurídico mercantil sino también cultural, y que llaman a repensar en cuanto al tratamiento de este tipo de energía.

Palabras claves: Energía atómica, energía nuclear, responsabilidad en accidentes nucleares.

The responsibility of the nuclear energy company

Abstract: *In 1958, the article by Dr. Roberto Goldschmidt "Atomic energy and insurance" was published in the Magazine number 16 of the then Faculty of Law of the Central University of Venezuela, in which the concept, content and scope of liability are reviewed. the purposes of determining in accordance with national and comparative legislation in case a reactor runs out. More than sixty years have elapsed since that publication, within that period some of the most unfortunate and well-remembered nuclear "accidents" have occurred, which have left consequences not only in the commercial legal field but also in the cultural sphere, and which call for rethinking regarding the treatment of this type of energy.*

Keywords*: Atomic energy, nuclear energy, liability in nuclear accidents.*

Recibido: 18/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* 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 responsabilidad de la empresa de energía nuclear

Nayibe Chacón Gómez*
Daniel Pérez Pereda**
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 11-20

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Relación de la energía nuclear con el Derecho Mercantil: la empresa de energía atómica como un acto de comercio. 2. Acerca de la empresa de producción y utilización de la energía nuclear. 3. Los riesgos de la energía nuclear. 4. La responsabilidad de las empresas de energía nuclear. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El Curso de Derecho Mercantil del Dr. Roberto Goldschmidt ha sido y es una lectura obligatoria de todos los profesores y estudiantes de Derecho, especialmente si se busca comprender con meridiana claridad lo particular y característico de la legislación comercial venezolana. Figuras como la sociedad de responsabilidad limitada (SRL) y las dos disposiciones sobre la enajenación del fondo de comercio, cuyos artículos fueron incorporados en la reforma del Código de Comercio de 1955, son solo algunas de las muestras de los importantes aportes realizados por el Dr. Goldschmidt, y que tienen en común la preocupación por la responsabilidad del giro comercial, por una parte, la responsabilidad limitada al monto de la cuota de participación del socio de la SRL frente a la sociedad y frente a los terceros contratantes con ésta, y de otra parte, la responsabilidad del enajenante y del adquirente frente a los acreedores del fondo de comercio y la posible constitución de una solidaridad entre deudores.

Es la responsabilidad el tópico abordado por el Dr. Goldschmidt en el breve pero impactante artículo publicado en 1958 en la Revista número 16 de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y que lleva por nombre "Energía atómica y seguro"[1], en el cual asoma lo precario de la situación de la legislación venezolana para dar respuesta a cuestiones que son vitales en materia de la responsabilidad, sobre el alcance de la cobertura del posible contrato de seguro, de la determinación del monto de la indemnización en caso de reclamos que pueden tener lugar por la ocurrencia de siniestros relacionados con energía atómica, que según la apreciación del Profesor, no se limitan a la responsabilidad en la explotación de reactores

* 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.
[1] Roberto Goldschmidt. «Energía atómica y seguro», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, n° 16. (1958): 292-295.
http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/16/rucv_1958_16_292-295.pdf

nucleares, sino también a la responsabilidad por el empleo de materias radioactivas, que resulta de la utilización de los isótopos en los laboratorios de investigación, en la terapéutica y en la industria.

Este número de la Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM en homenaje al Dr. Roberto Goldschmidt resulta ser la oportunidad idónea para recordar que el Derecho Civil y especialmente en la materia de las obligaciones y contratos, guarda una íntima relación con el Derecho Mercantil, y que como en antaño también en la actualidad no pueden ser estudiados de manera separada. Téngase presente que en todos los intentos por integrar en un único compendio legislativo al Derecho Civil con el Mercantil, se ha concluido que son las obligaciones y los contratos el punto de encuentro entre estas dos ramas del Derecho Privado.

Asimismo, comentar el contenido del artículo publicado en 1958 del Dr. Goldschmidt sobre la energía atómica, permite referirse de manera particular al desarrollo por vía de los convenios y convenciones internacionales en materia de la responsabilidad por daño, con la finalidad de perfilar las respuestas en torno a las indemnizaciones en caso de accidentes en las centrales nucleares.

1. Relación de la energía nuclear con el Derecho Mercantil: la empresa de energía atómica como un acto de comercio

Si bien en el artículo del Dr. Roberto Goldschmidt que sirve de inspiración para esta investigación, no se anota nada sobre la consideración de la energía nuclear como un acto de comercio conforme la legislación venezolana, puesto que se trató de una especie de ensayo monográfico sobre la responsabilidad por siniestros derivados de su utilización; en esta oportunidad se indican algunas anotaciones sobre la energía nuclear y su relevancia en el universo del Derecho Mercantil, mediante su tratamiento bajo el filtro del acto de comercio.

Dentro de los fundamentos racionales del Derecho Mercantil en Venezuela se encuentra su tratamiento como un derecho de los actos de comercio y del comerciante, puesto que conforme al aún vigente Código de Comercio, para comprender el concepto y las obligaciones del comerciante, es menester conocer el listado de actos que han sido calificados por el legislador como comerciales, es decir, los actos de comercio que se encuentran consagrados en el artículo 2 del código mercantil, y que en palabras del Dr. Goldschmidt se trata de una enumeración de carácter enunciativo, por lo que "es posible considerar como actos de comercio a otros actos no mencionados, por vía de analogía. Para facilitar la extensión analógica se ha buscado un criterio general dentro del cual cabrían todos los actos enumerados."[2]

Siguiendo la posición del Dr. Goldschmidt del carácter enunciativo del listado de los actos de comercio, es posible incorporar la energía nuclear como parte de éstos, ya que según el artículo 2° del Código de Comercio "son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de algunos de ellos solamente: (…) 7º Las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como las de producción y utilización de fuerza eléctrica." Aunque en Venezolana no se ha desarrollado la empresa de aprovechamiento de la energía nuclear como si ocurre en el caso de las centrales hidroeléctricas y la explotación petrolera, nada parece impedir

[2] Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*. (Universidad Católica Andrés Bello; Fundación Roberto Goldschmidt, 2001): 82.

que el surgimiento de estas empresas de energía limpia en el país sea considerado como de carácter mercantil. Aunque como se revela más adelante, el uso de la energía atómica en Venezuela ha estado limitado a la investigación, principal pero no exclusivamente, a las aplicaciones en el área de la salud y la agricultura, mediante la producción de isótopos radiactivos.

2. Acerca de la empresa de producción y utilización de la energía nuclear

La Organización Mundial del Comercio (OMC)[3] ha mencionado que la energía resulta ser un insumo fundamental y básico para el desarrollo de las actividades económicas y de producción en todas las regiones del mundo, por lo que tener acceso a un suministro energético fiable y asequible desde hace bastante tiempo se ha constituido en un aspecto crucial para el desarrollo social y económico. Las empresas dedicadas a producción, la transformación, el transporte, la distribución y la venta de energía, forman parte del sector de servicios, los cuales son de variada naturaleza, y su tratamiento jurídico también resulta ser distinto cuando se toma en cuenta la fuente de energía, se trate de petróleo, gas natural, u otros hidrocarburos, minerales como el carbón, las denominadas energías renovables y la electricidad, y por supuesto la energía nuclear.

Pero como ocurre con todas las actividades su producción, transformación, distribución y venta de bienes y servicios, que entrañan un universo de complejidades, la producción, transformación, distribución y venta de energía es otro universo, puesto que además de los dilemas jurídicos tradicionales, que van desde buscar financiamiento e inversores para la constitución y funcionamiento de la compañía mercantil, hasta el cumplimiento de un gran número de regulaciones aplicables para cada una de las etapas de la empresa, en el caso de las empresas de energía se ha incorporado normativa desde la perspectiva de los derechos humanos, así como medioambientales muy rigurosas, ya que las operaciones de las empresas de energía nuclear son llevadas a cabo en instalaciones que requieren elevados niveles de seguridad.

La práctica ha demostrado que la producción, transformación, distribución y venta de energía nuclear o atómica requiere una particular atención y en muchos casos se ha llegado a afirmar que no es una empresa competitiva, dadas las regulaciones en materia de financiamiento e inversión, sobre todo si se piensa en los efectos a mediano y largo plazo sobre la vida y salud de las personas que han llegado a tener las situaciones de fuga y contaminación radiactiva.

> Organización Internacional de Energía Atómica, una agencia creada para promover el desarrollo de la generación eléctrica nuclear, reconoció que necesita que los gobiernos la cuiden: un marco de financiación atractivo, procesos de licenciamiento que no generen demoras, apoyar mediante diseños innovadores de reactores nuevos, proteger y desarrollar el capital humano etc. Es decir, la nuclear no es competitiva. [4]

Lo cual contradice mucho la denominada tendencia a la privatización y liberalización de los mercados energéticos nacionales que aumentaron la participación de operadores privados en el sector iniciada en la década de 1990. Desde hace más de diez años se ha analizado los elevados riesgos a la posible ocurrencia de repercusiones inaceptables e indeseables para la economía, el

[3] Organización Mundial del Comercio – OMC. *Servicios de energía*. (2022). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/energy_s/energy_s.htm

[4] Cristina Rois. «La energía nuclear no es la solución», *El Ecologista*, n° 112 (2022). https://www.ecologistasenaccion.org/204752/la-energia-nuclear-no-es-la-solucion/

medio ambiente y la seguridad energética y como éstos desequilibran la balanza en cuanto a la explotación segura de las centrales nucleares, por lo que en muchos países este tipo de energía ha sido y está siendo desmantelada y sustituida por suministros de energía ecológica y económicamente sostenible.[5]

Aunque en otros casos la energía nuclear ha seguido siendo un recurso más limpio y económicamente más rentable, cuando se le compara con las energías fósiles altamente contaminantes, y con la energía eólica que se presenta como muy limpia y más segura, pero mucho más costosa en todos los niveles en que es requerida. A manera de ejemplo González Jiménez, refiere que, en Estados Unidos, la comisión reguladora de la energía nuclear (*Nuclear Regulatory Commission*) concedió autorizaciones de explotación para más de dos décadas a 59 de los 104 reactores en funcionamiento en ese país, encontrándose otras tantas solicitudes en fase de revisión, lo que para 2010 proyectaba que casi el 80% del parque nuclear estadounidense continuara operativo más allá del año 2070.

En cuanto a la distribución mundial de la producción y uso de la energía nuclear, Rois advierte que son treinta y tres los países que cuentan con centrales atómicas, aunque más del setenta por ciento de la electricidad nuclear del mundo se genera en solo cinco país, los cuales ordenados por producción son: Estados Unidos, China, Francia, Rusia y Corea del Sur, por lo que no cabe duda de que las cuestiones sobre la energía nuclear no pueden separarse de los intereses de estas potencias, tema que no será abordado, ya que su el análisis de la política internacional excede los limites propuesto en el presente artículo.

3. *Los riesgos de la energía nuclear*

Perusset[6] utiliza una metáfora para describir los riesgos de las operaciones de las empresas de energía nuclear, "tal como los pescadores que se adentran en alta mar, los operarios de la central nuclear van más allá de las fronteras del mundo conocido para pasar su jornada de trabajo «sin saber si van a volver a su casa»."[7] El riesgo que genera las operaciones de una central nuclear, depende de cantidad de factores, así como las consecuencias que pueden llegar a materializarse en cada caso.

Perusset anota que los accidentes en centrales nucleares en más de seis décadas, adiciona a los ya conocidos riesgos a la vida y a la salud de las personas de forma directa que trabajan en una

[5] "La Estrategia de Energía 2050 de Suiza se deriva de una decisión adoptada a principios del decenio de 2010 de eliminar progresivamente la energía nuclear y promover la eficiencia energética y la producción de energía renovable. Con el fin de aplicar la Estrategia, en enero de 2018 entró en vigor una Ley Federal de Energía totalmente revisada en la que se establecen objetivos para la producción y el consumo de energía, se definen las normas de eficiencia energética y se ofrecen incentivos a la inversión en la producción de energía renovable. Como parte de la Estrategia de Redes Eléctricas, se adoptó una nueva Ley Federal de Transformación y Ampliación de las Redes Eléctricas. La mayor parte de las disposiciones entraron en vigor en junio de 2019 y tienen por objeto facilitar el desarrollo de las redes de electricidad." Organización Mundial del Comercio – OMC. *Examen de las políticas comerciales WT/TPR/S/425 • Suiza y Liechtenstein*. (23 de marzo de 2022): 14. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s425_s.pdf

[6] Macarena Perusset. «Percepciones y vivencias frente a la noción de peligro: ambiente, energía y tecnología nuclear en Córdoba, Argentina». *Espacio y Desarrollo*, n° 30, (2017): 215. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6230744.pdf

[7] Perusset, «Percepciones y vivencias», ob. cit., 215.

empresa delicada, como es la nuclear, se extiende al riesgo del deterioro ambiental y contaminación progresiva del medio ambiente, que también amenaza la vida y salud de las poblaciones en las que se encuentran ubicadas estas centrales o plantas nucleares; sumándose la situación sobre los desechos radiactivos, generados, como resultado de la producción de energía, este material demanda un manejo responsable, y por tanto, también conlleva un riesgo.

En su artículo, el Dr. Goldschmidt sostiene que no solo se trata de la aplicación de las normas referidas a la responsabilidad en razón del daño causado por las cosas que alguien tiene bajo su guarda, sino también indica que ni el hecho de un tercero ni la fuerza mayor o el caso fortuito deben constituir causas de exoneración de la responsabilidad; por el contrario, el caso fortuito o la fuerza mayor forman parte de los peligros del uso de la energía atómica que la persona titular de la empresa de energía nuclear debe tomar a su cargo.[8]

Adicionalmente, el Dr. Goldschmidt plantea que la fijación del monto indemnizable en el caso de los siniestros nucleares, podría resultar ser una ardua y difícil tarea por tratarse de una energía que crea distintos riesgos, los cuales hasta ese momento no se conocían sus posibles consecuencias, por lo cual los expertos no podían dar indicaciones exactas acerca de los posibles daños.

Dentro de los incidentes nucleares que han tenido lugar desde la fecha de publicación el artículo del Dr. Goldschmidt en 1953, dos accidentes han marcado el devenir de energía nuclear e incluso han procurado a modelar la percepción de alto riesgo de las centrales nucleares. Estos accidentes sin dudas han sido Chernóbil en la actual Ucrania en 1986, y Fukushima en Japón ocurrido el 11 de marzo de 2011.[9] González Cruz y Acevedo Ferrer[10] detallan las principales diferencias entre los dos accidentes,

> a diferencia de Chernóbil, en que no intervino un fenómeno natural las instalaciones nucleares japonesas fueron expuestas a una combinación de eventos naturales sin precedentes. Fukushima fue sacudida por un terremoto de magnitud 9,0 escala de Richter (…). A lo anterior se añadió un maremoto sin precedentes. La masa de agua que azotó las instalaciones nucleares ubicadas en la costa de Fukushima tenían aproximadamente 15 metros de altura. Es necesario hacer presente que las plantas nucleares de Fukushima sí estaban diseñadas contra maremotos, pero solamente para resistir olas de 5,7 metros y no de 15. La segunda importante diferencia entre los accidentes de 1986 y 2011 es que en Chernóbil falló el propio reactor nuclear. En Fukushima no fallaron directamente los reactores, sino los sistemas de enfriamiento de los mismos, los que colapsaron tras el maremoto, permitiendo que el material radioactivo superara los 2.800°C.[11]

Han sido estos sucesos en las centrales nucleares los que han perfilado la normativa internacional de responsabilidad por daños, puesto que como se evidencia no se trata de situaciones puntuales y que puedan ser aislados los efectos como ocurre en muchos accidentes industriales.

---

[8] Goldschmidt, «Energía atómica», ob. cit., 292.

[9] Aunque antes del accidente de Chernóbil, ya habían ocurrido otros accidentes calificados con el nivel 5 según el Organismo Internacional de Energía Atómica, lo que representa "accidente con consecuencias de mayor alcance", dentro de los que se destacan el accidente en *Windscale Piles*, Reino Unido en 1957, que luego del incendio en el núcleo del reactor generó la liberación de material radiactivo al medio ambiente; y en 1979 el accidente en la central *Three Mile Island*, Estados Unidos, cuyo segundo reactor se derritió parcialmente debido a una falla en el sistema de refrigeración, lanzando radioactividad a la atmósfera, y quedó permanente inservible.

[10] Francisco Javier González Cruz y Santiago Acevedo Ferrer. «Revisión crítica del estatuto de responsabilidad civil por daños nucleares en Chile». *Revista chilena de derecho*, vol. 40, n° 1, (2013): 11-41. https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n1/art02.pdf

[11] González Cruz y Acevedo Ferrer, «Revisión crítica del estatuto», ob. cit., 14.

Las consecuencias de los percances en las centrales atómicas, al igual que han ocurrido con los derrames de petróleo en alta mar mientras es trasportado, genera efectos negativos a corto, mediano y largo plazo, tanto para la vida y salud de las personas, como para el medioambiente, incluyendo el aire, la fauna y la flora. De ahí que la responsabilidad que genera la utilización de la energía nuclear ha sido tomada como objetivo de importantes convenciones internacionales.

4. La responsabilidad de las empresas de energía nuclear

Dentro de este grupo de normas internacional, es preciso mencionar el Convenio de Paris sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de fecha 29 de Julio de 1960,[12] de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) según el cual el daño nuclear corresponde a:

> 1. Muerte o daño físico a las personas;
> 2. Pérdida o daño de los bienes; y cada una de las siguientes categorías de daños en la medida que determine la legislación del Tribunal competente,
> 3. Toda pérdida económica que se derive de un daño incluido en los apartados 1 y 2 anteriores, siempre que no esté comprendida en dichos apartados, si dicha pérdida ha sido sufrida por una persona que legalmente esté facultada para demandar la reparación de los daños citados;
> 4. El coste de las medidas de restauración del medio ambiente degradado, excepto si dicha degradación es insignificante, si tales medidas han sido efectivamente adoptadas o deban serlo y en tanto dicho coste no esté incluido en el apartado 2 anterior;
> 5. El lucro cesante directamente relacionado con un uso o disfrute del medio ambiente que resulte de una degradación significativa del mismo, siempre que no esté incluido en el apartado 2 anterior;
> 6. El coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas, tratándose de los apartados 1 a 5 anteriores, en la medida en que la pérdida o daño se derive o resulte de radiaciones ionizantes emitidas por una fuente de radiaciones que se encuentre en el interior de una instalación nuclear; o emitidas por combustibles nucleares o productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear o por sustancias nucleares que procedan, se originen o se envíen a una instalación nuclear, tanto si la pérdida o daño haya sido causada por las propiedades radiactivas de estas sustancias o por una combinación de dichas propiedades con las propiedades tóxicas, explosivas o peligrosas de estas sustancias.[13]

Por su parte, el Organismo Internacional de Energía Atómica es el depositario de un conjunto de instrumentos internacionales que atienden la responsabilidad civil por daños nucleares, y tienen por objetivo garantizar que existen indemnizaciones por daños, incluidos daños transfronterizos, causados por un incidente nuclear en una instalación nuclear o durante el transporte de materiales nucleares.[14]

La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares aprobada el 21 de mayo de 1963 y que entró en vigor el 12 de noviembre de 1977, la cual establece el concepto de daño nuclear en los siguientes términos:

---

[12] Este Convenio ha sido modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964, por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 y por el Protocolo de 12 de febrero de 2004.

[13] Artículo 1, definiciones del Convenio de 29 de Julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE. https://energia.gob.es/nuclear/Legislacion/Internacional/Responsabilidad/ParisCONSOLIDADO.pdf

[14] Organismo Internacional de Energía Atómica – OIEA. *Convenciones y convenios sobre responsabilidad nuclear*. (2022) https://www.iaea.org/es/temas/convenciones-y-convenios-sobre-responsabilidad-nuclear

> i) la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella;
> ii) los demás daños y perjuicios que se produzcan u originen de esta manera en cuanto así lo disponga la legislación del tribunal competente;
> iii) si así lo dispone la legislación del Estado de la instalación, la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de otras radiaciones ionizantes que emanen de cualquier otra fuente de radiaciones que se encuentre dentro de una instalación nuclear.

Estos dos instrumentos internacionales cuentan con un Protocolo Común relativo a la Aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París, de fecha 21 septiembre de 1988[15] que permite establecer relaciones convencionales entre las Partes Contratantes de cada uno de estos convenios y eliminar los conflictos que puedan surgir de la aplicación simultánea de ambos instrumentos a un mismo incidente nuclear. Asimismo, en el año 1997 fue aprobada la Convención sobre Indemnización Suplementaria, la cual establece una cuantía mínima de indemnización nacional y la posibilidad de aumentar la cuantía de la indemnización mediante fondos públicos que han de poner a disposición las Partes Contratantes en caso de que la cuantía nacional sea insuficiente para compensar los daños causados por un accidente nuclear.

Por lo cual, las palabras del Dr. Goldschmidt pueden resultar premonitorias, al advertir que los montos máximos de indemnización fijados para las indemnizaciones, en ciertos casos catastróficos, resultarían ser insuficientes; y como ha ocurrido se tiene que acudir a la responsabilidad subsidiaria del Estado, ya que se han materializado la existencia de intereses colectivos,

> a saber, no sólo un interés de quien explote la energía atómica, en el desarrollo de la misma y, así, el Estado debería intervenir, en los casos excepcionales en que los daños sobrepasen el monto máximo fijado. En el supuesto de que los daños hayan sido causados por culpa del explotante, el Estado, después de haber indemnizado a las víctimas, debería poder recurrir contra aquél.[16]

Como es de suponer a la fecha Venezuela no ha suscrito ninguno de los convenios mencionados. No obstante, a finales del año 2014 suscribió la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, aprobada por la Conferencia General del Organismo Internacional de Energía Atómica en su reunión extraordinaria, que se celebró de septiembre de 1986, la cual tiene por objeto establecer la obligación de los Estados partes de notificar de inmediato, directamente o por conducto de este organismo a aquellos Estados que se vean o puedan verse físicamente afectados por un accidente nuclear.

Es importante destacar que Venezuela forma parte del Organismo Internacional de Energía Atómica desde agosto de 1957, lo cual no es una casualidad, puesto que como refieren Soyano y Müller,[17] al narrar la historia del Instituto Venezolano de Neurología e Investigaciones Cerebrales

[15] https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402_sp.pdf
[16] Goldschmidt, «Energía atómica», ob. cit., 293.
[17] Andrés Soyano y Aixa Müller. «Humberto Fernández Morán y la creación del Instituto Venezolano de Neurología e Investigaciones Cerebrales (IVNIC, 1954-1959)», *Revista de la Sociedad Venezolana de Historia de la Medicina*, vol. 67, n° 1-2. (2018). https://revista.svhm.org.ve/ediciones/2018/1-2/art-7/

(IVNIC), antecesor del Instituto Venezolano de Instigaciones Científicas (IVIC), por esos tiempos se adelantaba en el país la construcción del reactor nuclear RV-1, [18]

> en 1955 se había firmado un convenio entre el gobierno de Estados Unidos y el de Venezuela, mediante el cual el primero aportaría 300.000 dólares para la construcción de un reactor a través del programa "Átomos para la Paz", impulsado por el presidente estadounidense Dwight Eisenhower (…). Hacia finales de 1957 ya se había completado la excavación en la cima de los Altos de Pipe donde se alojaría el reactor, y la compañía General Electric ya había fabricado el 75% del reactor propiamente dicho, un modelo tipo piscina de 3 megavatios (MW) de potencia. (…) la instalación definitiva del reactor, (…) se terminaría a comienzos de 1960, siendo finalmente puesto en funcionamiento en julio de ese año e inaugurado en el mes de noviembre por el presidente de la República Rómulo Betancourt.[19]

Hasta la fecha el reactor nuclear que se encuentra en el IVIC es el único con que cuenta el país, aunque en 2009 se habría suscrito un convenio entre Venezuela y Rusia en materia de energía nuclear para fines pacíficos, que pareció darle un renovado impulso a la utilización de este tipo de energía.

CONCLUSIONES

La producción y distribución de la energía atómica o nuclear ha tenido unos picos de aceptación y rechazo a lo largo de la historia de su utilización, los cuales atienden principalmente a los riesgos de que se produzcan accidentes en las plantas o centrales nucleares como los ya padecidos en lugares como Estados Unidos, Reino Unido, Ucrania y Japón. Sin embargo, la explotación de cualquier empresa implica riesgos, y como se ha expuesto en este artículo, cuando estos se han materializado, han conducido a la revisión de las políticas y protocolos de seguridad, así como al mejoramiento de las normas en materia de reparación del daño y el establecimiento de la responsabilidad, de la cuantía en caso de la indemnización, aunque claro está, los efectos al medioambiente por la contaminación por radiación son de difícil, por no decir, imposible, reparación desde la perspectiva pecuniaria.

Por otra parte, la elaboración de este artículo en homenaje a la obra del Dr. Roberto Goldschmidt, siempre en torno al Derecho Privado y con un exuberante matiz de la técnica del derecho comparado, permitió el reencuentro con un país lleno de progreso, y de adelantos

[18] Como reveló Sánchez Silva "Las expectativas para el reactor eran múltiples: Este poderoso adelanto permitió a Venezuela producir isótopos radiactivos (cobalto, oro, sodio, potasio, talio, etc.) lo cual sirvió para satisfacer sus propias necesidades y las de países vecinos. Permitió también irradiar diferentes tipos de plantas con neutrones y rayos gamma, para acelerar la frecuencia de mutaciones y producir especies nuevas, de gran valor para la agricultura nacional. Asimismo se pudo esterilizar insectos dañinos (como el gusano de monte), preservar cosechas y alimentos en gran escala. Proporcionó extraordinarias facilidades a la Petroquímica Nacional para producir modificaciones en plásticos y derivados el petróleo. Además, al disponer de un reactor nuclear avanzado, se podrá atraer personal científico de primer rango internacional, proporcionando facilidades óptimas de entrenamiento al personal venezolano. El reactor nuclear colocó al país en el campo clave de la energía nuclear y contribuyó a mantener la posición alcanzada en otros aspectos. Debemos recordar que para el año 1956 Venezuela era el país más rico de la América Latina, había alcanzado una estabilidad económica envidiable. Los precios del petróleo se habían disparado gracias a la nacionalización del canal de Suez y los conflictos en el medio oriente. Lo cual hacia a la nación un surtidor seguro y confiable para las industrias norteamericana. Daniel Sánchez Silva. «El programa Átomos para la Paz en Venezuela». *Revista de la Sociedad Venezolana de Historia de la Medicina*, vol. 65, n° 2. (2016). https://revista.svhm.org.ve/ediciones/2016/2/art-8/

[19] Soyano y Müller. «Humberto Fernández Morán», ob. cit.

tecnológicos, lo que contribuyó a perfilar y materializar el Derecho Mercantil venezolano aun vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Goldschmidt, Roberto. «Energía atómica y seguro», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, n° 16. (1958): 292-295. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/16/rucv_1958_16_292-295.pdf

Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello; Fundación Roberto Goldschmidt, 2001.

González Cruz, Francisco Javier y Acevedo Ferrer, Santiago. «Revisión crítica del estatuto de responsabilidad civil por daños nucleares en Chile». *Revista chilena de derecho*, vol. 40, n° 1, (2013): 11-41. https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n1/art02.pdf

González Jiménez, Antonio. «Situación del sector nuclear en España», *Revista de Salud Ambiental*, vol. 10, n° 1-2 (2010): 57-64. https://ojs.diffundit.com/index.php/rsa/article/view/188/163

Organismo Internacional de Energía Atómica – OIEA. *Convenciones y convenios sobre responsabilidad nuclear*. (2022) https://www.iaea.org/es/temas/convenciones-y-convenios-sobre-responsabilidad-nuclear

Organización Mundial del Comercio – OMC. *Examen de las políticas comerciales WT/TPR/S/425 • Suiza y Liechtenstein.* (23 de marzo de 2022): 14. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tpr_s/s425_s.pdf

Organización Mundial del Comercio – OMC. *Servicios de energía*. (2022). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/energy_s/energy_s.htm

Perusset, Macarena. «Percepciones y vivencias frente a la noción de peligro: ambiente, energía y tecnología nuclear en Córdoba, Argentina». *Espacio y Desarrollo*, n° 30, (2017): 209-227. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6230744.pdf

Rois, Cristina. «La energía nuclear no es la solución», *El Ecologista*, n° 112 (2022). https://www.ecologistasenaccion.org/204752/la-energia-nuclear-no-es-la-solucion/

Sánchez Silva, Daniel. «El programa Átomos para la Paz en Venezuela», *Revista de la Sociedad Venezolana de Historia de la Medicina*, vol. 65, n° 2. (2016). https://revista.svhm.org.ve/ediciones/2016/2/art-8/

Soyano, Andrés y Müller, Aixa. «Humberto Fernández Morán y la creación del Instituto Venezolano de Neurología e Investigaciones Cerebrales (IVNIC, 1954-1959)», *Revista de la Sociedad Venezolana de Historia de la Medicina*, vol. 67, n° 1-2. (2018). https://revista.svhm.org.ve/ediciones/2018/1-2/art-7/

El Derecho mercantil: La manifestación más acabada del nexo entre Economía y Derecho

Nasly Ustáriz Forero*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 22-37

Resumen: A partir de la génesis compartida que tienen el Derecho y la Economía, en especial desde el enfoque clásico de la Economía, proponemos, mediante una mirada interdisciplinaria, entender los puntos en común que tienen ambas ciencias. Lo planteamos desde dos puntos de vista o aproximaciones: una, la que corresponde al fecundo campo del Derecho económico o Derecho de la Economía; y dos, una aproximación al Derecho con base en la praxeología como ciencia de la acción humana, dado que en ambos podremos encontrar elementos que conectan con el Derecho mercantil. Este enfoque será el que nos permitirá entender a la disciplina comercial como la manifestación más acabada del nexo entre Economía y Derecho.

Palabras claves: Derecho, Economía, Derecho mercantil, Derecho económico, praxeología, enfoque praxeológico del derecho.

Commercial Law: the most complete manifestation of the nexus between Economy and Law

Abstract: *Based on the shared genesis of Law and Economics, especially from the classical approach to Economics, we propose, through an interdisciplinary perspective, to understand the points in common that both sciences have. We will discuss about it from two points of view or approximations: one, that corresponds to the fertile field of Economic Law; and two, an approach to Law based on praxeology as a science of human action given that in both we can find elements that connect with Commercial Law. This approach will be the one that will allow us to understand the commercial discipline as the most complete manifestation of the nexus between Economics and Law.*

Keywords: *Law, Economics, Commercial Law, Economic Law, praxeology, praxeological approach to law.*

Recibido: 16/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* 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). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Secretaria del Comité Legal de la Asociación Bancaria de Venezuela.". ustariznasly@gmail.com

El Derecho mercantil: La manifestación más acabada del nexo entre Economía y Derecho

Nasly Ustáriz Forero*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 22-37

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Breve Referencia a la Evolución del Concepto de Economía. 2 Relación entre la Economía y el Derecho. 2.1 Derecho Económico o Derecho de la Economía. 2.2 Enfoque Praxeológico del Derecho. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Requiere un esfuerzo deliberado intentar adentrarse en la definición y contornos de la ciencia económica –la más joven de las ciencias sociales-[1], porque esta noción ha mutado de eje varias veces desde sus propios orígenes.

No obstante, cuando nos adentramos en ello, nuestra condición de abogados parece embarcarnos en un viaje que es a la vez de conocimiento y de reconocimiento: conocimiento que nos lleva, como expresara el profesor Rallo, desde la Escolástica en Salamanca[2] y sus curas sabios que intentaban entender las inquietudes que manifestaban sus feligreses en los confesionarios por sus actos mercantiles; hasta Austria y el legado invaluable de su visión de la Economía como la interacción de seres humanos, de individuos que siendo extraños, anónimos, cooperan entre sí.

Es también un viaje de reconocimiento porque estimo imposible negar la sensación de que en muchas de estas nociones alienta el eco de algo ya conocido, de explorar un paisaje, en cierto

* 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). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Secretaria del Comité Legal de la Asociación Bancaria de Venezuela.". ustariznasly@gmail.com

[1] No obstante, autores como Murray Rothbard han llegado a la conclusión de que Hesíodo podría ser considerado como el primer economista, por sus escritos de gran relevancia así como por la importancia que le concedió al rol que juega la escasez en la búsqueda de los fines del ser humano. Ello, sin olvidar que los griegos fueron incapaces de desarrollar un marco teórico, aún básico, que permitiera el estudio de la Economía, entre otras ciencias sociales. Murray Rothbard, *Historia del pensamiento económico* (Madrid: Unión Editorial, 2018), 37-38.

[2] La Escuela de Salamanca, dejando a salvo algunas ideas económicas que podríamos discutir, ha jugado un rol importante como antecedente en el estudio de la ciencia económica. Los escolásticos salmantinos contribuyeron al entendimiento de nociones fundamentales como la de la función empresarial. Pese a varias ambigüedades y confusiones, a ellos debemos una serie de principios fundamentales en la construcción de la teoría económica. Por citar algún ejemplo, Francisco de Vitoria se preocupó por la moralidad del comercio, aun reconociendo que era necesaria la libertad en las relaciones contractuales de compraventa. Al respecto, cfr. Leonardo Ravier, *Historia Económica de la Empresarialidad*, (Madrid: Unión Editorial, 2016), 111.

modo familiar. Afirmamos esto puesto que, pese a lo que postulan las concepciones de Derecho más tradicionales o clásicas[3], estimo que, en un sentido último, el fenómeno jurídico se enfrenta a la comprensión de la conducta humana, en sus distintos contextos, siguiendo en este enfoque las enseñanzas de Cossio[4], como ha mostrado la doctrina argentina.

Podemos también ahondar en esa sensación de familiaridad acudiendo a la relación tan estrecha que puede apreciarse entre las dos ciencias sociales escogidas como el tema de este trabajo. Como se indica desde el título seleccionado, es a la vinculación entre la Economía y otras ciencias afines, pero en concreto con el Derecho, y específicamente con su rama mercantil a los que he decidido dedicar este trabajo, por cuanto considero que comparten un núcleo y un objeto de estudio central y común.

La reflexión desde el enfoque comercial habrá de ser explicada en las líneas siguientes. Pero desde ya puedo afirmar, que en una edición que SOVEDEM dedica a homenajear la memoria del insigne maestro Roberto Goldschmidt, a quien tantos abogados debemos el contacto con las primeras nociones mercantiles, se vuelve imprescindible reflexionar una vez más sobre lo que define y forma parte de nuestra disciplina.

Se trata, en definitiva, de una relación -la de las ciencias económica y jurídica- que fue explorada y repasada ya desde el enfoque clásico de la Economía, con su aproximación multidisciplinaria conformada por pensadores que aún no eran siquiera economistas, razón por la que resulta natural entender que se hayan propuesto su estudio y comprensión como una subdisciplina del Derecho.

Aquella génesis común, imposible de desconocer, nos permite advertir como los primeros autores mostraban una intención filosófica de evidente vinculación con el Derecho, lo cual no es casual, si miramos, por ejemplo, la importancia que en la vieja ciencia jurídica se le ha dado siempre a la regulación del derecho de propiedad. También contribuyó a esta percepción subsidiaria, una suerte de mirada despectiva que algunos tenían hacia la Economía, vista como mera ciencia utilitaria, dado que no perseguía el conocimiento como un fin en sí mismo.

Esta subordinación de origen entre ambos saberes, propia del enfoque clásico, puede ser explicada de diversas maneras incluyendo además la conexión con otras ciencias como la filosofía, la psicología y la ética. Pero lo cierto es que el acercamiento que busca este trabajo es aquel que nos permita no ya mirar a la Economía desde las herramientas y la visión propias de la ciencia jurídica, como algunos podrían deducir del enfoque antes mencionado. Antes bien, y de mayor relevancia, nos parece la opción de servirnos de la innegable relación entre ambas disciplinas para sumar entendimiento al complejo intento de explicar la coordinación de comportamientos

[3] Como ejemplo de ellas, citemos la definición de Olaso: "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 1 (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2017), 9.

[4] "Nosotros siguiendo en esto a Cossio, concebimos al Derecho como conducta humana y a ésta como libre. Los dos aspectos restantes que involucra el Derecho, la norma y el valor deberán, en su momento, ser fundados en su ser ontológico que es, según nuestro punto de vista, repetitivo, la conducta. Enrique Aftalion, José Vilanova, y Julio Raffo, *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 353-354.

individuales, de la acción humana deliberada, que, en definitiva, es hoy el objeto de estudio de la Economía.

También, desde una cierta perspectiva, es una noción fundamental para el estudio del Derecho comercial al que nos convoca el quehacer de los que entendemos como nuestra esta disciplina. A ello dedicaremos las siguientes reflexiones.

1. Breve Referencia a la Evolución del Concepto de Economía.

Empecemos por mencionar de entrada esa formulación y concreción del pensamiento que nos llevó a entender la Economía "desde la ciencia de la riqueza, a la ciencia de la acción humana" como le debemos al genio de MISES. Ello no significa un desconocimiento del proceso evolutivo de las ideas en este campo, en especial si consideramos que lo que se pretende explicar es el tránsito de una realidad conformada por una serie de eventos dispersos, en apariencia caóticos y, por ende, tan fuera de nuestro control como las fuerzas mismas de la naturaleza, a la gradual pero extraordinaria convicción de que existe un orden uniforme que prevalece[5]. No podemos olvidar las tenaces discusiones que han suscitado en el pasado los esfuerzos de los primeros economistas por definir la ciencia económica, porque esos mismos conceptos ya nos proporcionaban una pista respecto del enfoque a ser adoptado[6].

Y es que no resulta tan evidente que una disciplina con *honestas pretensiones científicas* haya sufrido en su evolución tales dificultades para arribar a la definición del objeto mismo de su estudio[7]. No obstante, y en vista de las limitaciones propias de esta investigación, considero que hacemos honor a ese complejo recorrido, al menos en parte, valiéndonos del esfuerzo sintetizador del profesor Jesús Huerta de Soto quien en su estudio acerca de la definición de Economía Política la ha resumido así:

Precisada nuestra definición de la economía, que como hemos visto evoluciona desde la concepción de la economía como ciencia de la riqueza, la ciencia de la distribución o de las relaciones de producción, la teoría de la decisión entendida como maximización de medios dados para lograr unos fines también dados, hasta terminar en ***la concepción de la economía como ciencia de la interacción humana y de los procesos sociales espontáneos****, hay que señalar que el cuerpo central de conocimientos económicos se está diversificando y especializando constantemente en parcelas que pueden agruparse de las más variadas formas y en las más distintas combinaciones*[8]. (Destacado agregado).

---

[5] Ludwig von Mises, prólogo a *The Economic Point of View*, de Israel M Kirzner (Kansas City: Sheed and Ward Inc. Subsidiary of Universal Press Syndicate, 1976), vii.

[6] En palabras de Israel Kirzner "*The part played by each group in the history of the problem will become apparent from the discussion of the definitions themselves*." El papel jugado por cada grupo en la historia del problema se hará evidente a partir de la discusión de las definiciones mismas. (traducción libre).

[7] Veremos que dificultades de distinto tenor, pero de similar complejidad han sido parte de la evolución del concepto de Derecho mercantil y de su objeto de estudio.

[8] «Definición de la economía política», Jesús Huerta De Soto, acceso el 6 de junio de 2020, http://www.jesushuertadesoto.com/artículos/articulos-en-espanol/proyecto-docente/5-definicion-de-la-economia-politica-42/.

El recorrido que el profesor Huerta de Soto formula en las pocas líneas anteriores, nos permite apreciar desde ya, que esa joven ciencia económica comparte con la jurídica un enfoque, quizá un objeto de estudio común, aunque la perspectiva cambie, tal es la acción humana.

2. Relación entre la Economía y el Derecho.

Repasada la evolución del concepto de Economía que desemboca en la acción humana, nos corresponde ahora explorar brevemente la relación de esa disciplina con el Derecho como un todo, para encontrar allí el punto de partida que nos permita establecer ese nexo más concreto que nos proponemos con la rama mercantil.

Así mismo, tiene sentido resaltar las influencias que en el estudio de cada ciencia han tenido los avances alcanzados, en particular desde dos puntos de vista o aproximaciones: una, la que corresponde a todo el fecundo campo del Derecho económico o Derecho de la Economía; y la segunda, partiendo de esa perspectiva, la que nos permite pensar en una forma distinta de aproximarse al Derecho a través de la misma raíz común que ofrece la praxeología como ciencia de la acción humana, pese a que no es ni lo más usual, ni se cuenta con un desarrollo teórico de la misma profundidad y alcances, como ha sostenido el profesor Ricardo Rojas[9].

Es muy probable que tal carencia o desinterés se deba, entre otras explicaciones, a la idea tan enraizada en nuestra civilización de que el conjunto de normas abstractas y generales a las cuales los ciudadanos debemos adaptar nuestra conducta y que conforma el Derecho, tienen su origen en un elenco de principios de aceptación general, que en el proceso evolutivo de la sociedad han sido recogidas para convertirlas en reglas de obligatorio acatamiento; o bien, al hecho, para muchos incontrovertido, de que las normas jurídicas emanan de un ente investido de autoridad y por ende percibido como superior, como sugería la definición clásica (OLASO), citada previamente.

No obstante, conviene no olvidar aquí la complejidad propia de los procesos sociales y la característica del cambio constante, tal y como mutan las decisiones de los individuos que conforman la sociedad, y la relevancia que el Derecho concede a la conducta humana, a la intencionalidad de los seres humanos, más allá de la concepción adoptada.

En todo caso, lo más importante desde las dos perspectivas propuestas es que en ambas vamos a encontrar elementos que conectan con el Derecho mercantil y nos permitirán entenderlo como la manifestación más acabada del nexo entre Economía y Derecho, según nos hemos propuesto y vamos a examinar a continuación.

2.1 Derecho Económico o Derecho de la Economía

Diremos que el tema relacionado con el Derecho económico se planteó principalmente en Alemania, durante la República de Weimar, una vez concluida la I Guerra Mundial, como nos

[9] Ricardo Manuel Rojas, «Fundamentos Praxeológicos del Derecho», *Revista de Estudios sobre Justicia, Derecho y Economía (RJDE)*. N° 2 Enero- Junio 2015, 21.

enseña la doctrina, aunque ciertamente podemos encontrar algunos antecedentes de relevancia, mirando a Europa[10].

Incluso en la propia Alemania durante la Gran Guerra ya se formalizaría la noción de Derecho económico o Derecho de la Economía, como un "derecho de guerra", y con ello se aludía a la ordenación jurídica del sector económico que surgió como consecuencia del enfrentamiento bélico y, por ende, con un alcance necesariamente transitorio: control de la moneda, intervención de la industria con fines militares, racionamiento, etc. Pero, una vez lograda la paz, este mismo ordenamiento, que se consideró en su momento como coyuntural, va a recibir, precisamente en Alemania, un importante desarrollo. Ello debido a que las necesidades de la sociedad en tiempos de guerra habían acelerado la transformación del sistema económico que hasta el siglo anterior, estuvo fundamentado en los principios del Estado liberal, para dar paso a uno nuevo en el que se enfatizaron criterios colectivos y sociales.

Así vemos que aquello que empezó como una regulación transitoria sobre la base de la coyuntura bélica, acabaría por consolidarse. Y esta consolidación, fruto de la crisis en la que había entrado la concepción liberal del Estado y del mismo Derecho, demandaba nuevas fórmulas jurídicas, que fueron estableciendo una impronta marcadamente intervencionista de parte de los poderes públicos en el sector económico. Dicha intervención se apoyaba, en buena medida, en la noción cada vez más difundida de la insuficiencia de la autorregulación del propio sistema económico, o la necesidad de asumir "una regulación extraeconómica de la Economía por parte del Estado"[11].

Es en este entorno, descrito en apretada síntesis, que surge el concepto de Derecho económico, como un fenómeno que se formalizaría con "extraordinaria amplitud"[12], pero que, a meros efectos expositivos, podemos reconducir en dos líneas bien diferenciadas que tienen como tronco común el reconocimiento de la realidad económica, en pleno auge de la "Economía política" lo que, indiscutiblemente, tuvo un impacto en el ámbito jurídico. Y se diferencian o contraponen, como ya nos va siendo familiar, al delimitar su concepto y contenido; pero, como vamos a ver de seguidas, ambas tendencias se desarrollaron sobre la base del énfasis concedido a la realidad económica.

Para la primera tendencia, el Derecho económico más que disciplina determinada con un objeto claro y definido, es una perspectiva. Es decir, para esta corriente, el Derecho económico es el derecho de la transformación que sufren las distintas ramas del ordenamiento en su totalidad, impregnado como está en ese momento histórico de las categorías y criterios económicos que impone la propia transformación de la sociedad.

La realidad jurídica se plantea entonces a través del prisma de la realidad social y de los postulados económicos en ella desarrollados. El Derecho económico así entendido, nos dice

[10] Encontramos que la expresión *droit economique* fue recogida y empleada por Proudhon, como un gran principio ordenador de toda la organización social, que se imponía incluso al derecho político. Luego, en 1886 A. Levi publica su obra *il diritto económico* noción en la que pretendía sintetizar el sistema jurídico tanto público como privado, con el sistema económico. Cfr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico I (*Madrid: La Ley, 1991), 22.
[11] Herman Heller, *Teoría del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1955), 33.
[12] Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo…,* 23.

Martín-Retortillo "*es pues, el motor de las transformaciones del Derecho*"[13], con base en el criterio de que todo el Derecho está penetrado por el aspecto económico[14].

Por su parte, y con base en el mismo énfasis en la realidad económica, encontramos la segunda perspectiva, una más objetiva que considera que el Derecho económico, es ni más ni menos que el ordenamiento jurídico de la Economía. Y aquí entramos, por supuesto en el tema de las elecciones, porque se trata entonces de precisar cuál sería el ámbito de esa realidad que habrá de ser regulado, lo que abrió campo para las más diversas formulaciones: el Derecho económico como derecho de la economía organizada, o de la economía dirigida, o de la gestión de la empresa, que al final fue la posición generalizada, entendida la empresa como el agente económico determinante sobre el que se echarían las bases del sistema, como veremos. Será en definitiva, a raíz de estos planteamientos, que el tema del Derecho económico tendría un amplio desarrollo en toda Europa.

Es justamente en esta perspectiva donde podemos hacer la conexión propuesta con el Derecho mercantil. Empecemos por recordar lo mucho que se ha afirmado en la doctrina por los juristas que el Derecho mercantil es una categoría histórica. Ello ha surgido de ese doble método empleado por los estudiosos, de observación de la realidad, por una parte, e historicista por la otra. Esta combinación ha sido ampliamente entendida y expuesta por Wieland y Garrigues, entre otros, y se justifica al afirmar, como lo hacen estos autores, que 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"[15].

Entonces, es esa doble dirección metodológica, que combina la investigación histórica con una atenta observación de la realidad, la que nos va a permitir comprender uno de los fenómenos más interesantes que se presentan en el campo del Derecho privado: la mutabilidad del ámbito del Derecho mercantil, que en su devenir ha permitido esa corriente de cambios constantes que se aprecian en la evolución del objeto del estudio de esta disciplina y que son registrados al analizar la abundante literatura jurídica sobre el tema.

El fenómeno ha sido descrito por algunos como la "generalización del Derecho mercantil", otros como la "comercialización del Derecho civil". Pero, en todo caso, emparenta de cerca con el mismo derrotero de cambios sufrido en su evolución por el concepto de Economía que repasamos anteriormente.

No se corresponde, sin embargo, con el objeto de este trabajo hacer un repaso de la conjunción de factores económicos y político-sociales, así como su relevancia en lo que finalmente

---

[13] Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo…* 23.

[14] Enfoque o línea de pensamiento que también está presente en disciplinas que han surgido al abrigo de estas ideas como ocurre con el Análisis Económico del Derecho, entendido como una herramienta que sin apartar del análisis jurídico 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), y así ha sistematizado el estudio del proceso de intercambio del mercado. Ver Alfredo Bullard González, *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales* (Lima: Palestra Editores, 2006).

[15] Wieland y Garrigues ambos citados por Manuel Broseta Pont, *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil* (Madrid: Edit. Tecnos, 1965), 25.

se haya concretado en cada período, o cada país, como el contenido propio del Derecho mercantil[16]. Recordemos simplemente a efectos que nos interesa mostrar de cara a este análisis, la forma en que el mismo profesor Broseta Pont da breve cuenta de esta tendencia al cambio de la disciplina comercial:

"Así, nacido este para el comercio, se extiende a la industria; destinado a regular el tráfico de muebles, se extiende al de inmuebles cuando unos sujetos se dedican a él profesionalmente; excluyendo en sus orígenes a la actividad agrícola, tiende modernamente a abarcarla cuando se explota mediante métodos o formas comerciales."

Y así concluye Broseta Pont, al aludir a la realidad económica: "resalta cada día con mayor vigor la presencia de un factor que asume el papel protagonista de la evolución económica: la empresa". Esta es la visión que asumen autores como Uría y Menéndez[17], para quienes el Derecho mercantil es el Derecho de la empresa, y como tal incluye normas de Derecho Público. Entre nosotros, el maestro Goldschmidt a quien homenajeamos, también concuerda en que en el Código de Comercio existen normas que pueden entenderse como de Derecho Público.

En definitiva, mi posición sobre el particular, es que el ordenamiento jurídico es uno, y que la distinción entre una rama y otra cumple, sobre todo, efectos delimitadores e incluso didácticos. Así lo ha dicho también, en sus propios términos, el profesor Hernández, para quien "la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado actualmente, solo puede ser asumida descriptivamente"[18].

Las ideas precedentes nos permitirán entender pues, la evolución que se suscitó en el Derecho mercantil, y *como la figura del empresario sustituyó a la de comerciante*: se invierte así la relación de género a especie que existía entre ambas en los códigos decimonónicos, -el empresario deja de ser una especie del género comerciante y éste pasa a ser, por el contrario, una especie del género empresario-, convirtiendo al estudio del empresario y la empresa en el centro del nuevo Derecho mercantil[19]. Podemos afirmar con la doctrina que ello es así, aun en los países en los cuales el derecho positivo mantiene vigente el esquema del acto de comercio y del comerciante[20].

---

[16] Pese a lo cual no puedo resistir la tentación de recordar aquí a Ascarelli, para quien en este período se sientan las bases "*para que el Derecho mercantil se convierta en la quintaesencia del capitalismo*". (Citado por Broseta Pont, *La Empresa…*26)

[17] Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, «El Derecho Mercantil», *Curso de Derecho mercantil I* (Madrid: Civitas, 1999) 23.

[18] José Ignacio Hernández G., «El Derecho Mercantil como límite a la expansión del Derecho Administrativo», *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández. Temas generales de Derecho Mercantil, volumen I* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Publicaciones UCAB, 2012), 204.

[19] Entre nosotros, es interesante traer aquí la posición del profesor Hernández, que compartimos plenamente, que enfoca al Derecho mercantil "como aquél que facilita el ejercicio de la libertad económica". Hernández, El Derecho Mercantil…, 200.

[20] Ocurre ello como lo refiere con claridad el profesor Morles Hernández al afirmar: "*Es el caso de España, en donde Polo, Girón Tena, Uría, Sánchez Calero y Giménez Sánchez aceptan la noción como delimitadora de la materia mercantil…*". Y Broseta Pont, por mencionar directamente a un autor español, concluye que el contenido del Derecho mercantil español –el de la realidad del tráfico, no el del Código de Comercio- se estructura en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos. Compara Morles la situación

Y es que, en los códigos, encontramos eso que la profesora Chacón ha calificado de "descoordinación entre realidad comercial y realidad legislativa"[21] y que antes fue criticado por el maestro Morles, cuando denunciaba que "el Derecho mercantil sigue apareciendo como el derecho de ciertos actos, cuando en la realidad es el derecho de una economía organizada en forma de empresa"[22].

Aquella evolución advertida en el corazón mismo de la materia disciplinada por el Derecho mercantil, con independencia de la solución de derecho positivo que haya sido adoptada, se explicaría, en buena medida, por la fuerte influencia que significó la promulgación del Código Civil italiano de 1942 –con el cual se procedió a la unificación formal del Derecho privado italiano-. Este Código Civil efectuó "*el traslado del eje de la teoría de la empresa del momento del cambio al momento de la producción. Era necesario mostrar -tal como señalaba uno de los artífices del código- que la función del empresario es una función creadora de riqueza y no solo intermediaria. (Asquini citado por Galgano)*"[23].

Con la recepción que hizo el codificador italiano de la empresa y el empresario como nociones centrales, el tema trascendió de las meras elaboraciones doctrinales. Así, vemos aquí esa conexión íntima entre Derecho y Economía que hemos intentado rescatar, toda vez que es la constatación de lo que ocurre en la realidad económica del tráfico, la que logró -al menos en Italia- imponerse en los textos legislativos. Un logro de la doctrina italiana al poner a la empresa como el criterio central del Derecho positivo mercantil; su influencia será innegable en otros países como Francia o España, como parte de la Unión Europea, y por supuesto en Venezuela, a despecho de la ya anotada *descoordinación*, que hace que "no exista correspondencia entre el pensamiento jurídico mercantil y la legislación"[24], como ha denunciado Morles Hernández.

En conclusión, diremos que el concepto que ha terminado por difundirse de manera más general, aunque con diferentes matices, se corresponde con la segunda de las perspectivas propuestas, la de corte más objetivo y hasta pragmático, es decir la que ve el Derecho económico como el ordenamiento jurídico de la Economía. Ello se debe, probablemente a que, aunque no se niega el impacto de las categorías económicas en el ordenamiento jurídico, la idea es que cualquier concepto requiere como referente una realidad material para establecer su contenido.

Entre las diversas formulaciones propuestas, recordemos que fue la de entender al **Derecho económico como derecho de la gestión de la empresa**, el planteamiento que alcanzó mayor difusión y generalidad, entendida la empresa como el agente económico determinante y fundamental para el sistema. La realidad así lo proclama, a pesar de lo que sigan diciendo muchos

española con la venezolana cuando concluye así: "*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. Las Sociedades (*Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998), 213-214.

[21] Nayibe Chacón Gómez, «La necesaria reforma del Código de Comercio venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 2-2019.

[22] Alfredo Morles Hernández, «Perfiles del Derecho Mercantil», discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 30 de abril de 1991: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 67, No. 123* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales,1991), 250-251.

[23] Alfredo Morles Hernández, *Curso de …*, 215.

[24] Alfredo Morles Hernández, «Perfiles…251.

códigos y ordenamientos positivos. De enfatizar el rol de la empresa como institución fundamental del Derecho mercantil y como protagonista en el crecimiento y desarrollo de la Economía, nos hemos ocupado antes[25], por lo que solo nos resta entender la noción de Derecho económico que ha predominado.

Así pues, se define al Derecho económico como el conjunto de preceptos y de normas que regulan jurídicamente la realidad económica y sus relaciones (E.R. Huber) o, simplemente, el Derecho de la Economía (A. Polo)[26].

Cerremos este punto, con palabras del mismo profesor Martín-Retortillo, de cuya sistematización nos hemos servido en parte, para el repaso precedente, quien afirma que "*El Derecho económico constituye, pues, simplemente, la ordenación jurídica de una realidad objetiva y material como es la económica*"[27].

2.2 Enfoque Praxeológico del Derecho

Como vimos en el punto precedente, la visión que predominó fue la de ver al Derecho económico como el ordenamiento jurídico de la Economía. Pero también observamos que, en sus orígenes, aquello que surgió como una regulación transitoria soportado en la coyuntura bélica, acabaría por consolidarse. Y que dicha consolidación fue fruto de la crisis en la que había entrado la concepción liberal por lo que no es de extrañar que las nuevas fórmulas jurídicas hayan evidenciado un sesgo marcadamente intervencionista en la Economía.

Así se emplazó al Estado a que actuara, bajo la idea de que no podía limitarse al establecimiento de un sistema jurídico objetivo y abstracto, que fuera apenas garante de ciertas libertades, incluidas las propias del campo económico, cuya única modulación habría de derivar del mecanismo autorregulador del propio mercado.

Si estas eran las ideas dominantes, no puede sorprendernos que una visión de la sociedad a partir del individuo, el sujeto de derecho por antonomasia[28], haya declinado para dar paso franco a formulaciones en las que es innegable el impacto de tesis políticas de signo socialista, y la influencia de una conciencia adquirida que enaltece valores de solidaridad humana, para confluir en nociones, que a riesgo de hipersimplificar, podríamos agrupar en torno a la idea del Estado social de Derecho[29], a la que volveremos más adelante.

---

[25] Nasly Ustáriz Forero, «Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 6, 2021, p. 57-74.

[26] El postulado se formula, a efectos meramente convencionales, sin pretensión alguna de, entre otras cosas, autonomía científica; la idea es solo la de facilitar el estudio y conocimiento de dicho ordenamiento Por la misma razón, el moderno Derecho económico, el que regula las relaciones económicas, lógicamente está integrado por normas de distinta naturaleza, tanto públicas, como privadas.

[27] Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo…,* 25.

[28] Recordemos que hasta la noción de "empresa" se basa en una construcción o "ficción" jurídica, es decir es una entelequia, pues en última instancia es una fórmula –exitosa, sin duda-, pero una de las muchas que ha encontrado el hombre para organizar su esfuerzo e iniciativa.

[29] La fórmula ha sido recogida explícitamente en algunos textos constitucionales como la Constitución española de 1978, la Constitución italiana y la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999.

Pese a la actual revisión y crisis de ese concepto, lo traigo a colación solo para que la reflexión nos permita entender, al menos en parte, que el Derecho e incluso el Derecho económico, con todos los puntos en común resaltados, haya tomado derroteros diferentes a los de la Economía. Ello a pesar de que, disciplinas como el Análisis Económico del Derecho, entendiendo que los seres humanos actúan con base en diferentes incentivos ya que buscan lo que les favorece y evitan lo que les perjudica, se propone el entendimiento de: "que *es posible encontrar fórmulas que permitan predecir (al menos presumir) como los individuos actuarán ante tales incentivos*"[30].

Sin embargo, conviene no olvidar aquí la complejidad propia de los procesos sociales y la característica del cambio constante, tal y como cambian y mutan las decisiones de los individuos que conforman la sociedad. Una visión de la sociedad a partir del individuo, tal y como fuera estudiado por las escuelas escocesa y austríaca, no puede llevarnos a otra conclusión que la de que la interacción humana no solo tiene aspectos económicos como se ha señalado, sino que tiene evidentes aspectos jurídicos, y es base de la creación de instituciones que canalizan la cooperación y la convivencia, como se ve con claridad en el caso de la empresa.

De las ciencias sociales, es justamente la Economía la que ha fundamentado sus estudios y desarrollo en los postulados propios de la acción humana. Y son los principios de la praxeología, los que le permitieron a la joven disciplina converger, finalmente, en su objeto de estudio.

Pero, ya lo hemos adelantado, eso no ocurrió con el Derecho. Pese a que ambas disciplinas miran al mismo fenómeno, cada una desde la perspectiva propia de su campo. Pese a las crisis y los problemas generados, la visión que ha predominado se enuncia sobre la idea de que tanto el Derecho como las instituciones de la vida en sociedad son materias tan sensibles, que requieren de la intervención constante de autoridades que se han erigido por encima de la voluntad de los individuos. También el Derecho como un orden objetivo, abstracto y general, se ubica por encima de las personas.

En este punto, consideramos el aporte de Ronald Coase de mucha relevancia, por cuanto ha advertido una suerte de "equiparidad" entre un *mercado de bienes y un mercado de valores*, en dos importantes aspectos: i) competencia entre intereses o estimaciones contradictorios y, ii) la verdad no es estática, dogmática, sino que se alcanza dinámicamente, siempre en forma provisional, y como resultado de una búsqueda comparativa. El problema con este lúcido enfoque consiste en que una gran mayoría de la gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad de ver eficiencia en el Derecho, y por ende desatienden los aportes tan relevantes que conlleva la disciplina del Análisis Económico del Derecho. Así lo ha expresado el profesor Bullard, al señalar:

"En primer lugar, como el AED (Análisis Económico del Derecho) 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. <u>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</u>. 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

[30] Bullard González, *Derecho y…,* 112.

desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines". [31] (Subrayado y paréntesis agregados).

Contrariamente a aquellas ideas imperantes, estimamos que el ordenamiento social también está influido, y la realidad así lo demuestra, por las decisiones individuales. Incluso en los países de sesgo más intervencionista, los seres humanos se relacionan continuamente, aún pese a las diferentes y complejas externalidades que un orden jurídico de esta tendencia genera. Por eso, tiene mérito traer a colación la necesidad de pensar en que el Derecho sea eficiente en su actividad rectora.

Al respecto, y siguiendo las ideas expuestas por el profesor Ricardo Rojas, una base praxeológica de la acción humana, nos permitiría establecer los elementos propios del Derecho, que bajo esta perspectiva habrá de conformarse a través de: contratos, normas y principios abstractos e instituciones. Lo explica de esta manera:

"*Los contratos constituyen el vehículo a través del cual se lleva a cabo la cooperación social. Principios y normas establecen el contenido de la respuesta que se dará a las pretensiones de las personas una vez que se producen conflictos y reclamaciones consecuentes. Esos reclamos y sus respuestas se canalizarán a través de instituciones. Del mismo modo en que lo explicaron los autores escoceses, Mandeville y Hayek, tanto la teoría de los contratos, como los principios jurídicos aplicables a la solución de conflictos y las instituciones respectivas, son el producto de una larga evolución, en la cual, en muchas ocasiones, los actos particulares contribuyeron involuntariamente a fortalecer el resultado final*"[32].

De estos elementos me parece crucial, dada su relevancia como mecanismo de plasmar los acuerdos propios del Derecho privado, destacar el rol que desempeñan los contratos. Las personas manifiestan su voluntad mediante contratos de diversa naturaleza, la evolución ha ido llevando a que las cláusulas más eficientes se vayan reiterando en el tiempo, incluso bajo fórmulas preestablecidas o modelos. Estos modelos no los crea el Estado, son los individuos quienes han ido decantando cuáles serían, en cada caso, las estipulaciones más efectivas y precisas para la expresión de su voluntad. No en balde pueden encontrarse libros dedicados a plasmar clausulados generales, y por supuesto, ahora con el acceso a la tecnología, cualquier persona está a un *click* de encontrar las pautas y estipulaciones que mejor convienen a sus intereses.

En suma, nuestra comprensión del Derecho, a partir de la praxeología, se diferencia radicalmente de lo que tradicionalmente se ha entendido como Derecho económico, con base en dos razonamientos:

i) En primer lugar, porque, conforme a los postulados ya revisados, consideramos a la Economía como la ciencia de la conducta humana y no la ciencia de la riqueza, de la distribución, de la asignación de recursos, que fue la visión que imperó, como pudo apreciarse cuando revisamos la noción de Derecho económico antes explicada. Bajo este enfoque, estimamos innegable reconocer el rol del Derecho mercantil en la ordenación de la economía. Recordemos que a partir de la intervención pública en la

[31] Bullard González, *Derecho y…,* 113.
[32] Rojas, *Fundamentos*…, 22.

economía, se ha entrado en eso que la doctrina ha calificado de *publicización*, por cuanto una serie de materias y tópicos que fueron siempre objeto de regulación por el Derecho mercantil, cada vez más han pasado a estar reguladas por diferentes normas de Derecho público, lo que ha significado, incluso, una auténtica crisis de la disciplina, advertida por el profesor Garrigues[33].

En nuestro país, Hernández ha insistido en que, a través de la doctrina implantada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, hemos llegado a una ¨practica funcionalización social" de diferentes instituciones, incluido el Derecho mercantil, incluso afirmando que "En realidad, el Estado social no solo no propende a la funcionalización social de la libertad de empresa o a la imposición del socialismo: es que esta cláusula es contraria a tal funcionalización."

La base de estas ideas, se conjuga en que la acción social del Estado, incluso estando admitida y prevista, tiene como límite natural e infranqueable el Estado de Derecho y la democracia, que se supone son postulados de la Constitución venezolana de 1999. El inolvidable maestro Morles Hernández se ha encargado de refrendarlo con estas palabras: "el concepto de *estado social de derecho* es una trinidad. No se trata solo de Estado Social sino que la trinidad está compuesta también por el Derecho y la Democracia[34].

ii) En segundo lugar, porque consideramos también al Derecho como la ciencia que estudia la conducta humana, y no como la ciencia de las regulaciones, del control de esa conducta humana, de los "mandatos". Como anticipamos en el capítulo precedente, el concepto de Derecho mercantil ha sufrido una evolución, propia de la realidad económica, que la mayoría de códigos y leyes no han plasmado en toda su dimensión. Como señalamos, el dinamismo propio de la Economía, es en buena medida lo que recoge y regula la rama comercial del Derecho. Así lo ha entendido el profesor Hernández para quien "el Derecho mercantil tiene una función facilitadora del ejercicio de la libertad de empresa, al establecer los derechos y deberes derivados del ejercicio de la actividad económica, además mediante reglas flexibles"[35]. Compartimos plenamente esta visión, más aun considerando, como ya anotamos, que el estudio del empresario y de la empresa han desplazado a la esquiva noción del acto de comercio, y, en la práctica se han colocado en el centro del nuevo Derecho mercantil. El problema con esta realidad es que nuestro Código de Comercio sigue ubicando en el centro de su estudio al acto de comercio (artículo 1), pero los distintos actos que enumera el artículo 2 de esa ley, lejos de estar disciplinados por ese derecho especial que es el mercantil, han pasado de manera creciente y hasta asfixiante a ser disciplinados en distintas leyes e incluso normas de rango sublegal, como ocurre con toda la regulación bancaria, cambiaria, sector seguros, del mercado de valores, entre muchas otras.

La intervención pública, nos sigue diciendo Hernández, "es consecuencia de la utilización genérica del concepto de orden público, al cual alude el artículo 6 del

[33] Joaquín Garrigues, «Hacia un nuevo Derecho mercantil», *Revista de Estudios Políticos, Nº 6* (Madrid: Dialnet, 1942), 197-226.

[34] Alfredo Morles Hernández, «De lo privado a lo público en el Derecho mercantil» *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* 1980-2005 (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006), 479-487.

[35] Hernández, *El Derecho*…, 200.

Código Civil y que, por supuesto es trasladable al Derecho mercantil". Y concluye afirmando que "Incluso el orden público pasa a tener un sentido positivo, pues el Estado no solo limita en sentido negativo -mediante prohibiciones- el desarrollo de los actos de comercio, sino que, además, impone las condiciones bajo las cuales estos actos de comercio pueden ser realizados. Auténtico dirigismo contractual ha sido la expresión que, entre nosotros, ha empleado José Melich Orsini"[36]. La noción de orden público probablemente se haya visto desbordada de sus cauces originales[37].
El Estado Social, si es trinidad, acogiendo la feliz expresión de Morles, no es noción capaz de superar al Estado de Derecho, tampoco al Estado Democrático. Mucho se ha escrito en nuestro país sobre esto, pero, una vez más, vuelvo a sumar mi voz a las muchas otras que así lo han denunciado y continúan haciéndolo.

A modo de conclusión

Como corolario de todo lo expuesto podemos afirmar que la Economía y el Derecho, como ciencias sociales, y pese al origen subalterno de aquella respecto de este, son disciplinas dedicadas al estudio de los fenómenos relacionados con las interacciones humanas y el intercambio.

En concreto el Derecho se vincula con la formalización y concreción de las transacciones, así como las fórmulas de dirimir las posibles controversias y reclamos que surjan entre las personas. Esto nos ha llevado a considerar que el enfoque praxeológico al abordar el estudio de los fenómenos jurídicos puede ofrecer herramientas válidas y lúcidas para replantearnos un sistema jurídico que coadyuve en la mejor forma de satisfacción de necesidades humanas. No es pecaminoso pensar en un derecho más eficiente, como postula el Análisis Económico del Derecho.

Con base en lo anterior, y con apoyo de la doctrina entendemos al Derecho como el conjunto de reglas de juego que establecen el marco dentro del cual se llevan a cabo los intercambios económicos. En este sentido, si estudiamos a la sociedad desde tales postulados praxeológicos, concluimos con el profesor Rojas en que "el derecho debería ser considerado como parte integrante del proceso de mercado, como uno de sus aspectos, y no como algo distinto" [38].

En concreto, en lo que respecta al Derecho mercantil, consideramos, en primer lugar, que resulta innegable reconocer su rol en la ordenación de la economía, a contramano del fenómeno que la doctrina ha calificado de *publicización*. Repasamos, con ayuda de la doctrina, que un accionar social del Estado, tiene como límites naturales e infranqueables al Estado de Derecho y la democracia, postulados de la Constitución venezolana de 1999. En segundo lugar, consideramos también al Derecho como la ciencia que estudia la conducta humana, y no como la ciencia de las regulaciones, de los "mandatos". Vimos como el concepto de Derecho mercantil ha sufrido una evolución, propia de la realidad económica, que la mayoría de códigos y leyes no han plasmado

[36] Hernández, *El Derecho*…, 202.
[37] Para una revisión más acabada de la evolución de la noción de orden público, ver Claudia Madrid Martínez. Orden Público: Del artículo 6 del Código Civil a nuestros días, 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, Jurisfraven, Embajada de Francia, Ed. I. Valera, 2005), 371-399.
[38] Rojas, *Fundamentos*…, 21.

en toda su dimensión. Pero queda claro que es el dinamismo propio de la Economía, lo que recoge y regula la rama comercial del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Aftalion, Enrique, Vilanova, José y Raffo, Julio. *Introducción al Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, (1999).

Broseta Pont, Manuel. *La Empresa, La Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid: Edit. Tecnos, (1965).

Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, Lima: Palestra Editores, (2006).

Chacón Gómez, Nayibe. «La necesaria reforma del Código de Comercio venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 2-2019, p. 57. (2019).

Garrigues, Joaquín. «Hacia un nuevo Derecho mercantil», *Revista de Estudios Políticos, Nº 6*, Madrid: Dialnet, (1942).

Heller, Herman. *Teoría del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica, (1955).

Hernández G., José Ignacio. «El Derecho Mercantil como límite a la expansión del Derecho Administrativo», *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández. Temas generales de Derecho Mercantil, volumen I*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Publicaciones UCAB, p. 187-222, (2012).

Kirzner, Israel M. *The Economic Point of View*, prólogo de Ludwig von Mises, Kansas City: Sheed and Ward Inc. Subsidiary of Universal Press Syndicate, (1976).

Madrid Martínez, Claudia. Orden Público: Del artículo 6 del Código Civil a nuestros días, 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, Jurisfraven, Embajada de Francia, Ed. I. Valera, p. 371-399, (2005).

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*, Madrid: La Ley, (1991).

Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Las Sociedades*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, (1998).

Morles Hernández, Alfredo. «De lo privado a lo público en el Derecho mercantil» *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* 1980-2005, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, (2006).

Morles Hernández, Alfredo. «Perfiles del Derecho Mercantil», discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 30 de abril de 1991:

Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 67, No. 123, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, (1991).

Olaso, Luis María. *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo 1, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, (2017).

Ravier, Leonardo. *Historia Económica de la Empresarialidad*, Madrid: Unión Editorial, (2016).

Rojas, Ricardo Manuel. «Fundamentos Praxeológicos del Derecho», *Revista de Estudios sobre Justicia, Derecho y Economía (RJDE)*. N° 2 Enero- Junio, (2015).

Rothbard, Murray. *Historia del pensamiento económico*, Madrid: Unión Editorial, (2018).

Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio. «El Derecho Mercantil», *Curso de Derecho mercantil I*, Madrid: Civitas, (1999).

Nasly Ustáriz Forero, «Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 6, (2021).

Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela -Especial referencia a su regulación desde el Derecho Mercantil-

Andrea I. Rondón García*
Sabrina Gomes**
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 39-60

Resumen: A partir de un reporte preparado en el año 2014 que da cuenta de los retos que enfrentan las compañías anónimas, las autoras pretenden actualizar los principales aspectos de las compañías anónimas y denunciar los obstáculos (y no retos) que encaran, de tal suerte que los derechos de propiedad, la libertad de asociación y la libertad económica de los accionistas resulta francamente comprometidos.

Palabras claves: compañía anónima, Código de Comercio, autonomía de la voluntad, derechos de propiedad.

Current obstacles of corporations in Venezuela
-Special reference to its regulation from Commercial Law-

Abstract: *Based on a 2014 report about the challenges faced by companies (sociedades anónimas), the authors seek to update the main aspects of companies and denounce the obstacles (and not challenges) they confront, in such a way that property rights, freedom of association and economic freedom of shareholders are frankly compromised.*

Keywords: *companies, Commercial Code, autonomy of the will, property rights.*

Recibido: 21/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* 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. 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). 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.

Obstáculos actuales de las sociedades anónimas en Venezuela -Especial referencia a su regulación desde el Derecho Mercantil-

Andrea I. Rondón García*
Sabrina Gomes**
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 39-60

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El fenómeno de la descodificación. 2. Regulación principal. 3. Principales formas legales de las compañías de capital cerrado. 4. Estructura interna de las compañías anónimas. 5. Formación de las compañías anónimas. 6. Mecanismo de protección de los accionistas. 7. Acuerdos de Accionistas. 8. Transferencia de acciones. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

Palabras a Roberto Goldschmidt

Esta edición es en homenaje al maestro Roberto Goldschmidt, quien además de escribir el Curso de Derecho Mercantil, por el cual muchas generaciones estudiamos y continúan estudiando, participó activamente en las propuestas de reformas legislativas en el área.

Roberto Goldschmidt fue relator de la comisión que trabajó en el anteproyecto de reforma total del Código de Comercio que finalmente no fue considerada por el entonces Congreso de la República[1]. Los intentos de reforma han sido numerosos. Pero cabría preguntarse si realmente es necesaria una reforma o más bien debería privilegiarse la autonomía de la voluntad de las partes y la responsabilidad individual.

Si es esto último, en lo que efectivamente creemos, la tendencia debería ser conocer la verdadera naturaleza de las instituciones de Derecho Mercantil, para lo cual reconocemos el

* 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. 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). 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.
[1] Alfredo Morles Hernández, *La reforma de 2007 del Código de Comercio*. (Caracas: Ympu, servicio de publicación, 2012). Consultado en https://www.yumpu.com/es/document/read/4386730/la-reforma-del-cdigo-de-comercio, el 19/11/2022.

enorme valor de la obra de Goldschmidt, y denunciar las practicas administrativas de los Registros que atentan contra las instituciones propias del Derecho Mercantil.

No desviemos nuestra atención en reformas, regresar a los clásicos es lo que nos inspira figuras como Roberto Goldschmidt.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye una actualización del reporte publicado inicialmente bajo el título «Current challenges faced by companies (sociedades anónimas) in Venezuela. –Special Reference to their Regulation under Business Law-»[2] en el año 2014.

Este reporte fue en el marco del XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado que se celebró en Viena en julio de 2014. Siendo reporte, fue principalmente descriptivo para dar cuenta de la regulación de los principales aspectos de las sociedades mercantiles.

Hoy 2022, se escribe este artículo, que será más que descriptivo. En 2022, a pesar de los pocos cambios legislativos, en la práctica nos encontramos con varias novedades, para empezar la forma de iniciar los trámites de registro se ha automatizado y los primeros pasos son a través del SAREN (Sistema de Registros y Notarías) en línea. Podría decirse que los tiempos han mejorado y los trámites de traslados ha disminuido.

Pero este artículo, además de ser una actualización, constituye una crítica a la práctica administrativa actual de los Registros Mercantiles y a la fuerte intervención en la vida de las sociedades mercantiles, que son áreas en las que se refleja la violación de la libertad económica de los últimos años. De hecho, la violación de los derechos económicos en la vida de los accionistas no ha pasado desapercibida y se ha dado cuenta de ello en ediciones anteriores de la Revista Venezolana de Derecho Mercantil[3].

Se trata de una aproximación más desde el «deber ser» y no desde el «ser», igualmente importante. En este sentido, desde que se publicó el reporte de 2014 que es la base del presente artículo, la dinámica diaria de las compañías anónimas ha cambiado enormemente a tal punto que cada vez es más frecuente leer sobre temas como Compliance, o siendo más específicos, Corporate Compliance[4].

---

[2] Andrea I. Rondón García, «Current challenges faced by companies (sociedades anónimas) in Venezuela. –Special Reference to their Regulation under Business Law-», en *Venezuela. Some current legal issues* 2014, ed. por Allan R. Brewer-Carías y Eugenio Hernández-Bretón (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014), 127-147.

[3] Angello Javier Peña Barrios, «Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el derecho mercantil », *Revista Venezolana de Derecho Mercantil,* No. 3 (2019): 525-548).

[4] Ver: Diego Thomás Castagnino, «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil,* No. 3 (2019): 97-130), Jesús A. Villegas-Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil,* No. 7 (2021): 153-196), Liliana Vaudo Godina, «Compliance corporativo como política de prevención de actos que perjudican la reputación organizacional», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil,* No. 8 (2022): 163-182).

Hablar de Compliance es hablar de cumplimiento del ordenamiento jurídico, pero de uno que no en pocos casos contribuye al expolio de los accionistas, a la arbitraria limitación de la autonomía de la voluntad de las partes y a la violación de los derechos de propiedad, libertad económica y libertad de asociación. Ambas aproximaciones son válidas y necesarias, pero distintas.

Finalmente, este artículo escrito en el año 2022 ahora suma a Sabrina Gomes, estudiante de Derecho, como co-autora, porque consideramos que es importante dar espacio a las nuevas generaciones que seguramente aportarán al foro jurídico.

1. El fenómeno de la descodificación

Aunque con el fenómeno de la descodificación, también observado en Venezuela, muchas disposiciones que regulan a las sociedades de comercio se encuentran en leyes especiales, el estatuto general se conserva en el Código de Comercio, el cual, formalmente, mantiene las premisas básicas sobre las que se erige el Liberalismo, filosofía que se caracteriza por promover los límites al poder del Estado y alcanzar la mayor autonomía y libertad posibles para el individuo. En los hechos, para lograr esto, es necesario que las potestades y competencias del Estado estén claramente definidas, y principalmente pensadas para evitar el abuso de derechos y libertades de unos en detrimento de los derechos y libertades de otros.

Esto último lo vemos reflejado en nuestro Código de Comercio en el que:

- Priva el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación de las relaciones (por ejemplo, el artículo 200 del Código de Comercio[5]).

- Se reconoce la intervención del Estado para verificar el cumplimiento de los requisitos de constitución del comerciante colectivo, lo cual es en beneficio de los accionistas y de terceros (por ejemplo, el artículo 200, parágrafo único del Código de Comercio).

- Las normas de orden público son la excepción, varias de ellas están destinadas a facilitar el control de la gestión de los administradores por parte de los accionistas (por ejemplo la regulación sobre la contabilidad mercantil, artículos 32, 33 y siguientes[6]).

---

[5] «Artículo 200. Las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio. Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, 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.
Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil.
Parágrafo Único: El Estado, por medio de los organismos administrativos competentes, vigilará el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las Compañías Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada».

[6] «Artículo 32. Todo comerciante debe llevar en idioma castellano su contabilidad, la cual comprenderá, obligatoriamente, el libro Diario, el libro Mayor y el de Inventarios.
Podrá llevar, además, todos los libros auxiliares que estimara conveniente para el mayor orden y claridad de sus operaciones».

- Son escasas las regulaciones de la propiedad privada y las que existen son para proteger a terceros y a los accionistas en el caso del comerciante colectivo (por ejemplo, los artículos 244 y 264[7]).

Ahora bien, con respecto a la autonomía de la voluntad, aunque se trata de un principio de Derecho en el que se manifiesta la libertad de la persona en el campo contractual para ejercer sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas en su relación con los demás, en Venezuela dicho principio ha perdido vigencia en la mayoría de los ámbitos en que debía aplicarse con preferencia.

En la práctica no importa que no se haya reformado el Código Civil y el Código de Comercio, en los que la regla es el principio de la autonomía de la voluntad y la excepción son disposiciones de orden público –aquellas que no pueden ser relajadas por las partes-, porque en los hechos es muy poco lo que queda de este principio.

Por ejemplo, si se desea vender un vehículo usado se deberá pasar por un sinnúmero de controles previos y cumplir con una serie de formalidades ante Notaría Pública -controles y formalidades no previstas en la ley- para finalmente obtener el título de propiedad a nombre del comprador.

Otro ejemplo, que constituye un caso de interés en el tema que nos ocupa, para registrar una asamblea de accionistas ya no basta con cumplir con lo estipulado en los estatutos de la compañía –las reglas que acordaron libremente los accionistas-, o en ausencia de regulación, con lo establecido en el Código de Comercio, además deberá cumplir con las exigencias –muchas de ellas no previstas en la ley- de los funcionarios del Registro o disposiciones ministeriales.

Sobre esto último, la regulación de las sociedades mercantiles también incluye la «Resolución No. 019, mediante la cual se establece los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de acto o negocios jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías» del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores Justicia y Paz, publicada en

---

«Artículo 33. El libro Diario y el de Inventarios no pueden ponerse en uso sin que hayan sido previamente presentados al Tribunal o Registrador Mercantil, en los lugares donde los haya, o al Juez ordinario de mayor categoría en la localidad donde no existan aquellos funcionarios, a fin de poner en el primer folio de cada libro nota de los que éste tuviere, fechada y firmada por el Juez y su Secretario o por el Registrador Mercantil. Se estampará en todas las demás hojas el sello de la oficina».

[7] «Artículo 244. Los administradores deben depositar en la caja social un número de acciones determinado por los estatutos.
Estas acciones quedan afectas en totalidad a garantizar todos los actos de la gestión, aun los exclusivamente personales, a uno de los administradores. Serán inalienables y se marcarán con un sello especial que indique su inalienabilidad. Cuando la cuenta de los administradores sea aprobada, se les pondrá una nota suscrita por la Dirección, indicando que ya son enajenables».
«Artículo 264. Cuando los administradores reconozcan que el capital social, según el inventario y balance ha disminuido un tercio, deben convocar a los socios para interrogarlos si optan por reintegrar el capital, o limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación.
Cuando la disminución alcance a los dos tercios del capital, la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación, si los accionistas no prefieren reintegrarlo o limitar el fondo social al capital existente».

la Gaceta Oficial No. 40.332 del 13 de enero de 2014[8]. Dicha Resolución establece una serie de exigencias para el ejercicio de derechos de los accionitas que socava el principio de reserva legal. Por ejemplo, el artículo 17 dispone que para la venta de acciones es necesario consignar la solvencia del Seguro Social o, en su defecto, la constancia de no afiliación.

Podemos continuar con los ejemplos (arrendamientos de viviendas, venta de tierras, etc.) en los que la autonomía de la voluntad de las partes se ha visto francamente disminuida en algunos casos y eliminada en otros, por limitaciones, restricciones y controles sin sentido.

Ahora bien, hemos considerado fundamental efectuar esta advertencia porque si bien este artículo se enfocará principalmente en las regulaciones de las sociedades anónimas, como lo son el Código de Comercio y la Ley de Registros y Notarías[9], además del criterio de los Registros Mercantiles, existe otro tipo de regulaciones que también tienen una gran incidencia sobre ellas, especialmente para su funcionamiento, como es el caso del[10] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Orgánica de Precios Justos[11], el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria[12], la Ley de Reforma Parcial contra los Ilícitos Cambiarios (actualmente Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos)[13], el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras[14], entre otras. Estas regulaciones constituyen una importante limitación al principio de la autonomía de voluntad de los particulares.

Finalmente, aunque no profundizaremos en esta regulación adicional, porque escapa de los objetivos de este artículo, al analizar los aspectos generales de las sociedades anónimas en Venezuela advertiremos de las prácticas actuales que disminuyen drásticamente la autonomía de la voluntad de los accionistas y son fuente de confusión, las cuales, ya para superarlas o para funcionar con ellas, suponen verdaderos obstáculos para las sociedades anónimas en la Venezuela de hoy.

2. Regulación principal

Aunque con el ya aludido fenómeno de la descodificación muchas disposiciones que regulan la actividad del empresario se encuentran en leyes especiales, evidentemente el estatuto general se conserva en el Código de Comercio, lo cual nos obliga a su análisis.

---

[8] En el reporte publicado en el 2014 no se había incluido porque la remisión para su edición y publicación fue en los últimos meses de 2013.

[9] Publicado en la Gaceta Oficial No. 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021, que.deroga al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado de 2014.

[10] Las leyes anteriormente vigentes eran la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, la Ley de Costos y Precios Justos y la Ley contra Ilícitos Cambiarios.

[11] Publicado en la Gaceta Oficial No. 40.340 del 23 de enero de 2014. Su más reciente reforma se publicó en la Gaceta Oficial No. 6.156 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

[12] Publicado en la Gaceta Oficial No. 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008 y se ha mantenido sin reformas hasta la fecha.

[13] Publicado en la Gaceta Oficial No. 38.272 del 14 de septiembre de 2005. Su más reciente reforma se publicó en la Gaceta Oficial No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

[14] Publicado en la Gaceta Oficial No. 6.024 Extraordinario del 6 de mayo de 2011. Su más reciente reforma se publicó en la Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario 7 de mayo de 2012

Conviene precisar que nuestro primer Código de Comercio es del 15 de febrero de 1862[15] y el actual data de 1919, con sucesivas reformas en 1938, 1942, 1945 y 1955[16]. Quisiéramos decir que la influencia de las ideas liberales del siglo XVIII y XIX estuvo presente en nuestros Códigos de Comercio, pero esta influencia fue inconsistente.

Por ejemplo, en los Códigos de 1862 se establecía que la constitución de las compañías debía efectuarse previa autorización del Jefe del Estado y las reformas estatutarias requerían de autorización gubernamental; el Código de 1873, aunque elimina la autorización previa para constituir compañía, estableció que las disposiciones del contrato de sociedades se rige por el Código de Comercio, el Código Civil y, en última instancia, por el convenio entre las partes, lo que para autores como Morles Hernández podría interpretarse como la asignación de normas imperativas[17].

Ahora bien, si recordamos que la última reforma de este Código fue de 1955 y varias de las áreas de este Código no fueron objeto de esta última reforma, algunos podrían decir que este Código ha quedado rezagado en algunos aspectos (por ejemplo los mecanismos de protección de los accionistas minoritarios) y ello no ha sido remediado del todo con las leyes especiales. Pero la reflexión en este punto debería ser cómo superamos este razago sin necesidad de más regulación. Para el reporte de 2014, se señalaba como un ejemplo de este rezago el artículo 244 del Código de Comercio, según el cual, los administradores para garantizar su gestión deberán depositar o harán depositar una acción en la caja social. En su oportunidad se señaló que se trata de una disposición que en la práctica no cumple su cometido si consideramos el valor nominal de una acción en comparación con los daños y perjuicios que la gestión del administrador puede ocasionar a los accionistas.

Ciertamente en la práctica no cumple su cometido, pero ello no justificaría una nueva regulación. Los accionistas perfectamente pueden establecer contractualmente penalidades mucho más gravosas en caso de mala gestión de los administradores. Los propios accionistas buscarían sus defensas. Pensamos que antes de clamar por una reforma del Código, debemos evaluar casos concretos y decidir cuáles pueden ser resueltos hoy por los propios accionistas y cuáles necesariamente requerirían una solución legislativa.

Además de las leyes especiales como es el caso del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora; Ley de Instituciones del Sector Bancario, etc., se ha tratado de regular algunos aspectos de las sociedades mercantiles con la Ley de Registros y Notarías, porque incluso va más allá de aspectos administrativos sobre competencias y potestades e invade el estatuto del comerciante colectivo.

---

[15] En las principales recopilaciones legislativas se omite la referencia a este Código de Comercio y se indica como el primero el Código del 29 de agosto de 1862, lo cual ha causado cierta confusión que ha referido la doctrina. Los cambios son insignificantes y al día de hoy no existe explicación de la sanción de este segundo Código. Sobre este particular ver: Héctor Grisanti Luciani, *Antecedentes de nuestra legislación civil y mercantil*, Caracas, 2002, pp. 18-20; Alfredo Morles Hernández, «Evolución Histórica y tendencias mercantil venezolana» (pp. 273-306), en: *Centenario del Código de Comercio*, México, Universidad Autónoma de México, 1991.

[16] Alfredo Morles Hernández, *Evolución Histórica y tendencias mercantil venezolana*, Caracas, 1991, p. 288.

[17] Alfredo Morles Hernández, «Tendencias de la reforma mercantil en materia de sociedades», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, volumen 38, Caracas, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, 1981, 169-182.

Por ejemplo, en virtud del artículo 57, numeral 1, el Registrador Mercantil puede rechazar la inscripción de una sociedad si considera que el capital es insuficiente para la consecución del objeto social. Respecto de esta disposición manifestamos nuestra inconformidad, no sólo por las arbitrariedades –no discrecionalidad- que ha dado origen para la actuación de los Registros Mercantiles, sino porque constituye una intromisión en la autonomía de los particulares que son los que están en mejor posición para conocer el capital que resultaría congruente y suficiente para alcanzar su objeto social.

Aunque esta disposición ha sido defendida por un respetado sector de la doctrina[18], no dejamos de advertir que abre la posibilidad de intromisiones indebidas (que terminen por dirigirla) a la autonomía de los accionistas y es una regulación que, cabe interpretar, parte de la mala fe de los accionistas y está destinada a regular más bien una patología como son las sociedades de capital insuficiente que es una característica de nuestro sector privado.

En efecto, en un trabajo publicado en los años 80, Moisés Naím destaca que la empresa privada venezolana se caracterizaba, aún en esa época, por ser muy joven, poco competitiva, doméstica y endeudada «…con una dotación de capital insuficiente para el volumen y la diversidad de actividades en las que están involucradas»[19]. Para la época en que se introdujo esta disposición con la Ley de Registro Público y del Notariado en el año 2000 la situación no era muy distinta a la descrita en los años 80.

Pero insistimos, si de lo que se trata es de adoptar legislaciones que promuevan una economía productiva y competitiva, no puede legislarse a partir de patologías, porque lo único que se hará es atacar los efectos del problema y no las causas.

Tampoco se puede pretender que la legislación solucione lo que es responsabilidad de los accionistas. Más que abogar por una reforma del Código de Comercio, que todavía muestra las influencias del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX, lo que se debe procurar es resguardar la autonomía de la voluntad de las partes y consolidar las instituciones (tribunales o el arbitraje) que les brinden respuesta a los accionistas o a los terceros que negocian con esas compañías. No se puede abogar por reformas legislativas que favorezcan el control previo partiendo de la mala fe.

3. Principales formas legales de las compañías de capital cerrado

El Código de Comercio venezolano contempla diferentes tipos de compañías que pueden ser utilizadas para llevar a cabo actividades en Venezuela, entre ellas: (i) la compañía anónima, que es la forma corporativa más comúnmente utilizada en Venezuela[20]; (ii) la compañía de

[18] Alfredo Morles Hernández, «Responsabilidad del Registrador Mercantil respecto a la capitalización de las sociedades y a la transmisión de las acciones nominativa» (pp. 203-236), en: *Cuestiones de Derecho Societario*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006.

[19] Moisés Naím, «La empresa privada en Venezuela: ¿Qué pasa cuando se crece en medio de la riqueza y la confusión?» (pp. 152-182), en: *El caso Venezuela: una ilusión de armonía*, Ediciones IESA, Caracas, 2da edición, 1985, p. 164.

[20] Aunque es interesante las propuestas que se hacen para recuperar el uso de las sociedades de responsabilidad limitada para las pequeñas y medianas empresas, las que parecen caracterizar a nuestro mercado actual (ver: Isabella

responsabilidad limitada[21]; (iii) la compañía en nombre colectivo; y (iv) la compañía en comandita. Las tres últimas formas societarias son utilizadas muy poco en la práctica.

La figura más comúnmente empleada es la compañía anónima, en la que los accionistas sólo resultan responsables por el monto del capital suscrito y no están sujetos a limitaciones de transferencia de acciones como ocurre con las cuotas de participación en las compañías de responsabilidad limitada. Una de las razones por las cuales se empleaba con frecuencia a las compañías anónimas era porque no estaban restringidas a un capital social mínimo o máximo como ocurre con las sociedades de responsabilidad limitada[22]. Sin embargo, como hemos advertido, esto ha cambiado con el artículo 57 numeral 1 de la Ley de Registros y Notarías[23], el cual establece lo siguiente:

> Corresponde a la Registradora o Registrador Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, la Registradora o Registrador Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:
>
> 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.

En la práctica los Registros no hacen un análisis del caso que les permita decidir con fundamento en criterios de racionabilidad relacionados con el objeto social. Por ejemplo, cuando el Registro objeta el monto del capital social, en la mayoría de los casos se limita a señalar capital insuficiente, sin motivar su objeción[24].

Adicionalmente, de esta disposición pareciera advertirse que la exigencia de un capital suficiente es respecto de la constitución de la compañía. Sin embargo, cuando se modifica el objeto social o se desea efectuar una refundición integral del documento constitutivo, los Registros Mercantiles en algunos casos exigen, con fundamento en esta disposición, aumentar el capital social.

Pecchio, «Sobre la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada y su capital social. Una propuesta para su recuperación y uso», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 4 (2020): 431-481).

[21] Este podría ser uno de los ejemplos excepcionales en los que se amerite una reforma del Código, porque las limitaciones del capital ha hecho que esta figura caiga en desuso.

[22] Artículo 315 del Código de Comercio.

[23] Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.668 del 16 de diciembre de 2021. Salvo un cambio de forma, este artículo es exactamente igual al artículo 57 del derogado Decreto No. 1.422, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado de 2014.

[24] Actualmente este aspecto está regulado por la Circular del SAREN DG-N-00463 DSR-No. 028 del 3 de julio de 2019 en el que este organismo fijó a manera «referencial» los montos mínimos para la constitución de sociedades anónimas. Se trata de montos que al cambio algunos alcanzan los ocho mil dólares de los Estados Unidos de América (ver: Andrea I. Rondón García, «La expoliación legal a los accionistas de las sociedades mercantiles», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 5 (2020): 215-227).

4. Estructura interna de las compañías anónimas

Para la constitución de la sociedad anónima, y en general de las sociedades mercantiles, se requiere la presencia de al menos dos accionistas (artículo 200 del Código de Comercio y artículo 1649 del Código Civil). Pero no es obligatorio mantener un número mínimo de socios una vez que se ha constituido la compañía, por lo que es frecuente conseguir compañías que se constituyen con dos accionistas, uno de los cuales, con una participación insignificante, e inmediatamente después queda un solo accionista[25].

Aunque no existen estadísticas oficiales, en la práctica, se podría decir que la estructura de las sociedades anónimas en Venezuela es muy diversa, desde un accionista (persona natural o jurídica) hasta varios accionistas, entre los que pueden distinguirse personas jurídicas constituidas en el país o personas jurídicas extranjeras. Con relación a la inversión extranjera, conviene señalar que las mismas son posibles siempre y cuando éstas no contravengan disposiciones de la legislación nacional, es decir, que sean efectuadas dentro de los límites establecidos para los diferentes sectores reservados y que no contravengan normas legales de aplicación general o particular en Venezuela[26].

Respecto a los sectores económicos para invertir, la proporción de inversión extranjera directa en una empresa en proceso de constitución o en una existente depende de la actividad económica de la compañía. Los sectores reservados a empresas nacionales y mixtas se encuentran circunscritos a cierto número de actividades específicas, por lo que la participación de capital extranjero en Venezuela se encuentra autorizada dentro de un todavía amplio espectro de actividad comercial, industrial o de servicios, siendo otro tema a examinar las condiciones jurídicas a las que estará sometida dicha actividad.

Las compañías que operen en cualquier otro sector pueden ser formadas con una participación extranjera de hasta el 100% del capital de la compañía. Dichas compañías pueden permanecer con una participación extranjera mayoritaria o incluso única de forma indefinida. Por otra parte, en cuanto a la proporción entre compañías privadas y públicas, no existen estadísticas oficiales. Sin embargo, en estas dos últimas décadas la presencia del Estado en la economía nacional, no sólo para aplicar políticas de fomento o como agente regulador, se ha incrementado a tal punto que ha significado un grave perjuicio para el sector privado.

En este sentido, la participación del Estado a través de la formación de nuevas empresas no es la única forma en la que participa en la economía nacional, las expropiaciones, en realidad expolios en su mayoría, han sido las formas más comunes a principios de la década pasada.

---

[25] Recientemente esto no ha sido objeto de análisis, pero si ha sido tema de discusión en la doctrina. Al respecto ver: Roberto Goldschmidt, «La sociedad mercantil unipersonal con particular consideración al Derecho Venezolano», en: *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, Imprenta Universitaria-UCV, 1966.

[26] Con relación al reporte de 2014, el régimen legal de la inversión extranjera ha tenido bastantes cambios. Para ese entonces, la regulación fundamental era el Decreto Presidencial No. 2095, publicado en la Gaceta Oficial No. 34.930 del 25 de marzo de 1992, contentivo del Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, aprobado por las Decisiones Nos. 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Hoy en día, las inversiones extranjeras están reguladas en la ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva, publicada en la Gaceta Oficial No. 41.310 del 29 de diciembre de 2017.

Para el año 2011, CONINDUSTRIA advertía que «384 empresas privadas que han pasado a manos del Estado, mientras que durante el año pasado la cifra totalizó 234 industrias, lo que refleja un incremento de 64,1% en la cantidad de compañías expropiadas en el país en un período de seis meses.»[27]

Entre 2005 y 2017 se expropiaron aproximadamente 1.359, las cuales han dado saldo negativo[28]. Al respecto, se han hecho estudios sobre la evolución de los casos más emblemáticos de empresas privadas que posteriormente fueron expropiadas. En este sentido, Albinson Linares en su artículo "¿Son productivas las empresas estatales socialistas en Venezuela?" destaca estos datos: entre el año 2007 y el 2010 se invirtieron 23.000 millones de dólares por el Estado venezolano para la expropiación, adquisición, puesta en marcha y creación de empresas bajo el paradigma socialista de desarrollo[29].

En este artículo se destaca además "El libro Gestión en rojo" de Richard Obuchi, Bárbara Lira y Anabella Abadí, publicado por el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), en el que se evalúan 16 casos del modelo productivo socialista implantado por el actual gobierno. A continuación citamos algunos casos de este estudio:

– Venepal C.A., compañía expropiada en el año 2005 luego de ser declarada en quiebra en el año 2004. Posteriormente, nace Invepal bajo un modelo de cogestión Estado-trabajadores representados por la Cooperativa Venezolana de Industria de Pulpa y Papel (Covinpa) con un capital inicial de 13,2 millones de bolívares. En el 2009, el Presidente de la cooperativa, informó que la producción seguía siendo muy baja.

– Ruedas de Aluminio C.A. (Rualca), compañía expropiada en el año 2008, luego de paralizar sus actividades desde el 2007. Para el año 2009 estaba completamente inactiva y en abril de 2010 fue traspasada a CVG Industria Venezolana de Aluminio.

– **Venirauto Industrias C.A., compañía que** nace de un convenio de cooperación y transferencia tecnológica entre Irán (51%) y Venezuela (49%). La inversión inicial fue de 118 millones de bolívares en capital nacional y 123 millones de capital iraní. La meta inicial era producir 8000 vehículos en 2007 y comenzar a ensamblar vehículos de carga ligera a fines del mismo año. Según declaraciones de Alcibíades Molina, vicepresidente de la empresa, al cierre de 2006 se habían ensamblado 804 unidades.

Pero incluso podríamos decir que no se trata de casos de mala gestión o administración. La participación del Estado, lejos de fomentar un crecimiento económico sostenido y constante, ha

[27] Roberto Deniz: *Conindustria: En 2011 se han expropiado más industrias que en 2010*. Reportero 24, consultado en https://reportero24.com/2011/06/29/conindustria-en-2011-se-han-expropiado-mas-industrias-que-en-2010/, en junio de 2011.
[28] El Nacional: *El gobierno llevó al colapso a más de 1.000 empresas expropiadas en 12 años.* El Nacional Web, consultado en https://www.elnacional.com/economia/gobierno-llevo-colapso-mas-1000-empresas-expropiadas-anos_247729/, en agosto de 2018.
[29] Albinson Linares: *¿Son productivas las empresas estatales socialistas en Venezuela?,* Prodavinci, consultado en https://historico.prodavinci.com/2011/06/22/economia-y-negocios/%C2%BFson-productivas-las-empresas-estatales-socialistas-en-venezuela-por-albinson-linares/, en junio de 2011.

evidenciado una política sistemática de destrucción de la propiedad al punto que podríamos hablar de responsabilidad penal por la comisión de crímenes de lesa humanidad[30].

5. Formación de las compañías anónimas

Para la constitución de una compañía en el país se requiere la inscripción del documento constitutivo en el Registro Mercantil y posteriormente la publicación del documento registrado a través de un periódico de la jurisdicción del Registro Mercantil o, en su defecto, en el medio más público del domicilio social.

Este documento constitutivo debe contener obligatoriamente la siguiente información:

1. Denominación social de la compañía.
2. Objeto Social. Descripción en forma completa y detallada de la actividad que va a desarrollar la compañía.
3. Domicilio de la Compañía. Se debe indicar la dirección exacta en la cual estarán ubicadas las oficinas de la compañía de conformidad con el artículo 57, numeral 3 de la Ley de Registros y Notarías[31].
4. Capital social[32].
5. Duración, en los términos indicados en el artículo 57, numeral 4 de la Ley de Registros y Notarías[33].
6. El ejercicio fiscal y la oportunidad en que será celebrada la Asamblea Anual de Accionistas.
7. Administración de la compañía.

Con relación a este contenido mínimo, deseamos llamar la atención respecto de dos de esos puntos. El primero de ellos es respecto al capital social, porque además de las exigencias de cumplimiento de un capital social suficiente, se presenta la discusión sobre las acciones al portador.

---

[30] Ricardo M. Rojas y Andrea Rondón García, *La supresión de la propiedad como crimen de lesa humanidad. El caso de Venezuela*, Unión Editorial Argentina, Buenos Aires, 2020.

[31] «Corresponde a la Registradora o Registrador Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, La Registradora o Registrador Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones: (…) 3. Exigir la indicación de la dirección donde tenga su asiento la sociedad, el cual se considerará su domicilio a todos los efectos legales. …».

[32] Además de tomar en consideración lo previsto en la Ley de Registros y Notarías se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 249 del Código de Comercio: «Para la constitución definitiva de la compañía es necesario que esté suscrita la totalidad del capital social y entregada en caja por cada accionista la quinta parte, por lo menos, del monto de las acciones por él suscritas, si en el contrato social no se exige mayor entrega; pero cuando se hicieren aportes que no consistan en numerario o se estipulen ventajas en provecho particular de alguno o algunos socios, deberán cumplirse además las prescripciones del artículo 253».

[33] «Corresponde a la Registradora o Registrador Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, La Registradora o Registrador Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones: (…) 4. Homologar o rechazar el término de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de las socias o socios, a menos que la duración sea estimada excesiva».

En Venezuela tales acciones estaban prohibidas con fundamento en la Decisión No. 291 de la Comunidad Andina de Naciones. Sin embargo, con la salida de Venezuela de este sistema de integración económica, en esta materia pareciera que nos queda nuestro Código reformado por última vez en 1955, el cual no prohíbe las acciones al portador.

Un autorizado sector de la doctrina[34] sostiene que se podrían emitir acciones al portador. En la práctica todavía no se han visto casos así, pero se advierte que no existe un fundamento legal que lo prohíba.

Sobre este punto, conviene advertir que la salida de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones significó un importante retroceso en diversas áreas porque "*se ha sustituido una legislación comunitaria, provista de cualidades de permanencia, concertación, calidad técnica y preeminencia por una legislación nacional cuya estabilidad es desconocida o incierta y cuyo rango o jerarquía puede variar…*"[35].

Con relación a la administración de la compañía, segundo punto en el que deseamos detenernos, conviene advertir que en Venezuela no se exige que el órgano de administración cumpla con determinadas características, por ejemplo, que sea una Junta Directiva con un número mínimo o máximo de directores. La compañía puede ser manejada por una Junta Directiva o por un Administrador Único. La mayoría de las compañías confían su administración a una Junta Directiva compuesta de tres (3) a cinco (5) miembros y sus correspondientes suplentes.

Ahora bien, sobre las condiciones que deben reunir los directores, administradores, gerentes o personas designadas[36] para la dirección y conducción de la compañía debe advertirse sobre las exigencias de los Registros Mercantiles en los últimos años.

En efecto, a comienzos de la década pasada los Registros Mercantiles han exigido que estas personas sean venezolanas o extranjeras con visa, al menos la visa de negocios. Al principio esta exigencia fue fundamentada en las Normas de Procedimiento para la expedición de visados del año 2000[37].

La aplicación de esta exigencia por parte de los Registros Mercantiles en un principio fue muy confusa. La mayoría de esas exigencias, que eran práctica administrativa, se fundamentan en la Resolución No. 19.

---

[34] Alfredo Morles Hernández, «El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones y sus efectos en la legislación mercantil» (pp. 279-304), en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 127*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2007, especialmente p. 293.

[35] Alfredo Morles Hernández, «El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones y sus efectos en la legislación mercantil», en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 127*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2007, p. 287.

[36] En las compañías anónimas, son elegidos por la asamblea de accionistas, pudiendo ser accionistas o no, son temporales y revocables por la misma asamblea de accionistas (artículo 242 del Código de Comercio). Si no se indica un período de duración, de forma supletoria se aplica lo dispuesto en el artículo 267 del Código de Comercio que dispone una duración de 2 años. Sobre la duración en el cargo, conviene advertir que en los últimos años los Registros Mercantiles tuvieron la costumbre de prohibir una duración en el cargo superior a 5 años. El Código de Comercio o la Ley de Registros y Notarías no disponen nada al respecto.

[37] Publicadas en la Gaceta Oficial No. 5.427 Extraordinario del 5 de enero de 2000.

Finalmente, otro punto del que quisiéramos llamar la atención respecto a los directores o administradores es su permanencia en el cargo. La doctrina ha sido conteste en admitir que mientras los directores o administradores no sean sustituidos al vencer su designación en el cargo continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que sean ratificados o sustituidos[38]. Incluso, no se considera indispensable incluir una previsión de este tipo en el documento constitutivo.

Sin embargo, la práctica ha obligado a estar muy pendientes de la fecha de vencimiento en sus cargos de los directores y administradores, porque si la designación o ratificación no se hace al vencerse el período ello constituye un obstáculo para continuar con procedimientos ante diversos organismos públicos, como por ejemplo el Registro Nacional de Contratistas[39], e incluso organismos privados como bancos. Esta exigencia igual aplica independientemente si el documento constitutivo dispone que los directores o administradores permanecerán en el cargo hasta la designación de su sustituto o su ratificación.

6. Mecanismo de protección de los accionistas

Con relación a los derechos de los accionistas, podríamos decir que este es un punto en el que se evidencia el desfase de nuestra legislación en materia de sociedades.

Por ejemplo, son pocos los mecanismos de defensa con los cuales cuenta un accionista minoritario, quien tiene derecho 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).

Pero frente a estos mecanismos, nos formulamos las siguientes preguntas:

Qué tan efectivo es el derecho a participar en las decisiones de la administración a través del voto si se es minoría. Ciertamente el Código de Comercio prevé una mayoría calificada de las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad para decidir respecto de la disolución anticipada, prórroga de la duración de la compañía, fusión con otra compañía, venta del activo social, reintegro o aumento del capital social, reducción del capital social, cambio del objeto social y reforma de los estatutos (artículo 280 del Código de Comercio). Una mayoría calificada brindaría cierta protección al accionista minoritario, pero esta no es una disposición de orden público y en el documento constitutivo estatutario se puede establecer otras reglas para el quórum.

Qué tan efectiva podrá ser la denuncia al comisario por irregularidades en la administración si los comisarios tienen alguna dependencia o relación con los administradores. Conviene advertir que los comisarios son funcionarios que se encargan de vigilar la administración de la compañía, pero a diferencia de leyes especiales como la Ley de Mercado de Capitales, el Código de Comercio

[38] Francisco Hung, *Sociedades*, Caracas, Hermanos Vadell Editores, 6ta edición, 2002, p. 246 y siguientes.
[39] Registro en el que se deben inscribir los contratistas de los entes públicos.

no establece condiciones mínimas (conocimientos técnicos o desvinculación de los administradores) para las personas que sean designadas en estos cargos.

Ciertamente en nuestra legislación no está prohibido otorgar el derecho a veto a determinada acción o clase de acciones y de hecho pueden fundamentarse en el artículo 292 del Código de Comercio que dispone que «las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, si los estatutos no disponen otra cosa». Pero nuevamente si se es minoría, poco peso tendrá el ejercicio de este derecho en una asamblea de accionistas.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en materia de sociedades Venezuela se ha quedado principalmente con un Código de Comercio cuya última reforma data de mitad del siglo pasado y problemas como la protección de los accionistas en materia de sociedades de capital cerrado no sometidas a supervisión y control por parte de un ente regulador como es el caso de los bancos y de las compañías de seguro, no han sido resueltos por leyes como la Ley de Registros y Notarías.

Aunque no somos partidarios de una reforma del Código, y en lugar de ello debería procurarse garantizar la autonomía de la voluntad de las partes, la protección del accionista minoritario ciertamente es un tema que valdría tener presente para futuras reformas.

7. Acuerdos de Accionistas

Otro aspecto que ha causado discusión o al menos confusión es el referente a los acuerdos de accionistas, los cuales consideramos que son perfectamente válidos en nuestro ordenamiento jurídico con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Ahora bien, lo que ha sido objeto de confusión son las formalidades que deben cumplirse para que los acuerdos adquieran eficacia.

Al respecto conviene recordar la sentencia No. 157 de la Sala Político Adminsitrativa del 13 de febrero de 2008, mediante la cual se estableció lo siguiente:

> Por otra parte, el *Acuerdo de Sociedad Mancomunada* suscrito el 30 de diciembre de 1996 por las sociedades PDV-IFT, Science Applications International Corporation y SAIC (Bermuda) LTD con el objeto de establecer lo relativo a la organización y gerencia de INTESA, contempla una previsión sobre las asambleas de accionistas de ésta, en los siguientes términos:
>
> (…)
>
> Con esta norma se introduce un ligero cambio con respecto al documento estatutario de INTESA, pues este último no dispone regulación alguna en lo atinente a las convocatorias posteriores a la segunda y el porcentaje del capital social que se requiere para considerar válidamente constituida la asamblea de accionistas, en cuyo caso se aplicarían las normas que al efecto prevé el Código de Comercio.
>
> En cuanto a la manera en que han de tomarse las decisiones en dicha asamblea, el negocio jurídico *in commento* reproduce en los mismos términos lo contemplado en los estatutos sociales de INTESA.

En el *Acuerdo de Sociedad Mancomunada* se establecieron también las normas que debían regir a la Junta Directiva de INTESA

(…)

Como puede apreciarse, de la lectura de esta norma se colige otra modificación a los estatutos de INTESA, específicamente en lo que se refiere a la composición de su Junta Directiva, pues según el expediente registral, debían formar parte en sus reuniones "*dos Directores Principales nombrados por la mayoría de las Acciones Clase B o dos Suplentes nombrados por dichos tenedores*", en tanto que según el convenio celebrado el 30 de diciembre de 1996, se requiere uno solo de ellos (o su suplente).

En definitiva, con las anteriores apreciaciones quiere observar la Sala que mediante el convenio ya referido, las sociedades PDV-IFT, Science Applications International Corporation y SAIC (Bermuda) LTD, pretendieron modificar las estipulaciones que regían la actividad mercantil de INTESA. Situaciones como la descrita, encuentran regulación en el artículo 221 del Código de Comercio, que dispone:

> "*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, conforme a las disposiciones de la presente Sección*".

De tal manera que el supuesto contemplado en el dispositivo transcrito, en el que encuadra la circunstancia de que el *Acuerdo de Sociedad Mancomunada* haya establecido cambios al documento estatutario de INTESA, aunado al hecho de que su inscripción no consta en el expediente mercantil, tiene por consecuencia la de negar en el campo del derecho, los efectos de cualquier estipulación ajena a los estatutos de la sociedad, y es esta la conclusión a la que llega la Sala respecto de dicho negocio jurídico; por ello, no obstante la valoración que de él se hizo en el capítulo precedente de este fallo, deberá restarse valor a todas aquellas previsiones que contraríen cualquier norma establecida de común acuerdo por los accionistas de INTESA, a través de un documento que haya sido otorgado por ante la autoridad registral respectiva. Así se decide.[40]

En el último párrafo citado, la sentencia asimila el cuerdo a una modificación estatutaria sin efectos, sin distinguir si la ineficacia del Acuerdo se refiere sólo a terceros y no incluye a las partes del Acuerdo. Excluir la eficacia del Acuerdo para las partes que participaron en el mismo no pudo haber sido la intención de la Sala Político Administrativa, porque ello es contrario al principio de la autonomía de la voluntad[41].

Por otra parte, también se ha sostenido que aun cuando se inscriba en el Registro Mercantil un Acuerdo de Accionistas, con fundamento en el artículo 52, numeral 1 de la Ley de Registros y Notarías, ello no hace oponible el Acuerdo a la sociedad, por el principio de relatividad de los

[40] Consultado en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00157-13208-2008-2004-0183.HTML

[41] Alfredo Morles Hernández, «Las alteraciones de la regla de la proporcionalidad ("una acción, un voto")» (pp. 113-139), en: *Breves estudios de Derecho Mercantil*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

contratos y porque la asamblea de accionistas sigue siendo el órgano máximo de formación de la voluntad societaria[42].

Esta posición se matizaría en la medida en que el Acuerdo regule aspectos que afecten directamente al accionista parte del Acuerdo, por ejemplo, el derecho de preferencia a favor de los accionistas partes del Acuerdo.

Esto último sería respaldado por un sector de la doctrina al sostenerse que:

> En definitiva, al estudiar la oponibilidad de los pactos parasociales en Venezuela, resulta forzoso remontarse al análisis detenido de cada tipo de pacto, y de cada situación concreta, a fines de determinar si un pacto resulta oponible a la sociedad o no. Sin embargo, se advierte que la línea doctrinal y jurisprudencial en distintos países, muchos cercanos a nuestra latitud, tiende a considerar un margen más amplio de oponibilidad de ciertos pactos parasociales frente a la sociedad, y por lo cual, una vez en Venezuela se reconozcan estas figuras, el debate sobre la oponibilidad merecerá mayores líneas de las que este breve trabajo puede ofrecer[43].

8. Transferencia de acciones

Finalmente, otro punto en el que deseamos detener nuestra atención es el que se refiere a la transferencia de acciones. Los criterios jurisprudenciales han cambiado en estas dos décadas. Antes de 2009 sólo se requería el asiento en el libro de accionistas, de conformidad con el artículo 296 del Código de Comercio.

Lo anterior fue interpretado así por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia venezolana[44]. No obstante, mediante sentencia No. 383 del 25 de marzo de 2009, la Sala Político Administrativa estableció lo siguiente:

> A los fines de dilucidar lo atinente al valor probatorio de las referidas probanzas, juzga necesario esta Sala, transcribir los dispositivos contenidos en nuestro Código de Comercio, referidos unos a las obligaciones de los comerciantes respecto de los documentos que deben registrarse y publicarse (artículos 19, ordinal 9° y 25), y otros relacionados a la forma de los contratos de sociedad (artículos 212, 215, 217 y 221), que a la letra señalan:
>
> ***"Artículo 19.- Los Documentos que deben anotarse en el Registro de Comercio****, según el artículo 17****, son los siguientes:***
>
> ***(…)***

[42] Raif El Arigie: «Los Convenios Accionarios en el marco de la legislación venezolana» (pp. 103-135), en: *Trabajos Jurídicos*, Caracas, Venamcham, 2005.

[43] Rodrigo Alfredo Quintero, «La sociedad mercantil frente a los pactos parasociales bajo el ordenamiento venezolano», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 5 (2020): 478.

[44] Sobre la evolución de esta discusión y una detallada descripción de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales ver Alfredo Morles Hernández, «El sistema registral de la transferencia de acciones nominativas de la sociedad anónima» (pp. 29-52), en: *Cuestiones de Derecho Societario*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006.

9° Un extracto de las escrituras en que se forma, se prorroga, se hace alteración que interese a tercero o se disuelve una sociedad y en las que se nombren liquidadores.

Artículo 25.- *Los* ***documentos expresados en los números*** *1°, 2°, 3°, 7°, 8°,* ***9°****, 10, 11,12 y 13 del artículo 19,* ***no producen efecto sino después de registrados y fijados.***

Sin embargo, la falta de oportuno registro y fijación no podrán oponerla a terceros de buena fe los interesados en los documentos a que se refieren esos números.

Artículo 212.- Se registrará en el Tribunal de Comercio de la jurisdicción y se publicará en un periódico que se edite en la jurisdicción del mismo Tribunal*, un extracto del contrato de compañía en nombre colectivo o en comandita simple. Si en la jurisdicción del Tribunal no se publicare periódico, la publicación se hará por carteles fijados en los lugares más públicos del domicilio social. La publicación se comprobará con un ejemplar del periódico o con uno de los carteles desfijados, certificado por el Secretario del Tribunal de Comercio. (…)*

Artículo 215.- (...)

Dentro de los quince días siguientes al otorgamiento del documento constitutivo de la compañía anónima, de la compañía en comandita por acciones o de la compañía de responsabilidad limitada, el administrador o administradores nombrados presentarán dicho documento, al Juez de Comercio de la jurisdicción donde la Compañía ha de tener su asiento o al Registrador Mercantil de la misma; y un ejemplar de los estatutos, según el caso. ***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****.*

Artículo 217.- Todos los convenios o resoluciones que tengan por objeto *la continuación de la compañía después de expirado su término;* ***la reforma del contrato en las cláusulas que deban registrarse y publicarse****, que reduzcan o amplíen el término de su duración, que excluyan algunos de sus miembros, que admitan otros o cambien la razón social, la fusión de una compañía con otra, y la disolución de la compañía aunque sea con arreglo al contrato* ***estarán sujetos al registro y publicación establecidos en los artículos precedentes****.*

Artículo 221.- *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, conforme a las disposiciones de la presente Sección."* (Destacado de la Sala).

De la normativa citada *supra*, se desprende que la intención del Legislador fue, entre otras, la de hacer ineludible el dejar la debida constancia en el respectivo Registro de Comercio, de todas aquellas actuaciones que signifiquen cambios o alteraciones *que interesen a terceros* en los documentos constitutivos-estatutarios de las diversas formas societarias reguladas por el Código de Comercio, así como la publicación de dichas reformas, pues será a partir de ésta que los terceros estarán en conocimiento de las modificaciones que puedan haber ocurrido en las sociedades de que se trate, vale decir, de su conformación societaria o accionaria y, por ende, de quiénes están en capacidad de obligar a dicha compañía.

> En el caso de la prueba promovida por la contribuyente, relativa al traspaso de las acciones para el 20 de noviembre de 1991, a fin de mostrar quiénes eran sus accionistas para esa fecha, debe esta Alzada observar que tales inscripciones demuestran la titularidad de las acciones entre el accionista y la propia sociedad, pero no así frente a terceros; por tanto, dicho documento no resulta oponible ante el Fisco Nacional para comprobar el traspaso de acciones asentado, mientras no se haya efectuado su registro y publicación, conforme a los términos de las aludidas normas. En razón de ello, resulta forzoso para esta Sala desestimar el pretendido valor probatorio de las inscripciones asentadas en el referido libro de accionistas, promovido por la contribuyente. Así se declara.

La sentencia es clara al establecer que los asientos de las cesiones en el libro de accionistas sólo tendrán efectos frente al resto de los accionistas y a la sociedad, pero no frente a terceros.

En virtud de este criterio, los Registros Mercantiles –y debemos agregar que otros Registros como el Registro Nacional de Contratistas- comenzaron a exigir que los traspasos o cesiones de acciones constaran en actos debidamente registrados. Adicionalmente, podría decirse que esta posición encuentra fundamento en el artículo 52, numeral 1 de la Ley de Registros y Notarías, que dispone lo siguiente:

> El Registro Mercantil tiene por objeto:
> 1. La inscripción de los comerciantes individuales y sociales y demás sujetos señalados por la ley, así como la inscripción de los actos y contratos relativos a los mismos, de conformidad con la ley...

Esta sentencia de la Sala Político Administrativa fue objeto de un recurso de revisión declarado con lugar por la Sala Constitucional en sentencia No 107 del 25 de febrero de 2014.

En esta sentencia, reconociendo la violación del principio de confianza legítima por cuanto no respetó los criterios establecidos por la misma Sala Político Administrativa en sentencia No. 336 del 6 de marzo de 2003, caso: Eduardo Leañez y de la Sala Constitucional N° 1577 del 21 de octubre de 2008, caso: Iván Gómez Millán, se estableció lo siguiente:

> "En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala estima que el criterio sostenido por la Sala Político Administrativa no fue ajustado a derecho, en virtud de que en el presente caso se concretó la violación de los derechos constitucionales de la solicitante relativos al debido proceso, a la defensa; así como también, el principio de confianza legítima, todos previstos en la Constitución, por cuanto en el fallo sometido a revisión, al resolver el asunto sometido a su consideración, no acató el criterio jurisprudencial sostenido pacíficamente por esta Sala y por la Sala Político Administrativa en relación al artículo 296 del Código de Comercio, luego de haberse constatado que, en el presente caso, la venta de las acciones de la sociedad anónima Agropecuaria Flora, C.A., se realizó conforme a las normas establecidas en el Código de Comercio. Así se decide.
> En este sentido, esta Sala considera necesario especificar que, el traspaso de las acciones con su asiento en el respectivo Libro de Accionistas -de conformidad con lo establecido en el referido artículo 296 ***eiusdem*** en materia tributaria- es el elemento

> constitutivo suficiente a los fines impositivos del Estado, razón por la cual los dividendos originados en virtud del traspaso de las mencionadas acciones -establecido en la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1991- deben ser directamente exigidos a la sociedad mercantil Flor de Mayo, C.A. y no a la sociedad mercantil Agropecuaria Flor, C.A…"

Recientemente, la Sala de Casación Civil ratificó este criterio y mediante sentencia No. 318 del 9 de agosto de 2022, estableció que la venta de acciones no requiere ser registrada y 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.

La Sala de Casación Civil se fundamentó en el artículo 296 del Código de Comercio.

Este criterio no es aislado. La Sala de Casación Civil ratificó el criterio establecido por Sala Constitucional en sentencia No. 287 del 5 de marzo de 2004, en el cual se indicó:

> *(…) en el caso en concreto, se trata de un acta de asamblea que da cuenta de dos hechos: i) la venta de doscientas cincuenta (250) acciones y ii) la modificación de cláusulas del documento constitutivo estatutario, tales hechos,* a juicio de la Sala, no requieren registrarse para que surtan efectos frente a la sociedad o a terceros. *En efecto, en las sociedades de capital la identidad de los socios es irrelevante para el crédito de la compañía (artículo 201, ordinal 3º del Código de Comercio), por lo tanto, al no ser la venta de acciones una modificación que interese a terceros, no se requiere de su inscripción en el Registro Mercantil, tal y como lo preceptúa el artículo 19, ordinal 9º eiusdem. Además, con la sola inscripción en el libro de accionistas de la venta se acredita al comprador como socio frente a la sociedad y a terceros (cfr. Goldschmidt, Morles, Núñez, Acedo Mendoza, Sansó).* (Resaltado de la Sala).

Lo deseable es que este criterio sea replicado por los Registros Mercantiles y otros Registros similares.

Consideramos que el rescate de los criterios establecidos por la Sala Político Administrativa en el año 2003, la Sala Constitucional en 2004 y 2008, la Sala de Casación Civil en 2022 y tantos otros casos, en los hechos supondría, al menos en lo que a transferencia de acciones se refiere, respeto al espíritu del legislador del Código de Comercio y con ello, al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que en este caso, se ve plasmado con admitir como prueba suficiente de la cesión la inscripción en el libro de accionistas y no exigir la declaración de un funcionario público como es el caso del Registrador Mercantil.

CONSIDERACIONES FINALES

A diferencia de lo que ha ocurrido con el Derecho Público, en el que prácticamente se ha dictado toda una nueva legislación, la regulación fundamental de Derecho Privado no ha sido modificada o reformada. Pero esto no significa que el Derecho Privado no se ha visto afectado. Incluso se puede hablar de una publicización del Derecho Privado.

Podríamos decir que en los últimos años el Derecho Privado se ha visto desplazado y casi abolido en algunas áreas por excesivas regulaciones dictadas por la Asamblea Nacional y el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de su potestad normativa. Así mismo, el Derecho Privado ha sufrido un importante retroceso como consecuencia de la salida del Estado venezolano de la Comisión Andina de Naciones. Ante esta preocupante tendencia, ha habido voces disidentes[45].

Algunos aspectos de las compañías anónimas en las que hemos detenido nuestra atención en este artículo son evidencia de este desplazamiento del Derecho Privado. En el caso específico de las compañías anónimas se debe (i) a recientes regulaciones que niegan el principio de la autonomía de la voluntad y vulneran los derechos económicos de los accionistas; (ii) a la ausencia de una regulación moderna y a la par con las tendencias del Derecho Comparado y (iii) al pésimo funcionamiento de los Registros Mercantiles actuales, por actuar sobre la base de reglas en exceso discrecionales y sin motivar adecuadamente sus decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

El Arigie, R. «Los Convenios Accionarios en el marco de la legislación venezolana», En *Trabajos Jurídicos*, Caracas, Venacham (2005): 103-135.

Morles Hernández, A. «El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones y sus efectos en la legislación mercantil», En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 127 (2007): 279-304.

Morles Hernández, A. «Las alteraciones de la regla de la proporcionalidad (una acción, un voto)», En *Breves estudios de Derecho Mercantil*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2008): 113-119.

Morles Hernández, A. «Responsabilidad del Registrador Mercantil respecto a la capitalización de las sociedades y a la transmisión de las acciones nominativas», En *Cuestiones de Derecho Societario*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, (2006): 203-236.

Morles Hernández, A. «Tendencias de la reforma mercantil en materia de sociedades», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* volumen 38, Caracas, Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, 1981, 169-182.

[45] Ver: Alfredo Morles Hernández ha sido una de las pocas voces autorizadas que ha denunciado con consciencia y contundencia esta situación a través de diferentes trabajos, entre los que cabe mencionar "El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión" (Revista de Derecho Público N° 115); "La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión" (Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 132); "El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de las Naciones y sus efectos en la legislación mercantil" (Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 127); "El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI" (Revista de Derecho Público N° 112); y "El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista" (Anuario de Derecho Público de la Universidad Monteávila).

Morles Hernández, A. *Evolución Histórica y tendencia mercantil venezolana*, Caracas, 1991, 288.

Morles Hernández, A. *La reforma de 2007 del Código de Comercio*, Caracas: Ympu, servicio de publicación, 2012. Acceso el 19 de noviembre de 2022. https://www.yumpu.com/es/document/read/4386730/la-reforma-del-cdigo-de-comercio

Naím, M. «La empresa privada en Venezuela: ¿Qué pasa cuando se crece en medio de la riqueza y la confusión?», En *El Caso Venezuela: una ilusión de armonía*, Ediciones IESA, Caracas, 2da edición, (1985): 164.

Peña Barrios, A. «Reflexiones sobre el desconocimiento de la libertad económica en Venezuela y su incidencia en el derecho mercantil», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 3 (2019): 525-548.

Quintero, R. «La sociedad mercantil frente a los pactos parasociales bajo el ordenamiento venezolano», En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 5 (2020): 478.

Rodrigo Alfredo Quintero, «La sociedad mercantil frente a los pactos parasociales bajo el ordenamiento venezolano», En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 5 (2020): 462-482.

Rojas, Ricardo y Rondón García, Andrea. *La supresión de la propiedad como crimen de lesa humanidad. El caso de Venezuela*, Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2020.

Rondón García, A. «Current challenges faced by companies (sociedades anónimas) in Venezuela. –Special Reference to their Regulation under Business Law-», en *Venezuela. Some current legal issues* 2014, ed. por Allan R. Brewer-Carías y Eugenio Hernández-Bretón (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014), 127-147.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia No. 157 del 13 de febrero de 2008 *(caso PDV-Informática y Telecomunicaciones, S.A et. al. V. Intesa Informática, Negocios y Tecnología, S.A y Saic (Bermuda) LTD).*

Empresas y gestión de riesgos. Agregando valor al negocio

Liliana Vaudo*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 62-82

Resumen: Dentro de la gestión de riesgos empresariales, resalta el modo en el cual los criterios ambientales, sociales y de gobernanza deben considerarse al momento de realizar las actividades e inversiones, a fin de generar confianza en quienes se relacionan con las mismas. La importancia de su implementación permite prevenir defectos de organización, evitando las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, ya sea por el indebido proceder de una persona natural vinculada a ésta, con poder para actuar en nombre de esta; así como también, por actuaciones o inobservancia del deber de cuidado en la vigilancia y control del riesgo, que puedan lesionar o poner en peligro un bien jurídico.

Palabras clave: Criterios ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo, Estándares de manejo de riesgos, Responsabilidad empresarial.

Business and risk management. Adding value to the business

Abstract: *Within business risk management, it highlights the way in which environmental, social and governance criteria must be considered when carrying out activities and investments, in order to generate confidence in those who relate to them. The importance of its implementation makes it possible to prevent organizational defects, avoiding the sanctions provided for in the legal system, either due to the improper conduct of a natural person linked to it, with the power to act on behalf of the same; as well as, for actions or non-observance of the duty of care in the surveillance and control of risk, which may injure or endanger a legal good.*

Keywords: *Corporate, Environmental, social and good corporate governance criteria, Corporate Responsibility, Risk Management Standards*

.

Recibido: 24/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* 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, Universidad Metropolitana. Diplomado en Valores Humanos, UCSAR. Diplomado en Docencia Policial, UNES. Bootcamps en competencias digitales, Universidad Metropolitana. Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor Investigador

Empresas y gestión de riesgos. Agregando valor al negocio

Liliana Vaudo*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 62-82

SUMARIO:

Introducción. Desarrollo: 1. Aspectos generales vinculados al abordaje de la gestión de riesgos. 1.1. Aspectos que definen el abordaje del riesgo. 1.2. Identificación de riesgos y canales de denuncia. 2. Criterios para determinar responsabilidad derivada de defectos en la gestión de riesgos. 2.1. Responsabilidad de los Consejos de Administración. 2.2. Problemas en torno a la determinación responsabilidad por defecto empresarial o por violación del deber de cuidado. 2.3. Referencia especial a las normas emanadas de los entes reguladores en materia de buen gobierno corporativo. 3. Panorama venezolano en la asunción de criterios ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo. 3.1. Implicaciones en el ámbito mercantil. 3.2. Resultado de la discusión. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El mundo global ha sufrido cambios en los cuales los inversores, usuarios, trabajadores y otros grupos de interés vinculados con las empresas, al momento de tomar decisiones y asumir compromisos con las mismas, evalúan su reputación y vinculación con la sociedad y el entorno, además de su solidez económica.

La comunidad internacional, a través de sus distintas instancias ha perseguido garantizar la sostenibilidad del desarrollo, lo cual incluye el modo en el cual las organizaciones se vinculan con el medio ambiente y con la sociedad, enfocándose en la manera en que las mismas ejercen su gobierno corporativo.

Este gobierno corporativo involucra tanto el cumplimiento de la normativa y recomendaciones de los entes reguladores y fiscalizadores, así como la adopción de normas de derecho blando que atiendan a las comunidades y a las personas que cumplen labores dentro de la empresa, incorporando mecanismos eficaces para proteger el medio ambiente y haciendo uso racional de los recursos para garantizar su aprovechamiento por las generaciones futuras y adoptando medidas de saneamiento del entorno.

Por tal razón, se busca establecer la importancia de incorporar los criterios ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo al funcionamiento de las empresas, como mecanismos de prevención de conductas que puedan causar daño o poner en peligro bienes jurídicos, que a la larga impidan ese desarrollo sostenible de las generaciones futuras, haciendo énfasis en aquellos hechos

* 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, Universidad Metropolitana. Diplomado en Valores Humanos, UCSAR. Diplomado en Docencia Policial, UNES. Bootcamps en competencias digitales, Universidad Metropolitana. Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor Investigador

que puedan configurar la perpetración de conductas sancionadas como ilícitos e incluso delitos, especialmente en el ordenamiento jurídico venezolano.

El método de investigación empleado es de carácter documental en un nivel descriptivo-analítico, debido a que los datos de lo investigado son producto de la determinación de las características de los criterios evaluados, a través de los cuales se establece su importancia en la prevención de ilícitos, la capacidad de enfrentar los riesgos y la posible responsabilidad, así como el análisis de su implementación en Venezuela; y como señala Hurtado,[1] busca identificar las características del evento en estudio para encontrar pautas en el aspecto interno de un evento, con el objeto de llegar a un conocimiento más profundo del mismo.

1. Aspectos generales vinculados al abordaje de la gestión de riesgos

Hay aspectos de carácter general que deben considerarse en el abordaje del manejo del riesgo, que permiten a las empresas identificar sus necesidades particulares, con base a sus metas, objeto social y su relación con el entorno y la sociedad.

1.1. Términos que definen el abordaje del riesgo

Es importante aclarar algunas definiciones a considerar en el tema, como son las relacionadas con estos criterios corporativos ambientales, sociales y de gobernanza; los mismos aluden a:

- El impacto ambiental directo o indirecto del ente corporativo sobre su entorno como producto de sus actividades
- El impacto social interno y externo, los productos, el acceso a bienes y servicios, el trato a los trabajadores
- El modo en el cual se ejerce el gobierno corporativo por parte de su consejo de administración, junto con los órganos de auditoría y de cumplimiento; así como la vinculación de todas las personas que de alguna manera forman parte de la organización, las políticas de manejo de riesgo y de cumplimiento normativo.

Por otra parte, en 2001 se incorpora la definición de responsabilidad social empresarial por el Consejo Mundial para el Desarrollo Sostenible, que citado por Méndez se define como, "un compromiso continuo de actuar éticamente y de contribuir al crecimiento económico, al mismo tiempo que mejora la calidad de vida de la fuerza laboral y de sus familias, como de la comunidad local y de la sociedad general" (Méndez, 2004, p.175).

En tanto que, según Kuhlen, el cumplimiento normativo, está conformado por *"*(…) medidas de prevención a través de las cuales las empresas pretenden asegurar tanto el cumplimiento de las normas aplicables a la misma y a sus trabajadores, como la denuncia y eventual sanción de estas" [2].

[1] Hurtado de Barrera, J. (2007). El proyecto de Investigación. (5ta ed.). Caracas: SYPAL - Quirón Ediciones.
[2] Kunhlen, L (2013) *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons, Madrid., p. 52

Asimismo, en Venezuela, destaca la definición que aporta Rodríguez[3], basado en los estándares internacionales establecidos por la Organización Internacional de Normalización (ISO), a través de la Norma 19600, según la cual, el cumplimiento normativo también denominado *compliance* no es más que "(…) la observancia de todas las obligaciones que la organización debe cumplir".

Básicamente, los criterios de sostenibilidad van a ser enfocados por las empresas al elaborar sus políticas y estrategias de manejo en los siguientes aspectos:

-Criterios de carácter Ambiental, los cuales están vinculados con el impacto que produce la actividad que desarrolla la organización sobre el entorno, debiendo tener la capacidad no sólo para prevenir, sino además para restaurar las condiciones al producir algún evento que afecte el medio ambiente, centrados especialmente en:

- La escasez de recursos
- La contaminación de cualquier espacio
- La producción de emisiones de gas doméstico u otra naturaleza
- La deforestación y la sequía derivados de la sobre explotación
- El cambio climático

-Criterios de carácter Social, relacionados con la importancia que da la organización a las necesidades de las comunidades y de sus trabajadores, tales como:

- Las relaciones de tipo laboral que abarca la inclusión de género, condiciones, religión, raza
- Las condiciones en las cuales se desarrolla la actividad laboral y la protección de los grupos familiares, evitando el trabajo infantil
- Desarrollo de proyectos institucionales para la comunidad, vinculados al principio de solidaridad
- La resolución de conflictos mediante la participación de todos los involucrados

-Criterios de Gobernanza en los cuales destaca el buen gobierno corporativo, destinado a cumplir las normas jurídicas, la ética, la solidaridad y las normas de autorregulación, entre los que destaca:

- Pago de los impuestos y demás deberes tributarios
- Remuneraciones justas
- Que las políticas laborales abarquen más allá de las exigencias mínimas legales, a través de bocas, bonificaciones y otros incentivos
- Prevenir la corrupción en todas sus modalidades y la protección de la propiedad intelectual
- Democracia en la toma de decisiones dentro de la organización, saber escuchar a todos los sectores dentro de ésta, a los grupos de interés y a los entes reguladores.

Es indispensable que las organizaciones cuenten además dentro de sus normas de cumplimiento, con un Código de Ética conocido por todos sus órganos y con cuya finalidad éstos se identifiquen, ya que:

[3] Rodríguez, A (2021). *Criminal Compliance. Cumplimiento normativo penal y derecho penal económico.* Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela. p.23.

En toda empresa debe existir un código de ética que permita el respeto de los valores y principios que constituyen la base del logro del éxito empresarial. Como señala Vaudo[4], una empresa éticamente reconocida es preferida por su reputación y prestigio al garantizar que los procesos productivos se desarrollan respetando la sana competencia y la valoración de los principios económicos contenidos en la Constitución.

Cita el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)[5] que, en la reunión anual del Foro de Davos celebrada en la ciudad del mismo nombre en el año 2020, se elaboró un manifiesto por la economía inclusiva y el desarrollo sostenible, para incorporar los requerimientos de los grupos de interés en la creación de valor compartido y sostenido.

El Foro de Davos es el encargado de publicar las métricas de criterios ambientales, sociales y de gobierno corporativo, estando conformado por más de sesenta (60) empresas.

De igual modo, a través de un programa estratégico denominado: *Deloitte World Climate*, Deloitte [6] promueve el cumplimiento de estos criterios de la manera siguiente:

- Reducir a cero las emisiones de gas de efecto invernado antes de 2030, conforme al Acuerdo de París, de manera que procede:
  - Reducir las emisiones provocadas por los viajes un cincuenta por ciento (50%) respecto a los niveles arrojados en la década anterior.
  - Abastecer los edificios de la empresa con energía totalmente renovable.
  - Convertir toda la flota por vehículos eléctricos e híbridos.
  - Invertir en soluciones significativas para emisiones que no podemos eliminar, en consecuencia, debe:
    - Incorporar prácticas y políticas internas sostenibles.
    - Empoderar a los trabajadores y educarlos en políticas verdes.
    - Comprometerse a proteger los ecosistemas.

1.2.-Identificación de riesgos y canales de denuncia

Establece la norma ISO 31000, dictada por la Organización Internacional Normalización[7] los parámetros para un efectivo manejo de riesgos. Su implementación va dirigida a la identificación y evaluación de los posibles riesgos que conlleva una acción, así como la creación de un plan para disminuirlos y para reducir las pérdidas potenciales, estableciendo prioridades con el fin de implementar las acciones correctas.

---

[4] 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, p 166

[5] Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) (2022) *¿Qué son los criterios ESG ('environmental, social and governance') y por qué son importantes para los inversores?, versión digital s/p.* www.bbva.com/es/sostenibilidad/que-son-los-criterios-esg-environmental-social-and-governance-y-por-que-son-importantes-para-los-inversores/.

[6] Deloitte (2022) *Global Impact Report 2021 Una apuesta por la sostenibilidad. Digital s/p.* www2.deloitte.com/es/es/blog/sostenibilidad-deloitte/2021/global-impact-report-2021.html. Versión digital s/p. www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/

[7] Organización Internacional de Normalización (2018) *Gestión del Riesgo* www.iso.org

Los parámetros de acción que derivan de la norma se pueden resumir en:

- Establecer prioridades y seleccionar las acciones más apropiadas, adaptándose a nuevos riesgos que puedan surgir
- Identificar los riesgos potenciales, puede aplicar herramientas de reducción de riesgos financieros y operacionales (principio precautorio)
- Procesos coherentes y ajustados a cada organización que garanticen efectividad y fiabilidad de resultados
- Considerar toda la información disponible y relevante conforme las diferentes actividades del negocio
- Evaluar las observaciones emanadas de los entes fiscalizadores
- Integrar factores sociales, ambientales y de buen gobierno corporativo
- Involucrar a las partes interesadas durante el proceso de gestión del riesgo, darles valor y buscar su identificación con los principios y valores organizacionales

Desde el punto de vista mercantil, las implicaciones que va a tener esta correcta gestión van a repercutir en los aspectos siguientes:

- Aplicar controles a los sistemas de gestión de riesgos para evitar tener pérdidas
- Crecimiento del negocio, agregando valor y preferencia de sus productos por los *stakeholders*
- Mayor garantía de calidad, derivada de la constante evaluación que los convierte en resilientes a los cambios.
- Ir adaptando sus programas de cumplimiento a las necesidades del momento
- Ser empresas socialmente responsables, lo que permite fortalecer el buen gobierno corporativo.

Si añadimos a ello, el establecimiento de un canal de denuncias, conforme a la norma ISO 37002[8], vinculado a implementar, gestionar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión sólido y efectivo para la denuncia de las irregularidades dentro de una organización, ello se traduce en transparencia en la cultura corporativa. La norma persigue mejorar las políticas y procedimientos de denuncia de infracciones de distinta índole, del Código de Ética empresarial, del ordenamiento jurídico positivo, de los estatutos sociales y todo el programa de cumplimiento, ya que los informantes son los primeros en detectar irregularidades.

Dicho canal de denuncia conllevará a que el órgano de cumplimiento atienda el reclamo y proceda a investigar e informar a las autoridades competentes en caso de ser necesario, tal y como ocurre con las exigencias en materia de *compliance* impuestas por la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario y la Superintendencia del Mercado de Valores. En tal sentido, el denunciante tendrá privacidad para informar sobre irregularidades internas, lo cual hará por algún canal seguro al oficial de cumplimiento quien deberá investigar y acudir a las instancias externas competentes en caso de conductas sancionables por el Estado.

[8] Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 37002 Sistemas de Gestión de canales de denuncia. Recuperado el 06/07/2022 en: https://www.iso.org/home.htm

Una característica que destaca es la incorporación de canales digitales para la denuncia, lo cual genera mayor confianza en el denunciante, aumentando la posibilidad de descubrir fraudes y otras conductas lesivas a la organización y el entorno. Por otra parte, es fundamental que el ente encargado de procesar dicha delación será quien finalmente investigará y podrá determinar la ocurrencia de los hechos; no hacerlo, conllevaría a la responsabilidad del ente obligado.

2. *Algunos criterios para determinar responsabilidad derivada de defectos en la gestión de riesgos*

Entendiendo que toda organización civil o empresarial se constituye como una ficción jurídica determinada por las normas que rigen el ámbito del derecho civil y mercantil, las mismas adoptan compromisos a través de su documento constitutivo, de cumplir con las obligaciones fiscales, laborales, de impacto ambiental y de seguridad social.

En esta pluralidad de personas individuales que dan su manifestación de voluntad de asociarse, se combina una serie de aportes sin cuya pluralidad y convergencia -desde el ámbito del derecho civil y del derecho mercantil- no se hubiera constituido. En tal sentido, quienes sostienen que existe responsabilidad corporativa más allá del ámbito civil, mercantil o administrativo, se basan en la concepción del espíritu grupal que motivó a las personas individuales en la constitución de la empresa.

Para poder asociarse y funcionar, es necesaria esa manifestación que hace surgir un espíritu grupal, que como tal debe enfrentar los requerimientos internos, fiscales, administrativos en general, siendo así responsables por la infracción al deber de cuidado, en especial en el manejo de riesgos, que generen impactos negativos en el entorno social y ambiental, derivados de la actividad económica que realizan.

Por esta razón, todos los que de alguna manera están vinculados con las actividades mercantiles deben identificarse con la misión, visión, valores y principios de la organización empresarial, conocer la normativa que los regula tanto positiva como de derecho blando y cumplirla, ya que, no basta su implementación como mera declaración de principios sino que debe ser aplicada de manera efectiva e ir evaluando su eficacia, en tal sentido se realizarán periódicamente los ajustes que deriven de esa implementación y de las recomendaciones de los entes reguladores.

Aquí hay que considerar tanto la norma positiva venezolana, la normativa internacional de derechos humanos y de derecho internacional, así como las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) entre las que destacan la incorporación dentro de la estrategia organizacional de los diecisiete (17) Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015)[9], que establece las metas a lograr en la agenda de la década 2030 Para lograr estos objetivos es imprescindible implementar el uso de energías renovables, economía circular mediante el reciclaje y reaprovechamiento de recursos, generación de bienestar individual, social y laboral, fin de la pobreza, salud y protección del medio ambiente.

[9] Organización de Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Revisado el 20/09/2022 en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/

También es importante destacar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) así como las emitidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO), por mencionar algunos. Estas recomendaciones van dirigidas primordialmente al desarrollo de políticas organizacionales destinadas a evitar delitos de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo, de la proliferación de armas de destrucción masiva, de la corrupción y de la protección de datos, evitar fraudes y quiebras mercantiles.

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 exigen 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.

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. En el ámbito laboral, se promueve igualmente la inclusión en la protección de las mujeres trabajadoras y personas con discapacidad.

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).

2.1. Responsabilidad de los Consejos de Administración

Resulta de especial importancia contar con un correcto desempeño de los sistemas de gestión empresarial; en tal virtud es fundamental que se tenga como parámetros los indicadores de la norma de la Organización Internacional de Normalización (ISO) 19011 (2018) entre los que destacan:

- Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión.
- La evaluación del desempeño organizacional a través de Auditorías Internas.
- La ética en el desempeño de las funciones de auditoría y administración que involucren la integridad, la confidencialidad, la transparencia e independencia de los auditores, la profesionalidad del auditor y un enfoque basado en evidencia y en riesgos.
- Rendición de cuentas

Al referirse a los criterios ambientales, sociales y de gobernanza, destaca la consideración que efectúa la consultora Janus Henderson *Investors*,[10] en el sentido de los efectos positivos que genera en todos los aspectos, agregando valor a la rentabilidad. La consultora expresa entre otras cosas:

En el centro de los criterios ambientales, sociales y de buen gobierno (ESG) yace la sencilla idea de que las empresas tienen más probabilidades de tener éxito y generar excelentes rentabilidades si crean valor para todos sus grupos de interés —empleados/as, clientes, proveedores y la sociedad en general, incluido el medioambiente— y no solo para la empresa. Por consiguiente, el análisis ESG se centra en el servicio que las empresas prestan a la sociedad y en sus efectos en los resultados actuales y futuros. El análisis ESG no sólo trata de lo que la empresa hace actualmente. La consideración de las tendencias futuras tiene una importancia fundamental y debería incluir esencialmente el cambio disruptivo que puede tener consecuencias importantes para los beneficios futuros de una empresa o su propia existencia.

Para lograr estos fines, los consejos de administración cumplen un papel fundamental en la supervisión de la asunción de esta estrategia por parte de la empresa a fin de prevenir daños ambientales como el cambio climático, la utilización sostenible de los recursos y la protección social, que abarca entre otros aspectos la salud, el bienestar tanto de los usuarios como de los trabajadores de la organización.

Otra directriz fundamental, involucra el deber de actuar éticamente en un proceso integrador desde los estratos gerenciales hasta los demás actores que hacen vida en la empresa vinculados al buen gobierno corporativo, quienes deben cumplir con los deberes normativos y de responsabilidad, generando valor y prestigio; cumpliendo el papel que debe aportar en el desarrollo y operatividad del sistema económico y social.

Estos consejeros tendrán en consecuencia, la responsabilidad de supervisar y articular estos criterios en esa generación de valor, trabajando de manera conjunta con los oficiales y responsables de cumplimiento en la identificación, prevención y manejo de riesgos en el desarrollo de las actividades empresariales y el liderazgo en el complejo escenario que impone nuevos retos.

2.2. Problemas en torno a la determinación responsabilidad por defecto empresarial o por violación del deber de cuidado

Uno de los aspectos que resalta en el ámbito del cumplimiento normativo, es el relacionado con la responsabilidad derivada del Derecho Penal Económico, que guarda relación con aquellas conductas societarias de las cuales deriva un resultado contemplado por la norma penal como delito, o la puesta en peligro de un bien jurídico.

[10] Janus Henderson Investors. (2019) *Sustainable Signals. New Data from the Individual Investor»*, Morgan Stanley Institute for Sustainable Investing, Versión digital s/p www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/

En este orden de ideas adquiere relevancia determinar si cuando una empresa incurre en daños por ejemplo al medioambiente o a los usuarios, estaríamos o no frente a una conducta susceptible de ser sancionada en ese ámbito. Para ello, lo primero sería ver si la constitución de la empresa responde a las exigencias de la normativa mercantil, si su objeto es lícito o si se trata de una fachada bajo la cual se realizan otro tipo de actividades vinculadas con un objeto no permitido.

Luego de revisar lo relacionado con su constitución, se pasa a determinar si la conducta deviene de no contar con un marco regulatorio organizacional, o si aun contando con él, existe carencia de incorporación de órganos indispensables para su cumplimiento, que rindan cuentas de manera ética y oportuna, como sería los oficiales de cumplimiento o responsables de cumplimiento, auditores, consejos de administración, entre otros, que garanticen su efectiva implementación, evaluación y seguimiento, además de los correspondientes canales de denuncia a que alude la norma dictada por la Organización Internacional de Normalización (ISO 37002).

Es por ello por lo que, en el ámbito de responsabilidad penal, el autor Heine -citado por Gómez-Jara[11] señala que "Toda empresa debe comportarse auto responsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial"

Sobre este mismo aspecto, como lo señala Rodríguez, [12]

(…) la empresa como persona jurídica y con base al ordenamiento jurídico, cuenta con libertad de acción que obliga a comportarte conforme a la norma positiva y a la autorregulación, teniendo responsabilidad por su incumplimiento, ya que dicho marco regulatorio busca prevenir la perpetración de ilícitos de distinta índole, además de preservar su capital reputacional

Cuestiona Rodríguez[13] la posibilidad del castigo penal, debido a que, a diferencia de otros países, el Código Penal venezolano (2005), conserva su talle clásico, no siendo posible motivar a una persona jurídica por carecer de voluntad e imputabilidad, como las personas naturales. Además, este autor es partidario de la no aplicación del derecho penal en todos los asuntos, ya que solamente sería posible su intervención cuando no haya otro remedio, pues este ámbito penal del derecho constituye la *última ratio* y sólo debe emplearse subsidiariamente.

Sin embargo, el primer antecedente de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Venezuela lo representa la Ley sobre Delitos Informáticos (2001), en la cual se estableció de manera expresa la pena de multa para las personas jurídicas (mercantiles o civiles) que utilizando la tecnología cometan alguno de los delitos en ella contemplados, tales como los daños a los sistemas que utilizan tecnologías de la información, delitos contra la propiedad utilizando esta tecnología y contra el orden económico, entre otros.

Posteriormente se refuerza este criterio de responsabilidad, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán emite la sentencia N° 834 (18/06/2009). a través de la cual declara sin lugar una solicitud de nulidad

[11] Gómez Jara, C (2016) La culpabilidad de las personas jurídicas. En: Bajo et all, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Thomson Reuters, Navarra. P. 167.
[12] Rodríguez, A (2021). *Criminal Compliance. Cumplimiento normativo penal y derecho penal económico.* Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela. Ps 16-17..
[13] Rodríguez, A. (2021) *op.cit*. p86.

interpuesta por los representantes de varios medios televisivos -entre los que destaca Radio Caracas Televisión- contra la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.

Los aspectos de mayor relevancia de la sentencia pueden resumirse de la manera siguiente:

- En virtud del principio de intrascendencia de la pena, previsto en el artículo 44.3 de la Constitución, tomando en consideración el juicio de imputación que coloca de relevancia la relación de causalidad, al verificar una relación entre acción y resultado
- Que la responsabilidad penal deriva en su función social como atribución de pena, en virtud de la necesidad de proteger preventivamente bienes jurídicos.
- Que ello permite reorientar la imputación fracturando las estructuras ontológicas del derecho penal, para concluir que las personas jurídicas ostentan capacidad de culpabilidad, no siendo concebible la concepción *societas delinquere non potest*[14] frente a nuevas formas de criminalidad.

Es así como solamente la Ley Penal del Ambiente (2012), se suma al criterio de responsabilidad penal; en caso de las empresas establece la responsabilidad objetiva, castigando a las mismas con pena de multa.

También se prevé el cierre de establecimientos derivadas de las sentencias condenatorias, por ejemplo: en la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo (2012) Ley Penal del Ambiente (2012), el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción (2014), el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolios (2014) y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos (2015).

De lo anteriormente establecido, deriva que no existiendo una consagración general en el Código Penal, que determine la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las mismas solamente serían responsables en ese ámbito, en los contados casos de las leyes ya mencionadas.

2.2.1. Gestión de riesgos como parámetro para poder evaluar la procedencia o improcedencia de sanciones

Partiendo del pretendido criterio de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, cabe destacar la similitud de estos muy contados supuestos con la posición que sostiene el autor alemán Roxin [15] en el ámbito de la configuración de conductas delictivas, Roxin (1997) define el riesgo permitido como aquella (…) conducta que crea un riesgo jurídico penalmente relevante, pero que de modo general (independiente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo.

Desde esta concepción, para que se produzca la exoneración, es indispensable que se demuestre haber implementado de manera eficaz y efectiva los mecanismos de control para impedir y contrarrestar los daños o la puesta en peligro del bien jurídico; en consecuencia, no bastaría que cuente con la normativa, sino que efectivamente se implemente en la práctica.

En este mismo sentido, la Ley Penal del Ambiente (2012), respecto de las penas aplicables a las personas jurídicas, prevé como sanciones la multa, la disolución de la persona jurídica y el desmantelamiento de la instalación. Esta Ley es la más cercana al planteamiento de los criterios

[14] Principio jurídico latino que significa que las sociedades no pueden cometer delito.
[15] Roxin, C (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1.p. 372.* Editorial Civitas, Madrid.

ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo, al dar relevancia a aspectos fundamentales vinculados con el derecho humano a desarrollarse en un ambiente sano, garantizando a las generaciones futuras igual disfrute.

En esta materia se da especial importancia a los estudios de impacto ambiental y contemplar delitos contra la administración ambiental, para los supuestos en que se otorguen permisos sin el cumplimiento del deber de realizar estos estudios; los mismos adquieren relevancia cuando existe alguna forma de soborno o favorecimiento, que afecta la reputación empresarial al constituir actos de corrupción En consecuencia, aun existiendo una empresa legalmente constituida en su forma, pudiera hablar de defectos de organización, al no cumplir los consejos de administración, oficiales de cumplimiento y otros entes dentro de la organización, con la inspección y vigilancia en el manejo de riesgos.

Asimismo, de manera expresa la Ley Penal del Ambiente introduce el criterio de la responsabilidad objetiva, al establecer que la responsabilidad a los efectos de los delitos ambientales, cuya ejecución exige la violación de una norma administrativa, es objetiva y para demostrarla basta la comprobación de la violación, no siendo necesario demostrar la culpabilidad. (2012, art. 3)

La referida norma incorpora expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al indicar 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 normas o disposiciones contenidas en leyes, decretos, órdenes, ordenanzas, resoluciones y otros actos administrativos de carácter general o particular de obligatorio cumplimiento. (2012, art. 4)

Destaca, además la responsabilidad solidaria entre empresas, cuando exista un contrato entre ambas y el mismo consista en un trabajo de una en beneficio de la otra que genere riesgos o daños al ambiente; en estos casos ambas deberán responder de manera solidaria, cuando dos personas jurídicas celebren un acuerdo para que una ejecute un determinado trabajo en provecho o beneficio de la otra, y cuya realización cause riesgos o daños al ambiente o los recursos naturales, ambas responderán solidariamente. (2012, art 16).

Con respecto a esta última disposición, sería cuestionable imponer sanciones penales por el simple hecho de la contratación, ya que esta disposición sería contraria incluso a la mencionada sentencia N° 834 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, debido a que resulta inconstitucional que la pena trascienda a la persona que comete la acción delictiva con base a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999, art 44.4).

Este supuesto pudiera ilustrarse con un ejemplo en el cual, si una empresa productora de alimentos contrata el servicio de transporte fluvial de mercancía desde el estado Bolívar hasta el estado Delta Amacuro, generando la embarcación la contaminación del río Orinoco por falta de mantenimiento. Esta condición de la embarcación no necesariamente es conocida por la empresa de alimentos, por lo cual sería revisable el criterio, ya que, evidentemente la pena que llegara a aplicarse a la empresa de alimentos, violaría el principio de intrascendencia de la pena.

Finalmente, en relación con la Ley Penal del Ambiente, se encuentra también la responsabilidad por dependientes, en virtud de la falta de vigilancia debida, revelando la aplicación del criterio de ceguera voluntaria e incluso, se pudiera hablar de la culpa en la selección (culpa *in eligendo)*, que deriva en la violación del deber de cuidado, al no contar con la elección de personas idóneas para el desempeño de las funciones o no haberle dado el adiestramiento adecuado y la constante formación. En tal sentido, dispone:

Quien permita la comisión de alguno de los delitos previstos en esta Ley por parte de aquellas personas naturales o jurídicas que estén bajo su dirección o dependencia, estando en conocimiento y capacitado para impedirlo, será castigado o castigada con igual pena a la del delito cometido, rebajada en una tercera parte. (2012, art. 17)

Si se revisa el criterio de la jurisprudencia española, ha señalado el Tribunal Supremo Español [16] que cuando existen programas que se implementan de manera efectiva por las empresas, debe situarse a estos supuestos en la excusa absolutoria vinculada a la punibilidad, por no existir un elemento básico del tipo: ya sea objetivo vinculado a la no configuración del hecho; o del tipo subjetivo, que excluye el dolo o la culpa.

Emana de la jurisprudencia española el criterio de que, en caso de no existir un defecto organizacional, la exoneración penal no estaría ubicada en la exclusión de responsabilidad penal, ya que, estaría frente a una correcta organización y no defectuosa. En este caso, faltaría un elemento para completar la conformación de la tipicidad penal.

La jurisprudencia española ha abordado el tema en otras materias de su competencia y como lo reseña el diario español Expansión[17], la Sala en lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con ponencia del magistrado Diego Córdoba, las empresas están en la obligación de garantizar la protección de datos a través de la creación de mecanismos tecnológicos que den seguridad a los ficheros de información sobre los clientes, siendo sancionables por permitir el acceso a personas no autorizadas; pues en el caso en cuestión, la empresa tenía elaborada la norma de prevención pero no la aplicaba correctamente.

Igual que en los casos previstos en la legislación venezolana, de la referida sentencia del máximo Tribunal español, se puede comprender el rol fundamental de la prevención, en el sentido de evitar la generación de riesgos que causen daño o pongan en peligro bienes jurídicos y por ello la importancia de implementar todos los mecanismos necesarios tanto en el ámbito preventivo como en el precautorio de contrarrestar cualquier situación adversa. Se entendería de una correcta organización que cumple con todas sus obligaciones, que las consecuencias adversas entrarían en el riesgo permitido; por lo tanto, se excluiría el delito.

En otra decisión, agrega el Tribunal Supremo español[18], que se aplicará esta ausencia de tipicidad penal corporativa sin afectar otro tipo de responsabilidad como es la responsabilidad

[16] Sentencia del Tribunal Supremo Español, (2016) *Sentencia Nº: 154/**2016.*** Recurso 0011-2015, Ponente José Manuel Maza Martín, apelación penal .
[17] *El Supremo limita la responsabilidad de las empresas si hay brecha de seguridad de datos.* Expansión, España. Diario del 23/02/2022 www.expansion.com/juridico/sentencias/2022/02/23/621683f7468aebd1178b456e.html
[18] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, N° 737/2018, del 05/02/2019, causa N° 334/2018

penal individual y la responsabilidad civil. De esto deriva que, a pesar de existir la consagración de responsabilidad de las personas jurídicas, se generaría cualquier índole de responsabilidad (menos la penal) si la empresa se encuentra constituida correctamente y la producción del resultado no se debió al incumplimiento de sus programas de *compliance.*

En Venezuela, salvo las leyes ya mencionadas, el criterio mayoritario aún después de la reforma del Código Penal (2005), ha sido el castigo a las personas naturales. Sólo a modo de corolario, se puede ver que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones Bancarias[19], se sostiene esa responsabilidad individual luego del levantamiento del velo corporativo y por eso dispone:

Cuando existan actuaciones o elementos que permitan presumir que con el uso de formas jurídicas societarias se ha tenido la intención de violar la Ley, la buena fe, producir daños a terceros o evadir responsabilidades patrimoniales, el juez podrá desconocer el beneficio y efectos de la personalidad jurídica de las empresas, y las personas que controlan o son propietarios finales de las mismas serán solidariamente responsables patrimonialmente.

En conclusión, se puede afirmar, que el criterio de aplicar sanciones penales a las empresas no ha sido generalizado no ha sido consagrado de manera general en el ordenamiento jurídico venezolano.

2.3. Referencia especial a las normas emanadas de los entes reguladores en materia de buen gobierno corporativo

Nuestro ordenamiento jurídico positivo, en virtud de exigencias de estándares internacionales ha dado importancia a los delitos de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de actividades relacionadas con la proliferación de armas de destrucción masiva. Por este motivo requiere especial atención en el ámbito de prevención de riesgos citar algunas normas emitidas por los entes reguladores del ámbito financiero, criptoactivos y mercado de valores.

En un trabajo anterior[20] se hizo una amplia referencia al tratamiento que se le ha dado por los entes reguladores venezolanos de los últimos cuatro (4) años, al cumplimiento normativo, con especial referencia a la prevención de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Se indicó el modo en el cual entre los años 2019 a 2021, entraron en vigencia diferentes regulaciones dictadas por la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) destacando la Resolución N° 083-18, contentiva de directrices en materia de buen gobierno corporativo, que imponen a todas las instituciones vinculadas con el ámbito financiero o empresas Fintech de tecnología financiera vinculadas a este sector; reglas denominadas “Normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y

[19] *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del sector bancario* Gaceta Oficial N° 40.557, del 08/12/2014.
[20] 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.

financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva aplicables a las instituciones del sector bancario" (2019).

La finalidad de estas normas será la de imponer directrices para evitar que se utilice la fachada de la institución financiera con el objetivo de ocultar el origen, propósito y destino de los capitales ilícitos, o para desviar fondos de cualquier naturaleza hacia el financiamiento de grupos o actividades terroristas; así como, del financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Igualmente, en cuanto al buen gobierno corporativo, la providencia número 044-2021, dictada por la Superintendencia de Criptoactivos (SUNACRIP, 2021) estableció líneas de responsabilidad definidas y procedimientos para la identificación, gestión, control y comunicación de riesgos, guiándose en el establecimiento sus principales directrices estratégicas, el reforzamiento de la confianza de los inversores, acreedores y clientes; y por lo tanto en el mejoramiento de su eficiencia económica y sostenibilidad.

También se hizo referencia a la normativa dictada por la Superintendencia de Mercado de Valores (SUNAVAL) que dictó una serie de disposiciones dirigidas al sector bursátil, incluyendo las empresas Fintech, a través de la Circular N° 00009 (30/11/2021). Destacan, de igual modo, las Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores, (19/07/2021).

Con respecto a las Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores, resalta la disposición mediante la cual se insta a todas las partes interesadas de la sociedad (accionistas, junta directiva, gerencia, empleados, proveedores, clientes, reguladores y comunidad) a que sean garantes de las prácticas de adecuado ambiente de control enumeradas, relacionadas con la implementación de políticas, normas, reglamentos, procesos y procedimientos sobre normas contenidas en la ley del mercado de valores, gestión integral de riesgos, fiscalización y administración de delitos como la legitimación de capitales,. Se menciona, además, la necesidad de desarrollar programas de formación y capacitación de todos los estamentos dentro de la organización. (2021, art. 40).

En este mismo orden de ideas, en materia de Mercado de Valores, se encuentra la Providencia N° 209-2021 (28/04/2021), mediante la cual se dicta las Normas de Administración y Fiscalización de Riesgos (arts. 6-8) para prevenir la legitimación de capitales y el financiamiento del terrorismo, así como la proliferación de armas de destrucción masiva.

Se indica que las medidas a asumir por los sujetos obligados deberán ser conforme a la debida diligencia exigida, teniendo el oficial de cumplimiento, el deber de velar por su observancia, teniendo en cuenta las mejores prácticas, con base a las Recomendaciones dictadas en el año 2012 por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) destacando la Recomendación N° 1 relacionada con la lucha contra los delitos financieros, aplicando un enfoque basado en riesgos.

Como se podrá ver, de la mano con la asunción de criterios de buen gobierno corporativo, los programas de cumplimiento corporativo persiguen evitar la responsabilidad penal, administrativa e incluso civil de las personas jurídicas, en relación con áreas como laboral, ambiental y respeto de los derechos humanos; en especial derivada del incorrecto manejo de los

riesgos. En tal sentido, se debe establecer canales de denuncias, para que cualquiera dentro de la empresa, pueda informar de manera segura, sobre conductas que conlleven incumplir el plan preventivo, en especial los trabajadores y órganos de cumplimiento organizacional.

3. Panorama venezolano en la asunción de criterios ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo

En la publicación de la consultora KPMG International Ltd, realizada por la revista digital Banca y Negocios (04/06/2022)[21], la firma analista estima que, un sesenta y nueve por ciento (69%) de los ejecutivos encuestados indican que las empresas venezolanas están integrando criterios de sostenibilidad en sus operaciones, lo cual casi duplica el treinta y nueve por ciento (39%) reportado en 2020, incluyendo la transformación digital, el desarrollo del talento humano, la mejora de procesos en alrededor del cincuenta por ciento (50%) de las organizaciones consultadas.

En la misma publicación, la firma consultora considera que se ha producido un cambio en la dinámica económica desde varios ámbitos como el pago de impuestos, mejoras en las cadenas de suministros, en las expectativas laborales y el comportamiento de los consumidores, con una visión positiva de crecimiento económico que deberá ser resiliente al desafío de contar con un mercado con baja capacidad productiva.

Por su parte, la empresa consultora Janus Henderson Investors[22] (2019), estima que los criterios ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo, cuando se ajustan al riesgo mejoran su rentabilidad al tener un impacto favorable sobre su ámbito financiero, generando valor de inversión, debido a su gestión responsable que se preocupa por el entorno, por sus trabajadores y por sus clientes, teniendo mejor apreciación frente a las empresas que no los cumplen.

Es importante acotar, que este impacto puede ser mantenido a largo plazo, cuando la empresa está pendiente de cumplir y hacer seguimiento a la implementación de los mecanismos de control de riesgos y oportunidades que representa una empresa sostenible, siendo además garantía de prevención de conductas que puedan representar responsabilidad incluso en el ámbito penal, situación que compromete la buena imagen corporativa. Es una labor que amerita constancia para poder rendir frutos, pero, que a la larga produce un impacto positivo para el planeta y para el propio prestigio empresarial.

3.1. Implicaciones en el ámbito del derecho mercantil

Las consecuencias de la indebida gestión del riesgo, voluntaria o no, puede conllevar la terminación del giro comercial de la empresa por no poder continuar con sus operaciones, ya sea porque se haya producido fraude derivado de hechos de corrupción, legitimación de capitales, financiamiento de actividades terroristas o de proliferación de armas de destrucción masiva, daños

[21] KPMG International Ltd. (2021) *Informe de sostenibilidad 2020-2021.* Informe digital https: //home.kpmg/ve/es/home.html KPMG International - KPMG Venezuela (home.kpmg) Banca y Negocios 04/06/2022.
[22] Janus Henderson Investors (2019) *Sustainable Signals. New Data from the Individual Investor»,* Morgan Stanley Institute for Sustainable Investing, www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/

ambientales, laborales o financieros; ya sea por mala elección de los entes fiscalizadores, defectos en la gerencia empresarial o incumplimiento del deber de cuidado en la gestión de riesgos o por no contar con canales seguros para canalizar las denuncias.

En el ámbito mercantil, el giro podrá finalizar derivado a la quiebra de la empresa, sea ésta culposa o fraudulenta, especialmente cuando se produzca insolvencia fraudulenta o la conducta tenga como consecuencia el cierre definitivo y desmantelamiento del negocio mercantil.

Si bien el Código de Comercio venezolano data de 1955 (art. 914), no es menos cierto que también dispone que los parámetros en los cuales queden establecidos los hechos en materia mercantil servirán de base para la determinación de responsabilidad de los socios, administradores y todos aquellos que han intervenido en la ejecución de la conducta, ya sea fraudulenta o por haber aumentado el riesgo permitido. Dispone igualmente que, de ser conocidos los hechos por el juez mercantil ante una eventual quiebra, existe prejudicialidad sólo a los efectos de la sentencia, ya que, en casos de quiebra con consecuencias penales, el Código de Comercio señala que el juez penal esperará la sentencia mercantil para emitir su pronunciamiento final.

Para que exista quiebra, se requiere que se produzca la cesación de pagos del fallido, generando la constitución de una masa de acreedores derivados de obligaciones lícitas, entre quienes se distribuye el activo restante, pagos impositivos, multas y otros deberes derivados de la determinación de responsabilidad. De tener implicaciones de responsabilidad penal por incumplimiento fraudulento o por uso de la fachada para actividades ilícitas como por ejemplo los supuestos de legitimación de capitales, puede llegar incluso a producirse el comiso de los bienes por ser activos vinculados al delito, una vez que se dicte la sentencia.

En los casos en los cuales no exista implicaciones que lleven al comiso o al cierre y desmantelamiento, sin embargo, por la sola condenatoria, se vería, afectada la reputación corporativa, derivando en pérdidas que pudieran conducir a la quiebra y consecuencial terminación del giro comercial.

3.2. Resultado de la discusión

Es así como los resultados obtenidos a través de investigación conducen a establecer cómo toda empresa debe elaborar políticas de gestión de riesgos, aplicables efectivamente en la práctica de la compañía, destinadas al prevenir conductas que afectan a los consumidores, usuarios y trabajadores que laboran en la empresa, que vayan más allá de la mínima regulación, generando confort y contribuyendo al desarrollo humano y económico, además de incidir positivamente en la imagen organizacional.

Se pudo observar cómo la nueva visión de los inversores se enfoca no sólo a la apreciación tradicional de la responsabilidad social empresarial, sino que va a tener en cuenta el modo en el cual las empresas evalúan y previenen el riesgo, tomando todas aquellas medidas de prevención con una apreciación amplia del rol que cumplen los grupos de interés junto al ordenamiento positivo. Se evidencia de ello la importancia de incorporar a la fuerza activa dentro de la empresa, para que sea parte de ese desempeño organizacional y se identifique con ella. Asimismo, es

necesario que se incorporen los requerimientos y opiniones de los usuarios y consumidores que adquieren los productos y servicios de mayor calidad para su consumo y bienestar.

De manera que este respeto por los grupos humanos diversos, por sus derechos y por el entorno, mediante el ejercicio de actividades sostenibles derivadas de políticas de buen gobierno corporativo, orientan cada vez más a vincular los criterios de sostenibilidad con el crecimiento financiero de una compañía, las características de cada organización, sus productos y servicios y las políticas que guían su actuación.

En todo caso, el cumplimiento de llevar los manuales de calidad sobre la prevención de sobornos, protección de datos, evitar la legitimación de capitales, así como el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva y del financiamiento al terrorismo, deberán ir de la mano con la debida actuación y vigilancia que ejerzan los entes destinados a prevenir cualquier conducta lesiva o que ponga en peligro bienes jurídicos.

Con todas estas medidas, la empresa introduce un valor agregado a su desempeño comercial.

CONCLUSIONES

Deriva de la investigación realizada que para toda empresa es fundamental alinearse con los criterios de sostenibilidad ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo. En consecuencia, además del Acta constitutiva estatutaria, debe contar con manuales de cumplimiento corporativo dentro de los cuales se combine tanto la observancia y alineación con las disposiciones del ordenamiento jurídico, como el ámbito de la autorregulación destinados a la prevención de conductas que afectan la productividad y la buena imagen corporativa.

Se debe atender el control y manejo de riesgos en la prevención y mitigación de las consecuencias derivadas de la ejecución de conductas ilícitas que afectan a los usuarios, consumidores. a los trabajadores de la compañía y que obliguen a aplicar sanciones de distinta índole. Para ello es fundamental contar con personas idóneas tanto en el Consejo de Administración como en el área de cumplimiento, así como el compromiso de todos los que laboran en la organización, de ser vigilantes y denunciar cualquier irregularidad o actividad sospechosa, para lo cual las organizaciones deben activar los canales de denuncia, atendiendo los hechos denunciados y aplicando los correctivos correspondientes.

Existe la apreciación favorable en el ámbito empresarial venezolano, sobre la importancia de incorporar los criterios de responsabilidad social relativos a protección ambiental, de impacto social y de buen gobierno corporativo, con miras a incidir positivamente sobre la sustentabilidad de la empresa, obtención de una sólida reputación que se traduce en una mayor rentabilidad, debido a la confianza que genera en campo de las inversiones.

BIBLIOGRAFÍA

Achenbach, H (1995) Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán. En Libro *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, homenaje a Claus Roxin. JM. Bosch, Barcelona, España.

Código de Comercio Congreso de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario Nº 475 del 21 de diciembre de 1955.

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

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (2022) *¿Qué son los criterios ESG ('environmental, social and governance') y por qué son importantes para los inversores?* www.bbva.com/es/sostenibilidad/que-son-los-criterios-esg-environmental-social-and-governance-y-por-que-son-importantes-para-los-inversores/

Código Penal de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5768 Extraordinario, del 13/04/2005.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 36.860 del 30/12/1999.

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.

Deloitte (2022) *Global Impact Report 2021 Una apuesta por la sostenibilidad.* www2.deloitte.com/es/es/blog/sostenibilidad-deloitte/2021/global-impact-report-2021.html.

Expansión (2022) *El Supremo limita la responsabilidad de las empresas si hay brecha de seguridad de datos.* España. Diario del 23/02/2022 www.expansion.com/juridico/sentencias/2022/02/23/621683f7468aebd1178b456e.html

Gómez-Jara, C. (2016) La culpabilidad de las personas jurídicas. En: Bajo et all, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Thomson Reuters, Navarra.

Grupo de Acción Financiera Internacional (2012) *40 Recomendaciones del GAFI.* actualizadas octubre 2020. Recuperado de: http://www. Cfatf-gafic.org

Hurtado de Barrera, J. (2007). El proyecto de Investigación. (5ta ed.). Caracas: YPAL. Quirón Ediciones.

Janus Henderson Investors. (2019) *Sustainable Signals. New Data from the Individual Investor»,*

Morgan Stanley Institute for Sustainable Investing, www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/

KPMG International Ltd. (2021) *Informe de sostenibilidad 2020-2021*. Informe digital https: //home.kpmg/ve/es/home.html KPMG International - KPMG Venezuela (home.kpmg)

Kunhlen, L (2013) *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons, Madrid.

Ley Especial contra los delitos informáticos. Gaceta Oficial N° 37.313, del 30/10/2001.

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 *Penal del Ambiente* Del 02/05/2012. Gaceta Oficial 39.913.

Méndez, C. (2004) *Responsabilidad Social de Empresarios y Empresas en Venezuela durante el Siglo XX*. Caracas: Strategos Consultores.

Organización de Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Revisado el 20/09/2022 en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/

Organización Internacional de Normalización (2018) *Gestión del Riesgo* www.iso.org

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. 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.

Roxin, C (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1*. Editorial *Civitas*, Madrid.

Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (2018) *Normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva aplicables a las instituciones del sector bancario.* Resolución N° 083.18

Superintendencia Nacional de Criptoactivos. (2021). Providencia N° 044-2021 de la Superintendente Nacional de. Criptoactivos mediante la cual se dictan las Normas Relativas a la Administración y Fiscalización de Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Proliferación de Armas de Destrucción Masiva aplicables

en el Sistema Integral de Criptoactivos (2021). Gaceta Oficial N° 42.110 de fecha 21/04/2021

Superintendencia Nacional del Mercado de Valores (2021). *Providencia N° 209. Normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con los delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva y otros ilícitos, aplicables a los sujetos regulados por la Superintendencia Nacional de Valores* Gaceta Oficial N° 42.115, del 28/04/2021.

Superintendencia Nacional del Mercado de Valores (2021) *Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores*. Gaceta Oficial N° 42.171 Ordinario. 19/06/2021.

Superintendencia Nacional del Mercado de Valores (2021) Circular N° 00009. *Normas de Buen Gobierno Corporativo* para empresas de Tecnología Financiera Del 30/11/2021.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2009*). Sentencia 834* Ponente: Carmen Zuleta de Merchán, del 18/06/2009.

Tribunal Supremo Español, Sala Segunda de lo Penal (2019) sentencia 737/2018, 05/02/2019, causa N° 334/2018 *www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Jurisprudencia*

Tribunal Supremo Español (2016) *Sentencia Nº: 154/**2016.*** Recurso 0011-2015, Ponente José Manuel Maza Martín, apelación penal *www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Jurisprudencia*

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.

Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Social N.º 199/21.10.2022 sobre la validez del poder judicial dado por una persona jurídica cuando fallece el otorgante y representante legal de la empresa

Sacha Rohán Fernández Cabrera[•]
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 84-109

Ahora no estoy ya seguro ni de haber defendido la inocencia
ni de haber hecho valer el derecho ni de haber hecho triunfar la justicia;
y, sin embargo, si el Señor me hiciese nacer de nuevo, comenzaría otra vez.
No obstante los fracasos, las amarguras, los desengaños, el balance es activo
Francesco Carnelutti [•]

Resumen: El presente trabajo pretende analizar de manera puntual, la sentencia N.º 199 que se dictó el 21 de octubre de 2022, en el expediente N.° AA60-S-2022-000101, por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la que estimó que al morir el representante legal que otorga un mandato judicial en nombre de una empresa mercantil, trae como consecuencia la extinción del poder dado y sanciona al abogado por estimar que intentó burlarse de la buena fe de los operadores de justicia.

Palabras clave: Poder judicial, validez de mandato judicial, personalidad jurídica.

Comments on the sentence of the Social Appeal Chamber N.° 199/10.21.2022 on the validity of the judicial power of attorney given by a legal entity when the grantor and legal representative of the company death

Abstract: *The present work aims to analyze in a timely manner, judgment N.º 199 that was issued on October 21, 2022, by the Social Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice, in which it estimated that the death of the legal representative who grants a judicial mandate on behalf of a commercial company, results in the extinction of the given power and sanctions the lawyer for estimating that he tried to mock the good faith of the justice operators.*

Keywords: *Judicial power, validity of judicial mandate, legal personality.*

Recibido: 21/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

[•] Universidad Central de Venezuela, *Abogado* (14/366). *Doctor en Ciencias, Mención Derecho*. *Especialización en Derecho Procesal y Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración*; ex Auxiliar de Investigación Docente, ex profesor de Derecho Administrativo e Introducción al Derecho, profesor de Derecho Civil III (Obligaciones), ex profesor de derecho Administrativo e Introducción al Derecho; ex profesor en la Especialización de Derechos Humanos. Universidad Bicentenaria de Aragua, *Instituto de Altos Estudios Oscar Cambra Núñez*, profesor de Protección de Datos Judiciales, en el Diplomado de Derecho Procesal Telemático.

[•] Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Monografías Jurídicas 55. Cuarta reimpresión, https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/05/doctrina28730.pdf, consultado el 10/11/2022.

Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Social N.º 199/21.10.2022 sobre la validez del poder judicial dado por una persona jurídica cuando fallece el otorgante y representante legal de la empresa

Sacha Rohán Fernández Cabrera•
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 84-109

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Lo que estableció la sentencia de la Sala de Casación Social. 2. Análisis y críticas a la sentencia de la Sala de Casación Social. 2.1. Sobre la representación judicial procesal. 2.2. Validez del mandato judicial. 2.3. La personalidad jurídica. 2.4. Extinción de la personalidad de las personas morales o colectivas. 2.5. La representación. 2.6 La legitimación al proceso (*ad procesum*) y capacidad de postulación (*ius postulandi*). 2.7. Inadmisibilidad de la acción. 2.8. Multas judiciales y procedimiento de ejecución. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se realizará un análisis de la sentencia dictada por la Sala de Casación Social (SCS) que declaró inadmisible el recurso de apelación interpuesto; firme el fallo apelado e impone multa al recurrente, al considerar que, como consecuencia de la muerte del representante legal de la empresa, esta produce la extinción del mandato judicial dado en nombre de ésta dada por aquel y estimar que el abogado accionante con dicho mandato-poder actuó de mala fe y contrario a la ley.

Igualmente, se realizarán comentarios y críticas en cuanto a la interpretación que se dio de la personalidad jurídica de la empresa y la validez de los poderes otorgados por parte de los representantes legales de la empresa y sobre la procedencia de la multa judicial.

1. Lo que estableció la sentencia de la Sala de Casación Social

Mediante sentencia N.° 199 que se dictó el 21 de octubre de 2022,[1] por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, se declaró que era inadmisible el recurso de apelación interpuesto contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Agrario de la

• Universidad Central de Venezuela, *Abogado* (14/366). *Doctor en Ciencias, Mención Derecho*. *Especialización en Derecho Procesal y Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración*; ex Auxiliar de Investigación Docente, ex profesor de Derecho Administrativo e Introducción al Derecho, profesor de Derecho Civil III (Obligaciones), ex profesor de derecho Administrativo e Introducción al Derecho; ex profesor en la Especialización de Derechos Humanos. Universidad Bicentenaria de Aragua, *Instituto de Altos Estudios Oscar Cambra Núñez*, profesor de Protección de Datos Judiciales, en el Diplomado de Derecho Procesal Telemático.

[1] Tribunal Supremo de Justicia. Acceso el 11 de noviembre de 2022. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/320117-199-211022-2022-22-101.HTML.

Circunscripción Judicial del Estado Guárico el 15 de octubre de 2021; firme el precitado fallo e impuso multa, se establecieron los siguientes aspectos más relevantes:

1. La Sala indica que, la apelación propuesta por el abogado recurrente, ha debido ser declarada inadmisible por el tribunal de la causa, por considerar que no ostenta la representación que se atribuye, por estimar que actúa en contravención al artículo 154 del Código de Procedimiento Civil (CPC),[2] y que en el asunto de autos, desde que se dio inicio a la presente acción carecía de facultad, por cuanto el poderdante en su condición de presidente y representante legal de la empresa mercantil con forma de compañía anónima, había fallecido, con lo cual el mandato se extinguió conforme al artículo 165 del CPC.

2. Estimó que, al haber fallecido el 11 de noviembre de 2015 la persona que otorgó el poder con el que actúa el abogado, éste mandato cesó desde ese momento, en la representación que se atribuye; por lo que actuó sin legitimación cierta, presentando el 4 de noviembre de 2019 la acción de nulidad contra un acto administrativo del Instituto Nacional de Tierras (INTI), es decir, casi 4 años después de dejar de ostentar la representación que dice tener, por lo que carecía, en lo absoluto, de legitimación activa para proponer la demanda de nulidad *sub iudice*, y carecía de esta para ejercer el recurso de apelación.

3. Que vista la irregular actuación del abogado recurrente y accionante en el ejercicio del recurso de nulidad, al haber dado inicio a un procedimiento jurisdiccional, procurando para ello ostentar un poder que estaba extinto por muerte de su otorgante, y querer darle continuidad a un juicio del cual carecía facultad para ser representante judicial de la empresa mercantil, hasta el punto de llegar el asunto hasta el Tribunal Supremo de Justicia, consideró que eso es un irrespeto hacia la majestad del poder judicial, por cuanto intentó burlarse la buena fe de los operadores de justicia, en franco detrimento del artículo 170 del CPC, por lo que, en consecuencia, y en atención a la temeraria e irrespetuosa actuación del abogado, le impone multa de cien unidades tributarias (100 UT) conforme al artículo 121 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justica (LOTSJ),[3] señalando que la multa podrá ser reclamada por escrito ante esta Sala dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, a tenor de lo previsto en el artículo 125 de la LOTSJ.

En estos tres puntos, hemos tratado de resumir y destacar los aspectos más importantes que fueran establecidos en la sentencia N.° 199 del 21 de octubre de 2022. A continuación, haremos nuestras reflexiones sobre estos puntos y otros aspectos que consideramos importantes del fallo y del proceso que se llevó a cabo.

[2] Gaceta Oficial N.° 4.209 Extraordinaria del 18 de septiembre de 1990.
[3] Gaceta Oficial N.° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

2. Análisis y críticas a la sentencia de la Sala de Casación Social

Ya visto en los párrafos anteriores lo que estableció fundamentalmente en su fallo la SCS en relación a la representación judicial del abogado apoderado de la parte actora, la validez del poder, la legitimación procesal a la causa y a la multa judicial, procederemos en el presente punto a realizar las críticas y comentarios que poseemos en relación a lo decidido en el fallo bajo estudio en concordancia a los aspectos indicados en la sección anterior, así como a otros que también se mencionaron en la sentencia que se analizan, de este modo observamos que:

2.1 Sobre la representación judicial procesal

La participación en un proceso determinado requiere de la experticia necesaria para llevar a cabo los actos que le integran; por ello, es que la ley impone a las personas naturales y jurídicas (morales o colectivas) la obligación de nombrar abogados para que le asistan o representen en los procesos judiciales en sus diversas etapas del juicio. De allí que, la representación procesal es concebida como la facultad para actuar ante el órgano jurisdiccional, en interés de la persona jurídica o natural que la concede; también se dan estas facultades para actuar extrajudicialmente ante cualquier autoridad civil, política, administrativa, personas jurídicas o naturales, estimándose que éste puede ser un mandato general o especial.

Así es que el abogado, constituido como apoderado, puede realizar los actos jurídicos y procesales dentro de un juicio en el que toma parte en nombre del que le otorgó el poder (mandante o poderdante), reemplazándole en todas las incidencias del juicio tal como si se tratara de él mismo.

La anterior forma de representación es distinta al mandato conferido a través de un contrato para llevar a cabo una gestión determinada, o realizar uno o más actos jurídicos patrimoniales o no en beneficio del mandante, teniendo como propósito un acto declarativo que se concreta con un servicio personal destinado a la consecución de un fin, estando esto regulado en el artículo 1.169 del Código Civil (CC),[4] aunque esta norma también es aplicable a los apoderados judiciales, cuya norma establece:

> Los actos cumplidos en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último.

En este sentido Arístides Rengel-Romberg, siguiendo a Couture define la representación procesal como una relación jurídica bien sea legal (conocida también como necesaria), judicial o voluntaria, mediante la cual se realizan actos procesales por el apoderado dentro de los límites de su poder, en nombre de su representado, sobre quien recaerán los efectos jurídicos que derivan de su gestión.[5]

---

[4] Gaceta Oficial N.° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982.
[5] Rengel-Romberg, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II. Teoría General del Proceso. Editorial Arte. (Caracas: 1995), 51-55.

Por lo tanto, el poder para actuar en asuntos judiciales o la representación procesal, se entiende como aquella exigida por el juez a las partes para participar en un juicio determinado a través de abogados, siendo una especie de subrogación procesal, en el que las partes no acuden a los órganos judiciales personalmente, sino por medio de los profesionales del derecho.

El abogado puede actuar en el proceso de varias maneras, como son: 1) por medio del poder otorgado que da la facultad para representar al mandante,[6] el cual debe ser otorgado de forma pública o auténtica, y no tiene validez el poder simplemente reconocido, aunque sea registrado con posterioridad, como lo establece el artículo 151 del CPC, siendo que esta forma de participación procesal puede tener variantes, como la del poder *apud acta*[7] (artículo 152 *eiusdem*) y la sustitución del poder (artículo 159 *ibidem*);[8] 2) otra forma, es por medio de la asistencia del abogado a la parte,[9] ya sea como demandante, demandado o tercero interviniente (artículos 136 y 137 *eiusdem*); 3) también puede ocurrir que la parte se niegue a designar abogado, siendo que el nombramiento lo hará el juez, donde en el caso del demandado, es con la designación del defensor *ad litem* (artículos 224, 225 y 226 del CPC)[10] y en el caso del demandante que alegue pobreza (artículos 175 a 182 del CPC); y 4) finalmente esta la representación espontánea o sin poder (artículo 168 *eiusdem*), que es una figura contemplada en la ley para el actor en los casos de herencias y coherederos, y de comunidades de bienes donde uno de los comuneros actúa en representación de otros que forman parte de la comunidad;[11] así como también existe el supuesto en el que cuando sea demandada la parte, puede presentarse en el proceso el que reúna las cualidades de apoderado judicial siguiendo las disposiciones de la Ley de Abogados.[12]

En el caso de la sentencia que es objeto de estudio, no se consideró que no era abogado el apoderado, ni que no tenía otorgado un poder general, sino que se llegó a la conclusión contraria, que sí es abogado y tenía un poder otorgado, pero en dicho fallo lo que se indica es que: 1) se otorgó poder por el presidente y representante legal de la sociedad mercantil Agropecuaria

[6] Sustituyendo a su representado en el juicio con libertad en su intervención, salvo los casos en que se exigen facultades expresas según la ley o que las mismas sean limitadas también de manera expresa.
[7] Se otorga para el juicio correspondiente en el que se la ha otorgado, y generalmente, se utiliza entre abogados para el reemplazo de quien lo otorga.
[8] Implica que la actuación en el proceso del abogado designado será con las facultades totales o parciales de aquél que suple.
[9] Éste no tendrá las mismas responsabilidades de un mandatario judicial, pues su participación se reduce a la mera asistencia en un acto determinado para el cual fue solicitado.
[10] Se ha dicho que es un cargo que el legislador ha previsto con una doble finalidad y que son: a) colaborar en la correcta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente; y, b) impedir que la acción intentada para obtener justicia sea burlada en detrimento de los derechos del actor, a través de una desaparición aparente del demandado. Esta designación es en provecho tanto del actor y del demandado o reo, como en beneficio del orden social y del buen desenvolvimiento de las instituciones del Estado, por ello, se dice que se trata de una verdadera gestión de negocios establecida por mandato de la ley a favor del actor, del reo y del bien público.
[11] Cuando se es demandado, cualquiera que reúna las condiciones de abogado para actuar en juicio, podrá representar al demandado.
[12] Sobre este otro aspecto de la representación sin poder del demandado, cuando se actúa bajo este supuesto, el abogado debe realizar la defensa encabezando y señalando claramente de forma expresa que actúa de esa forma y según este artículo, debiendo ser aceptada por la otra parte o por el tribunal en el mismo momento en que se alegue para que pueda producir efectos esa representación, ya que de lo contrario no tendría validez. Así lo indica Parilli A., Oswaldo, «Modos de representación procesal». Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. 160-161.

Pogaban, C.A., al abogado actuante el 8 de agosto de 2008, destacando que dicho representante legal de la empresa falleció posteriormente; 2) que fue presentando escrito de nulidad ante el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Guárico el 4 de junio de 2014, aunque en el siguiente párrafo de la sentencia se dice que la nulidad se ejerció el 4 de noviembre de 2019; 3) que el tribunal de la causa admitió la demanda el 7 de noviembre de 2019; y 4) que el 3 de junio de 2021, compareció la representación judicial del tercero interviniente consignando copia simple del acta de defunción del presidente de Agropecuaria Pogaban, C.A., el 11 de noviembre de 2015, impugnando el poder otorgado.

2.2 Validez del mandato judicial

Ahora, en este punto, analizaremos genéricamente las exigencias de ley para el otorgamiento de un mandato judicial, comenzando por aquellas que se pide a los abogados para poder representar en juicio y participar en él, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 3 de la Ley de Abogados (LdeA),[13] donde se requiere tener título de abogado, debidamente inscrito en un colegio de abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado, además de haber protocolizado su título en la oficina de registro principal correspondiente, quienes son los únicos que tienen la capacidad de postulación en nombre de otra persona dentro de un juicio, salvo las excepciones contempladas en el ordenamiento jurídico.[14]

Por otra parte, el artículo 151 del CPC dispone que el poder para actos judiciales debe otorgarse en forma pública o auténtica, en razón de que el abogado designado deberá actuar en el proceso en nombre de su representado, suplantándolo como parte en el mismo, de allí que se protocoliza el poder ante un registrador, que lo asentará en el protocolo destinado a tales fines (artículos 29 y 75 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado [DRVFLRN]);[15] también se puede hacer de forma auténtica dejándolo asentado en una notaría pública, consulado o tribunal con facultades notariales (artículo 157 del CPC). Incluso se establecen las condiciones cuando el otorgante no supiere firmar o no pudiere hacerlo, así como se indica que no será válido el poder simplemente reconocido, aunque sea registrado con posterioridad, por lo que este acto tiene una solemnidad en su otorgamiento y por eso se exige su

[13] Gaceta Oficial N.° 1.081 Extraordinario del 23 de enero de 1967.

[14] Alguna de las excepciones como accionantes vienen dadas por el artículo 168 del C.P.C., en el caso del heredero por su coheredero en los juicios relacionados con la herencia y el comunero por su condueño en los aspectos que se refieran a la comunidad; como demandados, aquél que reúna la condición de abogado. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Gaceta Oficial N.° 37.504 del 13 de agosto de 2002) en su artículo 46, por ejemplo, permite que las personas naturales puedan actuar por sí mismas, pero debe entenderse que deben someterse a las exigencias de la Ley de Abogados y Código de Procedimiento Civil para la representación en juicio. Esta el artículo 882 del CPC, referido al juicio breve, que indica que, si el valor de la demanda fuere menor de cuatro mil bolívares, podrá proponerse verbalmente por el interesado, aún sin estar asistido de abogado. En el artículo 456 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA, Gaceta Oficial N.° 6.185 del 8 de junio de 2015), la demanda puede ser presentada en forma oral o escrita, con o sin la asistencia de abogado; finalmente haremos mención a que se puede ejercer la acción de amparo sin ser abogado, aunque posteriormente se ha de estar representado o asistido por uno, como lo ha dicho la Sala Constitucional en su sentencia N.° 742 del 22 de febrero de 2007, ratificada entre otros fallos en la sentencia N.° 342 del 13 de julio de 2022.

[15] Gaceta Oficial N.° 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021.

forma pública o auténtica y, por ello, el funcionario hace constar que conoció al otorgante del poder al cual identifica, y cuando se tratara de una persona jurídica, hace constar que tuvo a su vista los documentos, gacetas, libros o registros que le han sido exhibidos, que acreditan la representación que aquél ejerce, con expresión de sus fechas, origen o procedencia y demás datos necesarios para la identificación, de conformidad con el artículo 155 del CPC, lo cual se reitera en el artículo 150 *eiusdem*,[16] y se vincula con el artículo 1.688 del Código Civil (CC).

Por ello, si el funcionario que declara autenticado el poder y no señala qué tipo de documento le fue exhibido (fotocopia simple, copia certificada, publicación en un diario oficial), ni las fechas del documento que tuvo a la vista, ni de donde procede el documento llevado a su presencia, limitándose a mencionar los datos de registro, se puede considerar que el poder no fue otorgado conforme a lo que exige el artículo 155 del CPC, llegando a poder estimarse incluso como inexistente. De allí que, la presentación de los documentos ante el funcionario competente que autentica o registra el poder es obligatoria, por cuanto estos documentos, demuestran cómo se origina la potestad de conferir el poder, y pueden ser solicitados en exhibición por la otra parte, como lo dispone el artículo 156 del CPC. El poder ha de estar firmado por el otorgante, quien deberá también suscribir el asiento llevado con tal propósito en la oficina respectiva, conjuntamente con el funcionario que ha presenciado el acto de otorgamiento, aunque el apoderado no necesita estar presente, sino solamente identificado en el documento que le está acreditando la representación.

Del mismo modo, según lo previsto en el artículo 166 del CPC que remite a la Ley de Abogados,[17] se señala que los presidentes o representantes de sociedades cooperativas, asociaciones o sociedades civiles o mercantiles, que no fueren abogados, no podrán comparecer en juicio a nombre de sus representados sin la asistencia de abogados en ejercicio, lo cual se ha de ver en relación a los artículos 4 y 5 de la LdeA, donde se establece una prohibición para los jueces, registradores, notarios y demás autoridades civiles, políticas y administrativas, los cuales sólo admitirán como representantes o asistentes de terceros, a abogados en ejercicio para los asuntos reservados a éstos en virtud de la ley, salvo lo establecido en las leyes como las que regulan las relaciones obrero-patronales.[18]

En lo que se refiere al caso concreto de la sentencia analizada, se puede observar que no se atacó ni impugnó la manera en que fue otorgado el poder judicial, ni su validez por la forma en que se realizó el acto, sino que por el contrario, se argumentó que sobrevenida mente se extinguió el mismo por la muerte de la persona natural del otorgante que actuó en nombre de la empresa mercantil con forma de compañía anónima, ante lo cual, el fallo analizado concluyó que efectivamente había decaído la validez del mismo con tal evento y no podía interponer la acción judicial ni apelar de la decisión adversa.

---

[16] "**Artículo 150:** Cuando las partes gestionan en el proceso civil por medio de apoderados, éstos deben estar facultados con mandato o poder."
[17] Recordemos el artículo 3 de la Ley de Abogados.
[18] Los trabajadores pueden asistir a los organismos administrativos sin abogado, no así ante los órganos jurisdiccionales en los cuales se plantee una contención.

2.3 La personalidad jurídica

Desde el punto de vista del derecho, la persona jurídica es el sujeto apto para ser titular de derechos y obligaciones o deberes jurídicos, siendo susceptible de producir algunos actos con efectos o consecuencias jurídicas.[19] Por otra parte, las personas jurídicas (colectivas o morales) en sentido estricto son entes que no son individuos de la especie humana y gozan de personalidad jurídica propia, lo cual "…*es suficientes para distinguir las personas naturales de las jurídicas*…".[20]

Las personas jurídicas *latu sensu*, se clasifican en: 1) personas naturales (individuales, físicas, simples o concretas, seres humanos); 2) personas jurídicas en *stricto sensu*, colectivas, morales, complejas o abstractas que no son seres humanos y que pueden ser: A) de derecho público (artículo 19 ordinales 1° y 2° del CC), que se clasifican en: a) la Nación, b) las entidades que componen el Estado (artículos 159 y 168 de la CRBV), c) las iglesias de cualquier credo,[21] d) las universidades (artículo 12 de la Ley de Universidades) y e) los demás seres o cuerpos morales de carácter público;[22] y B) de derecho privado (artículo 19 ordinal 3° del CC), que pueden ser: a) de tipo fundacional (tienen solo un sustrato real, artículo 20 del CC) y b) de tipo asociativo en sentido amplio, que se subdividen en: i) corporaciones (reconocidas por una ley especial y de intereses colectivos), ii) asociaciones propiamente dichas (no persiguen fin de lucro) y iii) las sociedades (con fin de lucro), que pueden ser civiles o mercantiles.[23]

Así las personas morales, colectivas o jurídicas de derecho privado, son un conjunto de unión de dos o más personas (sustrato personal o miembros) que buscan un objetivo común y, para la consecución del mismo, destinan determinados bienes de manera permanente y exclusiva (sustrato material o real), que se originan a través del acuerdo de voluntades de las personas naturales, con fundamento en el derecho de asociación reconocido en el artículo 52 de la CRBV y que cumplen con los supuestos de personalidad jurídica (orden o sustrato personal o real; con una finalidad y que sea reconocido por el Estado y la ley).[24] En el presente caso, la accionante sobre la cual conoció el asunto en apelación la Sala de Casación Social es una empresa mercantil, de derecho privado de tipo asociativo y societario.

---

[19] Poles De Graciotti, Annalisa et al., *Manual de Derecho Civil: Personas*. Universidad Católica del Táchira. Fundación para el Desarrollo y Estudio del Derecho. Segunda edición, (San Cristóbal: 2013), 38-39.
[20] Aguilar Gorrondona, José Luis, *Derecho Civil Personas*, Décima edición revisada y puesta al día. Manuales de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar (Caracas: 1991), 334.
[21] Por convenio suscrito entre la Santa Sede y Venezuela, hecho ley el 26 de junio de 1964, publicado en la Gaceta Oficial N.° 27.487 del 30 de junio de 1964, y por Decreto Ejecutivo sobre el Ejercicio de la Inspección Suprema de los Cultos del 24 de octubre de 1911, igualmente se ha de tomar en consideración la Resolución N.° 031 del 1° de febrero de 1999, mediante la cual se establece que las personas, para profesar su fe religiosa y ejercer su culto, que necesiten constituir iglesias, órdenes, congregaciones o asociaciones de carácter religioso, así como las demás instituciones similares ya constituidas, para su funcionamiento en el país, deberán participarlo por escrito al Ministerio de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.º 36.640 de fecha 10 de febrero de 1999.
[22] Como los institutos autónomos.
[23] Aguilar Gorrondona, José Luis. Op. Cit., 42-.46 y 345-346. Poles De Graciotti, Annalisa. Op. Cit., 47-48.
[24] Ver sentencia de la Sala Constitucional (SC) N.° 1.852 del 5 de octubre de 2001.

Al tratarse de una persona jurídica legalmente reconocida, una vez que ha sido reconocida la personalidad jurídica del ente colectivo o moral, esta existe en contraposición a las personas que lo crearon o que lo integran, gozando de los atributos de la personalidad: 1) se les garantizan ciertos derechos fundamentales; 2) se individualizan mediante una identidad propia diferente a la de sus creadores o fundadores; 3) con patrimonio propio; 4) con su propia sede o sedes jurídicas y 5) con capacidad jurídica propia, ya que pueden realizar todos los actos jurídicos que sean necesarios para la consecución del fin por el cual han sido creadas.[25]

En este sentido, se ha de tomar en consideración lo establecido en el artículo 1.649 del CC que establece que este contrato societario es aquel por 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; lo cual se vincula con los artículos 1.651 del CC, 211 y 212 del Código de Comercio (CdeC),[26] así como los artículos 46 numeral 10 y 67 del DRVFLRN, que establecen que este contrato se ha de otorgar por documento público o privado para que pueda surtir plenos efectos, incluso contra terceros. Por lo que, al ser Agropecuaria Pogaban, C.A., una compañía anónima, debidamente registra ante el registro mercantil, posee una personalidad jurídica propia e independiente de naturaleza mercantil.

Por lo tanto, trayendo como consecuencia que posee sus propios atributos de la personalidad y que es reconocida como sujeto de derecho, ya sea que se siga la teoría de la ficción para reconocerles capacidad jurídica y de goce o que son tan personas como la persona natural, o se siga la teoría de la especialidad del fin, todas estas posiciones doctrinarias coinciden en que: 1) tienen capacidad en la esfera extrapatrimonial; 2) tienen capacidad en el ámbito patrimonial (salvo las particularidades en materia de sucesiones y donaciones)[27] y 3) en cuanto a la capacidad de obrar, aunque no tienen capacidad negocial directa ya que requiere de la actuación de sus órganos y representantes, no se duda de la existencia de la misma, así como de la capacidad delictual, lo que refuerza que no depende de las modificaciones que se produzcan en su substrato personal, de allí que tengan su razón social o nombre (sociedades en nombre colectivo o comanditas) o denominación social (sociedades anónimas o de responsabilidad limitada).[28]

---

[25] Annalisa. Op. Cit. pp. 54-55. Aguilar Gorrondona, José Luis. Op. Cit., 334-338.

[26] Gaceta Oficial N.° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

[27] Como ejemplo estarían los supuestos establecidos en el artículo 841 ordinal 1° del CC. Igualmente, sobre este aspecto Domínguez Guillén, María Candelaria, «Notas sobre la capacidad de las personas incorporales», Revista Venezolana de Derecho Mercantil N.° 3. (2019), 17, señaló:

> Las personas morales por ser entes incorporales no podrán acceder a actuaciones jurídicas típicas del ser humano en razón de su existencia material o corporal. Y así, instituciones o derechos ligados al ámbito familiar o corporal se excluyen por su naturaleza de la esfera del ente moral, tales como la filiación, el matrimonio, el concubinato, la ausencia, la no presencia, la sucesión ab intestato, el derecho a la vida o a la integridad física, la imagen, la voz, etc.
>
> Respecto de la persona incorporal solo opera la sucesión testamentaria59, no así la sucesión legal o ab intestato, inspirada en las relaciones familiares, siendo excepcional el caso de la herencia vacante a favor del Estado a falta de éstos últimos…

[28] Aguilar Gorrondona, José Luis. Op. Cit., 337-338 y 347-348.

Lo anteriormente dicho, lo deja bien en claro el artículo 201 del CdeC, al establecer que "*Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de la de los socios*", a lo cual se puede unir lo dicho por la Sala Constitucional en sentencia N.° 781 del 25 de julio de 2000, en la que dijo:

> … El derecho de asociación comprende tanto el poder de regulación o autonomía estatutaria, como el poder de decisión o autonomía decisoria.
> Ahora bien, en la medida en que las normas constitucionales no sólo rigen las relaciones de los particulares con el Estado sino, también las de los particulares entre sí, dichas normas tienen una eficacia mediata sobre estas relaciones, corrigiendo así el abuso de la autonomía privada -o autosuficiencia- que sea contraria a los principios del Estado Social.
> En tal sentido, el derecho fundamental a la asociación de un grupo (*uti universii*) enfrentado a los derechos individuales de sus asociados, se equilibran y deben ser ponderados a partir del estudio de cada tipo de asociación, trátese de asociaciones monopolísticas, las cuales se caracterizan porque ostentan posiciones de predominio dentro del ámbito social o económico, o de carácter meramente ideológico o recreativo.
> En las últimas hay un verdadero núcleo duro de autonomía privada que no admite la intervención del Estado, sino restricciones generales derivadas de normas jurídicas de estricto orden público, salvo que sus fines no sean lícitos; a diferencia de las primeras, en las cuales, de acuerdo con el principio de legalidad, el legislador puede establecer regulaciones y limitaciones sobre dichas asociaciones y los tribunales pueden revisar tanto sus estatutos, en cuanto a su legalidad y legitimidad democrática, como sus decisiones, en cuanto al respeto del procedimiento debido, la veracidad u objetividad de los hechos determinados y la claridad o racionalidad de las valoraciones realizadas por los cuerpos de decisión de dichas asociaciones …

Por otra parte, también está la sentencia de la Sala Constitucional N.° 1.852 del 5 de octubre de 2001, en la que se señaló que:

> Los Derechos Humanos, como su nombre lo indica, son propios de las personas naturales. Sin embargo, algunos de ellos se han hecho extensivos a las personas jurídicas de derecho privado, no solo por ser compatibles con la naturaleza de dichas personas, sino porque al reconocérseles, de manera mediata se preserva el derecho de asociación que tiene toda persona natural (artículo 52 constitucional), al tutelarse otros derechos inherentes a los seres humanos que se verían menoscabados, si indirectamente, debido a la existencia de personas jurídicas con personalidad distinta a la de las personas naturales que las constituyen, se permitiera que sus derechos personales que se ejercen en dichos entes y que están protegidos constitucionalmente, pudieran burlarse. Así, a las personas jurídicas le son aplicables derechos civiles, colocados dentro del Título de los Derechos Humanos de la Carta Fundamental, tales como la inviolabilidad de los recintos privados (artículo 47 constitucional), la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 48 **eiusdem**), el derecho a la defensa (artículo 49 de la vigente Constitución), el derecho a la confidencialidad (artículo 60

> **eiusdem**), o el derecho a la libertad económica (artículo 112 constitucional), por ejemplo. Al reconocérseles esos derechos, se potencia el derecho de asociación, ya que las personas naturales que se asocian se ven protegidos a su vez en dichos derechos personales, en cuanto actúan como miembros o funcionarios de los órganos de las personas jurídicas.[29] (Negrillas originales del fallo).

Por lo tanto, de lo que hemos señalado, se puede apreciar con total claridad y de manera prístina, que la identidad, capacidad y personalidad jurídica del ente colectivo, moral, complejo o abstracto, es totalmente independiente tanto de sus miembros (socios, accionistas, asociados, etc.) como de sus órganos y representantes legales (presidente, director, administrador, vicepresidente, entre otros). Por ello, se considera que la Sala de Casación Social en su decisión y que es objeto del presente trabajo, erró en su interpretación jurídica y fáctica, en la aplicación del derecho y de los hechos, al considerar que con la muerte del representante legal y miembro del órgano directivo de la empresa trajo como consecuencia la extinción del poder judicial otorgado por éste, como si lo hubiese otorgado a título personal (como persona jurídica natural) y no como representante de otra persona jurídica independiente como lo es Agropecuaria Pogaban, C.A., ante lo cual podría interponerse una solicitud revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

2.4. Extinción de la personalidad de las personas morales o colectivas

En este sentido y para dejar más en claro lo señalado en los párrafos anteriores, se procederá de manera breve y sucinta a indicar cómo se extingue la personalidad de las personas morales o colectivas, lo cual sí traería como consecuencia la extinción del mandato judicial que se hubiera otorgado por cualquiera de los representantes legales de la sociedad mercantil.

En el caso de las fundaciones, se extinguen por cumplirse el tiempo establecido para su existencia; por la imposibilidad sobrevenida (de hecho, o de derecho) para alcanzar el objeto o finalidad establecido en sus estatutos y según lo establecido en los artículos 22 y 23 del CC. Con relación a las corporaciones y asociaciones civiles y mercantiles por imposibilidad sobrevenida de alcanzar su objeto, por decisión de sus miembros o desaparición de su sustrato personal y las demás establecidas en las leyes y los estatutos.

También en lo relativo a las sociedades se extinguen de conformidad con lo establecido en los artículos 1.653, 1.673, 1.677 y 1.679 del CC. Las causas de extinción de las cooperativas (artículo 353 del CdeC) son por decisión del 75% del cuórum presente en la asamblea o reunión general (artículos 17 y 71 de la Ley Especial de Asociaciones de Cooperativas [LEAC]);[30] por imposibilidad de cumplir el objeto o haber concluido el mismo (artículo 71 numeral 2 *eiusdem*); por reducción de los asociados por debajo de 5 asociados por un período superior a un año (artículos 16 y 71 numeral 3 *ibidem*); transformación, fusión, escisión, segregación, incorporación

[29] Tribunal Supremo de Justicia. Acceso el 6 de noviembre de 2022. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1852-051001-01-0799.html.
[30] Decreto 1.440 del 30 de agosto de 2001, Gaceta Oficial N.° 37.285 del 18 de septiembre de 2001.

o disolución (artículos 26 numeral 8 y 70 a 76 de la LEAC); reducción del capital por debajo del mínimo legalmente establecido por más de un año (artículo 71 numeral 5 *eiusdem*); cuando no realice la actividad económica o social por más de dos años (artículo 71 numeral 6 *ibidem*); y cuando el pasivo supere al activo y no se pueda recuperar la cooperativa después de establecido el régimen excepcional consagrado en la ley (artículo 71 numeral 7 de la LEAC).

Por otra parte, en cuanto a la extinción de la personalidad de las personas morales o colectivas, igualmente se ha de tomar en consideración lo establecido en los artículos 340 y siguientes del Código de Comercio, que le son aplicables a las compañías anónimas, como es el supuesto del presente caso. De estos artículos, se aprecia que si la sociedad fuera simplemente una relación contractual entre los socios, su disolución sería mucho más sencilla, pero va allende a un simple contrato, ya que se trata de una colectividad que actúa en el tráfico comercial bajo la forma de una figura de una persona jurídica que se relaciona contractualmente con terceros que no son socios, generando vínculos jurídicos con estos que no se pueden cambiar o extinguir de una manera simple y por ello su desaparición está compuesta de varias fases como su disolución en sentido estricto, su liquidación y su extinción, en donde también se ha de tomar en cuenta los artículos 212 a 214, 217 y 280 *eiusdem*.

Por lo tanto, se puede observar que en el presente caso no se alegó ninguno de los supuestos para la procedencia de la extinción de la personalidad de Agropecuaria Pogaban, C.A., motivo por el cual el poder que le fue otorgado a su apoderado judicial, aún se mantenía vigente y válido para actuar judicialmente ante los tribunales debido a no haberse extinguido la misma.

2.5. La representación

La representación es un contrato (verbal o escrito, expreso o tácito) y acto unilateral que existe por la voluntad del representado con independencia de toda aceptación del representante, está regulada en los artículos 1.167 y 1.169 a 1.172 del CC (representación voluntaria directa), siendo que, con la reforma del Código Civil de 1942, se le dio una regulación diferenciada e independiente del mandato (que es un acto bilateral), pues la representación puede darse con bases distintas a las del mandato, como podría ser un contrato de obra.[31]

La representación implica, de conformidad con el artículo 1.169 del CC, el poder actuar no sólo por cuenta de o interés de otro sujeto, sino además en nombre de esta, siendo lo que se conoce como representación directa, a diferencia de la indirecta que es una mera representación de intereses, donde se actúa por cuenta del representante, pero no en nombre suyo, por lo que el tercero no tendría acción directa contra el representado, ni viceversa.[32]

La eficacia del acto que cumpla el representante en nombre del representado tiene sus límites en los poderes del representante, por lo que su habilitación o legitimación para emitir una

[31] Melich-Orsini, José. *La Representación Voluntaria*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 69. Editorial Torino, C.A. (Caracas: 2007), 16-17.
[32] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 17-18.

regulación negocial con eficacia sobre los intereses del representado (*dominus*, titular o principal de los intereses), dependerá de que su actuación sea dentro de estos límites. Acá el sujeto activo realiza el acto y el sujeto pasivo recibe los efectos de estos.[33]

El poder de representación puede fundarse en: a) su creación por el representado, según los principios de la autonomía de la voluntad, con el otorgamiento de un poder, lo que es la representación voluntaria; b) el nombramiento como órgano legitimado para la representación de una persona jurídica, lo que es la representación orgánica; y c) la ley, en un acto del poder público o en la aceptación de un cargo, entendida como representación legal.[34]

La representación orgánica o representación necesaria es la que nos interesa, como ya indicamos es el resultado de la imputación de los actos de los órganos previstos para las personas jurídicas o colectivas (artículos 19 a 23 del CC), que funge como un mecanismo de imputación de conductas de personas naturales que han sido colocadas por la ley de manera inmediata (la Nación y otras entidades políticas que la componen) o en forma mediata (por los estatutos particulares y según la ley), teniendo la posición de hacer valer lo que ellas decidan como expresión de la una voluntad abstraída de lo que hayan querido los sujetos integrantes de la colectividad, sin que exista una dualidad de sujetos (representado y representante). Igualmente, se deberá discernir junto a los poderes de gestión (conformación interna de las deliberaciones administrativas), lo relativo a los poderes de representación, que tienen como destinatarios a los terceros.[35]

En lo relativo al artículo 1.172 del CC, que excluye la necesidad de una plena capacidad del representante en materia de representación voluntaria, no se refiere a la representación orgánica, salvo cuando por la actuación de los órganos legitimados para ello la persona jurídica se hubiera servido de su legitimación para constituir representantes voluntarios y solo respecto de estos últimos.[36]

También se ha de tomar en consideración los principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016,[37] en especial la Sección 2: Apoderamiento de Representantes, en el que se señalan todas las implicaciones de validez de las actuaciones de estos representantes en nombre de sus representados.

Para las sociedades civiles y mercantiles se suelen aplicar también los artículos 1.661, 1.666 a 1.668, 1.671 y 1.672 del CC, que trae previsiones que indican cómo pudo haber sido organizada la gestión y la representación ante terceros de la sociedad civil, siendo que en el caso de las

[33] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 25-26.
[34] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 26-27.
[35] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 29-30.
[36] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 31.
[37] Estos son principios contractuales comerciales internacionales elaborados por una agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas, que se han venido actualizando desde 1995, que busca la unificación del derecho privado. Consultado en Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf, el 6 de noviembre de 2022.

sociedades mercantiles, se ha de tomar además en consideración los artículos 201, 212 ordinal 3°, 228, 230, 231, 235 y 236 del CdeC, para las sociedades en nombre colectivo o en comandita simple; los artículos 213 ordinal 8°, 240 a 243 *eiusdem*, para las sociedades anónimas o en comandita por acciones, y los artículos 214 ordinal 5°, 322 y 325 *ibidem*, para las sociedades de responsabilidad limitada, aunado a que el artículo 139 del CPC define a quién se le debe atribuir la representación orgánica de una sociedad irregular, de una asociación o de cualquier otro ente que no tenga personalidad jurídica.[38]

En el presente caso, se observa que el poder que se otorgó al apoderado judicial por parte del representante de la empresa se realizó según la *contemplatio domini*, establecida en el artículo 1.169 del CC, cumpliendo el acto en nombre de su representado, efectuándose una intervención inequívoca en la expresión de la voluntad de actuar en nombre de su representado y que éste asumiera los efectos jurídicos del negocio jurídico realizado en favor de los intereses de este último.

Efectivamente, se dieron las condiciones de validez de la representación cuando el otorgante tenía la capacidad requerida del representante y del representado, sin vicios en el consentimiento del representante ni del representado.

Incluso, en el caso en que hubiese existido algún vicio en la validez del otorgamiento del poder judicial a abogado, se pudo haber efectuado la ratificación del representado de las actuaciones efectuadas por el representante, según los artículos 1.351, 1.353 y 1.698 del CC, con lo cual se podría decir que existió una ratificación tácita por Agropecuaria Pogaban, C.A., al avalar las actuaciones del presidente de su empresa fallecido y como vía de consecuencia de las actuaciones del apoderado judicial en juicio, al no realizar ningún acto para señalar que dicho poder había sido revocado (artículos 1.704, 1.706 a 1.708 del CC) o se había extinguido, sobre todo cuando se observa el artículo 1.705 del CC, expresamente dice que el mandato conferido para la ejecución de una obligación no se extingue por la muerte del mandante y tampoco se dieron los supuestos de hecho del artículo 1.170 *eiusdem*.[39]

El artículo 1.170 del CC y el artículo 106 del CdeC, según dice Melich-Orsini:

> …nos indican que corresponde al *dominus* revocante del poder la carga de la prueba de haber llevado al conocimiento del tercero por un medio idóneo a tal fin su voluntad de revocar o de limitar el poder que había conferido a aquel con quien trató tal tercero, y que ello lo ha hecho ante de que se hubiera celebrado el acto o contrato que pretende hacerse valer en contra suya. Cuando la norma indica que tal revocatoria debe hacerse ´en la misma forma en que se otorgó la autorización´ nos dice que, así como el poder que se otorga al factor mercantil debe registrarse en el Registro de Comercio (art. 95 C.Com), lo mismo habrá de hacerse con su revocatoria o con sus limitaciones; y que

[38] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 46-47.
[39] En este punto debemos igualmente reiterar lo indicado en el pie de página 12 del presente trabajo respecto a la representación sin poder de los abogados en juicio.

lo mismo reza con el supuesto de la autorización para firmar la correspondencia, girar, aceptar o endosar letras de cambio o libramientos, suscribir obligaciones y demás autorizaciones a que alude el aparte del artículo 100 C.Com.[40]

En este sentido el artículo 106 del CdeC, se debe ver en conjunto con los artículos 19 ordinal 11° y 25 del CdeC, lo cual significa que el representante de la empresa Agroindustria Pogaban, C.A., salvo que se hubiesen dado estos supuestos, nunca dejó de representar a la empresa, dándose incluso la representación tácita de los artículos 99 y 101 del CdeC, aunque Melich-Orsini[41] considera que no le es aplicable el artículo 106 comentado a las sociedades mercantiles establecidas en el artículo 201 del CdeC, ni a las personas jurídicas en razón de su representación orgánica y por estar sujetas a sus propias reglas legales y estatutarias, con lo cual mucho más el poder fue otorgado correctamente y no perdió vigencia ni validez.

Pero además, los artículos 1.710 a 1.712 del CC, indican que lo que hace el mandatario después de la muerte del mandante sin su conocimiento es válido y que el mandatario está obligado a terminar el negocio ya comenzado en la época de la muerte del mandante, todos supuestos en los cuales a pesar de la muerte del mandante, sus actos efectuados se consideran válidos para la consecución del fin deseado, mucho más cuando se observa que se otorgó poder por el presidente y representante legal de la sociedad mercantil Agropecuaria Pogaban, C.A., al abogado actuante el 8 de agosto de 2008; que según la Sala de Casación Social en su decisión que fue presentando escrito de solicitud de nulidad del acto administrativo del INTI ante el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Guárico el 4 de junio de 2014, aunque en el siguiente párrafo de la sentencia se dice que la nulidad se ejerció el 4 de noviembre de 2019 y que el acta de defunción del presidente de Agropecuaria Pogaban, C.A., es del 11 de noviembre de 2015, con lo cual, según la primera fecha de interposición de la acción de nulidad, se produjo incluso antes del fallecimiento del mismo y ya se habían iniciado las gestiones judiciales.

2.6. La legitimación al proceso (ad procesum) y capacidad de postulación (ius postulandi)

Distinta de la capacidad de ser parte[42] es la capacidad procesal, mientras la primera la tiene toda persona física o colectiva con capacidad jurídica y de goce, la segunda la tienen las personas que detentan el libre ejercicio de sus derechos, con capacidad de obrar o de ejercicio, siendo esto establecido en el artículo 136 del CPC y el artículo 1.143 del CC.[43]

---

[40] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 137-138.
[41] Melich-Orsini, José. Op. Cit., 138.
[42] "La capacidad para ser parte en un proceso viene determinada por la personalidad, que en las personas físicas coincide con el nacimiento con vida y en las personas incorporales en su adecuada constitución conforme a Derecho. Contrariamente, dicha capacidad para ser parte desaparece con la extinción de la personalidad que apareja la muerte; y en las personas incorporales con su extinción como tales.". Domínguez Guillén, María Candelaria, «Capacidad y Proceso», Revista Venezolana Legislación y Jurisprudencia N.° 14. (Caracas: 2000), 41.
[43] Rengel-Romberg, Arístides. Op. Cit., 34-38.

Por otra parte, aunque una persona tenga capacidad procesal, esta difiere de la capacidad de postulación (artículo 3 de la LdeA), ya que puede carecerse de la facultad de gestionar por sí misma los actos en un proceso y en un tribunal, por ello, la *ius postulandi* es entendido como:

> …la facultad que corresponde a los abogados de realizar actos procesales con eficacia jurídica, mediante la representación o la asistencia. De tal suerte que la parte, aun teniendo capacidad procesal, no puede actuar por sí mismo, pues precisa de la asistencia o representación de un abogado en ejercicio legal de la profesión.[44]

La capacidad de postulación es netamente profesional y técnica, siendo exclusiva de los abogados (artículo 166 del CPC); refiriéndose a la realización de los actos procesales y no a la facultad de disposición de los derechos involucrados, salvo que expresamente esté dicha facultad (artículo 154 del *eiusdem*); por ello, el sujeto con el *ius postulandi* puede actuar en representación de la parte que tiene la capacidad procesal que la habilita para otorgar por sí misma el poder de representación al abogado; y esto se puede realizar incluso por medio de la simple asistencia (artículo 4 de la LdeA).[45]

En el caso de las personas incorporales, estas deben estar representadas de conformidad con la ley y sus estatutos, y también de abogado para actuar en juicio, ya que de no cumplirse con tales condiciones se afectaría de nulidad las actuaciones procesales. Así esta persona tiene la habilitación legal exigida para actuar en juicio y se dedica profesionalmente a la asistencia técnico-jurídica de las partes que intervienen en un proceso, en tal sentido, el representante de una compañía anónima no puede actuar en juicio en nombre del ente si no posee el título de abogado, pues el órgano o representante del ente incorporal no está habilitado para actuar en juicio si no se es profesional del derecho.

La Sala de Casación Social, consideró en el presente caso que no tenía el apoderado legitimación procesal para actuar en el juicio, por haber fenecido el poder otorgado por el representante legal de la empresa a la cual representaba por el fallecimiento del otorgante del poder, en tal sentido, se ha de tener claro, como indicamos, que la legitimación procesal es un concepto que define el acceso a un tribunal y los requisitos y circunstancias que lo permiten, según la relación con el objeto del proceso, lo cual incluye un derecho a la jurisdicción, acceso a la justicia y el derecho a llevar una acción particular ante el tribunal, motivo por el cual se trata de un término que está íntimamente relacionado con la idea de capacidad, entre ellas se diferencia en que la capacidad determina las condiciones generales para la intervención en el proceso, mientras que la legitimación define las condiciones necesarias para que ésta sea posible, en atención al derecho sobre el que se basa.

En este sentido, se ha de destacar lo que dice la profesora Domínguez cuando señala que:

---

[44] Domínguez Guillén, María Candelaria, *Capacidad y Proceso*, Op. Cit., 43-44. Igualmente se puede ver a Rengel-Romberg, Arístides, Op. Cit., 39.
[45] Rengel-Romberg, Arístides. Op. Cit., 39-41.

> La figura de la representación está presente en todas las ramas del Derecho; siempre como esencia tendremos a una persona actuando por otra y con la posibilidad de que se produzcan efectos jurídicos como resultado de las actuaciones del representante. En el Derecho Procesal el concepto de representación no es diverso al del Derecho privado. La representación que implica la realización de actos jurídicos por otro recayendo sobre este los efectos del mismo, puede ser legal o voluntaria, según la imponga la ley o medie capacidad de obrar respectivamente. Y en ambos casos podrá extenderse al ámbito judicial, que se ejerce generalmente mediante «poder»; solo excepcionalmente podrá actuarse sin ese mandato, en caso de «representación sin poder». Se alude así a representación judicial. El instrumento poder es aquel que contiene la declaración del poderdante mediante la cual constituye abogado para que lo represente en juicio. El poder está sometido a las disposiciones y formalidades de los artículos 150 a 169 del Código de Procedimiento Civil, sin las cuales no se configura como tal; puede ser «especial» para un juicio determinado, o «general» para todos los pleitos de una persona, pero en todo caso debe constar en forma «auténtica», esto es, otorgarse ante un funcionario competente como notario, registrador o juez a fin de que se tenga certeza de quien emana (artículo 151). Dicho poder debe expresar claramente el objeto, las facultades, las limitaciones y demás circunstancias pertinentes del caso, a fin de que la representación no envuelva dudas.[46]

Además, el artículo 140 del CPC dice que nadie puede hacer valer en juicio un derecho ajeno, salvo los casos previstos por la ley, debiéndose distinguir entre legitimación con la titularidad del derecho controvertido. De allí que, el artículo 136 del CPC y los artículos 12, 13 y 40 de la LdeA, disponen que son capaces para obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, que podrán gestionar por sí mismas, con la asistencia de abogado, salvo el interviniente sea abogado, o por medio de apoderados, observando las limitaciones y excepciones establecidas en la ley.

Lo anterior se vincula con los derechos de acceso a la justicia y a la defensa reconocidos en los artículos 26 y 49 ordinal 1° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), por lo que cuando se otorga un poder a un abogado, se le confiere presumiéndose que se otorga para todas las instancias y recursos ordinarios y extraordinarios según lo establece el artículo 153 del CPC, aunque podría contener algunas limitaciones que impiden al apoderado proceder libremente en sustitución de la voluntad del conferente del poder, por cuanto sus actuaciones fuera de los parámetros establecidos, se considerarían sin ningún efecto con relación a su poderdante y así se podrían oponer a los terceros (salvo la ratificación por el interesado que confirió el poder).

En consecuencia, aunque las facultades no consten en el poder, pero sí en los instrumentos que se refieren en éste (atribuciones estatutarias conferidas al administrador o personero poderdante; mandato conferido al sustituyente o a quien da poder a nombre de otro) surtirán efectos

[46] Domínguez Guillén, María Candelaria, *Capacidad y Proceso*, Op. Cit., 53-54.

procesales, siempre y cuando se hayan llenado los requisitos que la ley indica para producir esos efectos frente a terceros, independientemente que su fecha y demás datos de registro hayan sido mencionados o no por el funcionario que autorizó el otorgamiento del poder, pero se puedan demostrar y comprobar. Por eso son importantes las facultades dadas a un administrador o presidente de una empresa por sus estatutos, igualmente es transcendental que al otorgar el poder se reflejen en el documento y se muestren los documentos que facultan para otorgar dicho poder, ya que pueden ser parte de las atribuciones que se confieren de esas que le fueron dadas en el documento estatutario; si no constan podría ser objeto de impugnación.

Sin embargo, existen limitaciones legales establecidas en el artículo 154 del CPC, que facultan al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma, así como para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio; todo lo cual requerirá de facultades expresas, aunado a otras situaciones procesales en que también se necesita facultad expresa, como en el caso del artículo 217 *eiusdem*, para que el apoderado del demandado pueda darse por citado.

De allí que, si se considera que el poder no cumple con los requisitos de ley, es muy frecuente la solicitud de exhibición de los recaudos enunciados en el poder, mediante la impugnación de este, lo que debe hacerse en la contestación de la demanda o en la primera oportunidad en que la parte ocurra al proceso para actuar como representante judicial de su otorgante, en razón de que si se permite que el apoderado actúe con un poder insuficiente, posteriormente no podrá hacerse uso de la impugnación, convalidándose el contenido del poder (artículo 156 del CPC), ya que de no hacerse de conformidad con lo establecido en la ley el poder se tendrá por válido y eficaz, sobre todo porque la impugnación del mandato judicial está creada para demostrar si la persona que otorgó el poder en nombre de otra, detenta la representación que dice tener, ya que, tal impugnación no está prevista por el legislador para atacar simples defectos de forma en la elaboración el poder.[47]

Aunado a lo anteriormente expuesto, la Sala Político Administrativa en sentencia N.° 353 del 26 de febrero de 2002,[48] señaló ante el planteamiento de la interposición de una demanda en la que el apoderado actor no tenía ese carácter para el momento de introducir la demanda y sólo fue después de ese acto que el demandante le confirió la representación, dijo:

> Efectivamente, existe una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos o la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que en doctrina se denomina documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda. En tales supuestos la ley asigna a esos instrumentos, no solo la función de medios de pruebas, sino que los

[47] En este sentido se puede ver la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N.° 215 del 1° de diciembre de 2020.

[48] Tribunal Supremo de Justicia. Acceso el 7 de noviembre de 2022. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00353-260202-15121.htm.

requiere para realizar un determinado acto procesal, como lo sería la admisión de la demanda.

Sin embargo, para el caso específico del poder que acredite la representación del actor, si bien la ley exige la presentación del mismo junto con el libelo, no es menos cierto que conforme a los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, su no consignación o la presentación de un poder defectuoso no puede bajo ningún motivo acarrear la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que en primer lugar, no se trata de uno de los supuestos que contempla la norma procesal, aunado a que conforme a los artículos 164 y 350 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.698 del Código Civil, los actos realizados sin poder o con uno que adolezca de vicios pueden, como regla general, ser ratificados. Y es el caso que, en la oportunidad de subsanar las cuestiones previas opuestas, la actora consignó los recaudos de los cuales deriva su representación y ratificó las actuaciones realizadas por sus apoderados judiciales, con lo cual se ha convalidado el eventual vicio que dicho instrumento pudiera contener. Así se decide.

(Omissis)

Por lo que se refiere a la cuestión previa contenida en el ordinal 3º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del actor, por no tener capacidad necesaria para ejercer poderes en juicio, o por no tener la representación que se atribuya, o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente, la Sala observa lo siguiente: Los motivos en los que se fundamentó la referida cuestión previa se circunscriben a que los abogados que fungieron como apoderados judiciales de la demandante carecían de poder para representarla y en consecuencia, sus actuaciones son írritas y no pueden ser subsanadas. En efecto, alegaron que "No se trata de un negocio que hizo un representante sin poder, el cual es susceptible de ratificación, sino de una actuación que se verificó sin tener la potestad necesaria para llevarla a cabo, lo cual no es objeto de subsanación...".

Igualmente, indicaron los demandados que tanto el poder anexado adjunto al escrito libelar, como el poder apud acta otorgado a los abogados Feliz Antonio Bravo Mayol, Adriana Falabella Herrera y Félix Enrique Bravo Hevia, carecían de las formalidades establecidas en el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en tales instrumentos no se evidencia de modo alguno "...ni las facultades del Presidente de la citada empresa, ni la condición de Presidente de la misma del referido ciudadano Homero Toro Boscán, ni las correspondientes autorizaciones del órgano directivo de dicha empresa para el otorgamiento del aludido poder...", es decir que en los mismos nada se señala respecto a los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que acreditan la representación que ejerce, por lo que solicitan se declaren írritas las actuaciones llevadas a cabo por los mencionados abogados.

Al respecto, debe reiterar nuevamente esta Sala que los actos realizados sin poder o con un poder defectuoso pueden, como regla general, ser ratificados conforme a los artículos 164 y 350 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.698 del Código Civil. Y es el caso que en la oportunidad de subsanar las

cuestiones previas la actora acompañó copia certificada y original del Documento Constitutivo y Estatutos Sociales de su representada, debidamente protocolizados ante el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, en fecha 10 de mayo de 1985, bajo el Nº 22, Tomo 27 – A Sgdo, publicado en el Diario Comunicación Legal, Nº 1.544, de fecha 14 de mayo de 1985, así como de las Actas de Asamblea Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas de Inversiones Veserteca, C.A, de las cuales se evidencia que la administración que ejerce de la accionante, está vigente hasta el 31 de enero de 2002, y que con fundamento en la Cláusula Séptima de los Estatutos Sociales de **INVERSIONES VERSETECA, C.A.,** le está atribuida la facultad para nombrar representantes jurídicos especiales o generales, otorgándoles todas las atribuciones que crean convenientes para la mejor defensa y representación de su representada. Asimismo, se evidencia del escrito de subsanación de las cuestiones previas que la parte actora procedió, en esa oportunidad, a ratificar todas y cada una de las actuaciones procesales realizadas con ocasión del presente juicio.

De manera, que siendo ello así esta Sala debe necesariamente declarar subsanada la anterior cuestión previa.

Sin embargo, no puede pasar inadvertido que la falta de consignación del poder que acredita la representación de la parte actora al momento de introducir la demanda es una omisión que debe ser tenida en cuenta por los jueces para proceder a la admisión de la misma, toda vez que si bien es cierto que tales defectos u omisiones pueden, como regla general, ser subsanados, el carácter excepcional de la situación descrita conduce a una interpretación restrictiva de dicha posibilidad, pues lo contrario pudiera dar lugar a un estado de inseguridad jurídica en el que cualquier persona podría ejercer derechos ajenos en juicio sin la debida legitimación. De manera que, debe esta Sala en esta oportunidad exhortar a los operadores judiciales para que no den curso a aquellas demandas en las cuales la parte accionante no haya cumplido con lo pautado en el ordinal 8º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, en lo relativo a la exigencia de que junto al libelo sea consignado el poder respectivo. Por otra parte, debe esta Sala, en esta oportunidad, llamar la atención al apoderado judicial de la demandante, en el sentido de que dicho abogado incurrió en una falta de probidad al señalar en el libelo respectivo que acompañaba el poder que acreditaba su representación y no obstante lo expuesto el mencionado instrumento fue otorgado en fecha posterior, situación esta última que constituye una afirmación falsa que no se compagina con la realidad procesal reflejada en las actas del expediente. Así se decide.

De esta manera, se puede observar que la Sala Político Administrativa ha indicado, que de conformidad con los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, la no consignación o presentación de un poder defectuoso no puede bajo ningún motivo acarrear la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que en primer lugar, no se trata de uno de los supuestos que contempla la norma procesal para su inadmisibilidad, junto a que según los artículos 164 y 350 del CPC, en concordancia con el artículo 1.698 del CC, los actos realizados sin poder o con uno que adolezca

de vicios pueden, como regla general, ser ratificados conforme a los artículos 164 y 350 del CPC, en concordancia con el ya mencionado artículo 1.698 del CC.[49]

En este sentido, el apoderado de Agropecuaria Pogaban, C.A., se encontraba legitimado para actuar en dicho juicio, ya que él sí consignó un poder debidamente otorgado, e incluso, aunque se considerara que dicho poder hubiese perdido validez y vigencia (lo cual no fue así, como lo hemos indicado en razón a todo lo indicado en los párrafos anteriores), dichas actuaciones podrían haber sido ratificadas en juicio, además de haberse cumplido con las condiciones que se han de dar para actuar sin representación en un proceso judicial.

2.7. Inadmisibilidad de la acción

La admisibilidad de la demanda se encuentra vinculada a la economía procesal, al tratarse de una facultad que tienen los jueces para determinar si la demanda, acción o petición que se efectúa ante los órganos judiciales debe ser objeto o no de un proceso, para evitar la sustanciación de un asunto, que desde sus inicios puede considerarse como innecesario sustanciarlo por infundado, en razón de que la pretensión contenida en la demanda no podrá ser declarada bajo ningún supuesto conforme a derecho y ser incapaz desde el punto de vista jurídico de ser favorable al demandante. De allí que, las causas por la cuales se ha de considerar inadmisible se deben fijar de manera taxativa por la ley.

La Sala de Casación Social consideró que era inadmisible la demanda, debiéndose tener en consideración que la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (LTDA)[50] en su artículo 162, establece cuáles son las causales por las cuales las demandas pueden ser inadmitidas, y en su numeral 9 señala "Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuye el actor".[51]

En este sentido, efectivamente el ordenamiento jurídico permite que de detectarse por parte del juzgador el incumplimiento de poseer la representación legal otorgada de la manera adecuada puede proceder a declarar inadmisible la acción interpuesta, pero en el presente caso se puede observar que ello no ocurrió debido a que el representante de la empresa actuó con plenas facultades, la personalidad jurídica del presidente de la compañía como persona natural es distinta

[49] Acá reiteramos que se ha de tomar en consideración lo ya indicado en el pie de página 12 sobre este punto.
[50] Gaceta Oficial N.° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.
[51] Sobre este aspecto se puede observar las sentencias de la SCS N.° 26 del 9 de marzo de 2022, que pueden ser consultadas en la página de internet del Tribunal Supremo de Justicia, http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scs/marzo/315961-026-9322-2022-13-1584.html&palabras=art%EDculo_162%20ley_de_tierras; la N.° 323 del 20 de marzo de 2014, consultada en http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scs/marzo/162151-0323-20314-2014-12-525.html&palabras=art%EDculo_162%20ley_de_tierras; la N.° 152 del 23 de marzo de 2015, http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scs/marzo/175654-0152-23315-2015-12-1627.html&palabras=art%EDculo_162%20ley_de_tierras; la N.° 569 del 24 de mayo de 2011, http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scs/mayo/0569-24511-2011-09-1269.html&palabras=art%EDculo_162%20ley_de_tierras; la N.° 581 del 26 de mayo de 2011, http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scs/mayo/0581-26511-2011-09-1059.html&palabras=art%EDculo_162%20ley_de_tierras, entre muchas otras.

de la de su representado, la extinción de la personalidad del primero no afecta al segundo, el representante judicial actuó conforme a derecho, con legitimación procesal y con *ius postulandi*.

2.8. Multas judiciales y procedimiento de ejecución

Estimó la Sala de Casación Social que vista la supuesta irregular actuación del abogado recurrente y accionante en el ejercicio del recurso de nulidad, al haber dado inicio a un procedimiento jurisdiccional, procurando para ello ostentar un poder que supuestamente estaba extinto por muerte de su otorgante, y querer darle continuidad a un juicio del cual aparentemente carecía de facultad para ser representante judicial de la empresa mercantil, considerando eso un irrespeto hacia la majestad del poder judicial, al intentar dicha acción y aparentemente burlarse de la buena fe de los operadores de justicia, en detrimento del artículo 170 del CPC sobre la lealtad y probidad, ante esa conjeturada temeraria e irrespetuosa actuación, le impuso multa de cien unidades tributarias (100 UT) conforme a los artículos 121 y 125 de la LOTSJ.

La multa se refiere a una manifestación de la potestad punitiva que posee el Estado y que es una manifestación del monopolio que posee del poder coercitivo y reproche social hacia la conducta de quien quebranta el orden público. En este sentido constituye generalmente una sanción pecuniaria impuesta al sujeto como consecuencia de una conducta punible o por incumplimiento de un deber, debiendo estar sus elementos determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, lo cual incluye la cuantía y los posibles reajustes que se puedan efectuar, ante lo cual es el propio Estado y no los particulares, los que definen sus elementos estructurales, las condiciones para su imposición y la cuantía de la misma, mucho más porque cuando las multas son coercitivas son medios dirigidos a forzar la voluntad de un sujeto.

Además, debe existir una relación directamente proporcional entre la gravedad de las medidas de la sanción que afecta la esfera jurídica del particular, y las garantías de éstos y a las cuales se encuentra sometida. Por eso, el régimen sancionador penal que es más enérgico y grave en sus sanciones está sujeto a una serie de formas y formalismos más estrictos para el ejercicio de esta forma de potestad punitiva. En las sanciones que aplica la Administración, se encuentran sujetas a un sistema de principios y garantías (equidad, proporcionalidad, igualdad, legalidad, entre otras.) matizados o más atenuados donde se debe respetar el procedimiento administrativo sancionador. Lo anterior es distinto a la serie de actos desfavorables que emanan de los órganos de la Administración del Estado, pero que no constituyen sanción en sentido estricto, ya que en el ejercicio de las funciones que le son propias, puede adoptar una serie de actos que afectan la esfera jurídica de los particulares, sin que todos ellos sean necesariamente expresión de un poder punitivo o sancionador.

Sobre este tipo de multas las Sala Político-Administrativa en su decisión N.° 00470 del 22 de septiembre de 2022, señaló que:

> Igualmente, en las sentencias números 01094 y 00262 de fechas 20 de junio de 2007 y 22 de febrero de 2011 (ambas referidas al caso: *Agencias Generales Conaven*,

> *S.A.)*, esta Superioridad señaló que dada la naturaleza, objetiva del tipo infraccional (multa) previsto en el numeral 6 del artículo 121 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas de 2008, la imposición de la referida sanción no requiere un procedimiento administrativo, por cuanto la particular naturaleza de las sanciones pecuniarias de este tipo supone un tratamiento sumario e inmediato.
> Omissis
> Del análisis concordado de las normas precedentemente descritas, advierte esta Alzada que las mismas no contemplan, *per se*, un procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones en esta materia. No obstante, y aun cuando resulta una obligación de la Administración Aduanera respetar los derechos constitucionales de los administrados y las administradas, en particular, el derecho a la defensa y al debido proceso, estima este Alto Tribunal que ante tales supuestos de ausencia de normas y procedimientos, debe atenderse estrictamente a lo previsto en la norma de la materia que está siendo objeto de análisis y no a un tratamiento genérico sobre dicho asunto (*vid.* sentencia de la Sala Político-Administrativa número 01304 del 19 de octubre de 2011, caso: *P&O Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A.*).

En el fallo analizado, se observa que se impuso una multa por la supuesta actuación reprobable, señalando que la multa podrá ser reclamada por escrito ante la SCS dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, a tenor de lo previsto en el artículo 125 de la LOTSJ, así como que, en caso de no cumplir voluntariamente la sanción pecuniaria, el Estado por órgano de la Procuraduría General de la República procedería a exigir el pago inmediato de la multa impuesta, valiéndose para ello del procedimiento de cobro ejecutivo establecido en los artículos 226 y siguientes del Código Orgánico Tributario.[52]

Sobre este particular, solamente señalaremos que con la imposición de dicha multa no se hace análisis alguno respecto a su proporcionalidad respecto a la sanción impuesta para colocar ese monto de 100 unidades tributarias, siendo el mismo establecido de manera totalmente discrecional, pero además, es que dicha multa nunca debió ser impuesta en razón de que dicho abogado nunca actuó sin legitimación, con mala fe o falta de probidad, sino que por todo lo contrario, actuó conforme a derecho, con lo cual se le estableció una sanción injusta, ilegal y desproporcionada, siendo que siempre se han de respetar los derechos constitucionales del sancionado, tal cual como lo indicó la sentencia comentada.

CONCLUSIONES

De lo analizado en los párrafos anteriores podemos observar que la sentencia N.° 199 que se dictó el 21 de octubre de 2022, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, hizo unas afirmaciones sobre la representación judicial del abogado representante de la parte actora (una empresa mercantil), la validez del poder judicial otorgado, la legitimación procesal a la causa de apoderado judicial y efectuó la imposición de una multa judicial a éste.

[52] Gaceta Oficial N.° 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

Dicha sentencia no hizo un adecuado análisis de la figura de la representación judicial o procesal concebida como la facultad para actuar ante el órgano jurisdiccional, en interés de la persona jurídica o natural que la concede por parte del abogado, constituido como apoderado, el cual puede realizar los actos jurídicos y procesales dentro de un juicio en el que toma parte en nombre del que le otorgó el poder, siendo que para el caso concreto se observa que la SCS al no estudiar este aspecto consideró que sí se trataba de una representación legal la que efectuaba el abogado en favor de la empresa que representaba.

En tal sentido, tampoco procedió a efectuar un análisis de la validez del poder que se diera al profesional del derecho en cuanto a sus requisitos de forma y de fondo relativas a que el poder que se otorgue a un abogado cumpla con las obligaciones de ley para el ejercicio profesional y que dicho instrumento fuese otorgado en forma pública o auténtica, según las exigencias de ley señaladas previamente; así como no se impugnó la manera en que fue otorgado el poder judicial, ni su validez por la forma en que se realizó el acto, sino que por el contrario, se argumentó que sobrevenida mente se extinguió el mismo por la muerte de la persona natural del otorgante que actuó en nombre de la empresa mercantil en forma de compañía anónima, ante lo cual, el fallo analizado concluyó que efectivamente había decaído la validez del mismo con tal evento y no podía interponer la acción judicial ni apelar del fallo adverso.

En lo relativo a la personalidad jurídica del otorgante del poder, no analizó ni observó que al tratarse de una empresa mercantil, de derecho privado de tipo asociativo y societario, es totalmente un sujeto apto para ser titular de derechos y obligaciones o deberes jurídicos, independiente tanto de sus miembros (socios, accionistas, asociados, creadores, fundadores, etc.) como de sus órganos y representantes legales (presidente, director, administrador, vicepresidente, entre otros), siendo susceptible de producir actos con efectos o consecuencias jurídicas distinta a las personas jurídicas que lo integran, por lo que goza de personalidad jurídica propia, que se origina a través del acuerdo de voluntades de las personas naturales y al derecho de asociación establecido en la CRBV, la cual está legalmente reconocida, y que existe en contraposición a las personas que lo crearon o que lo integran, gozando de los atributos de la personalidad, la cual se individualizan mediante una identidad propia y con capacidad jurídica propia, aunque no tienen capacidad negocial directa ya que requiere de la actuación de sus órganos y representantes, por lo que la SCS erró en su interpretación jurídica y fáctica, en la aplicación del derecho y de los hechos, al considerar que con la muerte del representante legal y miembro del órgano directivo de la empresa trajo como consecuencia la extinción del poder judicial otorgado por éste, como si lo hubiese otorgado a título personal (como persona jurídica natural) y no como representante de otra persona jurídica independiente como lo es Agropecuaria Pogaban, C.A., ante lo cual podría interponerse una solicitud de revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Tampoco la SCS estimó que se hubiese producido la extinción de la personalidad de dicha sociedad mercantil, ni se alegó ninguno de los supuestos para la procedencia de la extinción de la personalidad de Agropecuaria Pogaban, C.A., motivo por el cual el poder que le fue otorgado a su

apoderado judicial, aún se mantenía vigente y válido para actuar judicialmente ante los tribunales debido a no haberse extinguido la misma.

Por otra parte, no se consideró que existiera una falta de representación por parte del presidente de la empresa mercantil que otorgó el poder judicial, por lo que dicho representante de la sociedad mercantil tenía el poder de actuar por cuenta de o interés de la empresa que representaba, en nombre de esta, tratándose de una representación directa, estando estatutariamente habilitado y legitimado para emitir un acto negocial con eficacia sobre los intereses de su representado ya que tenía según su cargo el nombramiento de actuar como órgano legitimado para la representación de Agropecuaria Pogaban, C.A., ejerciendo la representación orgánica, teniendo la posición de hacer valer lo que él decida como expresión de la voluntad abstraída de los sujetos integrantes de la colectividad y según los principios de UNIDROIT y la *contemplatio domini*, con lo cual efectuó una intervención inequívoca en la expresión de la voluntad de actuar en nombre de su representado y éste debe asumir los efectos jurídicos del negocio jurídico realizado en favor de sus intereses, por lo que se dieron las condiciones de validez de la representación cuando el otorgante tenía la capacidad requerida del representante y del representado, sin vicios en el consentimiento del representante ni del representado.

Además, aunque hubiese existido algún vicio en la validez del otorgamiento del poder judicial a abogado, se pudo haber efectuado la ratificación del representado de las actuaciones efectuadas por el representante, lo cual significa que el representante de la empresa Agroindustria Pogaban, C.A., nunca dejó de representar a la empresa, dándose incluso la representación tácita, por lo que a pesar de la muerte del mandante, sus actos efectuados se consideran válidos para la consecución del fin deseado, mucho más cuando se observa que se otorgó poder por el presidente y representante legal de la sociedad mercantil Agropecuaria Pogaban, C.A., al abogado actuante el 8 de agosto de 2008; que según la Sala de Casación Social en su decisión fue presentando el escrito de solicitud de nulidad del acto administrativo del INTI ante el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Guárico el 4 de junio de 2014, aunque en el siguiente párrafo de la sentencia se dice que la nulidad se ejerció el 4 de noviembre de 2019 y que el acta de defunción del presidente de Agropecuaria Pogaban, C.A., es del 11 de noviembre de 2015, con lo cual, según la primera fecha de interposición de la acción de nulidad, se produjo incluso antes del fallecimiento del mismo y ya se habían iniciado las gestiones judiciales.

Asimismo, dicho abogado tiene la capacidad de postulación o *ius postulandi*, siendo que corresponde a los abogados realizar actos procesales con eficacia jurídica, mediante la representación o la asistencia, pero incluso, según los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, la no consignación o presentación de un poder defectuoso no puede bajo ningún motivo acarrear la inadmisibilidad de la demanda, porque los actos realizados sin poder o con uno que adolezca de vicios pueden, como regla general, ser ratificados, pero además en el dicho expediente el apoderado de Agropecuaria Pogaban, C.A., se encontraba legitimado para actuar en dicho juicio, ya que él sí consignó un poder debidamente otorgado.

Debido a todo lo anterior, no se considera que era procedente declarar la inadmisibilidad de la demanda y mucho menos multar al abogado, ya que en ningún momento actuó con irrespeto, de manera temeraria contra la majestad del poder judicial, ni intentó burlarse la buena fe de los operadores de justicia en detrimento de la lealtad y probidad exigida en el artículo 170 del CPC.

En definitiva, el considerar que porque falleció el representante de la empresa que otorgó el poder judicial en nombre de ésta al abogado, trae como consecuencia la extinción e invalidez del mismo, a pesar de que se trata de dos personas distintas e independientes, traería como resultado estimar que produciría a su vez otros absurdos bajo ese mismo razonamiento, como que al fallecer dicho representante los contratos laborales, civiles y mercantiles que hubiese suscrito fenecen también o que la compañía ya no tiene obligaciones tributarias por haber muerto el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gorrondona, José Luis, *Derecho Civil Personas*, Décima edición revisada y puesta al día. Manuales de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar (Caracas: 1991).

Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Monografías Jurídicas 55. Cuarta reimpresión, https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/05/doctrina28730.pdf

Domínguez Guillén, María Candelaria, «Notas sobre la capacidad de las personas incorporales», Revista Venezolana de Derecho Mercantil N.° 3. (2019).

Melich-Orsini, José. *La Representación Voluntaria*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 69. Editorial Torino, C.A. (Caracas: 2007).

Parilli A., Oswaldo, «Modos de representación procesal». Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/5/deryso_2004_5_133-162.pdf.

Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf.

Poles De Graciotti, Annalisa et al., *Manual de Derecho Civil: Personas*. Universidad Católica del Táchira. Fundación para el Desarrollo y Estudio del Derecho. Segunda edición, (San Cristóbal: 2013).

Rengel-Romberg, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II. Teoría General del Proceso. Editorial Arte (Caracas: 1995).

Bolsas de comercio, valores y exchanges de criptoactivos

Víctor Guidón Guerrero*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 111-146

Resumen: Desde la perspectiva de las leyes venezolanas en materia de valores y criptoactivos, el autor analiza la regulación de las bolsas desde sus orígenes y las compara, teniendo en cuenta no solo la semántica del término *exchange* sino, las reglas para su constitución y funcionamiento, las relativas a sus participantes, a los instrumentos financieros que se negocian y trae a la investigación académica las medidas recientes que están tomando o proponiendo los legisladores en los EE. UU. y la UE.

Palabras clave: Bolsas, Plataformas de Intercambio, Tecnología de Asientos Descentralizados

Commercial exchanges, stock exchanges and crypto exchanges

Abstract: *From the perspective of the Venezuelan laws regarding securities and crypto assets, the author analyzes regulation of exchanges from its origins and compares them, taking into account not only the semantics of the term exchange, but the rules for incorporation and operation, those related to their participants, to the financial instruments that are traded, and brings to the academic investigation the recent measures that are either taking or proposing legislators in the US and the EU.*

Keywords: *Stock Exchanges, Crypto Exchanges, Distributed Ledger Technology.*

Recibido: 24/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* Abogado. Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. 1993. LL.M. International Banking Laws Universidad de Boston. 1995. Estudios de Derecho Corporativo, Análisis de Estados Financieros y Contabilidad Financiera de la Escuela de Extensión de la Universidad de Harvard. 1994. Profesor Derecho Mercantil I UJMV 2008-2015. Profesor Invitado a la Maestría Derecho Mercantil de la Universidad Católica del Táchira; Cátedra Derecho de Sociedades, 2012, 2015. Profesor Invitado de la Universidad Católica del Táchira; Cátedra Derecho Financiero, 2014. Profesor de Derecho de las Obligaciones y Derecho Mercantil I Universidad Central de Venezuela desde 2015 y 2016 respectivamente.

Bolsas de comercio, valores y exchanges de criptoactivos

Víctor Guidón Guerrero*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 111-146

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 1.1. Regulación de las bolsas de comercio en la legislación venezolana. 1.2.Regulación de las bolsas de valores en la legislación venezolana. 1.3.Los Exchanges. 2. LAS BOLSAS DE COMERCIO. 2.1.Definición. 3.LAS BOLSAS DE VALORES.3.1.“Valores”admitidos a cotización en las bolsas. 3.1.1.Criptovalores.3.2.Elementos de la definición de las bolsas de valores. 3.3.Requisitos para la constitución y funcionamiento de las bolsas de valores. 3.4.La bolsa de valores estatal: Bolsa Pública de Valores Bicentenaria.3.5.La bolsa agrícola. 4. LOS EXCHANGES. 4.1.Definición. 4.2.Los exchanges en Venezuela. 4.2.1. Elementos de las definiciones de exchange en las Normas. 4.2.2.Otros elementos relacionados con la operación de las Casas de Intercambio. 4.3. ¿Pueden los exchanges constituirse como bolsas de comercio? 4.4. ¿Podrían los exchanges constituirse como bolsas de valores? 4.5. ¿Podrían las criptomonedas y criptoactivos negociarse en las bolsas de valores?. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la bolsa en nuestra legislación nace de la reproducción de la legislación extranjera sobre una actividad sin arraigo en un país de empresas principalmente familiares. Contados con los dedos de una mano son los autores locales que se dedicaron a la investigación en materia de mercado de valores; otros, esporádicamente trataron casos específicos o la interpretación de decisiones o asuntos que revestían importancia para ellos en un momento determinado, también agregando valor a la formación de ideas sobre un mercado que, se ha tratado de estimular a través de los beneficios fiscales, de las omisiones en disposiciones sobre control cambiario y en algunos casos de la desnaturalización de sus instituciones.

Siendo que la regulación del mercado de capitales constituye una intervención en la actividad económica de los particulares, no se ha encontrado el equilibrio que permita normar para estimular y desarrollar el mercado sin que ello repercuta en daños a la economía por lo que, como se puede deducir, la actividad vive en un torpor, que con espasmos frenéticos vuelve siempre a caer en ese letargo.

---

* Abogado. Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. 1993. LL.M. International Banking Laws Universidad de Boston. 1995. Estudios de Derecho Corporativo, Análisis de Estados Financieros y Contabilidad Financiera de la Escuela de Extensión de la Universidad de Harvard. 1994. Profesor Derecho Mercantil I UJMV 2008-2015. Profesor Invitado a la Maestría Derecho Mercantil de la Universidad Católica del Táchira; Cátedra Derecho de Sociedades, 2012, 2015. Profesor Invitado de la Universidad Católica del Táchira; Cátedra Derecho Financiero, 2014. Profesor de Derecho de las Obligaciones y Derecho Mercantil I Universidad Central de Venezuela desde 2015 y 2016 respectivamente.

De esa actividad enardecida y de prioridades que últimamente cambian con frecuencia, se promulgan leyes, pero no se dictan o adaptan las normas que ella ordena por lo que, son muchas veces contradictorias entre ellas y con el mismo estatuto. En otros supuestos, el desarrollo de lo dispuesto no tiene en cuenta conceptos jurídicos existentes o procede de figuras del derecho extranjero que no se desarrollan en el texto o se desarrollan de manera incompleta.

Casi lo mismo sucede con las normas dictadas para regular la actividad que tiene como base la tecnología de asientos descentralizados sobre la cual se basan los criptoactivos y las actividades de intercambio con ellos, pero se adhiere el desafío de que, si bien la evolución de las bolsas fue paulatina la de las plataformas de intercambio no lo ha sido. Ello debido a los avances de la tecnología. La posibilidad de negociar activos a través de plataformas tecnológicas al día de hoy se ha facilitado y multiplicado. Mientras ayer ese privilegio de la economía liberal pertenecía a un *"gentlemen's club"*, ahora la tecnología de asientos descentralizados ha puesto esta alternativa en las manos de cualquiera que pueda manejarla y pretenda ejercer la actividad comercial, colaborando con aquellos que intercambian criptoactivos basados en esa tecnología.

El presente trabajo, desde el punto de vista del derecho patrio, trata de complementar el que sobre las bolsas realizara el profesor Goldschmidt y los investigadores que ampliaron esa obra momento posterior, añadiendo con el estudio sobre la posibilidad de intercambio de criptovalores, el necesario tratamiento de las plataformas de intercambio de criptoactivos todo, incluyendo normas del derecho comparado, específicamente del americano y del comunitario europeo, que permitan poner en contexto el espíritu de las disposiciones existentes, de una manera que requiere detalles por la complejidad de los temas.

La aspiración es adherir a la discusión sobre las bolsas y las plataformas de intercambio (¿bolsas?) un análisis científico que permita la creación de normas coherentes que redunden en seguridad jurídica para el desarrollo del país.

1. Breves antecedentes históricos

Los datos que se citan acerca de los orígenes de la bolsa, muchas veces son contradictorios, especialmente cuando se revisa la doctrina comparada. Por ello, se hace necesario extraer los puntos sobre los cuales la mayoría coincide.

Octavio Igartúa Araiza afirma,

> *Es sin duda la de Amberes la primera bolsa moderna. Las ferias de Amberes datan de 1460 y tenían lugar, como solía ser habitual en casi todas, cuatro veces al año. Amberes toma el relevo de Brujas en el primer plano comercial y llega a ser el primer centro de exportación de productos laneros procedentes de los Países Bajos, la sede de numerosas colonias de casi todos los países europeos, y el punto preferido para la distribución de los productos provenientes de la India, a través del Puerto de Lisboa.*
>
> *Las actividades bursátiles se inician hacía 1488, y ya en 1515 hay constancia de reuniones de comerciantes al abrigo de las galerías porticadas; pero es hasta 1531 cuando se decide construir en la ciudad la primera bolsa en el nuevo sentido del*

término, buscando la localización de un centro dónde realizar, en terreno propio, las mismas negociaciones que venían realizándose al aire libre, y en la plaza pública; en el año 1592 apareció un primer boletín con la lista de las distintas cotizaciones en curso boletín por supuesto simplemente manuscrito. En la bolsa de Amberes se desarrollaron las típicas operaciones bursátiles que ya se conocían en ferias y lonjas y se introdujeron otras nuevas, al mismo tiempo que se daba rienda suelta al juego y a la especulación.

La compañía Holandesa de las Indias Orientales, fundada en 1602 cotiza sus acciones por primera vez en 1610 y fueron objeto de una enorme especulación en función de la incertidumbre del dividendo.[1]

Según relata el profesor Joaquín Garrigues,

Desde muy antiguo solían los comerciantes reunirse en un día determinado y en un determinado lugar para concluir negocios y tratar de los asuntos que interesaban a su profesión. Estos lugares de contratación estaban en las grandes ciudades mercantiles del norte de Italia, en las cuales desde el siglo XII se desarrollaba una especie de tráfico bursátil vinculado a las mesas de los cambistas y banqueros. Pero la organización moderna de las Bolsas arranca del siglo XVI. En Londres se construye la Bolsa en el año 1570, y un año después la Lonja de Barcelona se convierte en una verdadera casa de contratación.[2]

En el mismo sentido continúa Igartúa Araiza diciendo:

En Francia, en el siglo XVI surge la bolsa de Lyon, capital económica del reino; sin embargo, con el establecimiento oficial de la bolsa de París, el declinar de los Países Bajos y el encumbramiento de la bolsa de Londres, se asistiría al enfrentamiento de dos modos de entender la institución bursátil: el oficialista francés y el privado de los ingleses.

En los Estados Unidos durante una primera época fue Filadelfia el primer centro comercial y financiero del país, así como la capital política; durante dicho período, dos de los mayores bancos de los Estados Unidos, el Banco de los Estados Unidos y el Banco de Norteamérica, estaban localizados en Filadelfia y, por lo tanto, no es sorprendente que la primera bolsa organizada en América estuviera establecida en esa ciudad. Sin embargo, existía un volumen importante de valores en materia de operaciones en la ciudad de Nueva York, las que se celebraran debajo de un árbol ubicado en el número 68 de Wall Street; esto ocurrió hasta el año de 1817, en el que se organizaron en forma institucional bajo el nombre de Consejo de la Bolsa de Nueva York[3].

[1] Octavio Igartúa Araiza. 1998. "Introducción al Estudio del Derecho Bursátil Mexicano". Ciudad de México: Editorial Porrúa, 222-223.
[2] Joaquín Garrigues. 1998. "Curso de Derecho Mercantil". 9°. Vol. I. 2 vols. Ciudad de México, D.F.: Porrúa, 57.
[3] Igartúa Araiza, Octavio, Introducción al Estudio…, pág. 223

Del mismo modo Marcelo A. Camerini afirma,

> *Respecto del origen de la palabra "bolsa" Manuel Obarrio dice: "según unos se ha dado el nombre de bolsa a esta clase de reuniones porque en una ciudad de Flandes, Bruges, donde las operaciones de cambio habían llegado a un alto grado de desarrollo, los hombres de negocios se reunían en casa de uno de ellos, que se llamaba Van der Bursa. Otros atribuyen este nombre a la circunstancia de haber visto tres bolsas esculpidas en la portada de la casa donde concurrían los comerciantes en la misma ciudad, para concertar sus operaciones y contratos. Otra tercera versión une las dos circunstancias mencionadas, estableciendo que en el frente de la casa de la familia Van der Bursa existían las tres bolsas referidas. Sea cual fuere de estas opiniones la que se ajuste más a la verdad histórica, lo indudable es que en Bruges aparece por primera vez el nombre bolsa"*[4].

Es concluyente el relato histórico en cuanto a que, el nombre genérico de bolsa, deriva de un comerciante, holandés de la ciudad de Brujas, llamado Van der Burse, en cuya casa solían reunirse en el siglo XV los negociantes para cerrar sus tratos.

De acuerdo con la información proporcionada el portal web https://www.bolsadecaracas.com/, "la primera Bolsa de Comercio de Venezuela fue registrada el 21 de enero de 1947: la Bolsa de Comercio de Caracas" y posteriormente, algunos operadores el "24 de marzo de 1958 establecieron la Bolsa de Comercio del Estado Miranda."

1.1. Regulación de las bolsas de comercio en la legislación venezolana

El reconocido profesor Leopoldo Borjas Hernández, al referirse al Código de Comercio venezolano de 1873 menciona lo siguiente,

> *Este Código adopta el sistema de división en Libros, Títulos, Secciones, Artículos y Parágrafos, abandonando el sistema de división en Leyes de los Códigos de 1862. Entre las innovaciones más importantes que trae este Código, se pueden destacar las disposiciones sobre Bolsas de Comercio.*
>
> *Sobre este Código, al igual que los de 1862, ejerció fundamental influencia el Código francés de 1807 y el español de 1829, pero se le agregó la influencia del Código de Comercio de Chile de 23 de noviembre de 1865, del cual copió varios títulos como el Título Preliminar.5*

[4] Marcelo Alejandro Camerini. 2002. "Mercado de Valores. Principios Regulaciones Fundamentos. Bolsa de Comercio, Mercado de Valores y Caja de Valores. Ética." Primera edición. Editado por Dr. Rubén O. Villela. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 92-93.

[5] Leopoldo Borjas Hernández, 1971-1972. "Desarrollo de la Legislación Mercantil en Venezuela". Caracas, D.C. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 49-54.

Como sigue aportando Borjas Hernández,

En 1919 entra en vigencia un nuevo Código de Comercio que, deroga "el Código de Comercio de 8 de abril de 1904, la Ley de Bolsa de 26 de junio de 1917, la Ley de Sociedades Cooperativas de 28 de mayo de 1917 y la Ley de Sociedades constituidas en países extranjeros, y que tengan el objeto principal de su explotación, comercio o industria en Venezuela, de 4 de junio de 1918.[6]

El prestigioso académico Alfredo Morles Hernández refiere lo siguiente,

Prescindiendo de los antecedentes coloniales, la institución bursátil regulada por nuestro Código de Comercio corresponde a la figura cuyos rasgos fueron fijados por el Código de Comercio de 1904, texto en el cual influyeron el Código de Comercio español de 1885, el Código de Comercio del Ecuador de 1878 (que, a su vez, había incorporado el Reglamento sobre Bolsas de Comercio de España de 1828) y el Real Decreto italiano de 27 de diciembre de 1882 (Olavarría Ávila), aunque también se han señalado influencias alemanas (Arismendi).[7]

1.2. Regulación de las bolsas de valores en la legislación venezolana

En el año 1.973, se promulga la primera Ley de Mercado de Capitales (LMC1973) que luego es sustituida por la Ley de Mercado de Capitales que se dicta en 1.975 (LMC1795).

Veintitrés años después se promulga la Ley de Mercado de Capitales en 1998 (LMC1998). Los vertiginosos acontecimientos sucedidos bajo su vigencia, manifestados por ofertas públicas de adquisición, cambios en los sistemas de la bolsa más importante del país y un replanteamiento de la figura de los intermediarios con valores solo duran doce años.

En el año 2010 es dictada una nueva ley, esta vez llamada Ley de Mercado de Valores (LMV2010), más enfocada en la actividad de los intermediarios que en el sistema general del mercado.

La anterior tiene corta vida pues, en 2015 es sustituida por la Ley de Mercado de Valores (LMV2015).

A todos estos textos se hará referencia a lo largo de este trabajo.

En la actualidad funcionan en Venezuela la Bolsa de Valores de Caracas, C.A., la más antigua del país, la de Productos e Insumos Agropecuarios de Venezuela C.A. (BOLPRIAVEN),[8] la Pública Bicentenaria y la Descentralizada de Valores de Venezuela, C.A. (BDVE).

---

[6] Borjas Hernández, Leopoldo, Desarrollo…, 25-26; 29-30.
[7] Alfredo Morles Hernández. 2007. Curso de Derecho Mercantil. 9°. Vol. I. IV vols. Caracas: UCAB., pág. 687
[8] Cuyas normas publicadas en G.O. N° 36.583 de 17 de noviembre de 1998, fueron dictadas sin que existieran estas bolsas estuvieran contempladas en la LMC1998.

1.3. Los Exchanges

El portal academy.bit2me.com[9] indica que,

> *En febrero de 2010 un usuario de Bitcointalk denominado dwdollar creó un portal llamado Bitcoin Market en el que se podían comprar y vender bitcoins de persona a persona incluyendo sistemas de pago como Paypal, convirtiéndose así en una de las primeras referencias en la compra y venta de BTC[10] conocidas hasta la actualidad.*
>
> *El 18 de julio de 2010 aparece en Bitcointalk un mensaje bastante escueto donde se informa de la creación del primer exchange propiamente dicho donde se establecen los parámetros de último precio en una operación de intercambio… Jed McCaleb fue el creador de esta exchange que se vendió la exchange el 6 de marzo de 2011 a Mark Karpeles.*
>
> *Aproximadamente en el plazo de diez días aparecen tres nuevas exchange que innovan permitiendo cambiar en monedas fiduciarias que no son dólares. El 27 de marzo de 2011 nace Britcoin que permite cambiar bitcoins a libras esterlinas británicas (GBP). El 31 de marzo inicia sus servicios Bitcoin Brasil que permite el intercambio entre pares mediante reales brasileños (BRL). Finalmente, el 5 de abril nace BitMarket.eu que permite realizar el cambio de bitcoins a euros (EUR).*

En Venezuela, los *exchanges* son tratados formalmente por primera vez en el Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro de 2018 (DCCCSP2018), en el Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral del Criptoactivos de 2019 (DCSIC2019) y en varios cuerpos normativos dictados por la autoridad competente a los que se hará referencia a lo largo de este trabajo ya que, son de necesaria consulta.

2. Las Bolsas de Comercio

2.1. Definición

La definición que Garrigues proporciona de la bolsa se adapta a la nuestra, ya que la asienta en aquel Código de Comercio español en el que el nuestro también tiene raíces. El profesor al definirla, la califica como,

> *Una clase especial de mercado, que se diferencia de los demás por una serie de características: la organización corporativa, el hecho de ser frecuentada por comerciantes, la circunstancia de no encontrarse presentes en la Bolsa los objetos sobre los cuales se contrata. Quizá los dos rasgos más salientes de la Bolsa como mercado sean la tipicidad de los negocios y la formación objetiva (impersonal) de los*

[9] academy.bit2me.com https://academy.bit2me.com/historia-exchanges-trading-bitcoin/.
[10] Abv, Bitcoins

> *precios. Ambos datos son evidente manifestación de una misma tendencia a la objetivación de las relaciones mercantiles, características de nuestro Derecho.*
>
> *Nuestro C. de c., en su artículo 64, define las Bolsas de Comercio como "los establecimientos públicos legalmente autorizados en que de ordinario se reúnen los comerciantes y los agentes intermediarios colegiados para concertar o cumplir operaciones mercantiles". La definición legal expresa la naturaleza de la Bolsa (establecimientos públicos, en el sentido de ser público su acceso) y la finalidad próxima (ser lugar de reunión de comerciantes y agentes mediadores) y última (concertar operaciones expresadas en el C. de c.).*[11]

El concepto de Bolsas de Comercio en Venezuela, lo extraemos del Código de Comercio (1955) que las define en el artículo 49 como:

> *establecimientos públicos autorizados por las cámaras de comercio de la plaza respectiva, en los cuales se reúnen de ordinario los comerciantes y los agentes intermediarios del comercio para concertar y cumplir las obligaciones mercantiles que designe su reglamento.*

Como puede verse el concepto recogido por nuestro Código de Comercio, poco difiere del contenido en el hoy derogado artículo 64 del Código de Comercio español de 1885, dejando a un lado el hecho que en aquel se hacía referencia a la autorización conforme a la ley, que en nuestro caso se refiere al Código de Comercio y a la LMV (cuando se trate de bolsas reguladas por esa Ley).

En cuanto su consideración como establecimientos públicos en el sentido de que era público su acceso[12] y mencionada supra, Morles Hernández apunta,

> *La calificación del Código de Comercio llevó a nuestra doctrina a considerar que esa expresión era equivalente a la de sitio o lugar público, aunque algún sector prefirió hablar de establecimiento de utilidad pública, evidentemente equivalente a establecimientos de interés público. Ambas calificaciones han sido utilizadas en derecho comparado.*[13]

Cumpliendo los requisitos a los que se refiere el Código de Comercio pueden organizarse bolsas de comercio en las cuales se negocien productos agrícolas, materias primas, metales preciosos, monedas, contratos de diversos tipos y otras mercancías.

---

[11] Garrigues, Joaquín, Curso…, 58-59

[12] Resulta una excelente experiencia didáctica ver la clásica película El eclipse, del venerado director Michelangelo Antonioni, protagonizada por Alain Delon y Mónica Vitti. En ella, la protagonista acude a la Cámara de Comercio de Roma donde se desarrolla un desenfrenado corro bursátil, para encontrar a su madre y puede verse toda la actividad: Personas comunes acuden al ruedo para girar a los corredores las órdenes de compra o de venta de valores de las compañías cotizadas.

[13] Morles Hernández, Alfredo, Curso…, 689

De las negociaciones que en ellas se produzcan podrá extraerse el precio referencial de estas mercancías, de los valores o de cualquier otro activo negociable en ellas, entre comerciantes o intermediarios[14].

Las bolsas de comercio están concebidas dentro del Derecho Mercantil y en los Códigos de Comercio como auxiliares de la actividad comercial. Las bolsas son también entonces comerciantes y las operaciones que en ellas se realizan, actos de comercio en sentido absoluto (Código de Comercio, 1955, num 16° Arts 2. Art.49). Como escribe el profesor Goldschmidt:

> *Se han propuesto varias clasificaciones de los actos objetivos de comercio. Una de las más conocidas es la propuesta por el tratadista italiano Mario Rotondi, autor de un libro de texto, traducido al castellano en 1953, dedicado a las "Instituciones de Derecho Privado". Tomo como punto de partida tal clasificación, desarrollada por el autor bajo el N° 31 de su obra, señalando, sin embargo, las objeciones que se le han hecho.*
>
> *Hay que distinguir entre actos objetivos de comercio en sentido absoluto y en sentido relativo. Son actos objetivos en sentido absoluto aquellos cuyo carácter mercantil es independiente del sujeto que los realiza o del fin a que están dirigidos o de la forma particular de su ejercicio o de la relación a que estén subordinados.*
>
> *Actos de comercio en sentido absoluto son la letra de cambio, artículo 2, N° 13, y los actos de derecho marítimo, artículo 2, Nos. 17 a 22. También pueden encuadrarse en este grupo las operaciones de Bolsa del N° 16…*[15]

La bolsa regulada en el Código de Comercio, no contemplaba una autorización de funcionamiento proveniente de algún organismo supervisor estatal sino de las cámaras de comercio que "en el Derecho venezolano, constituyen asociaciones de derecho civil y tienen como tales, personalidad jurídica."[16] Son instituciones privadas que aun cuando debían remitir su reglamento interno al otrora Ministerio de Fomento, no requerían autorización de aquél, según lo expresado por el artículo 48 del Código de Comercio.

En el caso del mercado de valores, el organismo de estímulo, supervisión y control, no existía para el tiempo de la norma. Tampoco se requería que la oferta pública de los que una vez promulgada la ley se consideraron "títulos valores"[17] estuviera sometida a autorización.

No se necesitaba en lo que se respecta a los que luego se consideraron títulos valores, otra cosa que la voluntad de la sociedad de inscribirlos para que éstos se cotizaran en la bolsa.

---

[14] Cuando el Código de Comercio se refiere a "agentes intermediarios" no podría referirse a personas diferentes que los corredores puesto que el artículo 66 los define como agentes, aunado al hecho de que los agentes comerciales no se encuentran regulados en el Código de Comercio.

[15] Roberto Goldschmidt. 2013. Curso de Derecho Mercantil. 3° reimpresión. Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt, 65

[16] Goldschmidt, Roberto, Curso…, 2013, 179.

[17] Con el desarrollo de la desmaterialización que implica el empleo de agentes de traspaso, depositarios de valores y las cajas de valores, se acuña un término más apropiado, el de "valores"

3. Las Bolsas de Valores

La LMC1973, previó una regulación especial para las bolsas de valores delegando su autorización en la Comisión Nacional de Valores (hoy, Superintendencia Nacional de Valores).

Debido a lo anterior, el Código de Comercio comienza a convertirse en una norma de interpretación supletoria de las leyes de valores.[18]
La LMC1973 define a la bolsa de valores de la siguiente forma,

> *Artículo 78. - Las Bolsas de Valores son compañías anónimas que tienen por objeto el fomento y desarrollo del mercado de capitales y, a tal efecto, deberán promover por si y por medio de sus corredores, un mercado regular, expedito y público para la celebración de transacciones en especies cotizables.*[19]

El artículo 89 de la LMC1975 modifica esta definición del siguiente modo,

> *Artículo 89.-Las bolsas de valores son instituciones abiertas al público que tienen por objeto la prestación de todos los servicios necesarios para realizar en forma continua y ordenada las operaciones con títulos valores objeto de negociación en el mercado de capitales con la finalidad de proporcionarles adecuada liquidez.*
> *Las bolsas de valores establecerán los sistemas y mecanismos necesarios para la pronta y eficiente realización y liquidación de dichas transacciones.20*

La misma definición se sigue reproduciendo con pocos cambios significativos, siendo la última de ellas la del artículo 18 de la vigente LMC2015:

> *Artículo 18. Las bolsas de valores son instituciones abiertas al público que tienen por objeto la prestación de todos los servicios necesarios para realizar en forma continua y ordenada las operaciones con valores objeto de negociación en el mercado de valores, con la finalidad de proporcionarles adecuada liquidez.*

---

[18] La LMV2015, sorprende con la disposición derogatoria cuarta, que establece que se desaplican las disposiciones del Código de Comercio que contravengan o versen sobre materias reguladas la LMV. Esta norma debe ser eliminada o modificada para darle un sentido distinto en los sucesivos textos que se promulguen. Ella establece la desaplicación de las disposiciones del Código de Comercio que contradigan o versen sobre materias reguladas en ese dispositivo. De otra manera, sería imposible la aplicación de las reglas del derecho mercantil común a las bolsas de valores. A pesar de esta desafortunada disposición, es innegable la cualidad de comerciante que tienen las bolsas de valores, la evidente mercantilidad de los negocios que son llevados adelante en ellas, por las partes y la posibilidad de que los precios de los valores cotizados en bolsa sirvan de referencia como precios de mercado. Dicho de otra manera, a pesar de la descodificación, las bolsas son comerciantes y las transacciones en las bolsas de valores son actos de comercio y, por lo tanto, a ellas se le aplican las reglas que rigen en el Derecho Mercantil, pues el Código de Comercio es fuente del Derecho del Mercado de Valores.
[19] Ley de Mercado de Capitales, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela 1.566 Extraordinario del 31 de enero 1973. http://www.imprentanacional.gob.ve/.
[20] Ley de Mercado de Capitales. Gaceta Oficial de la República de Venezuela 1.744 Extraordinario de 22 de mayo de 1975. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

> *Las bolsas de valores establecerán los sistemas y mecanismos necesarios para la eficiente realización y liquidación de sus transacciones, en cumplimiento de las normas que dicte la Superintendencia Nacional de Valores.*[21]

En este sentido, una vez que los activos a negociarse se encuentren o reciban la calificación de valores de acuerdo con lo dispuesto en la LMV2015, de negociarse en una bolsa lo harán en las de valores.

3.1. "Valores" admitidos a cotización en las bolsas

Como puede observarse las bolsas de valores tienen su objeto restringido a la negociación de "valores". Los artículos 45 y 46 de la vigente LMV2015[22] contienen tanto la definición de valores como las de los que se asimilan a ellos. A estos efectos el artículo 45° establece lo siguiente:

> ***De los valores objeto de oferta pública***
> ***Artículo 45.-*** *Están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, los valores objeto de oferta pública en los términos de esta ley, así como cualesquiera otros valores o derechos de contenido financiero, incluso aquellos que sean emitidos por personas que no estén expresamente reguladas en esta ley u otras leyes especiales.*
> *También están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, los valores representativos de derechos de propiedad, garantías y cualesquiera otros derechos o contratos sobre productos o insumos agrícolas.*
> *La Superintendencia Nacional de Valores, dictará normas para la emisión, negociación y custodia de tales valores*

De seguidas, el artículo 46°señala:

> ***Definición de valores.***
> ***Artículo 46.-*** *Se entenderán por valores, a los efectos de esta ley, los instrumentos financieros que representen derechos de propiedad o de crédito, sobre el capital de una sociedad mercantil, emitidos a corto, mediano y largo plazo y en masa, que posean iguales características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase.*
> *Se consideran también valores, a los efectos de esta ley, los instrumentos derivados.*
> *La Superintendencia Nacional de Valores, en caso de duda, determinará cuales son los valores regulados por esta ley.*

De acuerdo con el contenido de los artículos mencionados podrán ser admitidos a cotización en bolsa:

1. Los instrumentos financieros que representen derechos de propiedad o de crédito, sobre el capital de una sociedad mercantil, emitidos a corto, mediano y largo plazo y en masa, que

[21] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario de 30 de diciembre de 2015,
[22] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores... 2015.

posean iguales características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase, objeto de oferta pública en los términos del texto normativo.

2. Aquellos que la ley asimila a valores dentro de los que solo enumera los derivativos.

3. Cualesquiera otros valores o derechos de contenido financiero, incluso aquellos que sean emitidos por personas que no estén expresamente reguladas en esta ley u otras leyes especiales.

4. Los valores representativos de derechos de propiedad, garantías y cualesquiera otros derechos o contratos sobre productos o insumos agrícolas.

5. Cualesquiera otros valores que la Superintendencia Nacional de Valores estime que deben someterse a su control.

Los valores del artículo 46 de los que se haga oferta pública, vale decir, los referidos en los *supra* mencionados puntos primero y segundo podrán ser admitidos a cotización en bolsa. Ejemplo de ello son las acciones, obligaciones quirografarias[23], papeles comerciales[24], títulos de participación[25] o derivativos[26] como aquellos sobre índices, o los denominados swaps (permutas financieras) sobre instrumentos del mercado de valores, puesto que están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores. No podrán ser admitidos a cotización, los valores a los que se hace referencia en el artículo 46 si se hace la oferta por un mecanismo distinto al de la oferta pública prevista en la Ley, por cuanto no han estado sometidos al control de la SUNAVAL.

También están sometidos al control de la SUNAVAL según el artículo 45 y, por lo tanto, podrán ser admitidos a cotización en una bolsa de valores, los valores o instrumentos de contenido financiero, cuando la oferta sea realizada por un mecanismo previsto o no en una ley distinta a la LMV (debe deducirse que son distintos que los mencionados en el artículo 46), mencionados en el punto tercero, pues atraviesan por procedimientos aprobatorios y de control distintos para su posterior oferta pública.

Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, los valores de deuda pública emitidos de acuerdo con la Ley de Administración financiera del Sector Público, la Ley del Banco Central de Venezuela o los emitidos conforme a la Ley de Instituciones Financieras.

Dejando a un lado los derechos de contenido financiero a los que se refiere el artículo 45, los "valores" emitidos según lo previsto en otras leyes, deben cumplir de la norma que los define, es decir, los del artículo 46: emisión en masa, a corto mediano o largo plazo, iguales características y otorgar los mismos derechos dentro de su clase.

[23] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, 2015…art. 47
[24] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, 2015…art. 49.
[25] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, 2015…art. 52.
[26] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, 2015…art. 50.

Es evidente que, cuando se haga oferta pública de un valor que no esté regulado por leyes especiales, corresponderá a la SUNAVAL su regulación y mientras ello no suceda, no podrá ser inscrito en bolsa para su negociación.

Se asimilan también al termino "valor" y por lo tanto admisibles a cotización en la bolsa, los referidos en el supra mencionado punto cuarto, es decir, derechos de propiedad, garantías y cualesquiera otros derechos o contratos sobre productos o insumos agrícolas, que, si bien son de contenido financiero, no siempre tienen las características de los valores definidos en ese mismo artículo, como en el caso de los certificados de depósito y los bonos de prenda, emitidos por los almacenes de depósitos agrícolas según la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas.

Todas estas consideraciones permiten concluir, que el abanico de activos regulados y por lo tanto bursatilizables es enunciativa, puesto que va más allá de la enumeración a la que se refiere la LMV en el Capítulo II del Título III Todo ello, sin perjuicio de las obligaciones a las que estarían sometidos los emisores.

Lo anterior viene ratificado por lo dispuesto en el artículo 26 de la LMV:[27]

De los valores negociables en las bolsas de valores.

Artículo 26. *En las bolsas de valores se podrán negociar los valores inscritos en ella y que previamente hayan sido inscritos en el Registro Nacional de Valores. También se podrán negociar bienes distintos de los referidos valores, con la previa autorización de la Superintendencia Nacional de Valores y las normas que al efecto dicte la bolsa de valores respectiva.*

3.1.1. Criptovalores

Con respecto a los criptovalores, entendidos éstos como aquellos que responden al término "valor" que contempla la LMV[28] y, que además sean creados o emitidos de acuerdo con Tecnología de Asientos o Registros Descentralizados, no existe impedimento para que sean negociados en bolsas de valores que se hayan establecido sobre la misma tecnología o en cualquier otra adaptada para ello, ya que la SUNAVAL no ha dictado normas en las cuales establezca un tipo único de plataforma para la negociación con valores objeto de oferta pública, sino que la propuesta de plataforma a utilizarse es sometida a autorización de la SUNAVAL para que analice sus atributos y determine si se cumplen los objetivos de seguridad, orden, continuidad y transparencia.

Sin embargo, las normas sobre la forma de creación y traspaso de cierto tipo de valores, como las acciones nominativas, y otros como éstas, que requieren para su transmisión, no solo del consentimiento, sino de la anotación en los libros del emisor para que este tercero pueda reconocer los derechos del nuevo titular frente a él necesitarían las respectivas adaptaciones legales y tecnológicas.

[27] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015.
[28] Véase en la página 12

También los valores agrícolas se encuentran una situación peculiar en cuanto a la emisión, transmisión y reconocimiento ya que, los certificados y bonos de prenda, regidos las disposiciones de la Ley de Silos y Almacenes y Depósitos Agrícolas[29] y su reglamento,[30] son títulos formales que se transmiten mediante endoso, pero las bolsas agrícolas tienen dispuesto un procedimiento adaptado a la ley.

Tómese en cuenta que, en el caso del mercado de valores se utiliza en muchos casos el mecanismo de anotaciones en cuenta, basado en el hecho de que el valor teóricamente se emite de la manera en que se describe en el Código de Comercio u otra ley aplicable, es decir, se utiliza la ficción de que el valor se emite en un formato físico y luego se desmaterializa para depositarse en un custodio autorizado o en una caja de valores.

En caso de estar depositados en una caja de valores, las anotaciones que se realizan en sus libros electrónicos representan la tradición del valor de que se trate.[31] Este traspaso en el caso de las acciones, se traduce en que ella tendrá el mismo valor legal que el Código de Comercio atribuye a la cesión realizada en los libros físicos de accionistas. [32]

Son los custodios o las cajas de valores, los encargados de informar a los emisores de valores nominativos, quienes son los titulares de los derechos a ser reclamados.

Con la legislación vigente, una bolsa de valores no podría al mismo tiempo explotar el objeto de una caja de valores puesto que, estas sociedades de comercio tienen este objeto como exclusivo.[33]

Una apreciación que parece importante es que, el DCSIC2019, definió los criptoactivos como activos digitales que utilizan a la criptografía y a los registros distribuidos como base para su funcionamiento[34] y ella aplica también a los criptovalores, por lo que se produciría una supervisión simultanea entre la SUNAVAL y la SUNACRIP.

Finalmente, vale decir que la estructura del mercado de valores y de sus operadores, para adaptarla a la tecnología de asientos descentralizados, requiere cambios profundos y procesos complejos, que como ya hemos mencionado, van desde la legislación general a la particular sin dejar de tener en cuenta la infraestructura y la protección de los inversionistas. Es por ello, que la Unión Europea ha dictado el "Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Régimen Piloto de Infraestructuras del Mercado Basadas en la Tecnología de Registro Descentralizado…", que será incorporado a las legislaciones nacionales y en el que busca dar

[29] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.419 de 18 de abril de 2006.
30 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.303 de 10 de noviembre de 2009.
[31] Ley de Cajas de Valores. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N°36.020 del 13 de agosto de 1996, 22.
[32] "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…" Código de Comercio. 1955.
[33] Esta Ley regula los servicios prestados por aquellas sociedades anónimas que tienen por objeto exclusivo la prestación de servicios de depósito, custodia, transferencia, compensación y liquidación de valores objeto de oferta pública. Ley de Caja de Valores…, 1.
[34] Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos…, 2019, 5.3

forma a un mercado de capitales que tenga en cuenta esta nueva perspectiva, siendo que entre otras cosas modifica el concepto de instrumentos financieros para incorporar los criptovalores.[35]

3.1.1.1. Tokenización

Sin perder de vista lo dicho con respecto a las formas en las que las leyes prevén la emisión, transferencia y reconocimiento de los derechos de los titulares de los valores podría, mientas no se hagan los correctivos necesarios, llevarse adelante negociación de criptovalores por la vía de su desmaterialización o "tokenización", entendido este proceso como, la creación de un tokens criptológicos que los representaran y que se negociaran en una bolsa que operara bajo la tecnología de asientos descentralizados.

Estos criptovalores serían lo que se conoce en la doctrina como *asset tokens*, ampliamente conocidos como *security tokens* que están unidos y constituyen la representación de un activo en el mundo real.[36]

Aclarado este punto, la cotización en bolsa dependerá en gran medida de los del tipo de bolsa y de los instrumentos la institución, esté dispuesta a recibir para su cotización en el corro, de acuerdo con sus estatutos y su reglamento interno tal como también se encuentra establecido en el artículo 49 Código de Comercio.

3.2. Elementos de la definición de las bolsas de valores

La definición incluida en las leyes que han regulado el mercado de capitales, califica a las bolsas de valores como instituciones abiertas al público, con objetivos dentro de los que destacan aquellos que aseguran la transparencia y liquidez del mercado de valores: a) la continuidad y b) el orden de las transacciones.

Como toda bolsa comercial, la de valores sigue siendo un lugar público. Sin embargo, con la automatización de los procesos que el establecimiento físico empieza a perder importancia, puesto que, a través de los sistemas computarizados de las bolsas, los corredores públicos de valores, pudieron comenzar a colocar las órdenes de bolsa desde los terminales apostados en las sedes desde las que operaban.

En este caso afirma en la obra del profesor Goldschmidt que

> *La Corte Suprema de Justicia ha dicho que "las Bolsas de Valores son personas jurídicas de Derecho Privado, creadas con funciones de entes auxiliares de la*

[35] Parlamento Europeo y Consejo. "Reglamento (UE) 2022/858 Del Parlamento Europeo y Del Consejo.» En Sobre un Régimen Piloto de Infraestructuras del Mercado Basadas en la Tecnología de Registro Descentralizado y por el que se Modifican los Reglamentos (UE) n.o 600/2014 y (UE) n.o 909/2014 y la la Directiva 2014/65/UE." Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de mayo de 2022.. https://www.boe.es/doue/2022/151/L00001-00033.pdf.

[36] "Asset Tokens: These are also widely known as security tokens. These tokens are linked to and constitute an economic claim to a real-world asset." Hines, Baxter. 2021. "Security Tokens and Unlocking the Real Potential of Blockchain." John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 39

República, en el ejercicio de las actividades propias del Mercado de Capitales: Competencia atribuida al Ministerio de Hacienda (ahora Ministerio de Finanzas).”[37]

La garantía de continuidad se manifestaría en que la sociedad permita que sus miembros acudan cada vez que les sea conveniente o necesario a celebrar negocios jurídicos mercantiles con valores y encuentren siempre la posibilidad de colocar órdenes, por cuanto, la actividad se produce de manera ininterrumpida, lo cual a la vez les provee liquidez a los valores objeto de transacción.

El otro objetivo de las bolsas de valores es garantizar que las órdenes serán tramitadas (tomadas y ejecutadas) en el orden en que son colocadas por los miembros del corro y así evitar que la manipulación excluya órdenes inconvenientes y se corrompa la formación de precios. Las normas dictadas por la SUNAVAL y los reglamentos internos[38] de las bolsas de valores deben encargarse de procurar este objetivo.
Consecuencias de la garantía de continuidad y del orden de las transacciones es la formación de precios de referencia para los valores negociados, el “valor de mercado”, al cual Código de Comercio[39] le atribuye valor jurídico,

Artículo 118. Siempre que se deba determinar el curso del cambio, el justo precio o el precio corriente de las mercancías, de los seguros, fletes y transportes por tierra y por agua, de las primas de seguros, de los efectos públicos y de los títulos industriales, se recurrirá para hacer la determinación a la lista de cotización de la Bolsa de la localidad y, en su defecto, se recurrirá a todos los medios de prueba.

3.3. Requisitos para la constitución y funcionamiento de las bolsas de valores

Para conseguir los fines anteriores el legislador consideró y así lo plasmó en las leyes, que debían cumplirse una serie de requisitos para la constitución y funcionamiento de las bolsas de valores. En cuanto a su forma, deben constituirse como sociedades anónimas. En cuanto al capital, ha sido reiterada la exigencia de capitales mínimos para la constitución puesto que se encuentran dentro de un sistema que afecta el ahorro público.

Se deja a un lado la inseparabilidad de la cualidad de miembro y la de accionista de una bolsa de valores, que estuvo prevista expresamente hasta la LMC1975[40], posteriormente podía recogerse en los reglamentos internos hasta la ley de 2010 y, se desecha totalmente en la última modificación, al requerirse un número mínimo de miembros independientemente de la cantidad de accionistas.

Sigue siendo necesaria la existencia de miembros para la constitución y funcionamiento de las bolsas de valores y en este caso, se requiere para la constitución un número de veinte, pero podría

[37] Goldschmidt, Roberto, Curso…, 2013, 186.
[38] De acuerdo con la información proporcionada en la página web www.sunaval.gob.ve/reglamentos: Reglamento de Inscripción, Negociación y Liquidación de Valores en la Bolsa de Valores de Caracas, C.A. G.O. N° 38.947 de fecha 06 de junio 2008; Reglamento de Inscripción, Negociación y Liquidación de Valores en la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria. G.O. N° 39.600 de fecha 24 de enero 2011; Reglamento Interno de la Bolsa de Productos e Insumos Agropecuarios de Venezuela (Bolpriaven)
[39] Código de Comercio. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinario de 21 de diciembre de 1955.
[40] “… La condición de miembro y de accionista es inseparable…” Ley de Mercado de Capitales…, 1975, 90

continuar su giro con un número mínimo de quince. Estos miembros pueden ser comerciantes, personas naturales o, sociedades anónimas, que ejerzan la correduría con valores objeto de oferta pública autorizados por la SUNAVAL. Así, el artículo 20 de la LMV. La SUNAVAL puede ordenar elevar o disminuir el número de miembros de las bolsas de acuerdo con las condiciones generales del mercado. [41]

Los miembros de las bolsas están obligados a prestar garantías reales o personales a favor de la institución cuya cuantía será fijada por el propio corro y podrá ser ajustado a solicitud de la SUNAVAL.[42] La LMV2015 además contempla una serie de incompatibilidades para acceder a la posición de miembro de una bolsa, así como a prohibiciones una vez que la hayan sido admitidos como tales[43]

Además de todo lo anterior, previo a ser admitidos como miembros del corro de que se trate y ser considerados corredores de bolsa, se requiere que estos intermediarios sean autorizados por la SUNAVAL para operar con valores o corredores de valores y cumplan una serie de obligaciones que permitan garantizar a las personas por cuenta de quien actúan, que toman y colocan las órdenes de sus clientes de manera ordenada y transparente. Para ello, la autoridad del mercado ha dictado un conjunto de normas, que reglan la actividad de los corredores y además, una vez admitidos como miembros de una bolsa se encuentran sometidos al reglamento interno respectivo, sin perjuicio de serle aplicables en cuanto a las operaciones de bolsa, las reglas contenidas en el Código de Comercio relativas a los comisionistas por cuanto, en este caso actúan en nombre propio por cuenta de terceros (aun cuando estas transacciones en algunos casos sean para su cartera propia).

A diferencia que en la definición ofrecida el Código de Comercio se destaca, que en las negociaciones que se producían en las bolsas de comercio podían tomar parte otros comerciantes además de los corredores públicos admitidos como miembros, hecho éste que se modificará, en las bolsas dedicadas a la negociación de valores, por efectos de las leyes que los regulan.

Otro de los requisitos exigidos por la LMV2015 a las bolsas de valores es que emitan sus propias acciones nominativas, que otorguen a sus tenedores los mismos derechos, de acuerdo con las reglas de la oferta pública y que, además ellas se negocien de acuerdo con esas mismas reglas. Siendo que es eliminada la necesidad de membresía para poseer acciones, estos valores podrán estar en manos del público general.

Sin embargo, de una forma diferente que, en las leyes anteriores, los accionistas sean personas naturales o jurídicas, pueden poseer un porcentaje mayor del diez por ciento (10%) de las acciones de la bolsa de que se trate. Tampoco pudiera concentrarse este porcentaje, entre cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. A estos efectos, todas las empresas relacionadas están sometidas a la misma prohibición de poseer el diez por ciento (10%) de las acciones de una bolsa de valores.

[41] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015, 20.
[42] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015, 20
[43] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015, 23,24.

En cuanto a la Administración, se sigue exigiendo un número mínimo de directores dentro de los cuales se incluye a un representante de la SUNAVAL[44] y cuyas facultades básicas actuando como Junta de Administración también se encuentran en la ley.[45] El desarrollo estatutario de esas funciones estará determinado por el principio de autonomía de la voluntad, la buena fe, el papel de la institución en el desarrollo de la economía del país a través de la canalización del ahorro del público y, por último, pero no menos importante, los intereses de los participantes en el desarrollo del negocio.

3.4. La bolsa de valores estatal: Bolsa Pública de Valores Bicentenaria

El artículo 31 de la LMV[46] contempla la existencia de bolsas públicas que, a diferencia de las privadas, serán creadas por el Estado,

> Artículo 31. Las bolsas públicas de valores creadas por la República, estarán exceptuadas de las obligaciones instituidas en la presente ley y se regirán por las normas especiales que la Superintendencia Nacional de Valores dicte al respecto, previa opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.

Las bolsas públicas no son, como pudiera creerse un concepto extraño ni nuevo. A estos efectos Igartúa Araiza, (1998) establece:

> *La clasificación tradicional, única, que durante mucho tiempo se ha tenido en cuenta, separa las bolsas oficiales de las bolsas privadas. La bolsa oficial o bolsa de Estado se caracteriza por la intervención directa del poder público que puede reservarse el nombramiento de los miembros de la institución, a los que acostumbra conceder un privilegio más o menos amplio de negociación; regula y reglamenta las operaciones, impone un comisario en el mercado y en el órgano directivo del centro y resuelve cuantas diferencias pueden producirse.*
> *Por su parte la bolsa privada se establece por comerciantes del lugar, respondiendo a una necesidad práctica; se caracteriza por la libre asociación de sus miembros quienes se someten a un ordenamiento emanado de la propia corporación que ellos forman.*
> *La bolsa oficial y la bolsa privada coinciden actualmente en la organización democrática de la institución, en que su objeto son los valores con sentido amplio; en que utilizan métodos de contratación diversificados; en su alta mecanización y en que los mercados están regulados. Se distinguen, en razón de su origen y su regulación. En la bolsa oficial el nombramiento de miembros corresponde al poder público y gozan de un régimen privilegiado de intervención que les confiere un papel próximo al de los notarios públicos. Los miembros son nombrados individualmente, aunque después puedan asociarse. Predomina el espíritu oficialista de los miembros en su actividad bursátil y normalmente la bolsa oficial se encuentra fuertemente influenciada por la banca. En cambio, en la bolsa privada los miembros son elegidos por la propia entidad, carecen de privilegios, pueden ser sociedades y desde el origen,*

[44] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015, 21
[45] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015, 22
[46] Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores… 2015, 31.

> *se les exige un montaje adecuado y una capacidad económica comprobada para prestar un variadísimo número de servicios.*[47]

La Bolsa Pública Bicentenaria fue creada en 2010 mediante Decreto Presidencial, como un instituto autónomo (Ley que la regula, la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria, 2010. Art. 1). La LMV encarga a la SUNAVAL de dictar las normas que se aplicarán a esta institución y la exime de cumplir con las normas dictadas para sus homólogas privadas.

De acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo 1° de la Ley que la regula, la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria[48] tiene como objeto,

> *La prestación de todos los servicios necesarios para realizar en forma continua y ordenada las operaciones con valores emitidos por los entes públicos, las empresas públicas, las empresas del Estado, las empresas de propiedad social o colectiva, las empresas mixtas, las cajas de ahorro de los entes públicos, las comunidades organizadas, institutos autónomos, las empresas privadas, las pequeñas y medianas empresas, la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de proporcionarles adecuada liquidez y financiamiento.*

Si bien en su función de institución bursátil procura cumplir el objetivo de las bolsas de valores privadas tal como está definido en la LMV, lo cumple con diferencias fundamentales con las bolsas privadas: Carece de miembros (corredores de bolsa) y por ser un instituto autónomo también de accionistas.

En esta bolsa se negocian títulos públicos y privados, los mismos que se intercambian en las bolsas privadas, lo cual significa, que se ha admitido un criterio amplio, producto de la interpretación concordante del artículo 26 de la LMV y del artículo 53 del Código de Comercio, que no excluye la negociación de estos valores en las bolsas privadas como pudiera erradamente si se lleva al pie da la letra la disposición derogatoria cuarta de la LMV.

En este caso, la bolsa cuenta con unos empleados encargados de tomar las órdenes de los inversores para colocarlas en el sistema de esta que, son funcionarios públicos y pertenecen a la nómina del instituto.

> *La Superintendencia Nacional de Valores a través de Resolución N° 031 de fecha 16 de noviembre de 2010, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.566 de fecha 3 de diciembre de 2010, designó a los primeros Operadores de Valores de la Bolsa Pública Bicentenaria.*
> *El texto de la resolución a la que se hace referencia establece que:*
> *(…) los ciudadanos arriba enunciados, solo podrán actuar como Operadores de Valores de la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria, quedando expresamente*

[47] Octavio Igartúa Araiza. 1998, Introducción…págs. 226-227.
[48] Ley que la regula, la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.999 Extraordinario. de 13 de noviembre de 2010

> *entendido, que los referidos ciudadanos no podrán realizar actividades de intermediación, fuera de la referida Bolsa de Valores Pública Bicentenaria (sic) (…)*
> *Se desprende del análisis de las disposiciones a las que se ha hecho referencia, que es la Bolsa Pública, constituida como "Instituto Público" (Artículo 1° párrafo I), la que realiza la actividad de intermediación con los valores que allí se negocian. Ahora bien, para ello la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria emplea a unas personas que cuentan con una autorización del ente regulador para trabajar en esa institución.*
> *Estas personas no podrían calificarse como corredores públicos de valores desde el punto de vista de la LMV, por cuanto, los mismos a diferencia de los OVAs, no intermedian con valores (la intermediación la realiza la BPVB) y no pueden ejercer libremente el oficio de corredor de valores por cuanto, la norma se los prohíbe, es decir, serán OPV en la medida en que mantengan la relación de dependencia con la institución, a diferencia que los corredores públicos de valores que, independientemente de que pudieran mantener una relación de dependencia con alguna persona jurídica dedicada a la intermediación con valores, son en esencia comerciantes no dependientes, por cuanto pueden ejercer el oficio de corredores públicos de manera independiente para varios clientes.*[49]

Esta particular institución además de ser corro e intermediario, ejecuta de acuerdo con la ley que la rige, funciones de depósito, custodia, transferencia, compensación y liquidación de los valores inscritos.

3.5. La bolsa agrícola

La LMV2015 también contempla dentro de su ámbito de aplicación, la regulación de las bolsas de productos e insumos agropecuarios a las que define en el artículo 27:

> *Artículo 27. Las bolsas de valores de productos e insumos agrícolas son instituciones abiertas al público, que tienen por objeto la prestación de todos los servicios necesarios para realizar en forma continua y ordenada, la negociación de contratos de compra venta y suministros de productos de naturaleza agrícola, contratos de opciones y futuros, titularizaciones, obligaciones, emisiones, certificados de depósitos, bonos de prenda y demás instrumentos de financiamiento bursátil y valores relacionados con productos e Insumos de origen o destino agrícola, que sean registrados, emitidos o transados en dichas bolsas, con la finalidad de proporcionar a los productores, agroindustriales, intermediarios, comerciantes, prestadores de servicios conexos e inversionistas en general, condiciones adecuadas de transparencia y seguridad*[50]

---

[49] Víctor Guidón Guerrero. 2016. "Los intermediarios en la Nueva Ley de Mercado de Valores." 6. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.
Nota del autor: Se sustituye la mención Operadores de Valores Autorizados (OVA) de la LMV derogada, para adaptarlos al de corredor público que recoge la vigente. Se mantiene la denominación Operador Público de Valores (OPV) que no ha sido sustituida en la ley correspondiente.
[50] Ley de Mercado de Valores, 2015…,27.

Como puede observarse del concepto que ofrece la ley, el fin que persigue la bolsa agrícola es el mismo que el de cualquiera de los demás corros, regulados por la LMV.

Sin embargo, reserva las transacciones en esta institución para un tipo determinado de títulos: los de naturaleza agrícola y sus derivados.

> *Ahora bien, del concepto general de valor contenido en el artículo 46 de la LMV, se concluye que los títulos (certificados) representativos de mercancías, garantías y contratos que se negocian en la bolsa agrícola no lo son por cuanto, aunque tienen naturaleza financiera, son títulos únicos, no son emitidos en masa, ni representan derechos de propiedad o de crédito sobre el capital de una sociedad mercantil.*
>
> *En estos casos, un tercero genera el título representativo o el contrato, que no constituye "masa", a pedimento del propietario de los bienes agrícolas. Este tercero no pretende financiar un negocio, por cuanto sólo certifica la existencia de esos activos. Luego, sobre estos certificados las partes celebran contratos de naturaleza aislada o singular con los que pudieran especular.*
>
> *La Ley de Mercado de Valores, reconociendo la existencia tanto de los instrumentos utilizados para la negociación de productos e insumos agrícolas, así como la existencia de intermediarios en esta área, les atribuye el carácter de valores a los efectos del control de su negociación y los somete al control de la Superintendencia Nacional de Valores.* [51]

Es importante resaltar por último que debe tenerse en cuenta que este es un tipo especial de corro, que fue incluido expresamente en la ley para que en él se negocien este tipo de activos que a los que la norma ha calificado como valores.

4. Los exchanges

4.1. Definición

Los denominados *"exchanges"* son espacios principalmente digitales desarrollados con alguna de las tecnologías de asientos o registros descentralizados, que sirven como plataformas digitales, para auxiliar por una comisión, a las personas que pretenden realizar el intercambio de criptomonedas u otro tipo de criptoactivos ya entre sí o bien por dinero.

Los *exchanges* han nacido como expresión de la necesidad de negociar criptomonedas. Sin embargo, la tecnología de asientos o registros descentralizados conocida generalmente como blockchain, permite la negociación de otro tipo de activos creados sobre la base de esa misma tecnología.

[51] Víctor Guidón Guerrero. 2012. "La Oferta Pública en la Ley de Mercado de Valores." Caracas: Editorial Vadell Hermanos, 28

No existe armonización entre las leyes y sus propuestas en el derecho comparado las que, han optado por utilizar sus propios términos para definir al *exchange*:

La Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos y por el que se Modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (Propuesta MiCA), conceptualiza al *exchange* como,

> *Una plataforma de negociación de criptoactivos en la que múltiples terceros que compran y venden intereses relacionados con criptoactivos pueden interactuar de tal manera que nace un contrato, bien al canjearse un criptoactivo por otro, bien al canjearse un criptoactivo por una moneda fiat de curso legal.*[52]

En los Estados Unidos, se ha considerado la inclusión de las plataformas sobre las cuales se realizan transacciones con valores o Sistemas Alternativos de Transacciones (*Alternative Trading Systems*), ampliando la definición de bolsas y su regulación por la *Securities and Exchange Commission*, como veremos más adelante.

4.2. Los exchanges en Venezuela

En Venezuela el *exchange* recibe el nombre de casa de intercambio, y es el Poder Ejecutivo el encargado de diseñar y poner en práctica el conjunto de herramientas jurídicas para el funcionamiento del sistema a través de cual se crean y se negocian no solo las criptomonedas sino cualquier otro tipo de criptoactivos.

En tal sentido, el DCCCSP2018[53] establece,

> *Artículo 3. El Ejecutivo Nacional, a los fines de dar impulso soberano e independiente al bienestar general del Pueblo venezolano, tiene las más amplias facultades para regular la constitución, emisión, organización, funcionamiento y uso de criptoactivos, así como de crearlos y emitirlos de manera soberana, en virtud de ello, podrá permitir el funcionamiento de casas de intercambio virtuales denominadas exchanges, que funcionen en el territorio nacional con criptoactivos creados de manera soberana por el Ejecutivo Nacional. Igualmente, podrá regular el mercado de los criptoactivos en el territorio nacional, el uso y creación de las billeteras virtuales, y demás entes dedicados al ahorro y a la intermediación virtual de criptoactivos, y las actividades mineras virtuales.*
> *La autoridad competente aprobará la creación de los géneros de criptoactivos, regulará sus aspectos económicos y financieros, y reglamentará el presente Decreto Constituyente.*

[52] Comisión Europea. 2020. Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF.
[53] Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.370 Extraordinario de 9 de abril de 2018. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

La definición de Casa de Intercambio o *exchange* en Venezuela, no se encuentra en un solo lugar, sino que debe irse formando a partir de partes de las disposiciones normas que han sido dictadas para regular el denominado Sistema Integral de Criptoactivos.

El DCSIC2019[54] conceptualiza los *exchanges* o casas de intercambio,

> *Artículo 27. Las Casas de Intercambio de Criptoactivos forman parte del Sistema Integral y serán la plataforma que brinde la infraestructura para la negociación secundaria de los criptoactivos, donde compradores y vendedores, abrirán y cerrarán posiciones, y donde se podrá realizar el cambio de un criptoactivo por el equivalente en moneda fiduciaria y/o por otro criptoactivo.*

Además, en los artículos 1° y 3° de la Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos (2019)[55] se encuentran dos definiciones que deben complementarse,

> *Artículo 1°. Esta Providencia tiene por objeto regular las operaciones de las Casas de Intercambio como parte del Sistema Nacional de Criptoactivos y como plataforma que brinde la infraestructura y el ecosistema necesario para la realización de cualquier negocio jurídico lícito a través de criptomonedas en el mercado secundario de los criptoactivos, en especial mediante el cual compradores y vendedores, abrirán y cerrarán posisiones, y podrán realizar el cambio de un criptoactivo por el equivalente en moneda fiduciaria o intercambiar por su equivalente en otro criptoactivo.*

De acuerdo con los conceptos del artículo 3° de la misma providencia,

> ***Casa de Intercambio de criptoactivos:*** *Son las personas jurídicas, legalmente constituidas y domiciliadas en el territorio nacional, cuyo objeto social principal es la realización de cualquier negocio jurídico lícito que facilite y permita el intercambio y adquisición de criptomonedas, y que hayan obtenido de manera previa una Licencia de Operación que los habilite para actuar como entidades de operaciones con criptoactivos emitida por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.*

4.2.1. Elementos de las definiciones de exchange en las Normas.

La definición del artículo 1° califica al *exchange* como una plataforma la cual, independientemente de la infraestructura de asientos descentralizados sobre la que se organice, debe cumplir un fin: brindar la infraestructura y el ecosistema necesario para la realización de

[54] Decreto Constituyente Sobre el Sistema Integral de Criptoactivos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.575. de 30 de enero de 2019, http://www.imprentanacional.gob.ve/.,27.

[55] Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.609 de 3 de abril de 2019. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

cualquier negocio jurídico lícito a través de criptomonedas en el mercado secundario de los criptoactivos.

De acuerdo con la misma definición y con la contenida en el artículo 3° estos negocios jurídicos lícitos se realizan con el intercambio de criptoactivos en el mercado secundario, es decir, las casas de intercambio no se dedican a la actividad de minería de criptoactivos (creación/emisión), sino que solo intervienen como plataforma para el intercambio una vez que los criptoactivos han sido creados.

En estas plataformas se pueden realizar cualquier tipo de negocios jurídicos lícitos sobre criptoactivos. Estos negocios jurídicos lícitos deben concluir en la recepción de dinero, también denominado moneda fiduciaria, que puede ser la de curso legal en Venezuela o en otro país o en la recepción de otro criptoactivo, pero, aunque la norma se refiere a compradores y vendedores en vez de "a partes", estas operaciones no estarían limitadas a la compraventa de criptoactivos, sino que, podrían celebrarse operaciones más complejas de financiación y especulación.

El término negocios jurídicos lícitos, tendría el sentido de que, el fin ilícito no se persiga con el intercambio vgr., legitimar capitales o financiar el terrorismo entre otros, pues los negocios de intercambio de dinero por criptoactivos considerados legales o entre criptoactivos admitidos para transacciones en un *exchange*, no pudieran ser considerados contratos ilícitos.

La definición incluye el requisito de que la plataforma permita a los participantes "abrir" y "cerrar" posiciones, lo cual se traduce en que ellos puedan perfeccionar contratos sobre la plataforma a través de la oferta y de la aceptación de la misma pero también en que, el proponente pueda desistir de la oferta de contratar. Dicho esto, será necesario que las casas de intercambio establezcan reglas claras en cuanto a la obligatoriedad de las ofertas con ocasión del perfeccionamiento de los contratos que se celebren sobre sus "ecosistemas."

Debe complementarse el artículo 1° de la Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos con su artículo 3: Esta organización que no se considerará como tal casa de intercambio de criptoactivos, sino hasta el evento en que se encuentre legalmente constituida como persona jurídica. Esto último carece de sentido por cuanto, excluiría plataformas que pudieran considerarse *exchanges* pero que no se han constituido legalmente como personas jurídicas.

No se determina con claridad que tipo de personas jurídicas podrán constituirse legalmente como casas de intercambio y en el caso de que se trate de formas asociativas cuales serían éstas.

El fin de la casa de intercambio es absolutamente mercantil por cuanto su objeto consiste en servir de plataforma para que se realicen intercambios entre y con criptoactivos. En el caso de que esto sea así, deberían constituirse como sociedades mercantiles, pero la norma no establece expresamente, qué tipo de sociedad mercantil debería formarse, ni tampoco lo contemplan las "Condiciones Generales para la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Integral de Criptoactivos." Si pareciera deducirse de las Condiciones Generales, cuando éstas se refieren

al "cambio de Control Accionario,[56] que una de estas formas es la sociedad anónima, sin que ello permita concluir que estarían excluidas otros tipos de sociedades que no emitan acciones.

El artículo 1° de la Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos, utiliza alternativamente, las denominaciones "criptomonedas" y "criptoactivos"[57] ya que, el segundo es más amplio que el primero y contiene a las criptomonedas como especie los criptoactivos y en el caso concreto, las casas de intercambio pudieran dedicarse, no solo a servir de plataforma para la negociación de criptomonedas sino de criptoactivos en general.

Es importante mencionar que el artículo 27 del DCSIC2019 no se refiere solo a criptomonedas sino a criptoactivos en general. Este Decreto Constituyente, como es elemental, no puede ser derogado por una providencia administrativa.

Valga como ejemplo la existencia de casas de intercambio de las criptomonedas, tradicionales como de activos digitales no fungibles o *NFTs*[58]

4.2.2. Otros elementos relacionados con la operación de las Casas de Intercambio

Mientras a esta fecha, los *exchanges* en otras jurisdicciones no son sometidos a control y de serlo son regulados por la autoridad bancaria, por la de valores o por ambas, incluso por los bancos

[56] Condiciones Generales…, 31

[57] Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.609 de 3 de abril de 2019. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

[58] "Para entender mejor la utilidad de los NFTs, asumimos que el término token se refiere a un ítem con un valor simbólico particular (Oliveira et al., 2018). En TI, un token es un espacio de información digital que identifica un objeto específico que puede ser adquirible. Más específicamente, un token es un espacio de información digital dentro de una cadena de bloques que confiere ciertos derechos sobre ese objeto en particular. Traducido al mundo digital, el token en un NFT representa un certificado que da fe de la autenticidad, singularidad y de la propiedad de un objeto digital, como una imagen, un archivo de video, un juego en red y hasta un tuit o un mensaje en una gran red social. En este sentido, un NFT indiscutiblemente identifica la propiedad digital de ese objeto (Singh & Singh, 2021).
Como en el mercado de los bienes, estos ítems pueden ser fungibles y no fungibles. Los Tokens Fungibles (TFs), como los bienes fungibles, son reemplazables y mesurables por naturaleza (Vrg., un kilogramo de trigo, a un litro de aceite, una onza de oro; Durham, 1965). Las criptomonedas -como los bitcoins- son los más famosos ejemplos de TFs, en virtud de que ellos pueden ser negociados o cambiados unos por otros. Estos tienen además el mismo valor que otro Bitcoin…A diferencia que las criptomonedas, los NFTs como bienes no fungibles no son reemplazables por otro del mismo tipo, puesto que sus características son disimiles y no coinciden (vgr. Casas edificios, servicios a la medida, surcos musicales entre otros)." Andrea Sestino, Alessandro M. Peluso, y Gianluigi Guido. 2022. "Non-Fungible Tokens (NFTs) Examining the Impact on Consumers and Marketing Strategies." Traducido por Víctor Guidón G. Lecce; Taranto.: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1007/978-3-031-07203-1., 12

centrales, en Venezuela se le atribuye esta facultad a la ahora denominada[59] Superintendencia Nacional de Criptoactivos, como lo establece el DCSSIC2019[60]:

> *Artículo 11. Corresponderá a la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP)…*
> *7. Ejercer el control y fiscalización de las actividades de negociación creación, emisión, transferencia, comercialización e intercambio de criptoactivos que tengan lugar en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.*

De la misma forma, el artículo 11 numeral 9° del DCSIC2019 delega a la SUNACRIP,

> *Artículo 11. Corresponderá a la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP):*
> *9.-Autorizar a las entidades dedicadas al intercambio de los criptoactivos, de las billeteras digitales, de las monedas utilizadas en las Casas de Intercambio, de las actividades de minería digital, constituidas en el territorio nacional, que deseen operar en el extranjero o aquellas constituidas en el extranjero que deseen operar en el territorio nacional.*

El artículo 3° de la Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos, contiene la definición de Licencia de Operación que pareciera contener un certificado que autoriza, única y exclusivamente al destinatario de ella para realizar las actividades de Casa de Intercambio. La definición de Licencia de Operación establece que, por ella, la Casa de Intercambio está autorizada para realizar cualquier negocio jurídico lícito a través de criptomonedas, pero, ello resulta en una contradicción con la definición "Atributos"[61] pues, son éstos últimos los que permiten que la plataforma ejecute una o más actividades:

> ***Licencia de Operación:*** *Es un título habilitante otorgado por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, con efecto declarativo e intuito*

[59] Artículo 8. Se modifica la denominación de la Superintendencia de Criptoactivos de Venezuela y Actividades Conexas Venezolana (SUPCACVEN), por Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP), confiriéndosele la naturaleza de Instituto Autónomo, teniendo como marco regulatorio lo dispuesto en este Decreto Constituyente, demás leyes y normas dictadas por el Ejecutivo Nacional que le resulten aplicables.
La Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP), estará adscrita a la Vicepresidencia Sectorial con competencia en materia de Economía y ejercerá las más amplias facultades dentro del marco legal y constitucional, para regular la creación, emisión, organización, funcionamiento y uso de criptoactivos; en consecuencia, regulará el funcionamiento de las Casas de Intercambio y demás servicios financieros en criptoactivos, así como las actividades asociadas a la minería digital (Decreto Constituyente sobre el Sistema Nacional del Criptoactivos, 2019).

[60] Decreto Constituyente Sobre el Sistema Integral de Criptoactivos…, 2019, 11.

[61] "**La autorización como título administrativo habilitante.** La autorización es una técnica de intervención administrativa que era ejecutada originalmente en ejercicio de la función de policía y actualmente en ejercicio de la función de regulación, mediante la cual se puede efectuar un control preventivo de la legalidad u oportunidad y conveniencia del ejercicio de los derechos y libertades que tienen las personas32, para realizar actividades económicas, en tanto sean compatibles con el ejercicio de los derechos y libertades de otras personas, de la satisfacción del interés general o del uso y aprovechamiento de manera especial de bienes públicos (demaniales o no)" Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. 2021. Los Títulos Habilitantes y las Actividades Económicas de Interés General. Vol. 16, de Víctor Rafael Hernández Mendible, 275-310.

personae, que evidencia el cabal cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley para ejercer la actividad solicitada y que autoriza para operar como Casa de Intercambio en la realización de cualquier negocio jurídico lícito a través de criptomonedas dentro del mercado secundario de los criptoactivos, durante un lapso determinado y bajo las condiciones y atributos que se definan.

Artículo 7°. *La Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas incorporará los atributos a las Licencias Generales y Especiales con atención a la aptitud y capacidades demostradas por la Casa de Intercambio solicitante en el procedimiento administrativo correspondiente y a las necesidades reales del mercado de intercambio de criptoactivos, tomando en consideración las previsiones contenidas en la normativa que se dicte al efecto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos.*

Por la vía de los atributos la SUNACRIP amplía o restringe la actividad de las Casas de Intercambio, de acuerdo con su capacidad para cumplir el fin que se proponen. En la medida en que la casa de intercambio tenga más o menos atributos podrá realizar más o menos actividades.

Cada atributo establecerá, entre otros aspectos, los tipos de intercambio, los criptoactivos, las monedas fiduciarias y los tipos de usuarios autorizados; y salvo voluntad expresa de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, la asignación de cada atributo responderá a un proceso administrativo individual diferenciado y con requisitos propios.

Los atributos otorgados, de acuerdo a las circunstancias, podrán ser modificados, invalidados o revocados por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.

Finalmente, el artículo 12° la Providencia Que Regula La Operatividad De Las Casas De Intercambio En El Sistema Integral De Criptoactivos[62] establece que,

Artículo 12. Lo no establecido en esta Providencia será regulado y normado en las Condiciones Generales para la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Integral de Criptoactivos, así como por cualquier otra normativa, providencia, instructivo o manual interno que la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas apruebe con tales fines.

En este último aspecto, existen las "Condiciones Generales Para La Operatividad De Las Casas De Intercambio En El Sistema Integral De Criptoactivos"[63] aun cuando no se encuentran publicadas formalmente de acuerdo con el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[64]. En ellas se desarrollan de manera general, los requisitos para el otorgamiento de las licencias de operación y de los atributos de las Casas de Intercambio.

[62] Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos, 2019, 12

[63] Condiciones Generales Para La Operatividad De Las Casas De intercambio En El Sistema Integral De Criptoactivos. Sin Publicación En Gaceta Oficial. https://sunacrip.gob.ve/media/decretos/CONDICIONADO_CASAS_DE_INTERCAMBIO_26112020.pdf.

[64] Congreso de la República de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981, 92

Cabe mencionar que no existe en esas disposiciones, un criterio único en cuanto a las exigencias de capital con que deben contar los *exchanges*, sino que estos requerimientos de capital tendrán que ver con las actividades que como casa de intercambio desempeñará dentro de la intermediación con criptomonedas.

A diferencia que, en el caso de las bolsas de valores, que deben exigir a sus miembros la presentación de garantías frente a la institución, estas garantías son exigidas a los *exchanges* en las Condiciones Generales a favor de la SUNACRIP.

Es también fundamental mencionar que pareciera desprenderse de las Condiciones Generales que las Casas de Intercambio no ejecutan una sola empresa o, dicho de otro modo, su única actividad no necesariamente debe ser la de servir de plataforma para negocios con criptomonedas u otros criptoactivos, por cuanto dentro de los recaudos que deben presentar se encuentra el documento constitutivo estatutario, poseer dentro de su objeto social la posibilidad de realizar actividades con criptoactivos.[65]

No existe una norma en la cual se les requiera a las plataformas de intercambio de criptoactivos un número determinado de Administradores, ni se imponen reglas para su nombramiento y desempeño.

No se requiere que las personas que participen en las plataformas de negociación de criptoactivos tengan la condición de comerciantes, ya sea porque ejerzan esta profesión de manera general o como intermediarios.

Tanto los criptoactivos como las plataformas transaccionales fueron creadas con la filosofía de ser ajenas a la regulación del Estado, pero a la vez garantizando a los participantes transparencia, orden y seguridad.

Esta finalidad no ha sido obtenida por cuando cada día la intervención de los Estados en las actividades con criptoactivos es más evidente y los detractores de esta intervención han entendido también que, la regularización de la actividad es necesaria a fin de que el trabajo conjunto contribuya con la inclusión de nuevos actores y nuevas tecnologías.

Tampoco es cierto que todas las plataformas de intercambio sean totalmente transparentes o seguras. Se están dejando atrás los *exchanges* centralizados para sustituirlos por los *exchanges* descentralizados que desarrollan mecanismos que, sin estar exentos de riesgos, cada vez son menores:

> *En años recientes los desarrolladores han emitido prospectos e introducido algunos exchanges descentralizados de criptomonedas (DEXs). Todas las transacciones son autenticadas por la comunidad en red. Teóricamente, los usuarios del DEX realizan operaciones sin la asistencia de intermediarios y guardan fondos y activos en sus propias wallets, operando de una manera realmente confiable.*

[65] Condiciones Generales…, 25A.1

Los DEXs no mantienen la custodia de los activos o las wallets de los operadores[66].

Es importante agregar que, de acuerdo con las Condiciones, las casas de intercambio están obligadas a "prestar los servicios de negociación secundaria de criptoactivos de forma continua, eficiente y no discriminatoria"[67] de la misma forma que las bolsas de valores deben procurar ese cumplimiento. De allí que las Condiciones persiguen

Finalmente, a través de las casas de intercambio se presta un servicio financiero que envuelve criptomonedas u otros criptoactivos como sucede en las bolsas en el caso del mercado de valore, por lo tanto, su regulación tiene en cuenta reglas muy similares. Ello se encuentra confirmado por el texto de las Condiciones en el que se establecen los atributos que pueden añadirse a las licencias emitidas por la SUNACRIP[68].

4.3. ¿Pueden los exchanges constituirse como bolsas de comercio?

Definitivamente los *exchanges* pueden constituirse como instituciones abiertas al público con un objeto que sea comercial para ellas: Servir de plataforma o espacio que concentre a las personas que pretenden realizar transacciones comerciales con criptoactivos, cualesquiera sean sus características.

Ahora bien, para ser considerados bolsas, deberían reunirse para la realización de las transacciones, comerciantes o agentes intermediarios.[69]

Dicho esto, el Código de Comercio presenta un primer obstáculo, las operaciones que se realicen en las bolsas deben ser realizadas por comerciantes, es decir, personas con capacidad de obrar o que encontrándose dentro de las excepciones previstas en el Código de Comerio[70] ejecuten como actividad principal, manera habitual, consuetudinaria profesional, actos de comercio.

Pero en el caso de estas instituciones, salvo aquellas que excluyan a no comerciantes, cualquier persona que logre cumplir con los requisitos exigidos, puede participar en transacciones con criptoactivos.

El único requisito que precisará quien pretenda realizar una transacción con criptoactivos, además de los solicitados la SUNACRIP en las providencias dictadas al efecto, es capacidad de obrar, es decir, la capacidad para comprometer los intereses propios, de obligarse, aunque esta persona no ejerza la profesión comercial, dicho de otro modo, cualquier persona sea o no comerciante, puede actuar como parte de las negociaciones en las plataformas.

---

66 "In recent years, developers have released white papers and introduced a number of decentralized cryptocurrency exchanges (DEXs). All transactions are authenticated by the network´s community. Theoretically, DEX users execute transactions without the assistance of intermediaries and store funds and assets in their own wallets, transacting in a genuinely trustless manner." DEXs do not maintain custody of traders' assets or wallets." Johnson, Kristin N. (2020-2021). "Decentralized Finance: Regulating Cryptocurrency Exchanges." William & Mary Law Review 6 (62): 1914-2000. https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol62/iss6/4., 1955.
67 Condiciones Generales…, 41
68 Condiciones Generales…, 49.
69 Ver supra.
70 Arts. 11 y 13

En el caso de querer constituirse como bolsas de comercio las casas de intercambio no sortearían este primer obstáculo si no se presume que quien realiza este tipo de transacciones es comerciante por lo que, estará en la obligación de probar que no realiza la actividad de la manera en que lo establece el artículo 10 del C. Com.

Sin embargo, la doctrina ha convenido unánimemente, en que la realización de actos de comercio aislados no convierte en comerciante a quien los realice como se deduce de la interpretación contraria de esta disposición y como concluye el profesor Goldschmidt al referirse al requisito de la habitualidad a la que se refiere el artículo 10 del Código de Comercio: "En efecto con dicha palabra solo se quiere decir que una actividad ocasional o accidental no atribuye la calidad de comerciante."[71]

Pero, además, probado el hecho de que la transacción no tiene un fin comercial para quien la realiza, se verificaría que en estas plataformas pueden participar no comerciantes en la celebración de transacciones lo que eliminaría su calificación como bolsa de comercio.

Un ejemplo está representado en la transacción que se realice sobre un *non fungible token o NFT* representativo de una obra de arte, o criptomonedas, que se realice de manera eventual. Quien realice la transacción sobre el *NFT* en el *exchange* estaría calificado como comerciante y debe probar que se trata de un acto único, esporádico o aislado.

Debe de una vez afirmarse también que, independientemente de que los criptoactivos hayan sido ideados para el intercambio y se consideren activos financieros, éstos constituyen una herramienta y no convierten en comerciantes a quien los utilice.

El segundo obstáculo que impone el artículo 49 del Código de Comercio lo constituye, que en las bolsas se requiere la realización de actos de comercio que designe su reglamento pero siendo así, ya estaría librado, pues quienes participen en las actividades del *exchange* tienen ánimo de comprar, permutar o subarrendar criptoactivos o revenden permutan o arriendan criptoactivos adquiridos con ese ánimo, es decir se encuentran dentro del supuesto del numeral 1 del artículo 2 del Código de Comercio.

No podría incluirse a las partes en la transacción dentro del supuesto del numeral 16° C.Com., por cuanto para ello éstas deben ser comerciantes, lo que no es necesario en el caso del numeral 1° del C.Com.

Tampoco se pudiera considerar, que la operación que se realiza en el *exchange* es una operación de banco o de cambio que estuviera dentro del supuesto del numeral 14° del artículo 2° C.Com.

El Código de Comercio al referirse a las operaciones de cambio dentro del mismo contexto que a las de Banco, se refiere exclusivamente a operaciones de cambio de dinero, en virtud de que los criptoactivos no han sido generados, emitidos o creados, de la manera prevista en la ley del Banco Central de Venezuela para el dinero y no tienen el poder liberatorio que la ley le atribuye al dinero.

[71] Goldschmidt, Roberto, Curso….81

4.4. ¿Podrían los exchanges constituirse como bolsas de valores?

El Securities Exchange Act (1934) en los Estados Unidos define al *"exchange"* como,

> Una organización, asociación o grupo de personas, independientemente de que estén constituidas como sociedades de comercio, que constituyen, mantengan o provean una plaza o unas instalaciones donde se reúnan compradores y vendedores para realizar operaciones con valores o para participar en otras operaciones con valores que regularmente se ejecuten en una bolsa, en el sentido de este término, que incluye también la referencia al lugar y las instalaciones mantenidos por la bolsa.[72]

En los EEUU se ha propuesto ampliar la definición anterior para incluir en el concepto jurídico de bolsas los denominados *Alternativa Trading Systems (ATSs),*[73] cuando estos sistemas de interconexión establezcan con respecto a los participantes unas reglas determinadas, a las que ya se refería la *Regulation ATS*[74].

Ello ha llamado la atención de los analistas, ya que, según su opinión, incluiría las plataformas de intercambio de criptoactivos en virtud de que ya la *Securities and Exchange Commission (SEC)* los ha calificado como valores.[75]

En el caso de la Unión Europea, existe actualmente la Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo y Del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos y por el que se Modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (Propuesta MiCA) para ser incorporada a la legislación

---

[72] "The term ''exchange'' means any organization, association, or group of persons, whether incorporated or unincorporated, which constitutes, maintains, or provides a market place or facilities for bringing together purchasers and sellers of securities or for otherwise performing with respect to securities the functions commonly performed by a stock exchange as that term is generally understood, and includes the market place and the market facilities maintained by such exchange." Congreso de los Estados Unidos de América. 1934. Securities Exchange Act of 1934 [As Amended Through P.L. 116–283, Enacted January 1, 2021]. https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf.SEC. 3. (Securities and Exchange Commission (SEC) 98)(a) (1)

[73]Securities and exchange Commission. 18 de marzo de 2022. Amendments Regarding the Definition of ''Exchange'' and Alternative Trading Systems (ATSs) That Trade U.S. Treasury and Agency Securities, National Market System (NMS) Stocks, and Other Securities. https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2022-03-18/pdf/2022-01975.pdf., 15498-15512

[74] "Específicamente, la propuesta de definición de "sistema alternativo de transacción" es "cualquier organización, asociación o grupo de personas, independientemente de que estén constituidas como sociedades de comercio, (1) que constituyan, mantengan o provean una plaza o unas instalaciones donde se reúnan compradores y vendedores para realizar operaciones con valores o para participar en otras operaciones con valores que regularmente se ejecuten en una bolsa, en el sentido de este término, según la regla 3b-12 del (Exchange Act) y (2) que no (A) establezca reglas de conducta a los miembros distintas a las reglas para las transacciones que deben cumplir lo miembros de esas organizaciones asociaciones persona, grupos de personas o sistema o (B) discipline a sus miembros por medios distintos a la sola prohibición de realizar transacciones." Securities and Exchange Commission (SEC), 98, https://www.sec.gov/rules/proposed/34-39884.pdf.

[75] Grobbel, Christopher, Losurdo Nicholas, y Karen Ubell. 2022. www.goodwinlaw.com. 31 de enero. Último acceso: 28 de 07 de 2022. https://www.jdsupra.com/legalnews/sec-proposes-rules-that-could-regulate-2150663/.

interna de los países miembros.[76] Tiene entre uno de sus objetos "la autorización y la supervisión de los proveedores de servicios de criptoactivos"

La Propuesta MiCA define los Servicios de Criptoactivos como "todo servicio y actividad, en relación con cualquier criptoactivo" dentro de los que se encuentran "la explotación de una plataforma de negociación de criptoactivos"[77]:

> *«Explotación de una plataforma de negociación de criptoactivos»: la gestión de una o varias plataformas de negociación de criptoactivos, en las que múltiples terceros que compran y venden intereses relacionados con criptoactivos pueden interactuar de tal manera que nace un contrato, bien al canjearse un criptoactivo por otro, bien al canjearse un criptoactivo por una moneda fiat de curso legal.*[78]

La propuesta MiCA se refiere a criptoactivos no considerados instrumentos financieros. Si el criptoactivo de que se trate, se considera instrumento financiero de acuerdo con la definición del artículo 4, apartado 1, punto 15, de la Directiva 2014/65/UE, debe seguir estando regulado en virtud de la legislación general vigente de la Unión, en particular la Directiva 2014/65/UE,[79] con independencia de la tecnología que se use para su emisión o transferencia.

Hoy, en Venezuela no está planteado ampliar el concepto de bolsa para que se incluya a los *exchanges* de criptoactivos. Ello pasaría por calificar como valores criptoactivos que no cumplan esos requisitos.

Sin embargo, el objetivo perseguido por los *exchanges*, aunque no es reconocido formalmente por ninguna de las normas que en las que se tratan hoy, como en el caso de las bolsas, la transparencia, la seguridad y la liquidez de las transacciones que en ellos se realizan y de las disposiciones que regulan a las Casas de Intercambio, puede deducirse este objetivo. Pero también se deduce de las normas que las regulan, que la forma en que el legislador y el regulador ha concebido la obtención de ese objetivo es distinto que en el caso de las bolsas de valores.

4.5. ¿Podrían las criptomonedas y criptoactivos negociarse en las bolsas de valores?

Bajo el esquema actual, entrarían dentro del ámbito de regulación de la LMV algunos instrumentos derivados de los criptoactivos de acuerdo con la definición en el artículo 50° de la LMV. Éstos estarían representados por aquellos instrumentos o valores que representen un derecho

[76] Propuesta MiCA, 2020, Arts. 1, 2 numeral 1° y 3 numeral 1. 9. b). Comisión Europea. 2020. Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE). Último acceso: 13 de Julio de 2022. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF.
[77]Propuesta MiCA…, 2020, 3.9.b.
[78] Propuesta MiCA…, 2020, 3.11
[79]Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. 15 de mayo de 2014. "Directiva 2014/65/Ue Del Parlamento Europeo Y Del Consejo Relativa A Los Mercados De Instrumentos Financieros y por la Que Se Modifican La Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE." Diario Oficial de la Unión Europea de 12.6.2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=EN.

de opción para la compra o venta de bienes, siendo estos bienes intangibles los criptoactivos y, los contratos a futuro sobre criptoactivos, pues en éstos las partes se obligan a comprar y a vender una cantidad determinada de un activo en este caso también cripto, a un precio y a una fecha futura predeterminada.

Sin perjuicio de lo afirmado sobre la emisión de criptovalores e instrumentos derivados, los propios criptoactivos, bienes o si se quiere mercaderías intangibles digitales como se les ha denominado[80], que no se encuentran *prima facie* en la categorización realizada por los artículos 45 y 46 de la LMV, no podrían negociarse en las bolsas de valores salvo que, se produjera la categorización como tales por la SUNAVAL sobreviniendo en consecuencia, la superposición de competencias entre la autoridad de valores y la de criptoactivos.

Si será posible en virtud de la definición de criptoactivo ya analizada y en ese carácter, los criptovalores que no las criptomonedas, sean negociados en los *exchanges,* aunque se produzca la misma superposición.

Por lo tanto, no es lo mismo en Venezuela hablar de *exchange* que hablar de bolsa de valores, en primer lugar, por la forma de constitución y organización y funcionamiento y, en segundo lugar, porque a diferencia por ejemplo que, en los EEUU y lo que sucederá en Europa, los propios criptoactivos no son considerados en principio valores en los términos de la LMV.

CONCLUSIONES

Son indiscutibles las similitudes que existen entre las bolsas de valores y los *exchanges* de criptoactivos. Sus objetivos son muy similares y están solo separados por las normas que los regulan. Sin embargo, la ampliación del concepto de "bolsa" debe comenzar en el Código de Comercio.

En segundo lugar, incluir en la LMV una sección que incluya a las plataformas de intercambio de criptoactivos como bolsas por efectos de la asimilación este tipo de mercaderías representadas por los criptoactivos, a la condición de valor, tendría ya adelantadas un grupo de reglas adaptables a la constitución, funcionamiento y extinción de las plataformas de intercambio, a la emisión inicial y negociación de criptoactivos, así como tantas otras.

Al día de hoy y como es fácil deducir de los avances de la tecnología, las bolsas de valores tradicionales terminarán migrando sus sistemas a la tecnología de asientos descentralizados, pero la actual legislación no colabora con que comience esa transición. ¿A quién responderían las contemporáneas bolsas de valores cuando lo que se negocia puede considerarse valor, pero también criptoactivo? ¿Con cuantas normas para prevenir el financiamiento al terrorismo y el lavado de capitales deben cumplir? Consideradas criptobolsas, ¿podrán admitir como miembros a no comerciantes?

[80] En los Estados Unidos se han calificado como *commodities.* "According to Section 1a(9) of the Commodity Exchange Act (CEA), a commodity is defined as "all services, rights, and interests in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in." (Hughes 2018, 7)

Debe propenderse si no a la unificación de estatutos, a la armonización de las instituciones y a la sustitución la acción penalizadora, sin que ello conlleve a un relajamiento de las reglas para prevenir el blanqueo de capitales y el financiamiento al terrorismo, para sustituirlas por normas que permitan incluir nuevas plataformas y nuevas tecnologías a las actividades con criptoactivos es necesario.

BIBLIOGRAFÍA

Antonioni, Michelangelo, Tonino Guerra, Ottiero Ottieri, y Bartolini Elio. 1962. *El Eclipse.* Audiovisual. Dirigido por Michelangelo Antonioni. Producido por Raymond Hakim y Robert Hakim. Interpretado por Alain Delon, Mónica Vitti, Francisco Rabal, Louis Seigner, Lilla Brignone, Rossana Rory y Mirella Ricciardi. Cineriz. https://www.allocine.fr/film/fichefilm_gen_cfilm=33488.html.

academy.bit2me.com. s.f. «academy.bit2me.com.» *academy.bit2me.com.* https://academy.bit2me.com/historia-exchanges-trading-bitcoin/.

Asamblea Nacional Constituyente. 2018, 9 abril. *Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.370 Extraordinario. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

—. 2019, 30 enero. *Decreto Constituyente Sobre el Sistema Integral de Criptoactivos.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.575. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. 2006, 18 Abril. *Ley de Reforma Parcial de la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.419.

Asamblea Nacional. 2010, 13 noviembre. *Ley que la regula, la Bolsa Pública de Valores Bicentenaria.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.999 Extraordinario.

Borjas Hernández, Leopoldo. 1971-1972. *Desarrollo de la Legislación Mercantil en Venezuela.* Caracas, D.C.: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Camerini, Marcelo Alejandro. 2002. *Mercado de Valores. Principios Regulaciones Fundamentos. Bolsa de Comercio, Mercado de Valores y Caja de Valores. Ética.* Primera edición. Editado por Dr. Rubén O. Villela. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Comisión Europea. 2020. *Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.* https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF.

Congreso de la República de Venezuela . s.f. *Ley de Cajas de Valores* . Gaceta Oficial de la República de Venezuela N°36.020 del 13 de agosto de 1996.

Congreso de la República de Venezuela. 21 diciembre de 1955. *Código de Comercio.* Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Ext. 31 de enero de 1973. *Ley de Mercado de Capitales.* Gaceta Oficial de la República de Venezuela 1.566 Extraordinario. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

Congreso de la República de Venezuela. s.f. «Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.» Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981.

Congreso de los Estados Unidos de América. 1934. *Securities Exchange Act of 1934 [As Amended Through P.L. 116–283, Enacted January 1, 2021].* https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf.

Garrigues, Joaquin. 1998. *Curso de Derecho Mercantil.* 9°. Vol. I. 2 vols. Ciudad de Mexico, D.F.: Porrúa.

Goldschmidt, Roberto. 2013. *Curso de Derecho Mercantil.* 3° reimpresión. Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt.

Grobbel, Christopher, Losurdo Nicholas, y Karen Ubell. 2022. *www.goodwinlaw.com.* 31 de enero. https://www.jdsupra.com/legalnews/sec-proposes-rules-that-could-regulate-2150663/.

Guidón Guerrero, Víctor. 2012. *La Oferta Pública en la Ley de Mercado de Valores.* Caracas: Editorial Vadell Hermanos.

2016. *Los intermediarios en la nueva Ley de Mercado de Valores.* 6. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

Hines, Baxter. 2021. *Security Tokens and Unlocking the Real Potential of Blockchain.* John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey. Último acceso: 18 de 07 de 2022.

https://www.bolsadecaracas.com/. 2022. https://www.bolsadecaracas.com/nosotros/.

Hughes, Scott D. 2018. *CRYPTOCURRENCY REGULATIONS AND ENFORCEMENT IN THE.* Western State University Law Review Association, Inc. https://www.scotthugheslaw.com/documents/CRYPTOCURRENCY-REGULATIONS-AND-ENFORCEMENT-IN-THE-US-2.pdf.

Igartúa Araiza, Octavio. 1998. *Introducción al Estudio del Derecho Bursátil Mexicano.* Ciudad de Mexico: Editorial Porrúa.

Johnson, Kristin N. (2020-2021). «Decentralized Finance: Regulating Cryptocurrency Exchanges.» *William & Mary Law Review* 6 (62): 1914-2000. https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol62/iss6/4.

Morles Hernández, Alfredo. 2007. *Curso de Derecho Mercantil.* 9°. Vol. I. IV vols. Caracas: UCAB.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. 15 de mayo de 2014. *Directiva 2014/65/Ue Del Parlamento Europeo Y Del Consejo Relativa A Los Mercados De Instrumentos Financieros y por la Que Se Modifican La Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.* Diario Oficial de la Unión Europea de 12.6.2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=EN.

Parlamento Europeo y Consejo. s.f. «Reglamento (UE) 2022/858 Del Parlamento Europeo y Del Consejo.» En *Sobre un Régimen Piloto de Infraestructuras del Mercado Basadas en la Tecnología de Registro Descentralizado y por el que se Modifican los Reglamentos (UE) n.o 600/2014 y (UE) n.o 909/2014 y la la Directiva 2014/65/UE*. Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de mayo de 2022. https://www.boe.es/doue/2022/151/L00001-00033.pdf.

Poder Ejecutivo. 2021, 27 agosto. *Reglamento de la Ley Bitcoin.* San Salvador: Diario Oficial N° 163. https://www.uif.gob.sv/wp-content/uploads/instructivos/Reglamento-de-la-Ley-Bitcoin.pdf.

Presidencia de la República. 2015, 30 diciembre. *Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario.

—. 1975, 22, mayo. *Ley de Mercado de Capitales.* Gaceta Oficial de la República de Venezuela 1.744 Extraordinario. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. 2021. *Los Títulos Habilitantes y las Actividades Económicas de Interés General.* Vol. 16, de Víctor Rafael Hernández Mendible, 275-310.

Securities and Exchange Commission (SEC). 98. *www.sec.gov.* 12. https://www.sec.gov/rules/proposed/34-39884.pdf.

Securities and exchange Commission. 18 de marzo de 2022. *Amendments Regarding the Definition of ''Exchange'' and Alternative Trading Systems (ATSs) That Trade U.S. Treasury and Agency Securities, National Market System (NMS) Stocks, and Other Securities.* Gubernamental. Propuesta de modificacion de normas, Securities and exchange Commission, Federal Register / Vol. 87, No. 53, 201. https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2022-03-18/pdf/2022-01975.pdf.

Sestino, Andrea, Alessandro M. Peluso, y Gianluigi Guido. 2022. *Non-Fungible Tokens (NFTs) Examining the Impact on Consumers and Marketing Strategies.* Traducido por Víctor Guidón G. Lecce; Taranto.: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1007/978-3-031-07203-1.

Superintendencia Nacional de Criptoacticos y Actividades Conexas. 13 de abril de 2021. *CONDICIONES GENERALES PARA LA OPERATIVIDAD DE LAS CASAS DE INTERCAMBIO EN EL SISTEMA INTEGRAL DE CRIPTOACTIVOS.* Sin publicacion en Gaceta Oficial. Último acceso: 09 de 08 de 2022. https://sunacrip.gob.ve/media/decretos/CONDICIONADO_CASAS_DE_INTERCAMBIO_26112020.pdf.

Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP). 2019 3, abril. *Providencia que Regula la Operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Nacional de Criptoactivos.* Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.609. http://www.imprentanacional.gob.ve/.

Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas. s.f. *https://sunacrip.gob.ve/.* https://sunacrip.gob.ve/media/decretos/CONDICIONADO_CASAS_DE_INTERCAMBIO_26112020.pdf.

Apuntes sobre la conformidad de mercaderías conforme a la CISG

Franco Di Miele*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 148-171

Resumen: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa. Internacional de Mercaderías ("CISG" por sus siglas en inglés) es un instrumento jurídico de carácter internacional el cual regula la compraventa de mercaderías a nivel internacional, siendo ésta adoptada por la mayoría de los Estados desarrollados, constituyendo el objeto de estudio en particular del presente escrito, la disciplina relativa al defecto de conformidad de las mercaderías comercializadas bajo el ámbito de aplicación de la CISG.

Palabras claves: Mercaderías, compraventa, conformidad

Notes about conformity of goods in relation to the CISG

Abstract: *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is an international instrument that governs cross-border transactions related to sale and acquisition of goods, which has been broadly adopted by the majority of the developed nations of the world. In this article, among its several particularities, we will focus on the conformity of goods traded under its scope of application.*

Keywords: *goods, sale, conformity.*

Recibido: 18/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* Abogado *Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Master en Diritto Commerciale Internazionale *Summa Cum Laude (110/110 e lode)* de la Sapienza Roma. MSC Business Studies School of Business and Trade Lucerne GPA 4.0 100%. Asociado en InterJuris Abogados, S.C. franco.dimiele@interjuris.com

Apuntes sobre la conformidad de mercaderías conforme a la CISG

Franco Di Miele*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 148-171

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Generalidades 2. Transferencia del riesgo y transmisión de la propiedad. 3. Conformidad de las mercaderías. 4. Examen de las mercaderías. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

A pesar de la longevidad del contrato de compraventa en los ordenamientos jurídicos nacionales, cuando éste adquiere carácter supranacional, tiende a asumir una disciplina diversa de la dictada por los ordenamientos jurídicos nacionales, debido a las diferencias inherentes a cada jurisdicción[1].

El contrato de compraventa ostenta, por múltiples razones, una posición de primacía en el comercio internacional, dicha primacía y relevancia le han permitido contar con una disciplina, que se ha consolidado con el pasar de los años[2].

Han sido la importancia de las compraventas internacionales y las diversas regulaciones a nivel mundial en los ordenamientos jurídicos internos, los elementos principales que ocasionaron que la comunidad jurídica internacional, llevará a cabo grandes esfuerzos con el fin de unificar las normas relativas al intercambio de mercaderías, bajo la figura del contrato de compraventa, todo ello con el objeto de asegurar un régimen disciplinado y uniforme en el que pueda tener lugar la práctica comercial internacional, que no siempre se materializa entre países con las mismas condiciones políticas, económicas, sociales y mucho menos con ordenamientos jurídicos especulares, sin embargo, a pesar de todas estas diferencias, existe un elemento común entre todas ellas, la necesidad de interacción económica[3].

En este sentido, la doctrina y los redactores de textos normativos internacionales han señalado la importancia de la unificación de las normas internacionales sobre la compraventa de mercaderías, a fin de permitir certeza, celeridad, claridad y uniformidad; elementos esenciales para el comercio internacional. De esta forma, a fin de evitar complicadas soluciones, se decidió decantarse por un

* Abogado *Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Master en Diritto Commerciale Internazionale *Summa Cum Laude (110/110 e lode)* de la Sapienza Roma. MSC Business Studies School of Business and Trade Lucerne GPA 4.0 100%. Asociado en InterJuris Abogados, S.C. franco.dimiele@interjuris.com

[1] Basta considerar elementos tales como el perfeccionamiento del contrato, la transferencia del riesgo en caso de pérdida de la cosa, la transmisión de la titularidad, entre tantos otros.

[2] Fabio Bortolotti, *Il contratto internazionale*, Manuale teorico pratico, (Padova- Italia: CEDAM, 2012), 247.

[3] Cesare Massimo Bianca y Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, (Milán :Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., 1987), 3.

texto de derecho sustantivo y uniforme, el cual pudiese fungir como instrumento de conciliación legislativa entre múltiples Estados y sus distintos ordenamientos jurídicos[4].

1. Generalidades

La Convención de las. Naciones Unidas sobre los. Contratos de Compraventa. Internacional de Mercaderías ("CISG" por sus siglas en inglés), fue redactada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (por sus siglas en inglés "UNCITRAL"), la misma representa un hito en la unificación normativa internacional, siendo ésta el fruto de más 100 años de esfuerzos conjuntos[5].

Es así, como la CISG, con sus más de 40 años de existencia, ha sido adoptada por 94 Estados, entre los cuales podemos mencionar los Estados Unidos de América, China, Rusia, Italia, Alemania, Portugal, entre otros [6]. Siendo el caso de Venezuela, muy peculiar, ya que a pesar de haber sido uno de los primeros Estados en suscribir la CISG en el año1981, hasta la fecha no la ha ratificado.

La CISG es una convención internacional de derecho material uniforme, que asume una importancia considerable, contando como ya mencionamos con una amplia aceptación y adopción[7], la misma se constituye como una verdadera disciplina sustantiva cuyo fin es ofrecer un marco uniformes y por ende certidumbre respecto de las reglas aplicables al contrato de compraventa internacional de bienes muebles[8].

La CISG representa evidencia de la posibilidad de superar las barreras jurídicas de la territorialidad, a fin de establecer normas de derecho material uniforme, capaces de sustituir las normas sustantivas de derecho interno en las relaciones internacionales. Sin embargo, no es del todo correcto considerar que en los contratos de compraventa internacional suscritos entre partes pertenecientes a Estados adherentes a la CISG, no es relevante determinar la ley es aplicable al contrato; esta afirmación se deriva del hecho de que la CISG regula el contrato de compraventa como tal, dejando fuera de su alcance los elementos que tengan un carácter general propio de las leyes internas de cada Estado[9].

La CISG se encuentra traducida a 6 idiomas oficiales y se divide en cuatro capítulos: I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales; II. Formación del contrato; III. Compraventa de mercaderías y IV. Disposiciones finales. Cabe acotar que conforme al artículo 92 de la CISG cada Estado contratante podrá declarar al momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la

---

[4] Franco Ferrari, «*Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*»,15 Journal of Law and Commerce (1995):3 Edición en Pdf. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/2ferrari.html

[5] Kazuaki Sono, «*The Vienna Convention: History and Perspective*», en *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, ed. Petar Sarcevic y Paul Volken (Oceana ,1986): 1. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/sono.html

[6] https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states

[7] Andrea Giardina, «*Le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*», *en Rivista. Arbitrato, (1998*): 201.

[8] Angelo Busani, *Il Contratto di compravendita internazionale, Collana dei contratti diretta da Emanuele Lucchini Guastalla*,(G. Giappichelli Editore, Torino 2015), 4.

[9] Bortolotti, *Il contratto...*,249-250

aprobación o la adhesión su voluntad de no someterse a la aplicación del capítulo a la Formación del Contrato (Capítulo II) como es el caso de Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega o a las determinadas normas relativas a la Compraventa de mercaderías[10].

Es importante considerar que, al tratarse de una norma internacional de Derecho material uniforme, incorporada a los ordenamientos jurídicos internos por parte de los Estados contratantes, las interpretaciones que los operadores jurídicos locales puedan hacer de la misma son muy relevantes. Esto genera un riesgo de falta de uniformidad en la interpretación de la CISG por parte de los jueces locales, en virtud de lineamientos y criterios propios de su ordenamiento interno, con la consiguiente diferenciación en la aplicación de las normas de un país a otro, a pesar de las disposiciones de la CISG.

De esta forma, al interpretar la CISG los jueces y todos los profesionales y operadores del Derecho tendrían que considerar la jurisprudencia de los Estados contratantes a fin de arribar a resultados armoniosos, siendo pertinente señalar la existencia de amplias fuentes y herramientas de consulta tales como las colecciones de Uncitral[11], abstracs, bases de datos Unilex[12], CISG online[13] y Pace University[14] que permiten un conocimiento profundo de la disciplina de las ventas internacionales desde la perspectiva de la CISG[15].

1.1.Ámbito de Aplicación

El Artículo 1 de la CISG establece las condiciones para su aplicabilidad, en este sentido, será aplicable a los contratos de compraventa de bienes corporales muebles (mercaderías), entre partes que sin importar su nacionalidad, tengan sus domicilios comerciales en Estados distintos, cuando tales Estados sean partes contratantes de la CISG, o también, cuando las leyes de derecho internacional privado, de tales Estados, conducen a la aplicación de las normas propias de un Estado contratante de la CISG[16].

Cuando ambas partes son Estados Contratantes de la CISG, ésta se aplica sin necesidad de observar las normas de Derecho Internacional Privado; en cambio, cuando sólo uno de los Estados es un Estado contratante de la CISG, ésta se aplicará si las normas Derecho Internacional Privado directas conducen a la aplicación del derecho de un Estado contratante[17].

De esta forma la CISG será aplicable cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes muebles celebrado entre partes domiciliadas en dos Estados contratantes de la CISG; o cuando las normas de Derecho Internacional Privado del órgano jurisdiccional ante el que se ha

[10] Francesco Galgano y Fabrizio Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico del Economia, Volume cinquantaquattresimo,* (CEDAM, Padova 2010), 421.
[11] Sistema del Case Law on Uncitral Text ("CLOUT") reperibili sul sito www.uncitral.org.
[12] www.unilex.info
[13] www.cisg-online.ch.
[14] https://iicl.law.pace.edu/
[15] Bortolotti, *Il contratto*...251
[16] Galgano y Marrella, *Diritto…* 422.
[17] Bortolotti, *Il contratto*...252

presentado una demanda dan lugar a la aplicación de la ley de un Estado contratante[18] (sujeto a una reserva formulada de conformidad con el artículo 95)[19].

La jurisprudencia italiana en una conocida sentencia, afirmó que, por tratarse de una relación relativa a un contrato internacional de compraventa de mercaderías, no era posible identificar, como parece a primera vista, la disciplina material recurriendo a las normas de derecho privado interno, debiendo ser de aplicación la CISG. En este caso, las partes no se dieron cuenta de la aplicabilidad de la CISG a la controversia y en virtud del principio *iura novit curia* la CISG fue invocada como ley aplicable por el juez competente[20].

De esta manera, la CISG fue aplicada y considerada como una norma jurídica material, capaz de resolver las controversias relativas a la compraventa internacional de mercaderías de la forma más precisa, siendo aplicada por el juez, considerando que conoce el derecho, carácter que le otorga el ordenamiento jurídico italiano a la CISG.

Es importante mencionar que, las partes tienen la posibilidad de excluir totalmente la aplicación de la CISG o desaplicar las disposiciones individuales, a fin de modificar sus efectos jurídicos[21];lamentablemente, para la práctica jurídica internacional y para el desarrollo del comercio internacional, existen muchos contratos en los cuales expresamente se dispone la exclusión de la aplicación de la CISG y el sometimiento del contrato a un derecho interno, esto se produce bajo el pretexto de la superioridad cualitativa de las normas de derecho nacional o interno y la posibilidad de una mejor defensa de los intereses de las partes, considerando la existencia de una mayor elaboración doctrinal y jurisprudencial[22].

Aun cuando la CISG constituye una verdadera disciplina de Derecho sustantivo internacional, en el contrato suscrito por las partes es conveniente determinar la ley aplicable al mismo, esto con la finalidad de llenar los posibles vacíos de la CISG, en cuanto a las materias explícita o tácitamente excluidas de ella. Con esta estipulación, aun en los casos en que la CISG se aplique automáticamente, será la ley elegida por las partes la que regirá en todo lo no previsto o excluido por la CISG. De esta forma, sería aún más neutral, en cuanto a la nacionalidad de la ley aplicable, someter los aspectos que no entran en el ámbito de la CISG a la *Lex Mercatoria* o a los Principios UNIDROIT[23],normas desarrolladas por la práctica comercial y específicas de los comerciantes.

La CISG excluye explícitamente de su objeto normativo los aspectos relativos a la validez del contrato y los efectos del contrato[24], aspectos que quedan regulados por normas de derecho

---

[18] Galgano y Marrella, *Diritto e prassi*…. 422.
[19] Artículo 95 "Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención."
[20] Tribunal de Vigevano, Sentencia Número 405 de fecha 12 de julio de 2000.
[21] Artículo 6 de la CISG.
[22] Bortolotti, *Il contratto*...253
[23] Bortolotti, *Il contratto*...253-254.
[24] Franco Ferrari, *«Cross-reference editorial analysis of CISG Article 1», CISG W3 Database, Pace University School of Law (http://www.cisg.law.pace.edu): 1996* https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cross-references-and-editorial-analysis-article-1 al respecto el mismo indica *"Issues governed when the CISG is applicable*. The CISG does not

interno de cada Estado contratante, conforme a las disposiciones del derecho internacional privado. Asimismo, la CISG no contempla aspectos relativos a la prescripción de obligaciones y compensación de deudas, materias que pueden considerarse implícitamente excluidas.

Adicionalmente, el Artículo 2 de la CISG excluye expresamente de su ámbito de aplicación, las ventas que involucren títulos de crédito, naves, aeronaves, remates, corriente eléctrica y bienes adquiridos para uso personal, familiar o doméstico del comprador, salvo que el vendedor, antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso. Aunado a lo anterior, el artículo 5 de la CISG excluye de su ámbito de aplicación la responsabilidad del vendedor relacionada con la muerte o las lesiones corporales causadas por los productos vendidos[25], aunque existe la responsabilidad del vendedor por los daños causados a los bienes adquiridos[26].

1.2. Definición de Venta Internacional

Si bien la CISG es aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, no define qué se entiende por compraventa; en este sentido, una definición de compraventa internacional puede obtenerse de los artículos 30 y 53 de la CISG, que establecen las obligaciones del vendedor y del comprador.

Así, el contrato de compraventa internacional puede entenderse como el contrato en virtud del cual el vendedor asume la obligación de enajenar la mercadería, entregar la mercadería y los documentos relativos a la misma, mientras que el comprador o adquirente tiene la obligación de pagar el precio pactado y recibir los bienes adquiridos[27].

1.3. Formalidades del contrato

Al respecto, conforme a la CISG no se requiere que se celebre o pruebe por escrito, adicionalmente, no está sujeto a ninguna otra carga de la prueba o requisito de forma, ya que puede probarse por cualquier medio lícito, incluidos los testigos[28].

---

govern all issues associated with an international « sales contract as defined above. Article 4, for instance, affirms that, the CISG « governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. ».Except as otherwise expressly provided in the CISG, it "is not concerned with: (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; or (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold. » « Article 11constitutes an exception to the article 4(a) exclusion: by laying down a principle of informality, it deals with the Statute of Frauds which is generally regarded as a "validity » issue."

[25]*Ferrari, Cross-reference…* refiriéndose a Herber, UN-Kaufrechtsübereinkommen: Produkthaftung - Verjährung,*Monatsschrift für Deutsches Recht* 105 f. (1993); Dirk Otto, Produkthaftung nach dem UN-Kaufrecht, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 533 (1992); Dirk Otto, Nochmals: UN-Kaufrecht und EG-Produkthaftungsrichtlinie, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 306 (1993); Peter Schlechtriem, The Borderland of Tort and Contract - Opening a New Frontier?, 21 *Cornell Int'l L.J.*, 467 ff. (1988)

[26] Artículo 5 "La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías." Debiéndose colmar las lagunas con los principios generales en los que se basa la CISG o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado, de conformidad con el Artículo 7 numeral 2 de la misma.

[27] Ferrari, *Cross…*

[28] Artículo 11 de la CISG.

2. *Transferencia del riesgo y transmisión de la propiedad*

La transferencia del riesgo representa un elemento fundamental en la regulación internacional del contrato de compraventa, y es un aspecto decisivo considerado por los jueces al momento de decidir disputas relativas a las pérdidas de los bienes y de quienes los sufran[29].

En cuanto a la transferencia del riesgo y la transmisión de la propiedad, cabe señalar que la CISG excluye de su marco normativo el argumento relativo a la transmisión de la propiedad de las mercaderías. Esto se debe a que las nociones de adquisición del dominio y la transmisión de los bienes dependerán del ordenamiento jurídico al que pertenezcan las partes; de esta forma, para evitar conflictos, incertidumbres y más confusiones, la CISG se enfoca en la transferencia o el pasaje del riesgo y no en la transmisión de la propiedad de los bienes[30].

El principio fundamental que regula la transferencia del riesgo en la CISG puede identificarse en el artículo 69, que establece que el riesgo se transmitirá al comprador *"…cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción…".*

En los casos en que la venta implica el transporte de las mercancías, el riesgo pasa al comprador cuando se hace la entrega al porteador[31]; sin embargo, si la venta se refiere a mercancías en tránsito, el riesgo pasa al comprador cuando se celebra el contrato[32], cuando se trata de mercancías ya entregadas a un transportista[33].

Cabe señalar que en el caso de los ordenamientos de tradición jurídica germánica existe una coincidencia entre el momento de la transmisión de la propiedad y el momento de la transmisión del riesgo, considerando que en estos países la transmisión de la propiedad se produce en el momento de la entrega del bien; a diferencia de los ordenamientos jurídicos, en los cuales impera el principio consensual en materia de perfeccionamiento de la venta, parece que los contratos de compraventa internacional a los que se aplica la CISG, no siguen la regla del *res perit domino*, considerando que, las mercaderías vendidas siguen estando a riesgo del vendedor hasta la momento de la entrega (también si los bienes se componen de cosas ya identificadas), a pesar de que el comprador se haya convertido en propietario de los bienes en el momento de la celebración del contrato[34].

---

[29]Essa Alazemi, *Passing of Risk in International Contracts of Sale of Goods A Comparative Study Between the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods 1980 and the English Sale of Goods Act 1979*, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/alazemi.html, refiriéndose a P.Roth, The Passing of Risk', (Spring - Summer, 1979), the American Journal of Comparative Law, Vol. 27, No. 2/3, Unification of International Trade Law: UNCITRAL's First Decade, 291-310

[30]Jason Chuah, *Law of international trade: cross-border commercial transactions* (Cuarta Edición, Sweet & Maxwell 2009), 23. Cfr.. Alazemi, *Passing*....

[31]Artículo 67 del la CISG.

[32]Artículo 68 del la CISG.

[33]Galgano y Marrella, *Diritto* …426

[34]Galgano y Marrella, *Diritto* ...427

3. Conformidad de las mercaderías

Como se indicó anteriormente, la CISG se encuentra dividida en cuatro capítulos, correspondiendo el segundo de los mismos a las Obligaciones del Vendedor[35], entre las obligaciones del vendedor, se encuentra la obligación de entregar los bienes en cumplimiento del contrato, en este sentido uno de los temas prácticos más relevantes de la CISG es la disciplina de la conformidad de las mercaderías[36].

3.1. Falta de conformidad de los bienes

Desde un punto de vista genérico, el artículo 35 de la CISG ha sido diseñado para establecer el momento en que la entrega de las mercaderías se ha realizado correctamente, así, la CISG establece una referencia fundamental al contrato y a una serie de criterios objetivos estandarizados, que actúan como elementos para juzgar la correcta entrega de los bienes, pudiendo afirmarse que el artículo 35 de la CISG, sólo será aplicable en el campo de los derechos contractuales y no será aplicable en materia de delitos, faltas, obligaciones extracontractuales, materias que se rigen por las normas internas[37].

Es un aspecto muy particular de la CISG, la no utilización del término garantía, la CISG, en lo posible, evita el uso de esta terminología, para evitar posibles conflictos terminológicos con los ordenamientos jurídicos internos y las figuras jurídicas previstas por ellos. De esta forma, la CISG trata de evitar la tendencia a enmarcarla bajo las precogniciones de los ordenamientos jurídicos internos, a fin de crear una verdadera disciplina internacional de aplicación uniforme[38].

El artículo 35 de la CISG establece con bastante claridad que los bienes entregados deben cumplir con los niveles de cantidad, calidad y tipo exigidos por las disposiciones contractuales[39].

---

[35] Artículos 30 al 52.

[36]Franco. Ferrari, *La vendita internazionale applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* dirigido por Francesco Galgano, VolumenVentiuno, (CEDAM, Padova 1997*)*, 190 indica que esta opinión es compartida por Magnus, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), en J. Von Staudingers *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch mit Efuhrungsgesetz und Nebengesetzen* ,(Berlín, 1994), 316 y Karollus, « *Judicial Application of the CISG in Germany 1988-1994, in Review of the Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG)*», 1995, 69.

[37]Joseph Lookofsky, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Encyclopaedia of Laws*, Blainpain, (ed., Kluwer 1993),72 cfr. Secretariat Commentary (closest counterpart to an Official Commentary), *Guide to CISG article* 35 https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/article-35-secretariat-commentary-closest-counterpart-official-commentary

[38] Harry Flechtner, *Conformity of Goods, Third Party Claims, and Buyer's Notice of Breach under the United Nations Sales Convention ("CISG"), with Comments on the "Mussels Case," the "Stolen Automobile Case," and the "Ugandan Used Shoes Case"*, University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series, Working Paper 64, Agosto 2007, 4 http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64

[39]Jacob Ziegel, *The Vienna International Sales Convention, New Dimensions in International Trade Law: Canadian Perspectives, (*Butterworths *: Ziegel & Graham eds.*, 1982), 44. Cfr. Secretariat Commentary… "*(…)the obvious proposition that the seller must deliver the contractually promised goods. What it does not tell us is how the terms of the contract are to be determined."*

Adicionalmente, las partes podrán derogar lo dispuesto por el artículo 35, mediante simple acuerdo entre ellas. Esta excepción no se considera una excepción a la aplicación de la CISG sino una modificación de las obligaciones del vendedor[40]. En este caso, las disposiciones de la CISG serán supletorias del acuerdo de las partes[41].

El carácter supletorio de la CISG es limitado y está sujeto a la existencia de un mínimo de estipulaciones contractuales e información sobre los bienes a suministrar por el vendedor, debiendo las partes indicar al menos el tipo de bienes y la cantidad; con estos elementos las partes pueden aportar elementos capaces de determinar los demás aspectos relativos a la misma. En este caso, estos elementos de determinación indirecta prevalecerán sobre los criterios previstos por la CISG[42].

La descripción facilitada por el vendedor sobre las mercancías en la oferta realizada al comprador será vinculante y si éste hubiera facilitado referencias, láminas ilustrativas o referencias relativas a la calidad de las mercancías, dichas descripciones se entenderían como elementos pertenecientes a la oferta y por tanto, como parte integrante del contrato[43].

Cuando el vendedor entrega la mercancía, a pesar de que no cumple con las condiciones establecidas en el contrato, la obligación de entrega se da por cumplida. En cualquier caso, los bienes entregados deben ajustarse al menos a los estándares descritos en el contrato, debe tenerse en cuenta que esta declaración no es aplicable a disputas relacionadas con la entrega de bienes distintos a los acordados y sólo es válida en casos de mercancías defectuosas[44].

El Artículo 35 de la CISG define el concepto de falta de conformidad, salvo pacto en contrario entre las partes, serán relevantes los siguientes parámetros en cuanto a la conformidad de las mercancías[45]:

3.2.Idoneidad para el uso ordinario

En cuanto al concepto de uso habitual e idoneidad, se pueden adoptar dos posturas:

a) La idoneidad se determinará teniendo como parámetro las normas del domicilio del vendedor, sin embargo, el vendedor no está obligado a conocer los límites o requisitos vigentes en

---

[40] *Bianca y Bonell, Commentary...,* 271.
[41] E. Allan Farnsworth, *Rights and…,* 83, "*it is the contract that is the principal source of the seller's"* cfr. Bianca y Bonell. *Commentary*…271.
[42] *Bianca y Bonell, Commentary…* 271-272.
[43] *Loc. cit.*
[44] *Loc. cit.*
[45] Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos, Función y alcance de la lex mercatoria en la conformidad material de las mercancías, 2006. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/orejudo.html *"*(…) el artículo 35.2 dispone una serie de «condiciones tácita » s, que comportan que las mercancías se consideren conformes (a) si lo son al uso para el que ordinariamente se destinen las de su tipo (b) si responden al uso especial que se pretende dar a las mercancías y del que se ha informado al vendedor, de forma expresa o tácita; (c) si tienen las cualidades de la muestra o modelo que se presentase al comprador por parte del vendedor; y (d) si están envasadas o embaladas en la forma habitual o, caso de que ésta no exista, en una forma adecuada para la conservación y protección de las concretas mercancías."

el país de destino de las mercancías (salvo en el caso de que entre las expectativas razonables del comprador exista este conocimiento)[46].

b) La definición de uso habitual debe ser proporcionada por las normas del país o región en que el comprador pretenda utilizar los bienes[47].

Al respecto Schlechtriem considera que el concepto de "uso habitual" debe diferenciarse del de "finalidad particular", distinción que es decisiva en cuanto a la calidad de los bienes adquiridos, siempre que el comprador lo haya hecho saber expresa o implícitamente al vendedor al momento de la compra o al momento de la celebración del contrato[48]. Schlechtriem, concluye que cuando se trata de un vendedor experimentado, el comprador puede asumir que las características y requisitos de los bienes adquiridos para el propósito particular por el comprador pueden entenderse como implícitamente garantizados, mientras que si no se puede confiar al comprador el conocimiento y pericia particular del vendedor, éste sólo será responsable, en la medida en que haya ofrecido expresamente una garantía[49].

Por su parte, Flechtner sobre este tema argumenta que el concepto del standard básico de calidad que el comprador puede esperar es uno de los aspectos más relevantes de la CISG; en tal sentido, la interpretación judicial de la disposición contenida en el artículo 35 parágrafo 2 literal a), surge como una dificultad que frecuentemente se presenta en la aplicación de la misma, a pesar de la buena disposición de los intérpretes de la CISG [50].

3.3. Uso específico señalado explícita o implícitamente al vendedor

En este caso, la CISG no considera como factor preponderante el hecho de que el comprador haya declarado al vendedor el uso que quiere dar a los bienes adquiridos, si las circunstancias demuestran que el comprador desconfió o que no le fue razonablemente posible confiar en el conocimiento o habilidades particulares del vendedor al momento de la celebración del contrato.[51]

---

[46] *Bianca y Bonell, Commentary….* 273

[47]Peter Schlechtriem, «*The Seller's Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* », en Nina M. Galston Hans y Smit eds., «*International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods«, Matthew Bender (1984)*: 21 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem10.html

[48] Schlechtriem, *The Seller's …; 21«"«ordinary use» will be defined by the standards of the country or region in which the buyer intends to use the goods. In Europe, gasoline for the operation of cars is still understood as leaded gasoline, whereas the expectations of an American buyer who stocks up on gas on the Rotterdam spot market might be directed toward unleaded gasoline. In order to avoid uncertainty it would be advisable in such cases for a buyer to name not only his purpose but also the place where he intends to use the goods purchased."*

[49]*Loc. cit.*.

[50] Flechtner, *Conformity*…, 5. *"The issue is whether a seller who knows or should know that the buyer intends to resell in its own State is obliged to deliver goods that meet the applicable regulatory requirements of that State if the parties did not refer to those regulations in their negotiations or final agreement. The argument for the buyer is that, if the goods it purchased for resale (…) as per Article 35(2) (a). The argument for the seller is that it cannot be expected to know the laws of the buyer's State, but the buyer can; thus as long as the goods could be resold in the seller's own State, the seller's obligations under Article 35(2)(a) should be deemed fulfilled."*

[51]*Bianca y Bonell, Commentary…,* 274-275.

3.4. Calidad de la mercadería cuando el vendedor ha presentado muestras o modelos al comprador[52]

Cuando vendedor presenta al comprador modelos o muestras, el vendedor no está obligado a entregar mercancías idénticas a los productos presentados, siempre que hayan sido presentados únicamente con fines meramente ilustrativos de la calidad de los mismos, sin embargo, estos fines deben indicarse explícitamente.

En caso de que esto no sea indicado por el vendedor, los modelos, muestras o ejemplos presentados al comprador serán vinculantes y el vendedor deberá entregar al comprador bienes de la misma calidad y características que los modelos o muestras presentados, aunque podrían existir algunas pequeñas diferencias tolerables por parte del comprador. [53]

3.5. Disposición o embalaje de las mercaderías

Sobre esta materia señala Orejudo que:

> Con ello se evidencia que la especialización de las mercancías se amplía hasta la del propio envase o embalaje de los productos: éste no sólo es considerado condición esencial de la conformidad de las mercancías según lo pactado en el contrato (art. 35.1 de la CV de 1980), sino que también ha de responder, en defecto de acuerdo expreso, a tal forma adecuada para la conservación y protección de las mercancías. Y es que el embalaje de los productos puede convertirse en un elemento fundamental, en aras de dicha conservación de los productos, y de su comercialización. Por ello, los defectos en el envase pueden considerarse defectos del producto, particularmente cuando los bienes son comercializados en su «envase original »[54]

Claramente en la CISG, se pretende establecer un standard mínimo de embalaje; en ningún caso sus disposiciones pueden entenderse como un factor que tienda a desalentar un embalaje más seguro o más riguroso de las mercaderías[55].

Cabe señalar que el artículo 35 parágrafo 2 literal (d) de la CISG señala en materia de embalaje, las condiciones relativas a las mercaderías que no tienen una tipología habitual o común de embalaje por tratarse de mercancías muy particulares en este supuesto, debe realizarse de la forma que sea adecuada para conservar y proteger la mercadería[56].

---

[52]Schlechtriem, *The Seller's …*,22 *"(…) States a rule that can be found in a number of domestic laws in a similar form. (…) consider the qualities of a sample or model to be contractually promised, just as § 494 BGB does. Here too, the contractual promise would follow from interpretation according to article 8 of the Convention."*
[53] *Bianca y Bonell, Commentary*…,274.
[54] Orejudo, Función …
[55]Secretariat Commentary *Guide to CISG*…
[56] *En la Conferencia Diplomática de Viena de 1980 Kamarul, representante de Austrialia, destacó que "…What would happen if the goods were of a new type and there was no usual container or packaging for them? The provision*

El tercer y último párrafo del artículo 35 de la CISG establece que el vendedor no es responsable, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 35, por la falta de conformidad de las mercaderías que al momento de la celebración del contrato el comprador conocía o no hubiese podido ignorar[57].

De esta forma, el vendedor quedaría relevado de cualquier obligación relativa a los defectos en la calidad de las mercancías, siempre que el comprador conociera o no pudiera haber ignorado el defecto al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, esta disposición no es aplicable al conocimiento del defecto por parte del comprador cuando se entregan las mercancías o se comprueba su estado[58].

Lookofsky agrega que un gran aporte de la CISG ha sido establecer que el vendedor será responsable sin exigir ningún tipo de culpa o conducta dolosa de su parte. Es decir, el vendedor es responsable de la falta de conformidad sin que el conocimiento o la falta de éste sobre los defectos de la mercancía tengan relevancia[59].

3.6. Responsabilidad del vendedor por defectos posterior al concluir el contrato

El vendedor es responsable según el contrato y la CISG de cualquier falta de conformidad existente en el momento de la transferencia del riesgo al comprador, incluso si la falta de conformidad se manifiesta después de ese momento[60].

Tradicionalmente, el momento de determinar la conformidad de la mercancía está relacionado con la transmisión del riesgo, encentrándose disposiciones similares, a menudo en las legislaciones internas[61].

En todo caso, la transmisión del riesgo entraña muchas complicaciones en materia probatoria, especialmente a los efectos de demostrar la existencia del defecto al momento de la transmisión del mismo. No obstante, como es habitual, la transmisión del riesgo se produce cuando el vendedor entrega la mercancía al primer porteador, a pesar de que, en virtud de la aplicación de las cláusulas Incoterms, pudiese ocurrir, por ejemplo, que en la modalidad *Free on Board* ("FOB"),

---

proposed by her delegation provided that in cases where new standards had not been established, the manner in which the goods would be contained or packaged should be adequate to preserve and protect them", referido en *Guide to CISG…*

[57] Ralph Folsom , Michael Wallace Gordon y John A. Jr. Spanogle ,*International Business Transactions in a Nutshell, (*Tercera Edición., West,1988), 88. Cfr. Secretariat Commentary *Guide to CISG…*"(…) . *The 'could not have been unaware' language is the subject of much dispute among common law and civil law authorities. Most common law authorities consider it to be 'subjective' and relate to buyer's actual state of mind, rather than to impose 'constructive knowledge' on buyer for items he should have learned."*

[58]Secretariat Commentary, *Guide to CISG…*

[59] Joseph Lookofsky, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Encyclopaedia of Laws*, (Blainpain, gen. ed., Kluwer 1993):72, cfr. Secretariat Commentary, Guide to CISG…

[60] Artículo 36 parágrafo 1 de la CISG.

[61] Artículos 66 al 70 de la CISG.

la transferencia del riesgo se produzca en el momento en que las mercancías rebasan físicamente la vertical del costado del buque y tras la completa carga de las mercancías [62].

En este caso nos encontramos ante el problema de la identificación de los defectos de conformidad, identificación que se produce en muchos casos en el momento de la recepción de la mercadería, y es en este momento cuando cobra relevancia el segundo apartado del artículo 36 de la CISG el cual incorpora dos presupuestos:

i) El vendedor ha garantizado la mercancía, quedando en todo caso obligado por el plazo de tiempo establecido por la garantía contractual.

ii) Falta de garantía ofrecida por el vendedor y el defecto se deba al incumplimiento de alguna de sus obligaciones[63].

Aquí surgen algunas cuestiones relativas a la carga de la prueba de los defectos, en este sentido ha sido señalado por la doctrina dominante que el vendedor es quien debe probar que la mercancía se encontraba conforme al contrato al momento del transferencia del riesgo[64]; sin embargo, existe una parte de la doctrina que considera que el comprador debe probar que los bienes no eran conformes al momento de la transferencia del riesgo[65].

Sobre estas cuestiones, la doctrina está dividida, parte considera que se trata de un supuesto procesal que debe ser resuelto por los tribunales correspondientes, en cambio, parte de la doctrina considera que no se trata de un verdadero argumento procesal, sino de un argumento de derecho material y por lo tanto debe ser regulada por la CISG[66].

Puede decirse que en materia de garantías relativas a bienes no perecederos o duraderos, el comprador necesitará una garantía expresa si quiere estipular plazos más largos a los que normalmente corresponden, sin embargo sin garantía expresa, el plazo de la garantía será el común correspondiente a las mercancías y el uso para el que fue fabricado[67].

En cuanto al discurso sobre la carga de la prueba, Stefan Kröll considera que la atribución de la carga de la prueba es, en última instancia, una decisión "política" relativa a la atribución de riesgos y de esta manera sugiere, para hacer un enfoque más adecuado, identificar tres niveles, a

---

[62] Fritz Enderlein, «*Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*», *en Sarcevic / Volken ed., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (Oceana, 1986): 161-162* https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/enderlein1.html

[63]Enderlein, *Rights*…,162.

[64]Peter Schlechtriem, *Einheitliches U.N.-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge* , Tübingen (Mohr, 1981), 68, cfr. *Bianca y Bonell, Commentary…* 287 "*The United States representative had mentioned difficulties of providing evidence to show that the goods delivered had been in conformity with the contract. That problem could be safely left to the courts to decide*".

[65]R. Welser, *Die Vertragwerletzung des Verkaüfers und ihre Sanktion),* en *DORALT P. (Hrsg.), Das Uncitral-Kaufrecht in Vergleich zum österreichischen Recht, Wien (Manzsche Verlagsbuchhandlung*, 1985): 110. Cfr. Bianca y Bonell, Commentary…,287.

[66] *Bianca y Bonell, Commentary* …,287.

[67]*Bianca y Bonell, Commentary...*, 288.

fin de determinar quién tiene la carga de la prueba[68]. De esta forma el artículo 79 parágrafo 1 de la CISG hace una referencia expresa a la carga de la prueba y por lo tanto no puede ser excluida de su alcance. Así se establece como principio general en materia de reparto de la carga de la prueba que la parte que pretenda hacer valer un derecho debe demostrar los hechos que constituyen su fundamento [69].

4. Examen de la mercadería

4.1.Inspección de las mercancías

A los efectos de informar oportunamente la falta de conformidad, el comprador debe ser consciente de la presencia de estos defectos[70],lo que podría ocurrir a través de la verificación de la mercancía.

Existe una estrecha relación entre la denuncia y la inspección de las mercancías, en este sentido la CISG establece que el comprador debe examinar (o hacer examinar) las mercaderías en el menor tiempo posible, siendo el descubrimiento de defectos uno de los acontecimientos más relevantes, en materia de falta de conformidad. En cuanto a la reclamación posterior, deberá formularse dentro de un plazo "razonable" desde el momento en que el defecto sea descubierto o debiera haberlo sido por el comprador[71].

De esta forma, la inspección se convierte en una actividad que habitualmente realiza el comprador, considerando que lo hace en su propio interés. Así, si el comprador descubre defectos de conformidad, tendrá la carga de informar al vendedor, dentro de un plazo razonable contado a partir del descubrimiento de los mismos[72].

La falta de inspección no implica necesariamente la pérdida del derecho a alegar los defectos de conformidad de la mercadería, siempre que éstos hayan sido comunicados dentro del plazo

---

[68]Stephan Kröll, « *The Burden of Proof for the Non-conformity of Goods Under Art. 35 CISG, [papers from Uniform Sales Law: the CISG at its 30th Anniversary, a conference in memory of Albert H. Kritzer, 12-13 November 2010, Belgrade]», en* The Annals of the Faculty of Law in Belgrade - Belgrade Law Review, Year LIX , n.3, (2011): 180. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/kroll2.html

[69]*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*

[70] Franco Ferrari, *La vendita...*,198

[71] Fabrizio Frattini, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili* , C.M. BIANCA,(Padova, 1992), 175 afirma que " (..) *il termine decadenziale per denunciare i difetti di conformità decorre dal momento in cui l'esame è stato effettuato, se tempestivo. Altrimenti, dal giorno in cui l'esame avrebbe dovuto essere condotto, utilizzando il parametro di cui all'art. 38,comma 1. Pur se- di fatto la modifica sia stata condotta in un momento successivo"* cfr. Ferrari, *La vendita....* 199.

[72]Jorge Oviedo Albán, *«La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías», Revista de Derecho Privado*,26, (2014): 229 http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000100007&lng=en&tlng=es 19/05/2022 "*Sobre la carga de examen de las mercancías, el artículo 38 desagrega las distintas posibilidades, así: según el numeral 1, el comprador deberá examinar las mercancías directamente o por medio de un tercero. Conforme al numeral 2, en caso de que el contrato implique transporte, podrá aplazarse el examen hasta que las mismas lleguen a su destino. Igualmente, por disposición del numeral 3, si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas, y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino*."

previsto por la CISG al vendedor, es decir, antes de la expiración de un plazo razonable desde el momento en que la comprador debería haberlos averiguado si hubiera inspeccionado los bienes [73].

Por el contrario, si el comprador descubre el defecto sin haber realizado la inspección correspondiente, deberá comunicar la presencia del defecto al vendedor dentro de un plazo razonable contado a partir de la fecha en que se descubrió el defecto, siempre dentro de los límites previstos por la CISG[74].

4.2. Plazo y métodos de inspección de las mercancías

El plazo dentro del cual debe efectuarse la inspección de las mercancías comienza a correr desde el momento de la entrega de las mismas; la CISG no fija un plazo preciso, pero se ha establecido un criterio que puede ser bastante elástico, siendo el límite lo más "breve posible" conforme a un plazo razonable[75].

No parece que la expresión "lo más breve posible" pueda equipararse a "sin demora" o "inmediatamente"[76], por lo que no es necesaria una inspección inmediata; sin embargo, podría facilitar la realización de la denuncia correspondiente[77].

Debe identificarse qué puede considerarse como lo "más breve posible" considerando las circunstancias de cada caso en la práctica; sin embargo, es necesario considerar sólo las circunstancias objetivas[78].

El método de inspección y su ejecución son aspectos que no están regulados por la CISG, en tal sentido a falta de acuerdo entre las partes, el criterio a adoptar podría ser el aplicable según las costumbres o la ley del lugar donde se realice.

Además, el comprador no debe hacer esfuerzos extraordinarios para identificar defectos en los bienes. De este modo, el criterio no puede ser absoluto, de hecho, basta que quien controle las mercancías lo haga con la diligencia que emplearía una persona razonablemente si se encontrara en una situación similar[79].

4.3. Comunicación del defecto

La denuncia del defecto de la falta de conformidad encuentra un lugar de máxima importancia en la disciplina de la compraventa internacional de mercaderías; la omisión de informar no sólo impide al comprador acceder a los remedios que establece la CISG; también

---

[73] Ferrari, *La vendita...*,200
[74] Enderlein, *Rights…,*166.
[75]Frattini, *Convenzione…*,174. Cfr. Ferrari, *La vendita…,*201-202.
[76]Ferrari, *La vendita…,*202.
[77]Ferrari, *La vendita…,*203-204.
[78] Bianca, *Bianca-Bonell Commentary*…,299.
[79] Comentario que acompaña la CISG*; Official Records of the United Nations Conference, 34*, donde se indica*" (…) a party would note be expected to discover a lack of conformity of the goods if he neither had nor had available the necessary technical facilities and expertise, even though others buyers in a different situation might be expected to discover the lack of conformity." Por Ferrari en La vendita …,*207.

impide la activación de todos los mecanismos relacionados con el incumplimiento de sus obligaciones[80] por parte del vendedor[81].

Así, la falta de comunicación por parte del comprador parece excluir cualquier tipo de protección, una vez transcurrido el plazo de 2 años desde la entrega de la mercancía. Sin embargo, el artículo 39 de la CISG no debe ni puede ser interpretado y considerado en forma aislada; considerando que este debe ser concatenado con los artículos 40 y 44 que en cierto modo atemperan el rigor del artículo 39[82].

En el caso de denunciar la falta de conformidad, es importante considerar que conforme al artículo 39 parágrafo 1, la denuncia debe hacerse en un "plazo razonable"[83]. En este sentido, Ferrari expresa que la terminología adoptada implica una diferencia material, ya que no es posible aplicar las soluciones propuestas para la expresión "en un tiempo corto" a la expresión "en un tiempo razonable", por ejemplo[84].

La cuestión de la razonabilidad del plazo de notificación tiene una gran relevancia a los efectos del cómputo del plazo aplicable[85]. Por ejemplo, cuando se trata de faltas de conformidad, que requieren inspecciones especialmente complejas para conocerlas, no pueden considerarse fácilmente reconocibles.

En este sentido, será aplicable como criterio el comportamiento del comprador, quien deberá adoptar la conducta de una persona media o "razonable", es decir, el comportamiento correspondiente a miembros del mismo rubro o similar por características profesionales [86].

Además, el artículo 39 de la CISG establece un plazo absoluto para la notificación de la falta de conformidad al vendedor por parte del comprador[87], estableciendo que el comprador pierde, en todo caso, el derecho a hacer valer la falta de conformidad de las mercancías si no lo informe al vendedor dentro de los 2 años a partir de la fecha en que la mercancía fue efectivamente

---

[80]Ferrari, *La vendita…,*191 por ejemplo el artículo 45, numeral 1; literal b) y 74-77 (resarcimiento de daños previsibles), 46 (ejecución específica) y 50 (reudcción del precio).

[81]John Honnold, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*,(La Haya: Kluwer Law International, tercera edición, 1999), 382 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/honnold.html *"(...) bar the full range of remedies: a claim for damages (Art. 45 (1) (b) and 74-77), requiring performance by the seller (Art.46), avoidance of the contract (Art.49) and reduction of the price (Art.50)."*

[82] Ferrari, *La vendita…,*192

[83] CISG-AC Opinion no 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39*,. Tutor: Eric E. Bergsten, Emeritus, Pace University School of Law, New York, 7 (junio2004) http ://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html WG 3rd session, Anexo II, para. 78, A/CN.9/62, Add 2 *"Nevertheless, the duty to give notice "promptly" in ULIS article 39, i.e., in as short a period as possible, was amended to provide that a notice of lack of conformity must be given "within a reasonable time" after the buyer discovered it or ought to have discovered it. It was pointed out that "what is a 'reasonable time' was, of course, a question that depended on the circumstances of each case.*"

[84]Ferrari, *La vendita…,*205.

[85]Ferrari, *La vendita…,*212

[86]Frattini, *Convenzione…*,182 cfr. Ferrari, *La vendita…*,213.

[87]Ferrari, *La vendita…,*215

entregada[88], a menos que se renuncie a este término por una garantía contractual, sobre estos aspectos profundizaremos a continuación.

4.4. Pérdida del plazo de dos años

Este plazo se establece en función del paso del tiempo, considerando que mientras más tiempo haya transcurrido desde el momento de la entrega, más difícil será determinar si las faltas de conformidad de los bienes se deben al incumplimiento de una obligación del vendedor, al uso de las mercaderías o a un hecho propio del comprador [89].

El plazo de 2 años previsto por el artículo 39 de la CISG es un plazo de caducidad[90], que no puede ser suspendido ni reiniciado[91],sino, mediante la denuncia hecha en cumplimiento de los requisitos materiales y temporales[92].

Además, este plazo de 2 años establecido por el artículo 39, no debe equipararse a ninguna disposición estatal relativa a acciones o procedimientos[93].

---

[88]Sono, en *Bianca y Bonell, Commentary…,* 310 "*The two-year period will be calculated from the date on which the goods were actually handed over to the buyer. Under Article 38 the buyer is required to examine the goods within as short a period as is practicable in the circumstances, which, in the case where the contract involves the carriage of goods, is after the goods have arrived at their place of destination. Where the goods are redispatched by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him, the examination may be deferred, in certain circumstances, until after the goods have arrived at the new destination. However, under Article 39(2), the two-year time-limit for giving notice commences to run from the date when the goods «were actually handed over to the buyer». As noted earlier in § 1.6., this means the date of physical handing over of the goods and not the date of the receipt of documents of title relating to the goods.*"

[89] Enderlein, *Rights…,*172-173 *"The later they are discovered the more difficult it is to decide whether they were caused by a breach of an obligation of the seller or by outside influences after passing of the risk or by normal wear and tear. Therefore, a maximum period is laid down in para. 2 of Art. 39."*

[90] Ferrari, *La vendita…,*216.

[91] Enderlein, *Rights…,*173 "*This period does not cease to run when the seller is repairing the goods, as is the case in a period of prescription. Nor does the period commence anew after the non-conformity has been cured by substituting a defective part."*

[92] Ferrari, *La vendita…,*. 216.

[93] Daniel Girsberger, «The Time Limits of Article 39 CISG, at: Conference Celebrating the 25th Anniversary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods sponsored by UNCITRAL and the Vienna International Arbitration Centre (Vienna: 15-18 March 2005) *]»*,, 25 Journal of Law and Commerce, Edición Numero 1, (Otoño 2005 / primavera 2006):248 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/girsberger.html *"The two-year period of Article 39(2) CISG must be clearly distinguished from the statute of limitation for warranty claims, i.e. the period within which the buyer must perform a formal act such as to invoke a court or arbitral tribunal to preserve its warranty claim, or within which the seller must accept its debt. If none of these actions occur within this period, the claim cannot be enforced without the seller's consent. Here, the national rules were felt to be far too divergent to find a solution within the CISG itself. Instead, it was "outsourced" in the form of the New York (Parallel) Limitation Convention, which each state may ratify separately from the CISG. However, only a few countries have done so, including important export and import nations such as the United States*."

Identificar el plazo de 2 años establecido por el artículo 39 parágrafo 2 de la CISG es mucho más sencillo, considerando que inicia desde el momento en que la mercancía es efectivamente entregada al comprador, momento que debe ser equivalente al momento en que la mercancía es entregada o puesta a disposición en caso de que el comprador se niegue a aceptarla.

Esta rigidez del artículo 39 no parecería propia de la CISG, ya que se ha considerado como el límite más allá del cual no rebasa en ningún caso, por toda clase de vicios y discrepancias, la protección del comprador [94]; sin embargo, es mitigado por la posibilidad de las partes de ampliar o reducir este plazo[95].

4.5.Materialización de la denuncia

Más allá de respetar los plazos fijados por la CISG, la notificación realizada por el comprador al vendedor, implica la comunicación a través de los medios adecuados[96], pero no basta sólo con la notificación, también es necesario señalar la especificidad del defecto de conformidad[97], por lo que se nos presenta la existencia de requisitos, no sólo temporales, sino también materiales.

La CISG no tiene ningún tipo de formalidad en cuanto a la notificación, es decir, no es necesario que tenga una forma específica para producir los efectos deseados.

Sin embargo, como se mencionó, no basta con informar la falta de conformidad dentro del plazo correspondiente, la notificación, para surtir efectos, debe contener la indicación específica de la naturaleza del defecto de los bienes[98]. En todo caso, la cantidad de información que debe indicarse al vendedor depende del caso y de las particularidades de los bienes, en cualquier caso, la información proporcionada debe ser capaz de poner en conocimiento del vendedor la falta de conformidad de los bienes[99], a fin de permitirle determinar la mejor manera de proceder.

---

[94] Gastone Cottino, *La posizione del compratore, la vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile del 1980*, 158.cfr. Ferrari, *La vendita…,* 218

[95] Sono, en Bianca-Bonell *…,* 310 "Under Article 6 of the Vienna Convention, the parties are permitted to derogate from or vary the effect or provisions of the Convention including Article 39. Therefore, if the time-limit of two years as provided in Article 39(1) is inconsistent with a contractual period of guarantee, the two-year period will not apply. There are various kinds of contractual guarantees which may one way or another affect the operation of this time-limit. The question whether a particular contractual agreement is inconsistent with the main sentence of Article 39(2) and how that agreement affects the operation of the two-year period are matters left for the interpretation of the agreement."

[96] Frattini, *Convenzione…*,181. Cfr. Ferrari, *La vendita…,*. 220

[97] Artículo 39 parágrafo 2 de la CISG.

[98]District Court BielefeldLandgericht Bielefeld, 18 de enero de 1991, 15 O 201/90, https://www.cisgac.com/file/repository/CISG Advisory_Council_Opinion_2_Case_Law_AA_38_39.pdf "*where notice was considered communicated to the seller within reasonable time (3 days), but was not considered specific enough with regard to one aspect of the non-conformity which the buyer could, consequently, not rely on.*".

[99]AC Opinion 2, *Examination…* "*The notice should include the information available to the buyer. In some cases that may mean that the buyer must identify in detail the lack of conformity. In other cases the buyer may only be able to indicate the lack of conformity. Where that is the case, a notice that describes the symptoms is enough to specify the nature of the lack of conformity."*

Es precisamente por eso, que la indicación tan general que no es capaz de identificar la falta de conformidad no es suficiente, de esta manera Frattini indica que un informe genérico de defectos no identificados podría hacer muy difícil que el vendedor decida sobre su comportamiento[100].

4.6. El conocimiento del vendedor de los defectos

El artículo 40 de la CISG, para muchos puede ser considerada como una válvula de escape o de emergencia, considerando que permite al comprador invocar la protección que proporciona la CISG, a pesar de no haber formulado la denuncia en los términos del artículo 39 de la misma[101].

En virtud del artículo 40 de la CISG, el vendedor no tiene derecho a invocar el vencimiento de los términos de caducidad antes mencionados si conocía o no podía ignorar los defectos presentes en la mercadería y adicionalmente no lo comunicó al comprador.

De esta forma se sanciona la conducta reticente del vendedor. Ha sido reiterado por muchos autores que, de acuerdo con un principio general, la *exclusio doli*, la conducta del vendedor es sancionada por la disposición, que libera al comprador de la obligación de informar específicamente y en un plazo razonable (y no más allá del plazo de 2 años desde la recepción de la mercancía) la falta de conformidad de la mercancía [102].

El artículo 40 no especifica el momento en que el vendedor debía tener conocimiento de los defectos, por lo que parecería que el conocimiento o la ausencia del mismo, en cuanto a los defectos de falta de conformidad, debe evaluarse considerando el momento en que el vendedor lleva a cabo la ejecución del contrato o cuando hace la entrega[103].

En todo caso, es relevante indicar que el conocimiento o el imposible desconocimiento de los hechos relevantes sobre la conformidad de los bienes no sólo está vinculado al vendedor, sino a sus empleados o dependientes, no pudiendo extenderse, por ejemplo, a las empresas a las cuales el vendedor solicita realizar la entrega de las mercancías. [104]

---

[100] Frattini, *Convenzione…*,178 cfr. Ferrari, *La vendita…*,224.

[101] Vivian Grosswald.Curran**,** *Cross-reference and Editorial Analysis of CISG Article 40, CISG W3 Database, Pace University School of Law*, junio 1997 https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cross-references-and-editorial-analysis-article-40 *"These are "gatekeeping" provisions: the buyer loses all remedial rights for lack of conformity of the goods under the CISG unless he gives the seller notice of the lack of conformity as required by Article 39. However, the situation is different when Article 40 can be properly invoked. When Article 40 applies, buyer will not lose remedies under the CISG for failure to comply with Article 39. In this situation Article 39's notice requirements do not apply."*

[102] Ferrari, *La vendita…*,p.p.227-228,

[103] Enderlein, *Rights…,*177 "*Article 40 does not speak of the time of the seller's knowledge, as for example in para. 3 of Art. 35 where the knowledge of the buyer is required at the time of the conclusion of the contract. (The time of the conclusion of the contract is also decisive under Art. 42 para. 1 and para. 2.) In Art. 40, it could certainly not be the same time. The goods may be all right at the time of the conclusion of the contract but have deteriorated later on. In such a case, the seller may not ship them. It seems that the knowledge or better the absence of knowledge of any defects in the goods is required when the seller performs the contract, that is, when he ships the goods. (…). This should suffice for Art. 40 to apply. The seller may not rely on the absence of notice from the buyer if he, even after delivery, knew of the fact of his short delivery."*

[104]Fritz .Enderlein y Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, (Oceana, 1992),163. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/enderlein.html "What is referred to here is not only

En cuanto a la carga de la prueba, corresponde al comprador demostrar que el vendedor conocía o no podía ignorar la falta de conformidad que invoca, cuando éste efectuó la ejecución del contrato, es decir, en el momento de la entrega de la mercancía. Si el comprador logra hacerlo, la carga de la prueba se transfiere al vendedor, quien deberá demostrar que el conocimiento que tenía sobre los defectos que invoca el comprador no era suficiente conforme al grado exigido por la norma[105].

La disposición contenida en el artículo 40 de la CISG no es la única que tiende a moderar el rigor que se ha atribuido a los artículos 38 y 39 de la misma, por lo que el artículo 44 otorga al comprador el derecho de hacer valer, fuera de los casos previstos por el artículo 40 la falta de disconformidad de las mercancías, siempre que exista justificación razonable para no haber formulado con prontitud la denuncia prescrita por el artículo 39.

Sin embargo, si ha transcurrido el plazo de 2 años desde la fecha de entrega de la mercancía, previsto en el artículo 39 parágrafo 2, la reclamación no puede ser justificada[106], de esta forma el comprador habría perdido el derecho a alegar la falta de conformidad de los bienes[107].

En este sentido, si el comprador conocía la existencia de la falta de conformidad de la mercancía, es difícil justificar válidamente la falta de comunicación en un plazo razonable. Sin embargo, se puede suponer que el comprador hubiera considerado insignificantes las faltas de conformidad y pasado cierto tiempo se habría dado cuenta de su relevancia[108].

Además, puede decirse que el artículo 44 puede aplicarse en los casos en que el vendedor haya informado la falta de conformidad de manera vaga e insuficiente para acogerse a la protección que le otorga el artículo 39 de la CISG [109].

En todo caso, los tribunales o los árbitros afinarán materialmente qué se entiende por "justificación razonable" y en el caso de ventas a plazos si es plausible que el comprador considere los pagos faltantes como garantía de compensación por las pérdidas sufridas[110].

El hecho de que el comprador no notifique al vendedor tendrá ciertas consecuencias para él; por ejemplo, será privado de algunos de los derechos que hubiera tenido, si hubiera dado aviso dentro de un plazo razonable, en la forma prevista por la CISG. Por lo tanto, habrá perdido los

---

the knowledge of the seller personally, but also of his employees. Not, however, that of independent companies which he employs to fulfil his contract"

[105] Alejandro M. Garro, *The Buyer's "Safety Valve" Under Article 40 What Is the Seller Supposed to Know and When, at: Conference Celebrating the 25th Anniversary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods sponsored by UNCITRAL and the Vienna International Arbitration Centre* (Viena: 15-18 marzo 2005), 25 Journal of Law and Commerce, Edición 1, (Otoño 2005 Primavera 2006):254-255. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/garro4.html

[106]Enderlein y Maskow, *International Sales…,* 172 "*The required notice relates here to the reasonable time; upon the expiration of the time limit under Article 39, para. 2, there will no longer be a possibility for excuse."*

[107] F. FERRARI, *La vendita internazionale applicabilità ed applicazioni…,* op. cit. p.p.229-230.

[108]Enderlein y Maskow, *International Sales…,* 171-173.

[109]Enderlein y Maskow, *International Sales…,* 174.

[110]Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge -Darstellung und Texte, Beiträge zu m ausländischen und internationalen Privatrecht*, Bd. 46, (Tübingen 1981), 60. Cfr. Enderlein, *Rights…*, 174.

derechos de entregar bienes de reemplazo o de reparar los bienes[111]; el derecho a la nulidad del contrato[112] y en cuanto a su derecho a exigir la reparación del daño sufrido, éste quedará limitado al daño directo, excluyendo el lucro cesante. Sin embargo, el comprador conservará la obligación de reducir las pérdidas de conformidad con el artículo 77 de la CISG[113].

Para Schlechtriem, el artículo 44 de la CISG no parece tener la última palabra al respecto, aunque existen disposiciones genéricas en la CISG que permiten dejar sin efecto esta disposición. Así, por ejemplo, incluso si el comprador tiene una justificación razonable para no informar la falta de conformidad de los bienes de manera oportuna, aún debe determinarse si el monto de su reclamo puede reducirse en virtud del artículo 77 o si su la reducción del precio puede ser contrarrestada por el vendedor sobre la base del artículo 80 de la CISG. Además, el vendedor puede reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados por el comprador por el incumplimiento de sus obligaciones de inspección y notificación oportuna. [114]

CONCLUSIONES

La existencia de un marco jurídico internacional uniforme, claro, sencillo y bien desarrollado constituye una base adecuada para el intercambio internacional de mercancías, éste constituye el objetivo fundamental de la CISG, por lo que no debe sorprendernos que haya sido firmada y ratificada por 94 Estados, que la han incorporado a sus ordenamientos jurídicos internos. Aun cuando, la CISG es automáticamente aplicable a los contratos suscritos entre partes pertenecientes a Estados que han suscrito e incorporado la CISG a sus ordenamientos jurídicos; en todo caso, las partes pueden pactar la inaplicación de la CISG y establecer la aplicación de leyes internas o nacionales, lo cual no es muy recomendable.

La CISG, excluye expresamente de su ámbito de aplicación materias como la validez del contrato, la transmisión de la propiedad de los bienes y los contratos celebrados con los consumidores, mientras que parecería que las materias relativas a la prescripción y la compensación de las obligaciones derivadas del derecho internacional quedarían implícitamente excluidas.

El artículo 35 de la CISG establece los criterios para evaluar el cumplimiento en cuanto a la falta de conformidad, siempre que las partes no hayan establecido criterios diversos. De esta forma se establece que el vendedor está obligado a entregar las mercancías en los términos establecidos por el contrato en cuanto a la cantidad, calidad y tipo de las mercancías, debiendo además el vendedor embalar las mercancías en la forma establecida por el contrato o en la forma propia de las mercancías de ese tipo.

La responsabilidad del vendedor según la CISG se extiende a la falta de conformidad existente al momento de transferir el riesgo al comprador, incluso si la falta de conformidad sólo

[111] Artículo 46 de la CISG.
[112] Artículo 49 de la CISG
[113]Enderlein y Maskow, *International Sales…,* 173.
[114]Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Viena Manz 1986), 71 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html

aparece después de ese momento y del momento de la inspección de las mercancías por parte del comprador.

La CISG no tiene ningún tipo de formalidad en cuanto a la notificación de la existencia de la falta de conformidad, es decir, serán válidas las declaraciones realizadas por teléfono y correo electrónico, siempre que el comprador utilice el idioma estipulado por el contrato o uno conocido por el vendedor. No obstante, deberán especificarse los defectos causantes de la falta de conformidad invocados por el comprador.

La comunicación de cualquier falta de conformidad especificando la naturaleza de las mismas, deberá efectuarse en un plazo razonable desde el momento en que el comprador las haya descubierto o debiera haberlas descubierto, además, en principio, deberá formular esta reclamación en un plazo no superior a 2 años desde la fecha de entrega de las mercancías. De este modo, el plazo para la notificación comienza desde la entrega en el caso de vicios aparentes o desde el descubrimiento del defecto en el caso de vicios ocultos.

No se producirá la pérdida de la protección del comprador respecto de los defectos de conformidad y el vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones excluyentes en el caso de que los defectos se refieran a hechos conocidos o que deba conocer en el momento de la compra o la celebración del contrato, siempre que éste no haya hecho saber al comprador su existencia. Es así como la conducta incorrecta del vendedor es sancionada por la CISG.

BIBLIOGRAFÍA

Alazemi, Essa. *Passing of Risk in International Contracts of Sale of Goods A Comparative Study Between the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods 1980 and the English Sale of Goods Act 1979*, dissertation for Master's degree in International Economic and Trade Law from Brunel University, UK (2012) https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/alazemi.html

Bianca, Cesare Massimo Bianca y Bonell, Michael Joachim.*Commentary on the International Sales Law*.Milán:Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A., 1987.

Bianca, Cesare Massimo. Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili / commentario coordinato da Cesare Massimo Bianca ; e a cura di Guido Alpa.. [et al.] ; con la colaboración de Alessandra Bellelli.. [et al.]. Padova: CEDAM, 1992.

Bortolotti, Fabio.*Il contratto internazionale*, Manuale teorico pratico, Padova- Italia: CEDAM. 2012.

Busani, Angelo. *Il Contratto di compravendita internazionale, Collana dei contratti diretta da Emanuele Lucchini Guastalla,* Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

CISG-AC Opinion no 2, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: Articles 38 and 39,*. Tutor: Eric E. Bergsten, Emeritus, Pace University School of Law, New York, 7 (junio2004) http ://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html

District Court BielefeldLandgericht Bielefeld, 18 de enero de 1991, 15 O 201/90, https://www.cisgac.com/file/repository/CISG_

Enderlein, Fritz y Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, (Oceana, 1992) https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/enderlein.html

Enderlein, Fritz.«*Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*», *en Sarcevic / Volken ed., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (Oceana, 1986):*133-201. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/enderlein1.html

Ferrari, Franco «*Cross-reference editorial analysis of CISG Article 1*», *CISG W3 Database, Pace University School of Law (http://www.cisg.law.pace.edu),* (1996): 1-9 *https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cross-references-and-editorial-analysis-article-1*

Ferrari, Franco. «*Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*»,15 Journal of Law and Commerce (1995):1-126. Edición en Pdf. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/2ferrari.html

Ferrari, Franco. *La vendita internazionale applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia,* dirigido por Francesco Galgano, VolumenVentiuno, Padova: 1997.

Flechtner, Harry. «*Conformity of Goods, Third Party Claims, and Buyer's Notice of Breach under the United Nations Sales Convention ("CISG"), with Comments on the "Mussels Case," the "Stolen Automobile Case," and the "Ugandan Used Shoes Case"*». University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series, Working Paper 64, (Agosto 2007) http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64

Galgano, Francesco y Marrella, Fabrizio. *Diritto e prassi del commercio internazionale, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico del Economia, Volume cinquantaquattresimo. Padova:* CEDAM, 2010.

Garro, Alejandro M.«*The Buyer's "Safety Valve" Under Article 40 What Is the Seller Supposed to Know and When, at: Conference Celebrating the 25th Anniversary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods sponsored by UNCITRAL and the Vienna International Arbitration Centre* (Viena: 15-18 marzo 2005*)*, 25 Journal of Law and Commerce, Edición 1, (Otoño 2005 Primavera 2006): 253-260. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/garro4.html

Giardina, *Andrea* «*Le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*», *en Rivista. Arbitrato, (1998*): 191-210.

Girsberger, Daniel. «The Time Limits of Article 39 CISG, at: Conference Celebrating the 25th Anniversary of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods sponsored by UNCITRAL and the Vienna International Arbitration Centre (Vienna: 15-18 March 2005)». 25 Journal of Law and Commerce, Edición Numero 1, (Otoño 2005 / primavera 2006): 241-251 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/girsberger.html

Grosswald.Curran**,** Vivian. *Cross-reference and Editorial Analysis of CISG Article 40, CISG W3 Database, Pace University School of Law*, (junio 1997): 1-5. https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cross-references-and-editorial-analysis-article-40.

Honnold, John. *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, La Haya: Kluwer Law International, tercera edición, 1999, https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/honnold.html

Kröll, Stephan.« *The Burden of Proof for the Non-conformity of Goods Under Art. 35 CISG, [papers from Uniform Sales Law: the CISG at its 30th Anniversary, a conference in memory of Albert H. Kritzer, 12-13 November 2010, Belgrade]»,* en he Annals of the Faculty of Law in Belgrade - Belgrade Law Review, Year LIX , n.3, (2011): 162-180.

Orejudo Prieto De Los Mozos, Patricia, Función y alcance de la lex mercatoria en la conformidad material de las mercancías, *2006. https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/orejudo.html*

Schlechtriem, Peter. «*The Seller's Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*», en *Nina M. Galston Hans y Smit eds.*, « *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*«, *Matthew Bender (1984)*:1-35 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem10.html

Schlechtriem, Peter. *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Viena Manz 1986) https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html

Secretariat Commentary (closest counterpart to an Official Commentary), *Guide to CISG article* 35, https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/article-35-secretariat-commentary-closest-counterpart-official-commentary

Sono, Kazuaki. «*The Vienna Convention: History and Perspective*». En *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, ed. Petar Sarcevic y Paul Volken. Oceana (1986): 1-17 https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/sono.html

Beneficios laborales e instrumentos financieros

Yeoshua Bograd Lamberti*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 173-193

Resumen: El presente trabajo, estudia la naturaleza salarial o no de una serie de beneficios vinculados con instrumentos financieros comúnmente utilizados en los Estados Unidos, a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolana. De esta manera, y ante la proliferación de mecanismos de remuneración no convencionales en nuestro país, se analizan sus características ante la posibilidad de que sean, eventualmente, adoptados por los empleadores venezolanos.

Palabras claves: Salario, acción, instrumento financiero, incidencia salarial.

Labor benefits and financial instruments

Abstract: *This work studies the salary or non-salary nature of a group of benefits related to financial instruments commonly used in the United States, in light of the Venezuelan legislation, doctrine, and jurisprudence. Thus, given the proliferation of unconventional remuneration mechanisms in our country, the characteristics of such mechanisms are analyzed, in view of the possibility that they might be adopted by Venezuelan employers.*

Keywords: *Salary, stock, financial instrument, salary impact.*

Recibido: 10/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* Abogado, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello. Socio. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Metropolitana. Caracas, Venezuela. Travieso Evans Arria Rengel & Paz. Caracas, Venezuela.

Beneficios laborales e instrumentos financieros

Yeoshua Bograd Lamberti*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 173-193

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El salario. 2. Otorgamiento de instrumentos financieros o similares a los trabajadores. Algunas precisiones sobre los planes o programas comúnmente utilizados. 3. Posibilidad de concurrencia de las figuras de accionista y trabajador dependiente. 4. Stock Options Plans y su naturaleza no salarial. Referencia al precedente judicial venezolano. 5. Consideraciones sobre el resto de los planes de EO y su carácter salarial. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes discusiones que continuamente se da en el marco de las relaciones de trabajo es el carácter salarial o no de los distintos beneficios que otorga el empleador.

Esta discusión tiene especial importancia cuando los empleadores buscan formas alternativas o no convencionales para remunerar o beneficiar a sus trabajadores. Así, por ejemplo, los beneficios o pagos otorgados en el marco de subsidios o facilidades, o el conocido salario emocional, el pago de bonificaciones o liberalidades o la implementación de planes de acciones, entre otros, deben necesariamente pasar por el análisis respecto a su carácter salarial o no.

Nuestro país atraviesa años complejos. Esto supone la posibilidad de que los empleadores pretendan utilizar, no necesariamente con carácter fraudulento, algunas de estas figuras no convencionales para beneficiar a sus trabajadores.

En el caso particular de los planes de acciones y aquellas figuras similares, poco o nada se ha discutido su naturaleza salarial o no, posiblemente por la poca frecuencia con la cual han sido utilizados estos planes en nuestro país. No obstante, existen ya algunas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante "TSJ") que han tratado el tema respecto a uno de los tantos mecanismos existentes.

En este sentido, el presente trabajo pretende poner sobre la mesa algunas figuras utilizadas en los Estados Unidos, donde, como veremos, estos planes son utilizados con mayor frecuencia. A su vez, plantear algunas ideas que pueden, eventualmente, ser de interés para el empleador venezolano que decida hacer uso de planes de acciones o sistemas similares en beneficio de sus trabajadores.

* Abogado, Universidad Metropolitana. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello. Socio. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Metropolitana. Caracas, Venezuela. Travieso Evans Arria Rengel & Paz. Caracas, Venezuela.

En tiempos como el que vivimos, productividad y crecimiento son aspectos invaluables para una organización. Los planes de acciones, a decir de la Organización Internacional del Trabajo[1] (en adelante "OIT") permiten conjugar estos aspectos cuando son correctamente aplicados. Por ello, tiene cabida su análisis.

1. El salario

El salario, como elemento clásico e inescindible de la relación de trabajo dependiente, ha sido siempre un elemento sometido a control judicial ante la duda del carácter salarial de las percepciones del trabajador.

El Convenio N° 95 de la OIT sobre la protección del salario del año 1949, define el salario como la remuneración o ganancia, que, siendo evaluable en efectivo, pactada por las partes o establecida por la ley, e indistintamente de su denominación o método de cálculo corresponda al trabajador por el trabajo efectuado o a efectuar.

El vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (en adelante "LOTTT")[2] define en su artículo 104 el salario, indicando que supone toda remuneración, provecho o ventaja, otorgada al trabajador por la prestación del servicio, indistintamente de su denominación y siempre que pueda ser valorada en moneda de curso legal.

Carballo Mena[3] destaca que el salario se constituye en la ventaja patrimonial que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, al colocar su fuerza de trabajo en beneficio del empleador. Juan García Vara[4] en resumidas cuentas, afirma que se trata del pago por el servicio prestado, independientemente de su forma de cálculo.

Alfonzo Guzmán[5], considerando la definición prevista en la hoy derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1997, cuya redacción guarda múltiples similitudes con la definición contenida en la LOTTT, destaca que es salario, la remuneración en dinero o parcialmente en especie, que en forma regular percibe el trabajador por la labor ordinaria ejecutada.

El TSJ ha tenido un papel protagónico en la delimitación del concepto y la determinación del carácter salarial o no de distintos beneficios.

En sentencia N° 106 de fecha 10 de mayo de 2000, caso Luis Rafael Scharbay Rodríguez contra Gaseosas Orientales, S.A., la Sala de Casación Social (SCS) destacó la amplitud

---

[1] International Labor Office. «A personal stake. Why employee-owned businesses return more than a profit». *World of Work Num. 56*, abril 2006, acceso el 20 de febrero de 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/dwcms_080599.pdf

[2] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012.

[3] Cesar Carballo Mena, *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial sobre el tiempo de Trabajo*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 95.

[4] Juan García Vara, *Sustantivo Laboral en Venezuela*, (Caracas: Ediciones Liber, 2012), 241.

[5] Rafael Alfonzo-Guzmán, *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, (Caracas-Venezuela, Decimocuarta Edición. Editorial Melvin C.A., 2009), 174.

que reviste el concepto "salario", concepto que, desde la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 y hasta nuestros días, tiene una definición legal amplia y general.

Dicho fallo expone que el concepto de salario ha sufrido modificaciones a nivel legislativo, destacando la reforma de 1997, ex artículo 133, cuando afirma que debe entenderse por salario la remuneración que corresponde al trabajador, por la prestación de sus servicios, y con ello se apartaba de un concepto más restrictivo, que lo limitaba a la retribución por la labor ejecutada.

Por ello, la SCS en sentencia N° 543 de fecha 27 de junio de 2017, caso Laura Beatriz González Rodríguez contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos De Venezuela (CANTV) y otra, dispone que "se define como salario toda remuneración, sin que importe su denominación o método de cálculo, que pueda estimarse en efectivo y que devenga el trabajador por la prestación del servicio", haciendo especial énfasis en que será salario toda remuneración.

Además, encontramos el concepto de salario normal, definido en la ley como aquel que sumado a los requerimientos antes enunciados, supone una remuneración regular y permanente; excluyendo las percepciones de carácter accidental (artículo 104 de la LOTTT).

Por su parte el artículo 122 de la LOTTT se refiere al denominado salario integral, el cual además de incluir todos los conceptos de naturaleza salarial devengados por el trabajador, añadirá por mandato legal, al menos, la alícuota de lo que le corresponde percibir por bono vacacional y por utilidades (Sentencia de la SCS N° 884 de fecha 5 de diciembre de 2018 caso Samira Alejandra Hijjawi Rodríguez contra Teleplastic, C.A.).

Ahora bien, determinar cuándo un beneficio tiene naturaleza salarial es de vital importancia para las partes del contrato de trabajo, toda vez que será con base en él, que serán calculados los beneficios, aportes y retenciones previstos en la normativa laboral, de seguridad social e incluso en la normativa tributaria[6].

A lo anterior se suma, la importancia de determinar qué tipo de salario constituye un beneficio en particular; toda vez que ello marcará la verdadera incidencia que dicho concepto tendrá a los efectos legales[7].

Ante tan amplia definición y considerando la importancia de su determinación, la SCS se ha encargado de esbozar una serie de elementos y características de las percepciones salariales, en

[6] A modo de ejemplo, los artículos 121, 122, 131 y siguientes y 142 y siguientes de la LOTTT, hacen referencia al salario como base de cálculo de beneficios laborales como es el caso de las vacaciones, las utilidades y las prestaciones sociales. El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Seguro Social en su Título V sobre los recursos y el régimen financiero, refiere en múltiples oportunidades al salario del trabajador como base de cálculo de las cotizaciones. Finalmente, en sentencias N° 499 y 673 de fecha 30 de junio de 2016 y 2 de agosto de 2016 ambas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y N° 1.101 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de octubre de 2018, se sostiene como base imponible del Impuesto Sobre la Renta, el salario normal.

[7] Los artículos 112, 113, 114 y 115 establecen las clases de salario. La libre estipulación de las partes del tipo de salario a ser percibido, tiene implicaciones importantes al momento del pago de los beneficios laborales. A modo de ejemplo, destaca, por ejemplo, que el uso de un salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o a comisión, amerita el uso de un salario promedio para el cálculo de lo que corresponda al trabajador por concepto de vacaciones o de prestaciones sociales conforme establecen los artículos 121 y 122 LOTTT.

especial respecto al salario normal, las cuales resumimos a continuación sin ánimo de ser exhaustivos y solo a efectos de ilustrar el análisis que en próximos capítulos se realizan.

En sentencia N° 343 de fecha 26 de abril de 2018 caso Joao De Jesús Da Silva Jardim contra Inversiones Don Belisario Pollos & Carnes, C.A. (Don Belisario) y otros, la SCS estableció que el pago debe tener intención retributiva y generarle un verdadero enriquecimiento al trabajador.

Así, ha sido criterio de la SCS, que las asignaciones deben incorporarse al patrimonio del trabajador, convirtiéndose igualmente en libremente disponibles por parte de éste. Criterio expuesto en sentencia N° 495 de fecha 4 de julio de 2013, caso Rafael Enrique Tovar Rojas y Nils Alfonso Hernández Bragado contra Gabriel De Venezuela, C.A. (Gaveca) y otros.

Cuando el pago efectuado o el beneficio asignado sean libremente disponibles por el trabajador para ser aprovechado por éste con base a su mejor criterio, estaremos en presencia de un beneficio salarial. Así sentenció la SCS en fallo N° 1155 de fecha 11 de noviembre de 2016, caso Juan Eduardo Báez Mora contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos De Venezuela (CANTV).

En adición, múltiples fallos, entre ellos sentencia N° 24 de fecha 20 de febrero de 2020 caso Omar José Arguello Jiménez y otros contra Asociación Civil Izcaragua Country Club, han destacado que cuando se trate de subsidios o facilidades patronales, siendo que su carácter supone una ayuda familiar y un complemento salarial con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia, no tendrán carácter salarial.

En sentencia N° 749 de fecha 28 de julio de 2016 caso Mabel Dalina Castillo Nieto y Pedro Manuel Caibe Sánchez contra Merck, S.A., la SCS estableció que por "regular y permanente" debe entenderse, todo ingreso que sea percibido en forma periódica, aun y cuando se pague o perciba en lapsos de tiempo distintos a la nómina mensual, como podría ser el caso de beneficios anuales, semestrales, bimensuales u otro.

En fecha 25 de Abril de 2016, la SCS asentó en sentencia N° 374 caso Meurys Joselyn Rodríguez Martínez y Carmen Rosa Ochoa Echezuría contra Fundación Programa De Alimentos Estratégicos que el carácter salarial derivará de pagos constantes, periódicos, reiterados y seguros, razón por la cual no podrán considerarse como salario, pagos efectuados por una sola vez y en forma especial, sin que el motivo de los mismos sea la retribución al esfuerzo individual de cada trabajador.

Sumado a lo anterior, el pago o beneficio en cuestión, debe ser otorgado por el trabajo, es decir debe tener carácter remunerativo, y no suponer un pago efectuado para el trabajo tal y como podría ser el caso de los viáticos o las herramientas de trabajo; todo conforme a criterio de la SCS incluido en sentencia N° 428 de fecha 13 de junio de 2013, caso Oswaldo Javier Pruna Gómez contra Distribuidora Universal Kia, C.A.

Respecto a la moneda de pago, en fallo de la SCS de fecha 15 de marzo de 2022, caso Diogenes Castro contra Baker Hughes De Venezuela, S.C.P.A. N° 36 consideró la Sala que si bien la moneda de curso legal del país debe ser entendida como la moneda oficial o nacional, es decir

el Bolívar, no es menos cierto que a la luz de la legislación nacional, especialmente en el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela y el Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos y el Convenio Cambiario N° 1, se admiten las transacciones cambiarias, siendo válida la voluntad de las partes de la relación de trabajo de realizar el pago de las obligaciones en divisas.

Asimismo, en sentencia N° 908 de fecha 7 de octubre de 2015, caso Rafael Camilo Mansanilla Peña contra Henkel Venezolana S.A. afirmó la SCS que es imperioso aplicar el ya conocido principio de la primacía de la realidad cuando se pretenda identificar pagos o beneficios de carácter salarial, lo cual se desprende del contenido de la norma cuando indica que el salario será tal, independientemente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción.

En este orden de ideas, podemos resumir que será considerada parte del salario aquella percepción que cumpla, entre otros, con los siguientes elementos: (i) ser regular y permanente, (ii) percibido en forma segura, (iii) por el trabajo, es decir con carácter remunerativo, (iv) incorporarse al patrimonio del trabajador, y (v) ser libremente disponible. Lo anterior, sin entrar en detalles en este punto respecto al tipo o clase de salario.

2. Otorgamiento de instrumentos financieros o similares a los trabajadores. Algunas precisiones sobre los planes o programas comúnmente utilizados.

Conforme indica el *National Center for Employee Ownership* (NCEO por sus siglas en inglés)[8], la entrega de instrumentos financieros a los trabajadores persigue generar la figura acuñada como *"employee ownership"* (EO) o propiedad de los empleados, haciendo referencia a cualquier acuerdo o contrato mediante el cual un trabajador, o bien detenta acciones de una compañía para la cual presta sus servicios o tiene derecho a percibir el valor de tales acciones.

En el caso particular de los Estados Unidos, explica el NCEO, que el Congreso de la nación ha dado beneficios tributarios sustanciales de cara a la aplicación de este tipo de beneficios, convirtiéndose así, entre otras razones, en mecanismos útiles para retener el talento, gestionar relaciones laborales duraderas y producir un mayor compromiso del trabajador con la compañía.

Algunos números expuestos por el NCEO respecto al uso de estos mecanismos son interesantes. Estima que para el 2022, en los Estados Unidos existen por lo menos 6.500 planes en uso. Además, estima que cerca de 32 millones de trabajadores se ven beneficiados por estos programas u otros de similar naturaleza. Esto supone, que de acuerdo con las estimaciones, un 8% de las acciones son controladas por trabajadores o les generan algún tipo de rendimiento.

Además, los indicadores muestran que las empresas que han aplicado alguno de estos programas, han crecido cerca de un 2,4% más rápido de lo que habían estimado, mientras que aquellas que han aplicado a su vez programas de gerencia participativa, lo hicieron hasta un 11% más rápido de lo estimado.

[8] El NCEO fue fundado en 1981. Es una organización privada de investigación que funge como la principal fuente de información sobre los planes de *employee ownership*. La información que en este artículo se incluye fue obtenida en su sitio web: https://www.nceo.org/

Entre los elementos comunes a buena parte de los programas, se encuentra el hecho de que el trabajador se hará acreedor del programa o del derecho a participar del mismo, en ciertos supuestos, como es el caso de alcanzar cierta antigüedad en la compañía u ocupar ciertos cargos; y se irán generando a medida que la relación de trabajo se lleve a cabo.

Expone la NCEO, que este tipo de planes se han visto aplicados mediante distintos sistemas, desde simples asignaciones de acciones y hasta complejos planes y estructuras de compra de las mismas. Algunos programas son: (i) los *employee stock ownership plan* (ESOP), (ii) los *equity compensation plans* (ECP), y (iii) los *employee ownership trusts* (EOT).

Los ESOP se constituyen en una especie de plan de jubilación, mediante el cual a lo largo de la relación de trabajo son compradas/asignadas acciones de la empresa, las cuales se acumulan a lo largo del tiempo. Luego, y generalmente al término de la relación de trabajo, la compañía recompra al trabajador dichas acciones.

En el caso de los Estados Unidos, los ESOP son los que mayor aplicación tienen, sin embargo, ciertos planes vinculados a los ECP son bastante usuales. Los ECP tienen la particularidad que otorgan el beneficio de compra de acciones bajo parámetros o términos distintos a los cuales tendría derecho cualquier otro inversionista.

A continuación, nos permitimos exponer, sin ser exhaustivos y con base en la información compartida por la NCEO, algunas características particulares de los principales programas de ECP:

Stock Option Plan (SOP): responde a la figura de las "opciones", el derivado financiero que da a quien lo adquiere, el derecho mas no la obligación de comprar/vender un activo subyacente a un precio determinado y durante un periodo de tiempo igualmente determinado.

De la totalidad de acciones de la compañía, debe determinarse un número de estas que serán objeto de la opción de compra por parte de los trabajadores que formen parte del plan.

El derecho a ejecutar la opción, es decir, a comprar la/las acción/acciones, puede ser inmediato, dentro de un periodo de tiempo o solo al término de la relación de trabajo.

Al momento de ejecutar la opción, el trabajador deberá efectuar el pago del valor del activo subyacente (acción) al valor fijado en la opción. El valor de cada acción en la opción será definido, o bien por acuerdo entre las partes, o bien en función de la valoración de terceros independientes (auditores).

En las empresas públicas (aquellas que cotizan en la bolsa), la ejecución de la opción versus el valor real de la acción al momento de la ejecución, depende de la variación del valor de la acción. En el caso de empresas que no cotizan en bolsa, la variación en el valor de la acción dependerá principalmente de (i) cambio del valor de la acción por intermedio de la asamblea de accionistas, bien mediante la re expresión del valor de la acción (-acciones + valor) o bien mediante el aumento del capital social (mismas acciones + valor individual); (ii) la venta de la compañía a un tercero; o (iii) una *initial public offering* (IPO).

Las acciones en referencia podrán generar ganancia por el pago de dividendos siempre que la opción haya sido ejercida.

Los programas de SOP son los más utilizados, incluso ya en nuestro territorio, tal y como veremos más adelante. Se han caracterizado hasta ahora por ser establecidos mediante detallados planes fijados en el seno de la compañía.

Employee Stock Purchase Plan (ESPP): supone un plan de compra de un número determinado de acciones por parte del trabajador, el cual afronta el pago mediante el descuento regular de cuotas de su salario o demás beneficios laborales. Puede establecerse un precio de compra con descuento. A diferencia del SOP donde el trabajador decide si ejercer la opción, en el presente caso se lleva a cabo una compra a plazos.

Usualmente, el empleado decide hacerse parte del ESSP ofrecido por su empleador, e indica cuánto se deducirá de su salario. Finalizado el período de oferta, los fondos acumulados permiten al trabajador comprar las acciones a que hubiere lugar. El precio de compra muchas veces es fijado considerando el valor de la acción al inicio del período de oferta.

Restricted Stock Units (RSU): otorgan al trabajador la propiedad de un número de acciones, así como el derecho a cobrar los dividendos y a votar en la asamblea de accionistas. El trabajador, bien puede pagar el valor de mercado de la acción, bien puede comprarla con descuento o bien puede serle entregada sin que medie pago alguno.

Sin embargo, el trabajador no toma posesión efectiva de la acción hasta que ciertos supuestos se cumplan. Por ejemplo, haber prestado servicios durante un número de años luego de adjudicada la acción o hasta que se logren ciertos objetivos de desempeño corporativos, departamentales o individuales.

Las limitaciones en referencia pueden pesar, entre otros aspectos, sobre el derecho a disponer de la acción, el cobro de dividendos o el derecho al voto.

Stock Appreciation Rights (SARs): supone el pago al trabajador de un monto basado en la diferencia del valor de la acción entre una fecha inicial y una fecha final. Es decir, la compañía se compromete a pagar, bien en dinero o bien en acciones, un monto basado en el aumento en el valor de un número determinado de acciones durante un período de tiempo específico.

Phantom Stocks: no existe transferencia de acciones al trabajador. Sin embargo, sí se realiza el pago de un monto equivalente a los dividendos de un número predeterminado de acciones.

Por su parte, los EOT, el tercer y último sistema que hemos mencionado, suponen la creación de fideicomisos o fondos de acciones, los cuales generan un beneficio para los trabajadores en forma colectiva, derivado de la participación de tales acciones en las ganancias anuales de la compañía.

Al cierre de este capítulo vale advertir, que los comentarios y referencias anteriores pueden ser objeto de particularización en cada caso específico en que sea aplicado; toda vez que, tal y

como indicamos, la mayoría de estas figuras son establecidas mediante planes detallados y adaptados a cada compañía. Así, los anteriores son comentarios generales y no pretenden ser exhaustivos respecto a cada figura o programa.

3. Posibilidad de concurrencia de las figuras de accionista y trabajador dependiente

Antes de entrar al fondo de la naturaleza de estos planes y su eventual carácter salarial o no, consideramos pertinente incluir las siguientes líneas. Es común ver en la práctica, la duda de la posibilidad o no de que concurra la figura del accionista con la del trabajador dependiente.

Esta discusión, desde hace un tiempo ya, ha quedado zanjada y ha sido claro el Tribunal Supremo de Justicia venezolano al aclarar que es perfectamente posible que un trabajador dependiente sea a su vez accionista de la compañía.

En sentencia de la SCS Nº 1.985 del 9 de octubre de 2007 caso: José León Beracasa Rodríguez contra C.A., Tenería Primero de Octubre, quedó asentado que desde el punto de vista jurídico es posible la coexistencia de la relación laboral y el carácter de accionista del trabajador; toda vez que lo realmente importante es determinar si se trató de un trabajador subordinado o dependiente, así como la existencia o no de un interés propio o por cuenta ajena en la prestación del servicio.

En sentencia N° 28 de fecha 23 de enero de 2014, caso Alfonso Cordido Espósito contra Servicios Integrales 2000, C.A. estableció la SCS que la condición de "socio" y "accionista" no desnaturaliza el contrato de trabajo toda vez que las relaciones laborales no son excluyentes de las relaciones societarias; pudiendo coexistir aún y cuando la subordinación del trabajador-accionista pueda verse atenuada en la práctica.

La misma SCS en sentencia N° 88 de fecha 10 de marzo de 2015 caso Giuseppe Rosciano Polito contra Davines De Venezuela, C.A. consideró que la legislación laboral no excluye de su ámbito de aplicación a los socios y directores de las sociedades mercantiles, incluso si éstos son mayoritarios, pudiendo coexistir perfectamente una relación societaria y una laboral.

En fallo N° 414 de fecha 18 de junio de 2015, caso Concettina Lo Re De Trotta contra Distribuidora De Quesos La Victoria, C.A. y otros, consideró la SCS que, dado el sometimiento del trabajador-accionista a la potestad jurídica de su patrono (subordinación) quien ejerció lo poderes de dirección, vigilancia y disciplina, al no ser excluyente el carácter de accionista del de trabajador, fue considerado como laboral el vínculo que unió a las partes.

Más recientemente, en fecha 21 de octubre de 2019 fue publicado fallo N° 375 en el caso Omar Enrique García Bolívar contra Despacho de Abogados miembros de Norton Rose S.C. y otros, en el cual la Sala estableció la existencia de una relación de trabajo entre el socio de una firma de abogados y la firma.

Vale acotar, sin embargo, que conforme expone el profesor Guilarte Lamuño[9], al menos el criterio anterior es contrario a la confianza legítima, cuando contraría lo asentado por la misma SCS en sentencias Nº 808 de fecha 11 de junio de 2008, caso: Hoet, Peláez, Castillo & Duque Abogados y Nº 1094 del 8 de octubre de 2010, caso: Torres, Plaz & Araujo.

Al cierre del presente punto cabe traer a colación criterio de la Sala Constitucional contenido en sentencia N° 896 del 12 de julio de 2013 caso Televisión de Margarita, C.A. (TELECARIBE), donde exige la sala que en casos donde en el demandante coexistan el carácter de trabajador con el de directivo o accionista, es imperioso que los estándares de valoración de los elementos fácticos deben ser más acuciosos y estrictos que en el resto de las relaciones laborales ya que ciertos elementos/conceptos/beneficios/condiciones pueden serle propias a la figura de trabajador, mientras que otras tantas pueden serlo exclusivamente a su carácter de accionista tal y como es el caso de la retribución derivada de las utilidades de la empresa las cuales deben ser claramente delimitadas de la remuneración mensual.

En conclusión, de acuerdo con el criterio de la SCS, es absolutamente posible que converjan en la misma persona, la figura de trabajador dependiente y a su vez su carácter de accionista, criterio que quien suscribe comparte. En este sentido, mal podría considerarse que, la aplicación de alguno de los programas que hemos explicado previamente y la adjudicación de acciones a favor de un trabajador, desnaturalizan su carácter y lo excluyen de la tutela del Derecho del Trabajo.

4. Stock Options Plans y su naturaleza no salarial. Referencia al precedente judicial venezolano

Los tribunales venezolanos han conocido ya respecto a los SOP y analizado su carácter salarial o no. Así, existe consenso en que no se trata, a priori y siempre que sea aplicado en los términos en que conoció la SCS, un beneficio de carácter salarial.

En fallo N° 1633 de fecha 14 de diciembre de 2004, caso Enrique Emilio Álvarez Centeno contra Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A. la SCS consideró que el beneficio no cubría los extremos para ser considerado salario. Dicho criterio fue ratificado en sentencia N° 1513 de fecha 17 de diciembre de 2012, caso Gustavo Enrique Pérez Nation contra Procter & Gamble De Venezuela, S.C.A.

En ambos fallos, destaca la SCS que se trata de un incentivo para compra de acciones de la compañía, siendo que dicha compra puede ejecutarse a un precio previamente establecido por las partes y en un lapso de tiempo igualmente acordado.

Además, insiste en que se trata de una compra de acciones por parte del trabajador, siendo que éste paga con su propio dinero el valor acordado de la acción, incorporándose la misma a su patrimonio.

[9] Reinaldo Guilarte Lamuño, «La relación jurídica de los miembros de los despachos de abogados en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia» en *Régimen Jurídico del Trabajo. La otra mirada*, ed. Por Cesar Carballo Mena (Caracas: Academia de Ciencias Politicas y Sociales, 2020), 144.

Resulta de vital importancia, que la figura del SOP, como opción, tiene un vencimiento; razón por la cual será absolutamente discrecional por parte del trabajador ejecutar voluntariamente la opción y comprar las acciones correspondientes, o por el contrario prescindir de la misma.

Además, destaca la SCS, que en caso de tratarse de acciones de una compañía inscrita en la Bolsa de Valores, el valor de dichas acciones podía fluctuar de acuerdo con las tendencias del mercado. En consecuencia, el trabajador obtendrá una ganancia siempre que éste decida ejecutar la opción y comprar las acciones por un precio menor al precio de mercado y/o cuando opte por vender las acciones por un valor superior al valor de compra.

Dichas operaciones financieras, afirma la SCS, dependen exclusivamente de decisiones unilaterales, autónomas y estratégicas por parte del trabajador y la ganancia en las mismas será aleatoria.

En consecuencia, a criterio de la SCS, el SOP, en tales términos, no reúne las condiciones para tener carácter salarial, es decir, no supone un ingreso por el trabajo prestado, no es percibido en forma regular y permanente y no tiene carácter remunerativo al realizarse una operación financiera de compra de acciones.

El criterio judicial antes mencionado no es novedoso, en fecha 9 de junio de 1999, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en el caso Gustavo Solórzano contra Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), y estableció que la compraventa de acciones en el marco de la relación laboral no supone más que una operación mercantil en la cual el trabajador conviene en efectuar una inversión para adquirir las acciones en cuestión. En consecuencia, ni siquiera puede considerar como de carácter salarial el diferencial entre el precio de compra y el de la posterior venta.

5. Consideraciones sobre el resto de los planes de EO y su carácter salarial

Con base en los criterios antes mencionados, han quedado claros los elementos que generaron convicción al poder judicial venezolano para establecer que los SOP, otorgados en los términos antes indicados, no tienen carácter salarial.

No obstante, cabe preguntarse si el resto de los programas de EO tampoco serían considerados como beneficios de naturaleza salarial al evaluar sus características bajo la óptica antes descrita, y utilizando para ello como principal guía, el precedente jurisprudencial. Vale acotar que el hecho de traer a colación el criterio de la SCS asentado en algún fallo para fundamentar las próximas líneas, no necesariamente supone que el autor de este trabajo comulgue con el criterio en referencia.

Destacamos que con el presente trabajo no pretendemos abordar si la participación de un trabajador en cualquiera de los planes antes descritos cumpliría o no con los principios del pago del salario previstos en el Título III de la LOTTT. Por el contrario, lo que buscamos evaluar es, si siendo otorgados en los términos comúnmente utilizados, tendrían carácter salarial de acuerdo con la ley venezolana.

Como destaca Carballo Mena[10], siendo que el salario tiene por fin procurar al trabajador y a su familia los medios para su subsistencia, debe encontrarse sometido a ciertos principios los cuales buscan satisfacer dicho fin. Por ello, no deben confundirse los principios del salario (exigibilidad inmediata, suficiencia, periodicidad, no discriminación, entre otros) con la noción o definición de salario.

Ahora bien, a los fines del análisis planteado, proponemos segmentar los planes de EO en tres grupos. Un primer grupo en el cual existe un pago por parte del trabajador (compra, descuento, aporte), un segundo grupo en el cual no existe tal pago, pero el empleador se obliga en contraposición a otorgar un número de acciones al trabajador, y un tercero grupo en el cual no existe transferencia de acciones pero sí algún tipo de pago, asignación o entrega de cantidades de dinero.

En el primer grupo podemos incluir, por ejemplo, a los SOP o los ESPP mientras que en el segundo encontramos figuras como los RSU y en el tercer plan como los SARs o los *phantom stocks*.

Antes de continuar con el análisis, creemos importante detallar la forma en la cual un trabajador podría, eventualmente, verse "remunerado" o beneficiado, mediante la aplicación de alguno de estos planes, siendo: (i) al hacerse poseedor de la acción, (ii) al vender la acción, (iii) al recibir el pago de dividendos derivados de la posesión de la acción al final del ejercicio económico de conformidad con el artículo 307 del Código de Comercio[11], o (iv) al recibir el pago/asignación de cantidades de dinero cuya base de cálculo derive de los dividendos de la compañía o el incremento en el valor de la acción o sistemas similares de cálculo. Esto tendrá especial importancia en nuestro análisis.

A criterio de quien suscribe y con base en el precedente jurisprudencial, cualquier plan mediante el cual el trabajador compre acciones, bien mediante una opción de compra (SOP), bien mediante el descuento regular de cuotas, o bien mediante un pago único; aun y cuando el precio a pagar sea inferior al precio de mercado, no tendrá carácter salarial.

En tales planes tiene plena vigencia lo indicado tanto por la SCS como por la Corte, toda vez que se trata, indistintamente que la adquisición de las acciones se realice mediante instrumentos financieros como las opciones (SOP) o mediante descuentos o aportes (ESPP, por ejemplo), de una adquisición de acciones, es decir, de una operación mercantil. En otras palabras, no se trata de una asignación con carácter remunerativo y que ingresa al patrimonio, se trata únicamente de un intercambio, de una compra, de una adquisición por un precio, de un negocio jurídico en el cual existe un comprador y un vendedor.

En este orden de ideas, el hecho de que el trabajador se convierta ahora en poseedor de la acción deriva de la compra que ha hecho de la misma y no de la prestación de sus servicios. Es cierto que ha tenido derecho a ello (especialmente al plan) por la relación laboral que lo une con el patrono, pero ello es un detalle menor al lado del acto jurídico de adquisición de la acción.

[10] Carballo Mena, *Ley Orgánica*...103.
[11] Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 475 de 1955.

Respecto a la ganancia que deriva, bien de la reventa de acciones o bien del reparto de dividendos, no existe certeza (seguridad, para así utilizar el mismo término expuesto por la SCS) de que ello pueda eventualmente generar una ganancia, toda vez que dependerá tanto del precio de mercado de la acción como de los resultados del ejercicio económico. Además, nuevamente tiene relevancia el hecho de que, en todo caso, la eventual ganancia derivará de una acción que fue comprada por el trabajador y éste ha asumido los riesgos al comprarla y venderla.

De hecho, la eventual ganancia dependerá tanto del valor de mercado de la acción al momento de la venta, que incluso pueden venir sumados a los conocimientos y destrezas que tenga ese trabajador respecto al mercado bursátil para decidir cuándo desprenderse de una acción o mantenerla para generar por medio de ella los dividendos o esperar un incremento de su valor.

Al respecto destaca el profesor Pró-Rísquez[12], que los SOP se constituyen en una cuestión de naturaleza mercantil y no laboral, bajo la consideración de que suponen la expectativa de derecho (de obtener una ganancia al ejecutar la venta de la acción) y en consecuencia no garantizan un resultado pecuniario. A ello se suma el hecho de que requieren de una aportación o pago por parte del trabajador que decide ejercer la acción. Todo ello, afirma, nada tiene que ver con una retribución por el servicio prestado.

Asimismo, y respecto al diferencial entre el precio de compra y de reventa, afirma el académico, que mal puede derivar un concepto de carácter salarial del ejercicio de un negocio mercantil como es la venta de acciones, considerando el alto nivel de incertidumbre que rodea dicho negocio y al mercado bursátil en particular, hasta el punto de existir el riesgo de sufrir pérdidas ante la merma de valor del instrumento financiero. Por último, debe considerarse que la ventaja económica derivará del mercado bursátil y no de la prestación del servicio[13].

En este orden de ideas, nos permitimos concluir preliminarmente, que cualquier EO mediante el cual el trabajador compre acciones de la compañía, bien sea mediante planes de opciones u otros instrumentos financieros, bien sea mediante descuentos o aportes, mal puede considerarse que tenga carácter salarial.

Por otro lado, aquellos planes como los SARs o los *phantom stocks* en los cuales no existe una transferencia de acción, pero sí un pago, es evidente que algunos de los elementos analizados por la SCS para descartar el carácter salarial de los SOP no se encuentran presentes.

En primer lugar y el punto más importante, no existe una operación mercantil mediante la cual el trabajador compre las acciones. El trabajador no ve una disminución en su patrimonio y por ende no asume un riesgo. No existe un negocio jurídico mediante el cual el trabajador paga una cantidad de dinero, alta o baja, a cambio del instrumento financiero.

---

[12] Juan Carlos Pró Rísquez, Comentarios sobre los planes de adquisición de acciones o stock options y su comparación con los principios y caracteres definitorios del salario en "Revista de Derecho 15", (Caracas-Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, 2005), pp. 69.
[13] Pró Rísquez, *Comentarios sobre*…, 87

En segundo lugar y en contraposición, sí existe un enriquecimiento del trabajador. Ciertamente éste recibe el pago de una cantidad de dinero que se incorpora a su patrimonio.

Si a lo anterior sumamos que en algunos programas, el pago efectuado se encuentra íntimamente vinculado con la intervención del trabajador en la obtención de tales dividendos, su desempeño, metas alcanzadas, entre otros aspectos; podríamos encontrar la intención retributiva de dicho pago y podría ser considerado salario con base en criterios reiterados, como es el caso Luis Manuel Ocanto Prado Contra Banco Occidental De Descuento, Banco Universal, C.A. (BOD) en sentencia N° 858 de fecha 7 de julio de 2014.

En tercer lugar, si bien el quantum del pago podría estar sujeto al valor de las acciones o dividendos, los cuales a su vez se encuentran vinculados al mercado bursátil o al desempeño de la compañía, no es menos cierto que el trabajador no ha asumido riesgo alguno toda vez que no ha comprado las acciones. Es decir, el pago a ser realizado por el empleador, aún y cuando no depende exclusivamente de la prestación de su servicio o su desempeño, solo supondrá que el trabajador se enriquezca en mayor o menor cuantía, pero nunca lo someterán a un riesgo de pérdida de una inversión como sí ocurre en los programas de SOP.

Podría subsistir la duda sobre si estos planes, como los SARs o los *phantom stocks*, toda vez que se fijan con base en el incremento o valor de las acciones o dividendos, realmente son salario ya que no se establecen con base en ninguna de las clases de salario previstas en los artículos 112 a 115 de la LOTTT, es decir, no se fijan con base en el tiempo o la labor desempeñada. Es decir, podría dudarse que realmente tenga fin o intención retributiva toda vez que su cuantía depende de factores ajenos a la relación de trabajo.

Sin embargo, consideramos que ello sería confundir el alcance del concepto de salario. Cuando el legislador ha indicado que es la contraprestación por el servicio prestado, no pretende excluir aquellos beneficios que su cuantificación no puede ser obtenida o determinada en forma directa al analizar la labor prestada; sino que busca incluir todo beneficio pagado por la prestación del servicio, aun y cuando su cuantificación o método de cálculo no se encuentre vinculado en forma inescindible con la prestación del servicio.

Para entender lo anterior podemos plantear un ejemplo. El salario por unidad de tiempo (artículo 113 de la LOTTT) pretende remunerar el servicio, indistintamente de la cantidad o calidad del mismo, que sea prestado durante un período de tiempo determinado. Por su parte si el salario es a comisión (artículo 114 de la LOTTT), importará la labor desempeñada sin importar el tiempo requerido.

Pero en el caso de los SARs o los *phantom stocks*, la forma de cálculo de la contraprestación es distinta, depende de los resultados de la compañía, pero evidentemente son pagados al trabajador por su carácter de tal, por haber tenido un desempeño que debe ser premiado, u ocupar un cargo o tener una antigüedad con derecho a ello de acuerdo con las políticas internas.

De esta forma, el pago en efecto generará un enriquecimiento, será recibido exclusivamente por el vínculo laboral que existe, incluso por haber alcanzado metas, y no existirá un negocio jurídico mediante el cual el trabajador arriesga una cantidad de dinero para adquirir tal acción.

Existe un factor que podría generar dudas y es la seguridad. Como hemos indicado uno de los factores considerados por la SCS para que ciertos beneficios tengan carácter salarial, suponen la certeza en el pago. Evidentemente y conforme hemos indicado ello no ocurre en el caso que nos ocupa. No necesariamente una compañía debe obtener al final de su ejercicio económico resultados favorables ni tampoco los socios o accionistas pueden decidir llevar a cabo el pago de dividendos sino por el contrario, reinvertir los mismos.

Otro aspecto que podría generar cierta duda es la oportunidad de pago del beneficio, es decir, varios planes mantienen como requisito para materializar el pago, el fin de la relación de trabajo, lo cual podría llevar a pensar que el motivo del pago es la terminación del vínculo laboral y no la prestación del servicio. Sin embargo, vale advertir que en sentencia N° 681 de fecha 8 de agosto de 2018, caso Alejandro Ramos y otros contra China Railway N° 10 Engineering Group Co. Ltd, Venezuela Sucursal la SCS consideró que, aun siendo materializado el pago al término de la relación, la bonificación tendría carácter salarial si era causada en forma mensual o con otra regularidad.

Finalmente, respecto a los planes que suponen la asignación de acciones sin que medie una compra de las mismas por parte del trabajador, caso por ejemplo de la asignación pura y simple de acciones mediante los RSU, consideramos que existe un alto riesgo de que sea considerado como un beneficio de carácter salarial.

Recordemos que la SCS en sentencia N° 788 de fecha 26 de septiembre de 2013, caso: Herbert Cerqueira De Souza contra Moore De Venezuela, S.A. ha sentenciado como sigue:

> Asimismo, en relación con el carácter salarial del vehículo asignado para el uso del actor, la Sala de Casación Social, en sentencia N° 1.566 de 2004 y ratificada en sentencia N° 0603 del expediente N° 06-1878 de fecha 26 de marzo de 2007, estableció el criterio de que, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un empelado durante la relación de trabajo, tendrán naturaleza salarial. Por el contrario, de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja sólo sirve, exclusivamente, para la realización de las labores, no podía catalogárselo como salario, porque no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo, como lo son, por ejemplo, todos los artefactos que se utilizan en los distintos tipos de faena y que no pueden calificarse como integrantes del salario.

Lo anterior denota que el carácter salarial va íntimamente relacionado con el provecho, ventaja, enriquecimiento que ese beneficio, indistintamente su denominación, forma de pago o cálculo – ver artículo 104 LOTTT también – genera al trabajador, y siempre que el motivo de su pago o entrega sea remunerar y no facilitar o permitir la prestación de servicios.

Así, el pago de viáticos debidamente probados, por ejemplo, no debe ser considerado salario por cuanto no tiene intención retributiva. Los reembolsos de gastos de representación o de gastos de transporte para la prestación de servicios, tampoco.

En el caso de la asignación o entrega de títulos financieros (acciones), otro es el escenario. Ciertamente existe un carácter retributivo detrás de la asignación, más aún si la entrega de las mismas se realiza luego de que el trabajador ha alcanzado alguna meta.

Respecto al enriquecimiento que dicho título asegura, tampoco tenemos dudas. Al no haber sido comprada la acción, siempre supondrá un enriquecimiento para el trabajador. Solo en el escenario más complejo y en el cual las acciones pierdan totalmente su valor y pueda ocurrir la liquidación de la compañía, será posible pensar en todo caso que el trabajador no se ha enriquecido, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 350 del Código de Comercio[14] respecto a las cuotas de liquidación.

Así, consideramos que sí existe un enriquecimiento del trabajador, al menos si observamos la situación desde la óptica de la SCS. De hecho, si la Sala ha considerado como un beneficio de naturaleza salarial la asignación de un vehículo "por el hecho de prestar el servicio", caso en el cual no existe una transferencia en la propiedad de dicho bien, con mayor razón puede considerarse como un beneficio de naturaleza salarial la transferencia de un número de acciones. (Ver sentencia N° 908 de fecha 7 de octubre de 2015, caso Rafael Camilo Mansanilla Peña contra Henkel Venezolana S.A. de la SCS).

Tiene cabida traer a colación criterio de la SCS de fecha 4 de julio de 2013, caso Rafael Enrique Tovar Rojas y Nils Alfonso Hernández Bragado contra Gabriel De Venezuela, C.A. (GAVECA) y otros N° 495, mediante la cual estableció la Sala el carácter salarial del denominado "bono cumpleaños" otorgado en el mes calendario de nacimiento del trabajador, considerando que, por cuanto el pago fue recibido en forma segura, una vez al año, todos los años, con ocasión de la relación de trabajo, incrementando el patrimonio del trabajador y teniendo éste libre disponibilidad de los mismos, debía ser considerado como parte del salario; no pudiendo considerarse como una liberalidad sin carácter salarial o como asignaciones de carácter accidental, ya que no suponían un pago destinado a permitir o facilitar las labores encomendadas.

Es decir, si un bono pagado con el objeto de "Paliar los gastos adicionales en que se suele incurrir los trabajadores, con motivo de la celebración del cumpleaños" fue considerado como parte del salario, más aún la asignación de acciones cuyo carácter es claramente retributivo, lo será.

Lo verdaderamente complejo en estos casos, será determinar el verdadero valor que dicho activo tendrá y cómo incidirá en el salario a los efectos de ley. Recordemos que este tipo activos, más aún si se trata de acciones que cotizan en la bolsa de valores, fluctúa en forma continua su valor.

A lo anterior se suma el hecho de que algunos de los planes se generan durante la vigencia de la relación de trabajo, pero el derecho al cobro o disposición de la acción, ocurre al término de la relación de trabajo. Así, un segundo factor de complejidad se presenta.

Es importante advertir una vez más previo a las conclusiones, que las líneas anteriores no pretenden determinar (i) si es posible o no, desde una óptica legal, acordar el pago del salario de un trabajador en acciones, instrumentos financieros, o cualquier tipo de plan de EO, ni (ii) si es

[14] Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 475 de 1955.

posible acordar o no con un trabajador la exclusión del carácter salarial de alguno de estos beneficios de la base salarial para el cálculo de los distintos beneficios previstos en la ley.

Lo que el presente artículo pretende es analizar si los EO comúnmente utilizados en otros territorios, si decidieran ser utilizados por los empleadores venezolanos, tendrían o no carácter salarial, no abarcando el mismo análisis de los puntos i y ii antes mencionados.

CONCLUSIONES

El país ha atravesado por una de las peores crisis de su historia, situación que evidentemente ha afectado a los trabajadores en múltiples ámbitos. Uno de ellos, sin duda, la pérdida del poder adquisitivo del salario.

Los empleadores han buscado numerosos mecanismos que les permitan otorgar beneficios adicionales a sus trabajadores, pero, además, palear la alta rotación o migración a la economía informal o actividad laboral no dependiente de sus trabajadores. Sin embargo, no pueden incurrir en viejos errores, donde se pactaba beneficios a favor de los trabajadores que terminaron resultando muy onerosos y de imposible cumplimiento.

Bonificaciones, liberalidades, gratificaciones, salario emocional, entrega de productos, paquetización del salario, son algunos de los mecanismos comúnmente utilizados durante los últimos años. Todos estos mecanismos de remuneración tienen sus beneficios, pero a la vez, requieren una correcta implementación y conocer las consecuencias jurídicas que de ellos derivan.

Los EO son planes que han tenido limitada aplicación en el país y como cualquier otro beneficio tiene pros y contras, debiendo siempre analizarse qué implicaciones tiene tanto a nivel jurídico, como a nivel de las relaciones con los trabajadores.

Sin embargo, tienen dos ventajas evidentes. La primera, es que conocemos el criterio reiterado y pacífico del TSJ respecto a los SOP, por lo que contamos al menos con un marco referencial para la aplicación de programas de igual o distinta naturaleza. En segundo lugar, tal y como destaca el profesor Pró-Rísquez[15], programas como los SOP, más que sólo remunerar, se constituyen en un incentivo que logra estimular el espíritu de empresa, la sostenibilidad y el crecimiento del negocio; incluso y especialmente motivar la permanencia del trabajador en la entidad de trabajo.

En Venezuela tenemos el gran reto de ser partícipes y actores de la recuperación económica. No podemos esperar a que ello lo haga quien ocupe los poderes públicos, especialmente el poder ejecutivo. Desde cada una de nuestras empresas debemos velar por garantizar la sostenibilidad de nuestro negocio, su crecimiento, pero además el bienestar de nuestros trabajadores.

[15] Pró Rísquez, *Comentarios*…70.

Es necesario superar la idea de que los trabajadores son un gasto, por el contrario, los trabajadores son la principal herramienta que tiene todo empleador para alcanzar la rentabilidad de su negocio, y para ello el trabajador debe estar bien remunerado.

En este sentido, el presente trabajo no viene más que a contribuir con algunas ideas respecto a una figura que poco uso ha tenido en nuestro país, pero que si conjugamos los distintos aspectos hasta ahora destacados, puede que en un futuro los empleadores lleguen a tener mayor interés y busquen analizar los pros y contras de la misma.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

Alfonzo-Guzmán, Rafael, *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición. Caracas: Editorial Melvin C.A., 2009.

Carballo Mena, Cesar, *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial sobre el tiempo de Trabajo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

García Vara, Juan, *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Caracas: Ediciones Liber, 2012.

Guilarte Lamuño, Reinaldo, «La relación jurídica de los miembros de los despachos de abogados en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia». En *Régimen Jurídico del Trabajo. La otra mirada*, editado por Cesar Carballo Mena, 135-148. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

Herbert Kraus, *Executive Stock Options and Stock Appreciation Rights* (New York, 2005), https://books.google.co.ve/books?id=ATcp6xuc4GgC&printsec=frontcover&dq=stock+option+plan&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=stock%20option%20plan&f=false

International Labor Office. «A personal stake. Why employee-owned businesses return more than a profit». World of Work Num. 56, abril 2006. Acceso el 20 de febrero de 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/dwcms_080599.pdf

Pró Rísquez, Juan Carlos, «Comentarios sobre los planes de adquisición de acciones o stock options y su comparación con los principios y caracteres definitorios del salario» *Revista de Derecho* n. º15 (2005): 63-100.

Jurisprudencia:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 106, de fecha 10/05/2000, número de expediente 99-970. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/mayo/A106-100500-99970.HTM

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 543, de fecha 27/06/2017, número de expediente 16-838. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/200363-0543-27617-2017-16-838.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 884, de fecha 05/12/2018, número de expediente: 18-442. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/302818-0884-51218-2018-18-442.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 343 de fecha 26/04/2018, número de expediente: 17-869. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/abril/210094-0343-26418-2018-17-869.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 495, de fecha 04/07/2013, número de expediente: 11-407. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/0495-4713-2013-11-407.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 1155, de fecha 11/11/2016, número de expediente 15-1130. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/192384-1155-111116-2016-15-1130.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 24, de fecha 20/02/2020, número de expediente 18-513. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/309583-024-20220-2020-18-513.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 749, de fecha 28/07/2016, número de expediente 13-1532. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/189408-0749-28716-2016-13-1532.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 374, de fecha 25/04/2016, número de expediente 13-795. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/abril/187382-0374-25416-2016-13-795.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 428, de fecha 13/06/2013, número de expediente 11-535. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0428-13613-2013-11-535.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 36, de fecha 15/03/2022, número de expediente 20-050. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/316201-036-15322-2022-20-050.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 908, de fecha 07/10/2015, número de expediente 14-713. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/181598-0908-71015-2015-14-713.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 1.985, de fecha 09/10/2007, número de expediente 07-0690. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1985-091007-07690.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 28, de fecha 23/01/2014, número de expediente 10-1335. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/enero/160629-0028-23114-2014-10-1335.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 88, de fecha 10/03/2015, número de expediente 13-875. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/175147-0088-10315-2015-13-875.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 414, de fecha 18/06/2015, número de expediente 13-670. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/178769-0414-18615-2015-13-670.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 375, de fecha 21/10/2019, número de expediente 04-1682. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/307631-0375-211019-2019-04-1682.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 808, de fecha 11/06/2008, número de expediente 07-1520. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0808-11608-2008-07-1520.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 1094, de fecha 08/10/2010, número de expediente 09-911. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1094-81010-2010-09-911.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 1633, de fecha 14/12/2004, número de expediente 04-1213. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1633-141204-041213.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 1513, de fecha 17/12/2012, número de expediente 11-880. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1513-171212-2012-11-880.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 858, de fecha 07/o7/2014, número de expediente 12-066. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/166601-0858-7714-2014-12-066.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 681, de fecha 08/o8/2018, número de expediente 18-026. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/300650-0681-8818-2018-18-026.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 788, de fecha 26/o9/2013, número de expediente 11-897. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/septiembre/156985-0788-26913-2013-11-897.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 908, de fecha 07/10/2015, número de expediente 14-713. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/181598-0908-71015-2015-14-713.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 495, de fecha 04/07/2013, número de expediente 11-407. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/0495-4713-2013-11-407.HTML

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia número 896, de fecha 12/07/2013, número de expediente 09-585. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/896-12713-2013-09-0585.HTML

Normativa nacional e internacional:

Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 475 de 1955.

Convenio número 95 sobre la protección del salario, Organización Internacional del Trabajo, 1949

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012.

Sitios Web:

National Center for Employer Ownership, acceso el 15 de septiembre de 2022, https://www.nceo.org/

Consideraciones sobre las sucesiones mortis causa en el arbitraje societario

José Nicolás Rinascente Vargas*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 195-207

Resumen: Es frecuente que se presenten conflictos cuando uno de los socios fallece, por la comunidad que se produce entre sus herederos. En este artículo se analiza en primer lugar la razón de la extensión del convenio de arbitraje societario a los herederos del socio fallecido y posteriormente algunos aspectos relevantes de la partición de la comunidad hereditaria y su incidencia en la sociedad mercantil, destacando las ventajas de llevar este proceso mediante arbitraje. Por último, las ventajas que tiene para una empresa familiar, la aplicación del arbitraje societario como una herramienta en la planificación patrimonial.

Palabras claves: Arbitraje societario, comunidad hereditaria, empresas familiares.

Considerations on mortis causa successions in corporate arbitration

Abstract: *It is common for conflicts to arise when one of the partners dies, due to the community of heirs. This article first analyzes the reason for the extension of the corporate arbitration agreement to the heirs of the deceased partner and then some relevant aspects of the partition of the community of heirs and its impact on the commercial company, highlighting the advantages of carrying out this process through arbitration. Finally, the advantages for a family business of applying corporate arbitration as a tool in estate planning are pointed out.*

Keywords: *Corporate arbitration, community of heirs, family businesses.*

Recibido: 07/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* Abogado, mención Magna Cum Laude, egresado de la Universidad Fermín Toro en 2007. Programa de Empresas Familiares IESA 2017. Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila 2022. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Consideraciones sobre las sucesiones mortis causa en el arbitraje societario

José Nicolás Rinascente Vargas*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 195-207

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Extensión de la cláusula arbitral a sujetos no firmantes del convenio de arbitraje societario. 2. Partición de la comunidad hereditaria. 3. El arbitraje societario como herramienta en la planificación patrimonial de las empresas familiares. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El arbitraje societario se presenta cuando una sociedad de cualquier tipo decide someter los conflictos, disputas o desavenencias entre la misma sociedad y los socios, entre los socios entre sí con motivo de su participación en la sociedad, o entre los administradores con motivo de sus funciones, al conocimiento y decisión de un árbitro, excluyéndose así la vía judicial ordinaria.

Puede incluso darse el caso que el arbitraje societario se estipule combinado con otras formas de resolución de conflictos previas a someter la disputa a un tribunal arbitral, dando lugar a una cláusula escalonadas o multinivel (*escalation clauses, multistep clauses or multitier clauses*), donde se puede establecer un lapso para la negociación entre las partes en conflicto, mediación, juntas de controversias, consultas no vinculantes a expertos, entre otros.

Con el fallecimiento del socio de una sociedad mercantil sometida a arbitraje societario, se abre la posibilidad que la propiedad se divida entre varios herederos, quienes pueden tener o no conocimiento de la situación financiera y administrativa de la empresa y convertirse en fuente de conflictos por múltiples razones. Si se trata de una empresa familiar, donde los herederos o algunos de ellos ya hacen vida en la empresa, la posibilidad de conflictos se incrementa.

A nivel mundial, un alto porcentaje de las empresas son consideradas como empresas familiares[1], es decir, que tienen presente en mayor o menor medida los siguientes elementos: una misma familia tiene los derechos de propiedad de la empresa; miembros de esa familia ejercen

---

* Abogado, mención Magna Cum Laude, egresado de la Universidad Fermín Toro en 2007. Programa de Empresas Familiares IESA 2017. Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila 2022. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

[1] En Venezuela alrededor del 92% de empresas se pueden considerar familiares. (Edwin Ojeda y Susana Chu, "Entender y fomentar el emprendimiento en empresas familiares", *Debates IESA*, enero – maro 2013, 31). En Colombia se registra un 86,5% de empresas familiares (PWC Colombia, "Empresas familiares en Colombia: un legado que trasciende" https://www.pwc.com/co/en/publications/technology/PwCColombiaFamilyBusiness%20(1).pdf)

control sobre la gestión de la empresa y por último existe la intención que tanto la propiedad como el control de la empresa se mantenga dentro de la misma familia[2].

En Venezuela hay antecedentes de la aplicación del arbitraje societario tanto en sociedades mercantiles como asociaciones civiles, tenga o no ánimo de lucro.[3] Sin embargo, se requiere todavía mucha difusión, tanto entre los abogados como entre los empresarios, porque es un tema aún desconocido para la mayoría, además que existen muchas confusiones por las particularidades que presenta este tipo de arbitraje.

1. Extensión de la cláusula arbitral a sujetos no firmantes del convenio de arbitraje societario

Uno de los requisitos fundamentales para el sometimiento de una controversia a arbitraje es el consentimiento expreso de las partes, el cual debe constar por escrito, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial.[4]

En el arbitraje societario se presenta una particularidad que podría considerarse a simple vista una excepción a este principio, pero analizando la naturaleza del arbitraje societario se entiende que no es así.

La sociedad, formada con el *affectio societatis* de varias personas para lograr un fin común, goza de personalidad jurídica propia, distinta de sus socios, de forma tal que cuando los socios manifiestan su consentimiento, de conformidad con los estatutos sociales y las leyes que le sean aplicables, para que los conflictos que surjan entre ellos con relación a la sociedad sean resueltos mediante arbitraje, esa decisión solamente podría ser modificada de la misma forma en que los propios estatutos o la ley así lo establezcan.[5]

Entendiendo el conflicto como una situación adversa, contraproducente y dañina para su objeto social, la sociedad mercantil se ha dado a sí misma el método que considera más efectivo

---

[2] Patricia Monteferrante, "Empresas familiares: ¿pulperías o empresas profesionales?", Debates IESA, abril – junio 2006, 14

[3] Los casos Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez es ejemplo de una sociedad mercantil, el caso Candal & Asociados se refiere a una asociación civil con fines de lucro y el caso Centro Portugués relativo a una asociación civil sin fines de lucro, todos mencionados y detallados en Diego Castagnino, "Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* Nº 2 (2021): 40. De igual forma en Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, *Memoria Arbitral III* (Venezuela: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, 2019), 219, se resume un caso de arbitraje societario que involucró a una asociación civil sin fines de lucro, un club social en el estado Vargas.

[4] Artículo 6. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

[5] "en Venezuela, mientras no exista una regulación expresa, creemos que la incorporación sobrevenida del acuerdo de arbitraje societario, así como su modificación o eliminación, es perfectamente legal, y el quórum necesario para considerar válida la decisión, será el dispuesto por el propio estatuto de la sociedad para el caso de una modificación cualquiera de los estatutos sociales, y a falta de ello, será suficiente contar con la mayoría de los presentes" Castagnino, "Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano", 62

para hacerle frente, esto es el arbitraje societario. Al respecto conviene citar lo referido por Sánchez Gimeno:

> en el acogimiento de la vía de resolución de los conflictos que puedan suscitarse en la sociedad y, en especial, de la impugnación de acuerdos sociales, no está implicado el interés de cada socio, en particular, sino el interés común de todos ellos en cuanto a miembros de la sociedad. [6]

Hechas las consideraciones anteriores, es importante diferenciar entre quien se hace socio posterior a la adopción del convenio de arbitraje y los herederos de un socio de la empresa, puesto que, aunque todos quedan obligados al arbitraje societario, la razón por la cual quedan obligados es diferente.

1.1 Nuevos socios

El socio que se incorpora después que la sociedad ha adoptado el convenio de arbitraje societario, al adquirir su condición de socio acepta los estatutos en su totalidad y sin que pueda considerarse un contrato de adhesión, pues adquiere la condición en igualdad con el resto de los socios[7]. En este sentido señala Rodríguez Roblero:

> En el caso de cesión de la condición de socio, el nuevo socio adquiere la situación jurídica que tenía el socio cedente "en su integridad, en su pleno status", sin precisarse de un nuevo consentimiento de la cláusula arbitral, ya que éste lo prestaron en su momento los socios fundadores…El consentimiento del nuevo socio está implícito en la adquisición de esta condición. [8]

Los estatutos de las sociedades deben cumplir con los requisitos de la publicidad registral y por tanto corresponde al adquirente, en el ejercicio de la diligencia debida, conocer la existencia del compromiso arbitral. Sin embargo, un acuerdo de arbitraje societario no sujeto a las formalidades de la publicidad registral (acuerdo parasocial) también es válido, pero sólo para quienes formaron parte de él, por lo que en estos casos un nuevo socio no estaría obligado por este acuerdo, a menos que otorgue su consentimiento expresamente.

1.2 Herederos

Domínguez Guillén define la herencia desde un punto de vista objetivo y subjetivo de la siguiente forma:

> la herencia estaría conformada objetivamente por todo el conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial o pecuniario –activo y pasivo– del de cujus susceptibles de transmisión. Subjetivamente, la herencia se conecta o asocia a la persona o sujeto del «heredero», presentando como la subrogación o

[6] Sergio Sánchez Gimeno, "Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* Nº 49 (2018): 107

[7] Castagnino, "Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano", 56

[8] María Inmaculada Rodríguez Roblero, "El arbitraje societario. Estudio de Derecho comparado entre España y Costa Rica", *Revista Judicial Corte Suprema de Justicia Costa Rica* Nº 111, (marzo 2014): 31

> sustitución del heredero en los derechos y obligaciones del causante. Transmisión que tiene lugar en su totalidad y sin alteración, como si el sujeto no hubiere cambiado.[9]

En sentido similar Sojo Bianco señala que:

> la sucesión universal es una *universitas iuris*, una universalidad de derechos, entendiendo en este complejo patrimonial no sólo los derechos propiamente, sino también las obligaciones del sujeto que fallece, en tanto estos derechos y obligaciones no sean por su propia naturaleza intransmisibles, o que su intransmisibilidad sea ordenada expresamente por una prescripción del derecho positivo.[10]

Uno de los principales efectos del acuerdo de arbitraje, es la obligación de someter las controversias al arbitraje y no ante los tribunales ordinarios, conocido como efecto positivo del acuerdo de arbitraje.[11] Al no tratarse de una obligación que por su naturaleza no pueda ser transmitida, entonces se entiende que puede ser transmitida vía mortis causa.

A diferencia de las transmisiones inter vivos, los herederos se obligan al arbitraje societario por su condición de tal, de conformidad con el artículo 1163 del Código Civil[12]. Es precisamente por lo antes señalado, que el acuerdo de arbitraje societario no sometido a la publicidad registral correspondiente, que como se indicó no obliga a los socios que no lo suscriben, en cambio sí obliga a los herederos de los firmantes del acuerdo parasocial.[13]

Entonces es preciso analizar si los herederos podrían sustraerse del cumplimiento del acuerdo de arbitraje, mediante la utilización de dos figuras previstas en la legislación: la aceptación a beneficio de inventario y la renuncia de la herencia.

El heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, es decir, evitar la confusión de su patrimonio con el del causante, de manera que sólo responderá de las deudas de la herencia hasta la concurrencia del activo de ésta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa son necesarias dos precisiones: la obligación de someterse a arbitraje es una obligación de hacer, que no tiene en principio un contenido patrimonial que pueda ser operado matemáticamente contra el activo de la herencia[14]; por otro lado, como se indicó anteriormente la sociedad adopta el arbitraje societario como la mejor forma de evitar perturbaciones y daños a su propia actividad, por lo que debe cumplirse tal como se ha establecido en el interés de la sociedad, siendo imposible que el heredero utilice la figura del beneficio de inventario para no cumplir con el acuerdo de arbitraje.

---

[9] María Candelaría Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio* (Venezuela: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019), 87

[10] Raúl Sojo Bianco y Milagros Hernández de Sojo, Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones, (Venezuela: Ediciones Paredes, 2015), 331

[11] Alfredo De Jesús, "Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho venezolano", *en Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, coord. Irene de Valera (Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 102-03.

[12] Artículo 1.163 Se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato.

[13] Diego Castagnino, "El Acuerdo de Arbitraje Societario", Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación Nº 1, (junio 2022): 95

[14] Podrían valorarse los daños ocasionados por el incumplimiento del acuerdo arbitraje, pero igualmente sería una controversia a ventilarse en arbitraje.

La sucesión mortis causa tiene tres momentos: la apertura, que ocurre con el fallecimiento de una persona; la delación, que es el llamado que la ley o el testamento hace a los sucesores y la aceptación. Pero también es posible que la persona llamada a adquirir una herencia, en lugar de aceptarla, renuncie a ella. De esta forma, si el heredero renuncia de conformidad con el artículo 1.013 del Código Civil "se considera como si nunca hubiera sido llamado a ella". Aun así, se puede renunciar a la condición de heredero testamentario y aceptar sólo como heredero legítimo, o renunciar a la condición de heredero, pero aceptar los legados.

Si por el efecto de la renuncia, la persona no tendría participación en la herencia en la cual forma parte la sociedad sometida al arbitraje, entonces lógicamente queda sustraída de los efectos del acuerdo de arbitraje en su totalidad.

2. Partición de la comunidad hereditaria

Cuando fallece una persona y tiene más de un heredero, entre los que acepten la herencia se formará una comunidad ordinaria o fortuita, que es la denominada comunidad hereditaria.[15]Ahora bien, la comunidad sobre los bienes presenta muchos inconvenientes, tanto por mantener fuera de circulación los bienes que la conforman, como la posibilidad que ninguno de los copartícipes se sienta responsable del mantenimiento o no logren acuerdo para ello, o peor aún que la propiedad se disgregue y atomice al punto de amenazar la propia existencia del derecho de propiedad, como indica Duque Sánchez citado por Mejía Arnal:

> de la transmisión de los bienes del *de cujus* a sus sucesores nace un estado de comunidad; y si ésta continúa y ocurren nuevos fallecimientos, habrá nuevos comuneros, hasta que llegaría el día en que sería poco menos que imposible determinar el derecho que sobre los bienes comunes correspondería a cada uno de los innumerables comuneros o copropietarios de ellos. Y si esa situación se extendiese a todos los bienes de un territorio, llegaría el momento en que pertenecerían en comunidad a todos los ciudadanos y la propiedad privada se extinguiría.[16]

Así el artículo 768 del Código Civil, aplicable a todo tipo de comunidad, permite que cualquiera de los copartícipes pueda pedir la partición, es decir, la disolución de la comunidad y que cada uno reciba lo que le corresponde de conformidad con su cuota de participación en la misma. De acuerdo con la forma en que se realice, la partición de la comunidad hereditaria puede ser:

1. Por consenso
   1.1. Sin intervención de terceros, es decir, por acuerdo entre las partes, o conocida también como amistosa
   1.2. Con intervención de terceros, cuando se somete a mediación, para superar los desacuerdos. Si bien hay un tercero, la solución es construida por las partes.
2. Por adjudicación
   2.1. Vía judicial, se somete la controversia a un juez.
   2.2. Vía arbitral, se somete la controversia a un árbitro.

[15] Francisco López Herrera, *Derecho de Sucesiones,* Tomo II (Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2012), 199
[16] Luis Mejía Arnal, "El juicio de partición", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* Nº 15 (2020):307

Entre los aspectos relevantes a considerar cuando la partición requiere la intervención de un tercero, juez o árbitro, por falta de acuerdo entre los involucrados, están los siguientes:

2.1 Bienes no sujetos al acuerdo de arbitraje

Es común que dentro del activo de la herencia existan distintos bienes, entre los que pueden estar las acciones o cuotas de participación en una sociedad sometida al arbitraje societario, pero a su vez otros muy diversos.

Necesariamente cualquier controversia que se origine con ocasión de las acciones o cuotas de participación en la sociedad debe ventilarse de conformidad con el acuerdo de arbitraje societario establecido de ser este el caso, por lo que si se intenta una acción judicial el juez debe abstenerse de conocer.

En este caso el juez no podría conocer primero la partición sobre el resto de los bienes no sujetos al arbitraje societario, puesto que la acción de partición en vía judicial es de carácter universal y debe abarcar todos los bienes, por eso la partición judicial sería posterior al arbitraje y por tanto se trataría de una partición complementaria.[17] También los herederos podrían decidir, en aras de la practicidad, someter la partición de toda la herencia a arbitraje.

Cabe recordar que la herencia es un *nomen iuris*, es decir, una concepción teórica, por lo que los bienes que la integran siguen manteniendo su independencia[18], por lo que es factible que la partición se haga en forma parcial y a través de distintas de distintas vías.

2.2 Valuación

La partición de la comunidad comprende tres operaciones o momentos fundamentales: a) formación de las masas activa y pasiva; b) formación o composición de los lotes y c) adjudicación de los lotes a los herederos.[19]

Para la formación de la masa activa del patrimonio del causante, es necesario la realización del inventario y el avalúo de los bienes. No basta con saber cuáles son los bienes que integran la herencia, también es necesario saber su valor al momento de la partición, como señala Escovar León:

---

[17] López Herrera, *Derecho de Sucesiones*, 219

[18] En este sentido López Herrera que "la herencia no puede ser poseída y por tanto no puede adquirirse por prescripción, pero sí los bienes que la integran." (López Herrera, *Derecho de Sucesiones*, 212). De igual forma el hecho de que pueda venderse la herencia como un todo (venta de la herencia) no exime del cumplimiento particular relativo a la compraventa de los bienes que componen la herencia: inscripción en libros, registros, endosos, etc. (Angel Cristóbal Montes, "Consideraciones generales sobre la venta de la herencia, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Nº 5 (1967): 92). Por último, otro ejemplo está en el retracto legal previsto en el artículo 1.546 del Código Civil, que no puede ejercerse si la cosa común puede ser dividida cómodamente.

[19] López Herrera, *Derecho de Sucesiones*, 253

> La estimación la hará el partidor, teniendo en cuenta el valor que los bienes tienen al tiempo de la división, ya que los aumentos o disminuciones naturales que se hayan verificado en el transcurso del tiempo no pueden ser sino a beneficio o a pérdida de la comunidad hereditaria[20]

Debe tenerse presente que la partición comprende una serie de operaciones que exceden los simples conocimientos jurídicos, en especial cuando se trata de activos empresariales, para lo cual se requiere el concurso de expertos en la materia, al respecto Domínguez Guillén indica:

> La partición supone el resultado unitario de una serie de operaciones jurídico- matemáticas a fin de distribuir entre los coherederos el acervo hereditario. Y así se alude entre sus pasos a la necesidad de un inventario a fin de precisar los bienes y obligaciones de la herencia, el avalúo o tasación de tales bienes, la liquidación, etc.[21]

Además, la partición de la comunidad hereditaria debe regirse por dos principios[22], establecidos en los artículos 1.070 y 1.075 del Código Civil:

a) Cada heredero debe recibir en especie la porción que le corresponda
b) Los herederos deben ser tratados en forma idéntica, es decir, recibir en la medida de lo posible bienes muebles, inmuebles, derechos y créditos de igual naturaleza y valor

El cumplimiento exacto de ambos principios es casi imposible en la práctica, especialmente cuando el acervo hereditario lo conforman distintos bienes de naturaleza y valor, por lo que el procedimiento de partición implica muchas veces un verdadero desafío. Lo más común es que algunos coherederos deban efectuar compensaciones a otros, conocidas como vueltas, porque en la asignación de los bienes han recibido el equivalente superior al monto que les correspondía, pero que por razones fácticas era imposible hacerlo de otra forma. El cumplimiento de las vueltas queda garantizado por hipoteca legal sobre los inmuebles de conformidad con el artículo 1.885 del Código Civil.

Es por esto que una de las causas más frecuentes de conflictos en la partición de la hereditaria es el desacuerdo sobre el valor de los bienes, en este caso el valor de la empresa y por tanto de las acciones, pues de esa determinación dependerá cómo hacer la repartición para dar cumplimiento a los principios que rigen la partición de la comunidad hereditaria, señalados *ut supra*, y que ninguno de los copartícipes de la comunidad hereditaria se vea perjudicado por la subvaloración o sobrevaloración de los activos.

Para poder realizar la valoración de una empresa, el experto debe tener acceso a información interna de la empresa, como los estados financieros y todo el material con el cual se realizaron, pues hasta podría ser necesaria una auditoría si hay dudas con respecto al valor.

En el caso de empresas familiares donde uno de los herederos es también directivo de la empresa, se puede presentar un conflicto adicional si los herederos que no son directivos o trabajadores de la misma, consideran que podrían no tener acceso a información veraz y confiable.

---

[20] Ramón Escovar León, "Notas sobre la partición hereditaria", *Separata de la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 147 (enero – marzo 1983): 20
[21] Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Sucesorio*, 638
[22] López Herrera, *Derecho de Sucesiones*, 247

Cuando se trata de adquisiciones inter vivos, es una situación común los desequilibrios de información y la incidencia de éstos en la fijación del precio, tal como señala Galindo Lucas:

> El comprador debe, por tanto, fiarse de las informaciones suministradas por el vendedor las cuales no podrá, en la mayoría de los casos, verificar más que a posteriori. Es posible prever que, si esta verificación (auditoría) lleva a comprobar que la rentabilidad es diferente de la anunciada, el precio final de la transacción debería modificarse en consecuencia.[23]

Ahora bien, como se indicó anteriormente, los herederos no son extraños a la sociedad, por lo que en el caso de una partición de comunidad hereditaria cuando se cuestiona el valor de la empresa y la necesidad de acceso a información interna, se trata de un verdadero conflicto interno que debe ser sometido al arbitraje societario de conformidad con los estatutos. Tal como indica Castagnino: "en materia intrasocietaria siempre estaremos en presencia de asuntos relacionados con intereses económicos, por lo que no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores"[24]

Es importante resaltar que la información necesaria para la valuación de la empresa, puede ocasionar daños a la misma si queda expuesta al público, lo que sucedería en un eventual juicio. En cambio, el sometimiento de la disputa a arbitraje permite la confidencialidad y evita perjuicios irreparables a la empresa y por tanto a sus accionistas, por la revelación de detalles financieros o de mercado.

2.3 Medidas cautelares

Si se somete la partición de la comunidad hereditaria al conocimiento de un tribunal ordinario, el juez en ejercicio del poder cautelar podría dictar las medidas que considere necesaria, a solicitud de alguna de las partes[25]. Incluso antes del proceso de partición, podrían solicitarse ante los tribunales medidas conservatorias para preservar los bienes de la herencia de posibles peligros o daños, vía jurisdicción voluntaria[26].

Con la existencia de un convenio de arbitraje societario, toda medida cautelar debe ser acordada por un árbitro, por cuanto dentro de los efectos del acuerdo arbitraje, el denominado efecto negativo implica la exclusión de los jueces ordinarios, previsto en el artículo 5 único aparte de la Ley de Arbitraje Comercial.[27]

El giro normal de la empresa no debería verse afectado por ninguna medida cautelar, por cuanto podría generar daños irreparables al afectar la posición de mercado, el valor de la empresa, etc. Cabe recordar que el valor de la empresa a considerar para la partición será el que tenga al momento de la misma, por lo que una medida cautelar temeraria o sin el análisis debido afectará

---

[23] Alfonso Galindo Lucas, *Fundamentos de Valoración de Empresas* (España: Juan Carlos Martínez Coll, 2000) 81.
[24] Castagnino, "El Acuerdo de Arbitraje Societario", 90
[25] López Herrera, *Derecho de Sucesiones,* 345
[26] López Herrera, *Derecho de Sucesiones,* 31
[27] Artículo 5: (…)
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.

los intereses de los coherederos. Es por esto, que a través del arbitraje se garantiza en mayor medida que las decisiones sean tomadas por un especialista en el área, tomando en consideración todos los factores relevantes y con la celeridad que requiera el caso.

Por último, se debe tener presente que en el arbitraje societario los administradores también están obligados por éste[28] por lo que en caso de que una medida cautelar sea solicitada por un coheredero, los administradores podrían intervenir y oponerse a la misma, en uso de sus facultades y en protección de la sociedad.

2.4 Autorización judicial

Una situación particular se presenta cuando uno de los coherederos es incapaz, en los términos señalados en el artículo 3, literal d de la Ley de Arbitraje Comercial[29], siendo lo más común que se trate de un niño o adolescente, por lo que se requiere la autorización judicial del tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes para continuar con el arbitraje.

Cabe destacar que no se trata de un caso de falta de jurisdicción por lo que tendría que llevarse el procedimiento de partición en los tribunales ordinarios, ya que el acuerdo de arbitraje existe y es válido, pero la ley establece un requisito para que pueda llevarse a cabo, esto es la autorización de los jueces encargados de velar por los derechos e intereses de los incapaces.

En este sentido hay un precedente en el foro arbitral venezolano, donde el demandado falleció luego de interpuesta la solicitud de arbitraje y fue sucedido por dos menores de edad, por lo que el árbitro debió suspender el procedimiento hasta obtener la "orden judicial definitivamente firme expedida por un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes donde se autorice a la representación legal de las menores (…) a actuar y a ser juzgadas en esta jurisdicción arbitral"[30].

Aun cuando se obtenga la autorización judicial, la presencia de niños o adolescentes implica que deben observarse las normas sustantivas de carácter imperativo previstas en el ordenamiento jurídico específico, como es velar por el interés superior del niño y adolescente.[31] Para esto, debe ser tomada en consideración la opinión del niño o adolescente, siendo directamente oída por el tribunal arbitral, o a través de un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes, que preste la asistencia para este acto.

---

[28] Castagnino, "El Acuerdo de Arbitraje Societario", 89

[29] Artículo 3: Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.
Quedan exceptuadas las controversias:
(…)
d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

[30] Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, *Memoria Arbitral III* (Venezuela: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, 2019), 31. Conforme a lo informado por el Dr Adolfo Hobaica, quien fungió de árbitro, la orden judicial nunca fue emitida, en ocho años que transcurrieron desde la solicitud al tribunal hasta la fecha del presente trabajo, por lo que el procedimiento se retomó una vez que las herederas del demandado cumplieron la mayoría de edad.

[31] Artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015) y artículo 40 de la Ley sobre procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes (2010)

3. El arbitraje societario como herramienta en la planificación patrimonial de las empresas familiares

La sucesión es uno de los temas más álgidos en las empresas familiares, tanto la sucesión del control como de la propiedad. La superposición entre control y propiedad amerita que para evitar conflictos la sucesión sea el resultado de un proceso ordenado y planificado, con la participación de todos los familiares, si es posible. Lo ideal es que todas las normas establecidas por la familia para regir sus relaciones con la empresa y la propiedad, sean asentadas en lo que se denomina Protocolo Familiar. En España el protocolo familiar está definido como:

> aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.[32]

Entendido de esta forma, las normas que establecen el arbitraje societario pueden considerarse un complemento o desarrollo de los mecanismos de solución de controversias establecidos en el protocolo familiar, aunque sean anteriores a éste. En efecto, el arbitraje societario puede ser establecido con antelación al protocolo familiar, y con mucho menos esfuerzo de negociación, pues en las empresas familiares donde el fundador conserve mayor participación accionaria podría hacer uso de ese peso para establecer, de conformidad con los estatutos, el arbitraje societario. De esta forma, puede proteger en mayor medida a la empresa familiar de los embates que causarían los conflictos sucesorales, especialmente si hay familiares que no quieran participar en el establecimiento de un protocolo familiar o cuando hay descendientes de diversas ramas familiares.

CONCLUSIONES

El arbitraje societario ha sido poco utilizado debido a la falta de formación de los abogados en esta materia, así como la falta de información por parte de los empresarios de las bondades que éste ofrece. Por eso se requiere continuar divulgando no solamente el arbitraje societario como tal, sino su aplicación ante distintas situaciones que pueden presentarse, como lo es la muerte de uno de los socios. Una confusión frecuente es creer que los socios que no han firmado el convenio de arbitraje no están obligados por éste, porque no dieron el consentimiento expreso. Como se explicó, si se trata de nuevos socios, al hacerse parte de la sociedad dan su consentimiento aceptando todos los estatutos, incluido el arbitraje societario. En el caso de los herederos de un socio, quedan obligados por las normas de derecho civil, específicamente por la presunción que quien contrata lo hace para sí y sus herederos. Es por esta razón que los acuerdos parasociales también obligan a los herederos de los firmantes.

La posibilidad de conflictos en una comunidad hereditaria puede ser mayor que en otro tipo de comunidades, ya que no surgió de la voluntad de los copartícipes y existen relaciones de parentesco que pueden arrastrar conflictos intersubjetivos subyacentes y verse proyectados en la comunidad. Especialmente cuando se trata de dar por terminada la comunidad, es decir, la partición

[32] Real Decreto 171/2007, (16 de marzo de 2007) por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/02/09/171

de la comunidad, se pueden presentar múltiples controversias, que si no hay acuerdo entre las partes, requerirá la intervención de un tercero para decidirla, bien podría ser un juez o un árbitro.

Cuando se trate de la partición de una comunidad que incluye bienes sujetos al arbitraje societarios, como consecuencia del acuerdo de arbitraje, sólo un árbitro podrá conocer esa partición. Posteriormente un juez podría conocer el procedimiento de partición de los demás bienes que integraban la comunidad, siendo una partición complementaria. O bien, por razones prácticas los herederos podrían decidir hacer una única partición, en un procedimiento arbitral, que englobe todos los bienes de la herencia.

Uno de los motivos más frecuentes de controversias en una partición de comunidad hereditaria, es el desacuerdo sobre el valor de los bienes, lo cual tiene importantes implicaciones en especial cuando el acervo hereditario está compuesto por bienes de distintos tipos. Para determinar el valor de las acciones de empresa se requiere la participación de expertos en el área y acceso a información confidencial corporativa de tipo financiero, de mercadeo, de estrategias, etc. Exponer toda esta información ante los tribunales ordinarios puede afectar gravemente a la sociedad y causar daños irreparables. A través del arbitraje societario se puede lograr un manejo más efectivo de esta situación, minimizando o evitando los daños.

Los procedimientos de partición de comunidad hereditaria pueden ameritar que se dicten medidas preventivas, las cuales, si involucran una sociedad mercantil, puede afectar su giro comercial y su posición de mercado. Con la existencia de un acuerdo de arbitraje, en virtud del efecto negativo que impide la intervención de la justicia ordinaria, toda medida cautelar tendría que ser dictada por un árbitro, con la ventaja que pueden analizarse con mayor detenimiento las consecuencias y no afectar a la empresa.

La intervención judicial no podrá evitarse si entre los herederos se encuentra un incapaz, por disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial, pues se requiere permiso del tribunal competente encargado de velar por sus intereses, para poder continuar con el procedimiento arbitral. El caso más frecuente se presenta cuando hay niños o adolescentes entre los herederos.

La desaparición física de un socio, no tiene que implicar la desaparición de la empresa. El arbitraje societario ha demostrado ser de gran utilidad para solucionar los conflictos intrasocietarios sin que se vea afectada gravemente la actividad de la empresa, en virtud de la celeridad, especialidad y confidencialidad que otorga en contraposición con la justicia ordinaria. Todas estas ventajas son aún mayores para una empresa familiar, que por su naturaleza son más proclives a los conflictos internos, por lo que, en combinación con otros medios de resolución de conflictos en una cláusula escalonada, permitiría desarrollar una mejor gestión empresarial para hacer frente a un hecho ineludible, como es la muerte.

BIBLIOGRAFÍA

Castagnino, Diego. 2021. Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* Nº 2.

Castagnino, Diego. 2022. El Acuerdo de Arbitraje Societario. *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* Nº 1 (junio): 84-109

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. 2019. *Memoria Arbitral III.* Venezuela: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje.

De Jesús, Alfredo. 2005. Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho venezolano. *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Venezuela: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Domínguez Guillén, María Candelaria. 2019. Manual de Derecho Sucesorio. Venezuela: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

Escovar León, Ramón. 1983. Notas sobre la partición hereditaria. *Separata de la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* N° 147 (enero – marzo)

Galindo Lucas, Alfonso. 2000. Fundamentos de Valoración de Empresas. España: Juan Carlos Martínez Coll.

López Herrera, Francisco. 2012. *Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.

Monteferrante, Patricia. 2006. Empresas familiares: ¿pulperías o empresas profesionales? *Debates IESA*, abril – junio.

Mejía Arnal, Luis. 2020. El juicio de partición, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* Nº 15: 305-37

Montes, Ángel Cristóbal. 1967. Consideraciones generales sobre la venta de la herencia. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* Nº 5: 59-100

Ojeda, Edwin y Susana Chu. 2013. Entender y fomentar el emprendimiento en empresas familiares. *Debates IESA*, enero – marzo.

Rodríguez Roblero, María. 2014. El arbitraje societario. Estudio de Derecho comparado entre España y Costa Rica. *Revista Judicial Corte Suprema de Justicia Costa Rica* Nº 111 (marzo): 15-44

Sánchez Gimeno, Sergio. 2018. Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* Nº 49: 104-14

Sojo, Raúl y Milagros Hernández. 2015. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Venezuela: Ediciones Paredes.

La función del Comisario Mercantil en el Régimen Legal Venezolano. Perspectiva y actualidad

Eduardo José Millano Villalobos*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 209-218

Resumen: El comisario mercantil constituye un elemento estructural y de importancia en el desarrollo y desenvolvimiento de la actividad jurídico-económica de la sociedad, llegando así a establecerse criterios normativos, para los competentes a desempeñar tal cargo, como lo son los economistas, administradores y contadores Públicos. En la presente investigación se tiene como finalidad, evaluar los criterios normativos que se ha establecido en las Federaciones en relación con la figura del comisario, e igualmente lo dispuesto en el código de comercio, con relación a su función y o facultades. Por tanto, se pretende realizar y analizar a través de una compilación normativa las funciones y desempeño del comisario mercantil. Esta investigación es de carácter jurídico de diseño documental.

Palabras claves: Comisario, función, régimen legal, sociedad mercantil.

The function of the commercial commissioner in the Venezuelan legal regime. Perspective and actuality

Abstract: *The commercial commissioner constitutes a structural and important element in the development and development of the economic legal activity of the company, thus establishing normative criteria, for those competent to carry out such a position, such as economists, administrators and public accountants. The purpose of this investigation is to evaluate the normative criteria that have been established in the Federations in relation to the figure of the commissioner, and also the provisions of the commercial code, in relation to their function and/or powers. Therefore, it is intended to carry out and analyze through a normative compilation the functions and performance of the commercial commissioner. This investigation is of a legal nature of documentary design.*

Keywords*: Commissioner, function, legal regime, commercial society.*

Recibido: 21/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* Abogado, Lcdo. en Contaduría Pública. Profesor de la Universidad del Zulia (LUZ), en las Cátedras Derecho Tributario, Fundamentos de Economía y Finanzas Públicas y Práctica Civil-Mercantil. Asesor de la Universidad Nacional Abierta (UNA). Asesor de Diversos entes y órganos de la Administración pública del Estado Zulia. Miembro de Número de la Academia de la Ciencias Contables del Estado Zulia y del Comité de Historia de la Contabilidad del Colegio de Contadores Públicos del Estado Zulia. Email: eduardojmv20@gmail.com Instagram: Eduardomillanov. Twitter: Eduardomillano

La función del Comisario Mercantil en el Régimen Legal Venezolano. Perspectiva y actualidad

Eduardo José Millano Villalobos*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 209-218

SUMARIO:

1. La institución mercantil del Comisario. Breve Reseña Histórica. 2. Del Comisario Mercantil y su función. 3. Requisitos para el Nombramiento del comisario Mercantil en Venezuela. 4. Referencia del Código de Comercio en relación con el Comisario Mercantil. 5. Breves consideraciones en relación con la responsabilidad del Comisario. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. La institución mercantil del Comisario Breve Reseña Histórica

El Comisario surge por primera vez en la legislación mercantil venezolana en el Código de Comercio el 20 de febrero de 1873, que deroga el de agosto de 1862, durante la presidencia del General Antonio Guzmán Blanco. Las disposiciones que sobre el Comisario establece el Código de Comercio vigente, desde el 26 de julio de 1955, aparecen contenidas en 21 artículos referidos a su designación, funciones, derechos, deberes y obligaciones. No contempla el Código de Comercio prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades; menos aún requisitos de responsabilidad e idoneidad; así sus funciones, en consecuencia, podían ser ejercidas por cualquier persona sin distinción de naturaleza alguna.

Con intención de cubrir ese inmenso vacío dejado por los legisladores de aquella época, el anteproyecto de Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, introducido al Congreso Nacional por la Federación de Contadores Públicos y Administradores Comerciales de Venezuela el 17 de mayo de 1968, contemplaba que las funciones de Comisario, en los términos preceptuados en el Código de Comercio, debían ser ejercidas únicamente por Contadores Públicos. No obstante, el perseverante esfuerzo ejercido por el citado gremio durante los cinco años de permanentes gestiones ante el Congreso Nacional, el literal g) del artículo 7 de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, promulgada el 27 de septiembre de 1973, quedó en definitiva redactado así[1]:

> *"Para certificar el informe del Comisario de las sociedades de capital, exigido por el artículo 311 del Código de Comercio, cuando así sea solicitado por un número de accionistas que represente, por lo menos, la quinta parte del capital social. Cuando la*

* Abogado, Lcdo. en Contaduría Pública. Profesor de la Universidad del Zulia (LUZ), en las Cátedras Derecho Tributario, Fundamentos de Economía y Finanzas Públicas y Práctica Civil-Mercantil. Asesor de la Universidad Nacional Abierta (UNA). Asesor de Diversos entes y órganos de la Administración pública del Estado Zulia. Miembro de Número de la Academia de la Ciencias Contables del Estado Zulia y del Comité de Historia de la Contabilidad del Colegio de Contadores Públicos del Estado Zulia. Email: eduardojmv20@gmail.com Instagram: Eduardomillanov. Twitter: Eduardomillano

[1] Normas interprofesionales para la función del comisario. Tomado de https://www.ccpdistritocapital.org.ve/uploads/descargas/04916fb844bc3c7dabdaab870185b249234d942b.pdf

sociedad sea de la naturaleza de la prevista en los artículos 56, 62 y 70 de la Ley de Mercado de Capitales, la certificación del Informe del Comisario por un contador público será obligatoria".

En virtud de esta disposición, los legisladores de 1973 negaban al gremio de Contadores Públicos el ejercicio exclusivo de la función de Comisario, limitando éste únicamente a la certificación de su informe, bajo determinadas circunstancias Posteriormente, luego de una inconmensurable actividad gremial efectuada por los Licenciados en Administración de Venezuela, el Soberano Congreso de la República promulga la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración, publicada en la Gaceta Oficial 3004 Extraordinaria, el jueves 26 de agosto de 1982.

El artículo 8 de la precitada Ley establece:

"Los servicios profesionales de Licenciado en Administración serán requeridos en todos aquellos casos en que Leyes Especiales lo exijan y en los que se indican a continuación: … n) Para actuar como Comisario de todas las personas jurídicas, estén o no obligadas a la presentación de Declaración de Rentas ante la Administración General de Impuesto Sobre la Renta, sin perjuicio de que este cargo pueda ser ejercido por los profesionales de la Economía y de la Contaduría Pública"…

Ante aquella nueva realidad, luego de un arduo trabajo intergremial de cinco años, afrontando y superando impredecibles limitaciones y dificultades, en fecha 27 de mayo de 1987, las Federaciones de Colegios de Licenciados en Administración, de Economistas y de Contadores Públicos de Venezuela, en uso de las facultades legales establecidas en sus respectivas leyes de ejercicio.

2. Del Comisario Mercantil y su función

Diversidad de autores, tratadista del derecho mercantil se han pronunciado sobre esta figura considerándolo como un "Órgano" de control de la compañía y como "funcionarios" de la misma.

El Órgano de control de la compañía anónima lo constituye el comisario, generalmente integrado por uno y su suplente. Su finalidad es la de vigilar permanentemente la gestión social con independencia, pero mediante la interrelación con los otros órganos de la compañía y orientado por la defensa de los intereses de la sociedad[2].

La función del comisario mercantil es amplia, completa y diversa. La actividad comercial es llevada por los administradores, y que la misma el legislador ha decidido que lleve un control "ilimitado" por parte de un tercero externo de la sociedad, el cual va desde revisar la correspondencia hasta emitir una opinión sobre los estados financieros de la sociedad.

La contabilidad mercantil es una institución contable el cual amerita ser llevada por expertos en la materia, y su producto final como lo son los estados financieros conocido por nuestro

[2] Barbosa, Ely. Derecho Mercantil. Manual teórico-práctico. Mcgraw-hill. Caracas Venezuela. 1998.

código de comercio como (Balance) debe ser analizado por el comisario mercantil y fijar opinión al respecto que será vinculante para la asamblea de accionistas.

Por su parte Valeri[3]; establece que "Los comisarios son los funcionarios de la sociedad que velan por la recta y legal gestión de los administradores". Así mismo el autor destaca que los comisarios tienen, entre sus funciones específicas, revisar los estados financieros: balances, el estado de ganancias y pérdida, el inventario y hacer el análisis de la gestión de los administradores, de las observaciones y recomendaciones, elaborar y presentar el informe correspondiente (art 305 c.com). copia de este informe y de los estados financieros, quedará en las oficinas de la sociedad a disposición de los accionistas durante el lapso de quince días por lo menos precedentes a la fecha de celebración de la Asamblea que deberá discutirlo, para su información y revisión y a los efectos de sus planteamientos en la respectiva asamblea (art 306 c.com)

De acuerdo con las normas interprofesionales para el ejercicio de la función de comisario (2011), aprobada por las Federaciones de colegios de Administradores, Contadores Públicos y Economistas en su articulado establecen lo siguiente:

Artículo 4. Son funciones del Comisario, de conformidad con las disposiciones establecidas en el Código de Comercio, las siguientes:

1. De inspección y vigilancia sobre:

a) La gestión administrativa de la sociedad.

b) Las operaciones económicas y financieras de la sociedad.

c) El cumplimiento por parte de los administradores de la sociedad de los deberes que les impone la Ley, el documento constitutivo y los estatutos.

2. Ejercer las acciones de responsabilidad por el incumplimiento de las atribuciones de los administradores de la sociedad.

3. Actuar como órgano receptor de las denuncias de los accionistas o socios, sobre los hechos u omisiones de los administradores que pudieren haber ocasionado daños al patrimonio de la sociedad o que crean censurables.

4. Actuar como órgano especial con facultades para convocar asambleas.

5. De carácter informativo:

a) Asistir a las asambleas generales de accionistas o de socios, ordinarias o extraordinarias con derecho a voz.

b) Presentar su informe anual a la asamblea de accionistas o de socios.

Así mismo establece en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7. El Comisario en el ejercicio de sus funciones:

1. Evaluará la gestión administrativa.

2. Examinará las operaciones económicas y financieras.

3. Verificará el cumplimiento por parte de los administradores de los deberes que les asignan el documento constitutivo, los estatutos y el ordenamiento jurídico vigente.

4. Determinará si existen votos salvados u observaciones en las actas de junta directiva, por parte de los administradores relacionados con cualquier negociación que pudiere lesionar el patrimonio de la sociedad.

5. Procesará las denuncias que reciba de los accionistas o de socios.

[3] Valeri, Paul. Curso de Derecho Mercantil, editorial Álvaro Nora. Caracas Venezuela. 2012.

3. Requisitos para el Nombramiento del comisario Mercantil en Venezuela

De acuerdo los aportes presentados por Buitrago[4] expresa que; para designar al licenciado en Contaduría, al licenciado en Administración o al Economista como comisario Mercantil dentro de un ente societario, se requiere que dicho nombramiento conste en acta de asamblea. Esta acta de asamblea de accionista, dependerá si la sociedad mercantil está en proceso de constitución o, si ya está constituida.

En el primero caso, se designará nombramiento del comisario, en el acta de asamblea fundacional o constitutiva, y en el segundo caso, será en el acta de asamblea general de accionistas. Al respecto, el literal "g" del Artículo 7 de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública (1973) y de manera más explícita el literal "n" del Artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración (1982) establecen la exigencia de la profesionalidad; vale decir, del servicio profesional del Contador Público, del licenciado en Administración o del Economista.

Por su parte las Normas interprofesionales arriba mencionada establecen lo siguiente en sus articulados:

Artículo 2. Para ejercer la función de Comisario, a que se refieren los artículos 275, 287 y 327 del Código de Comercio, se requiere ser Licenciado en Administración, Economista o Contador Público, de conformidad con lo dispuesto en el literal n) del artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración.

Artículo 3. Los profesionales a que se refiere el artículo 2 de estas Normas, deberán estar inscritos y ser miembros activos y solventes de sus respectivos colegios o delegaciones, a cuyos efectos estas instituciones expedirán certificados o constancias que acrediten tal condición. Estos certificados o constancias se anexarán en original y sin enmiendas, a la documentación que los administradores de las sociedades presenten al registro mercantil correspondiente, en la oportunidad cuando se designen los Comisarios.

Es así entonces como se encuentran autorizados de acuerdo a la normativa correspondiente los profesionales arriba mencionados, sin embargo, el catedrático mercantilista Alfredo Morles Hernández en su obra escrita *"Curso de Derecho Mercantil, tomo II-B: Las Sociedades Mercantiles",* hace mención en una propuesta que presenta sobre la "La figura del comisario Mercantil en el Anteproyecto de ley de Sociedades Mercantiles" y afirma que:

> *"…los comisarios deberán ser preferiblemente abogados. En su lugar, podrán también ser designados economistas, administradores comerciales o contadores públicos."*[5]

---

[4] Buitrago, Mariana. Responsabilidad civil, penal y tributaria de la función ejercida por el comisario en la legislación venezolana. Visión Gerencial, núm. 2, pp. 263-273. Universidad de los Andes. 2019. Revisado en https://www.redalyc.org/journal/4655/465566915010/html/#:~:text=RESPONSABILIDAD%20CIVIL%2C%20PENAL%20Y%20TRIBUTARIA,COMISARIO%20EN%20LA%20LEGISLACI%C3%93N%20VENEZOLANA&text=Resumen%3A%20La%20funci%C3%B3n%20del%20Comisario,interna%20de%20los%20entes%20societarios.

[5] Alfredo Morles Hernández en su obra escrita *"Curso de Derecho Mercantil, tomo II-B: Las Sociedades Mercantiles",* 2010; p.1558.

Este aporte del doctor Morles deber ser considerada y analizada, sin embargo, es menester acotar que la función del comisario amerita un conocimiento técnico numérico, ya que se desenvuelve en el analizar los hechos contables, los cuales en su mayoría están reflejados en documentos administrativos y contables propiamente dicho.

4. Referencia del Código de Comercio en relación con el comisario mercantil

Diversidad de artículos hacen referencia la institución del comisario, y consideramos pertinente realizar un compilado del mismo, señalando y analizando su relevancia para la función y desenvolvimiento de esta figura, permitiendo al lector y al referente documentarse y de ejercer mencionada función poderla desarrollar adecuadamente con la información normativa del mismo.

Se hace mención:

Artículo 213° El documento constitutivo y los estatutos de las sociedades en comandita por acciones deberán expresar:
Numeral 9.- El número de Comisarios.

Sobre el nombramiento y carácter inclusive a través de Juez.

Artículo 253° Enterada en caja la parte del capital social necesario para la constitución de la compañía, los promotores deben convocar a los accionistas a Asamblea General, la cual:
Numeral 4.- Nombrar los comisario.

Artículo 265° Cada seis meses formarán los administradores un estado sumario de la situación activa y pasiva de la compañía y lo pondrán a disposición de los comisarios.

Artículo 268° La responsabilidad de los administradores por actos u omisiones no se extiende a aquellos que estando exentos de culpa hayan hecho constar en el acta respectiva su no conformidad, dando noticia inmediata a los comisarios.

Artículo 275° La asamblea ordinaria:
Numeral 3: Nombra los Comisarios.

No puede representar accionistas en asamblea

Artículo 285° Ni los administradores, ni los comisarios, ni los gerentes, pueden ser mandatarios de otros accionistas en la asamblea general.

Del nombramiento.

Artículo 287° La asamblea ordinaria nombrará uno o más comisarios, socios o no, para que informen a la asamblea del siguiente año sobre la situación de la sociedad, sobre el balance y sobre las cuentas que ha de presentar la administración. La deliberación sobre la aprobación del balance y las cuentas será nula, si no ha sido precedida del informe de los comisarios. Si la asamblea no nombrare comisarios, en los casos de impedimento o no aceptación de alguno o algunos de los

nombrados, cualquier interesado puede ocurrir al Juez de comercio del domicilio de la sociedad, el que nombrará con anuencia de los administradores, los comisarios que falten.

Denuncias contra el comisario y nombrado por juez.

Artículo 291° Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden. El Tribunal, si encontrare comprobada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea, podrá ordenar, luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, a costa de los reclamantes, uno o más comisarios, y determinando la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias. El informe de los comisarios se consignará en la Secretaría del Tribunal. Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el procedimiento. En caso contrario, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea. Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un solo efecto.

Del balance

Artículo 304° Los administradores presentarán a los comisarios, con un mes de antelación por lo menos el día fijado para la asamblea que ha de discutirlo, el balance respectivo con los documentos justificativos, y en él se indicará claramente:

1º El capital social realmente existente.

2º Las entregas efectuadas y las demoradas.

El balance demostrará con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas, fijando las partidas del acervo social por el valor que realmente tengan o se les presuma. A los créditos incobrables no se les dará valor.

Artículo 305° Los comisarios presentarán un informe que explique los resultados del examen del balance y de la administración, las observaciones que éste les sugiera y las proposiciones que estimen convenientes, respecto a su aprobación y demás asuntos conexos.

Artículo 306° Una copia del balance quedará depositada junto con el informe de los comisarios, en las oficinas de la compañía durante los quince días precedentes a la reunión de la asamblea, y hasta que esté aprobado.

Todo el que acredite su calidad de socio, tendrá derecho a examinar ambos documentos.

Artículo 308° Dentro de los diez días siguientes a la aprobación del balance, presentarán los administradores una copia de él y del informe de los comisarios, al Juez de Comercio, que lo mandará agregar al respectivo expediente.

Funciones ilimitada de inspección.

Artículo 309° Los comisarios nombrados conforme a lo dispuesto en el artículo 287 tienen un derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad. Pueden examinar los libros, la correspondencia y, en general, todos los documentos de la compañía.

Artículo 310° La acción contra los administradores por hechos que sean responsables compete a la asamblea, que la ejerce por medio de los comisarios o de personas que nombre especialmente al efecto. Todo accionista tiene, sin embargo, el derecho de denunciar a los comisarios los hechos de los administradores que crea censurables, y los comisarios deben hacer constar que han recibido la denuncia, en su informe a la asamblea. Cuando la denuncia sea hecha por un número de socios que represente por lo menos la décima parte del capital social, deben los comisarios informar sobre los hechos denunciados. La representación del décimo se comprueba con el depósito de las acciones por los mismos comisarios, u otra persona notoriamente abonada a juicio de los comisarios. Las acciones permanecerán depositadas hasta que se haya verificado la próxima asamblea. Si los comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de los accionistas que representan el décimo del capital social, deben convocar inmediatamente a una asamblea que decidirá siempre sobre el reclamo.

Artículo 311° Los comisarios deberán:
1º Revisar los balances y emitir su informe.
2º Asistir a las asambleas.
3º 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, la escritura y los estatutos de la Compañía.

Como se puede observar luego de esta recopilación documental, de pertinencia y validez investigativa, se observa que existe un soporte normativo que permite el desarrollo del comisario como institución jurídica reconocida por el Estado y desarrollada por nuestro ordenamiento jurídico, y que amerita su estudio, dedicación y entrega.

De igual forma se puede observar los elementos estructurales y el poder ilimitado que tiene en la sociedad, lo cual amerita conocer sobre la actividad económica de la sociedad mercantil, su estructura, sus elementos administrativos como organigrama, manuales, operaciones cotidianas, operatividad, personal, entre otros para poder así tener una visión amplia y correcta a la hora de fijar opinión sobre sus estados financieros.

5. Breves consideraciones en relación con la responsabilidad del comisario

No es motivo de esta investigación extender el criterio legal y doctrinal en relación con la responsabilidad, solo establecer sus funciones y la importancia del mismo, más sin embargo se consideró pertinente reflejar los aportes realizado por Buitrago[6] titulado "*Responsabilidad civil,*

[6] Buitrago, Mariana. Responsabilidad civil, penal y tributaria de la función ejercida por el comisario en la legislación venezolana. Visión Gerencial, núm. 2, pp. 263-273. Universidad de los Andes. 2019. Revisado en https://www.redalyc.org/journal/4655/465566915010/html/#:~:text=RESPONSABILIDAD%20CIVIL%2C%20PENAL%20Y%20TRIBUTARIA,COMISARIO%20EN%20LA%20LEGISLACI%C3%93N%20VENEZOLANA&text=Resumen%3A%20La%20funci%C3%B3n%20del%20Comisario,interna%20de%20los%20entes%20societarios

penal y tributaria de la función ejercida por el comisario en la legislación venezolana", el cual señala lo siguiente:

> *"En referencia a la responsabilidad extra mercantil, se puntualizó que el Comisario mercantil tiene la obligación de resarcir el daño causado y los perjuicios inferidos al ente societario por haber incumplido sus funciones. La acción por esta responsabilidad civil, puede ejercerla por antonomasia cualquiera de los accionistas de la empresa sin importar su participación accionaria. Ello, gracias al criterio jurisprudencial del año 2015 emanado de la Sala Constitucional del máximo tribunal de la República, que modifica el contenido del primer aparte del Artículo 291 del Código de Comercio.*
> *También se precisó que la responsabilidad penal del Comisario mercantil, debe ser estudiada, analizada y aplicada dependiendo del contexto normativo que disponga la tipificación de la conducta antijurídica y la aplicación de la pena.*
> *Así pues, se coligió que el Código Penal venezolano (2005), no contempla de manera expresa responsabilidad para la figura del Comisario mercantil. Sin embargo, si éste en el ejercicio de sus funciones, incurre en una acción dolosa o culposa, como por ejemplo revelar o difundir información del ente societario, esa acción, hace nacer la responsabilidad penal, que proclama una sanción personalísima a través de la pena privativa de libertad del Comisario mercantil. Esta acción puede enervarla desde el año 2015, cualquiera de los accionistas de la empresa sin importar el monto de su capital social, por las razones explicadas supra.*
> *De la misma manera se precisó que en la Ley Contra la Corrupción, se dispone de manera expresa, responsabilidad personal y penal para el Comisario mercantil, que incurra en los supuestos del Artículo 77 ejusdem. Contrariamente se infirió que el Comisario no tiene responsabilidad penal tributaria, por no concebirse de manera expresa tal acción en el Código Orgánico Tributario."*

CONCLUSIONES

Realizado el estudio y recorrido normativo de esta institución de control, pudimos entonces recopilar de manera documental y demostrar la importancia, funciones y elementos sustanciales del comisario mercantil, llegando entonces la conclusión de que amerita ser valorado aún más, y establecer una remuneración adecuada. De igual manera establecer un criterio de conocimiento por parte de la sociedad de su existencia y obligatoriedad, no desplazando sus funciones o preponderancia.

Parece increíble, pero la labor del Comisario mercantil en Venezuela presenta la dificultad de ser poco meritoria; en efecto, la doctrina venezolana declara este menosprecio como una censura o reprimenda de los administradores de entes societarios que no admiten una verdadera vigilancia, supervisión y fiscalización en sus operaciones. Es decir, los administradores de las sociedades mercantiles objetan en la práctica la función del Comisario, su "*autoridad y competencia, la cual no debe quedar en su aspecto formal o de apariencia*"[7].

[7] Trujillo, 1995, p.129 citado por Buitrago.

BIBLIOGRAFÍA

Barbosa, Ely. Derecho Mercantil. Manual teórico-práctico. Mcgraw-hill. Caracas Venezuela. 1998.

Buitrago, Mariana. Responsabilidad civil, penal y tributaria de la función ejercida por el comisario en la legislación venezolana. Visión Gerencial, núm. 2, pp. 263-273. Universidad de los Andes. 2019. Revisado en https://www.redalyc.org/journal/4655/465566915010/html/#:~:text=RESPONSABILIDAD%20CIVIL%2C%20PENAL%20Y%20TRIBUTARIA,COMISARIO%20EN%20LA%20LEGISLACI%C3%93N%20VENEZOLANA&text=Resumen%3A%20La%20funci%C3%B3n%20del%20Comisario,interna%20de%20los%20entes%20societarios.

Congreso Nacional. Código de Comercio Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

Morles, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Las sociedades Mercantiles. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas Venezuela. 2010.

Blockchain como estrategia de Derecho Societario

Rodrigo A. Quintero Bencomo*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 220-235

Resumen: La irrupción de la tecnología blockchain en el Derecho de Sociedades representa un prisma de cambio orientado a la mejoría de la actividad empresarial. En la presente investigación, nos comprometimos a demostrar las oportunidades en la utilización del blockchain como estrategia de Derecho Societario. Se observa que blockchain produce consecuencias en el ámbito de la optimización del patrimonio societario y escrutinio accionario como estrategias de buen gobierno corporativo. También, se opina que blockchain sería una herramienta útil en compliance, siempre que se asignen nodos a reguladores bajo limitaciones. Finalmente, se concluye que, mientras las *Initial Coin Offerings* finalizan en pérdida del valor de inversionistas, las *Security Token Offerings* y crowdfunding son medios fiables y efectivos de financiamiento con blockchain.

Palabras claves: Blockchain, buen gobierno corporativo, compliance, financiamiento.

Blockchain as a Corporate Law strategy

Abstract: *The irruption of blockchain technology in Corporate Law represents a prism of change oriented to the improvement of business activity. In this research, we committed to show the opportunities in the utilization of blockchain as a Corporate Law strategy. We have observed that blockchain produces consequences as far as the enhancement of the corporate estate and shareholders' monitoring as strategies of good corporate governance. We also opine that blockchain would make an useful tool in compliance, provided that nodes are assigned to regulators under limitations. Finally, it is concluded that, whereas Initial Coin Offerings end up destroying investors' value, Security Token Offerings and crowdfunding are reliable and effective means of equity financing with blockchain.*

Keywords: *Blockchain, good corporate governance, compliance, equity financing.*

Recibido: 21/11/2022
Aprobado: 30/11/2022

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

Blockchain como estrategia de Derecho Societario

Rodrigo A. Quintero Bencomo*
RVDM, Nro. 9, 2022, pp- 220-235

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- Blockchain como estrategia de buen gobierno corporativo. 1.1.- Blockchain como plataforma de eficiente votación asamblearia. 1.2- Organización del patrimonio societario: facilitación de transferibilidad de acciones e identificación de accionistas. 1.3.- Optimización del escrutinio sobre la administración societaria financiera y activismo accionario. 1.4.- Identificación y prevención de operaciones vinculadas. 2.- Blockchain como estrategia de corporate compliance o cumplimiento corporativo. 2.1.- Blockchain como plataforma de supervisión para reguladores. 3.- Blockchain como estrategia de equity financing/funding o financiamiento empresarial. 3.1.- Blockchain para obtener financiamiento: Initial Coin Offerings (ICOs), Security Token Offerings (STO), y crowdfunding o financiamiento colaborativo. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La irrupción de la tecnología blockchain en el Derecho de Sociedades en cuanto tecnología de organización de transacciones y estructuración de datos e información[1] representa un prisma de cambio orientado a la optimización de la actividad empresarial desde diferentes perspectivas y que se proyecta como una oportunidad cuyo debido aprovechamiento, aunque ciertamente lejos de infalible, promete importantes réditos como estrategia de aproximación para elementos fundamentales de la concepción de sociedad mercantil moderna.

Los estudios iniciales sobre blockchain, como observa Akgiray, centraron la concepción de esta tecnología alrededor de "la presencia de una criptomoneda como Bitcoin". Sin embargo, las criptomonedas son solo una de las diversas manifestaciones de blockchain y su esencia yace en consistir en un método de procesamiento de información con independencia a su dimensión como plataforma de criptomonedas[2]. En efecto, en un sentido amplio, blockchain consiste en un conjunto de tecnologías que permiten una óptima y organizada estructuración y proceso de información y el almacenamiento y transferibilidad de distintas criptomonedas de una forma descentralizada y

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

[1] Delgado de Molina Rius, Alfonso. 2020. «Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 31-60. Valencia: Tirant Lo Blanch.

[2] Akgiray, Vedat.. 2019. «The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance». *OECD Corporate Governance Working Papers* 21: 1-33.

segura, que resulta de la combinación de criptografía, *smart contracts*, redes *peer-to-peer*, protocolos de consentimiento, y diseños de *distributed ledger technologies* (DLTs) [3].

Ahora bien, tras la reticencia inicial característica de la recepción inicial de tecnologías largamente desconocidas en distintos ordenamientos jurídicos[4], existe en la actualidad una marcada tendencia de regular blockchain, especialmente, y como es entendible, en su dimensión de plataforma de criptomonedas[5]. Sin embargo, también a esta investigación le merecen especial atención aquellas legislaciones que han codificado una regulación de blockchain para distintos propósitos societarios, tales como jurisdicciones estadounidenses y especialmente la del Estado de Delaware[6] y, en Latinoamérica, tras una exitosa iniciativa del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Ecuador[7]. A ambas y otras deferiremos atención debida en esta investigación.

Así, siguiendo a Song, los recientes experimentos legislativos, ambiciosos en muchos respectos, es "quizá la señal más clara de que la tecnología blockchain es más que una moda recurrente"[8], y legisladores societarios optan por dar fin a la condición "*alegal*" (sic) que De Filippi, Primavera, Mannan, Morshed y Reijers, Wessel observaran como respuesta inicial del Derecho de Sociedades respecto al blockchain[9].

En ese sentido, nos atrevemos a decir, siguiendo los ejemplos antes mencionados, que los legisladores societarios actuales, en la búsqueda de la balanza entre las oportunidades y riesgos de

---

[3] Para reforzar tales conceptos de extrema importancia, referimos al lector a Delgado de Molina Rius, Ob. Cit., 1, p. 40.

[4] La cual, vale decir, Akgiray atribuye a la ignorancia, citando a un estudio de HSBC del año 2017 que observó que "el 80% de aquellos que han escuchado 'blockchain' no tienen un entendimiento claro de lo que significa". Akgiray, Ob. Cit. 2, p. 6. Incluso en estudios recientes como el de De Filippi, Mannan y Reijers continúan observando a la tecnología blockchain como una situación "*alegal*" (sic), en el sentido de que "todavía se resiste a la regulación" y "se sitúa más allá de los límites de los órdenes legales existentes", y en muchas situaciones con bastante razón, puesto que la inexistencia de legislación regulatoria de la misma es interpretada como una prohibición. De Filippi, Primavera, Mannan, Morshed y Reijers, Wessel. 2022. «The alegality of blockchain technology». *Oxford Policy and Society* 41, n°3: 358-372.

[5] Véase, por ejemplo, la *Martes in Crypto-Assets Regulation* (MiCA), propuesta y promovida por la Comisión Europea en el año 2020 para la regulación de criptoactivos, especialmente su transferibilidad entre agentes del mercado.

[6] En el Estado de Delaware, la *Delaware General Corporation Law* (DGCL), al decir de Song, "fue modificada para permitir expresamente a compañías de Delaware para usar "*distributed electronic networks or databases*", es decir, blockchains, para crear y mantener registros corporativos". En este caso, la apuesta de Delaware fue ofrecer una alternativa de registros societarios a compañías de ese Estado distinta a los conocidos y burocráticos libros societarios y, en aquel Estado, ahorrar a las compañías *e-filings* o consignación electrónica de documentos a la Secretaría de Estado para efectos regulatorios. Véase Song, Wonnie. 2017. «Bullish on Blockchain: Examining Delaware's Approach to Distributed Ledger Technology in Corporate Governance Law and Beyond». *Harvard Business Law Review* 8: 9-20.

[7] Relata Noboa Velasco que la reforma societaria en Ecuador producida en el año 2020 con la Ley de Modernización a la Ley de Compañías "(…) permite la utilización de medios electrónicos, incluyendo la tecnología *blockchain*, para la estructuración de los libros sociales y asientos contables" y, además, "autoriza la tokenización de acciones emitidas por una sociedad anónima o por una sociedad por acciones simplificadas". Indudablemente, se trata de una ambiciosa reforma en la misma línea de Delaware, y posiblemente el primer experimento legislativo con blockchain a efectos de mantenimiento de registros societarios en Latinoamérica. Véase, Noboa Velasco, Paúl. 2022. «La implementación del *blockchain* en procesos societarios en Ecuador». USFQ Law Review: Vol. IX, n°1: 39-58.

[8] Song, Wonnie. 2017. «Bullish on Blockchain: Examining Delaware's Approach to Distributed Ledger Technology in Corporate Governance Law and Beyond». *Harvard Business Law Review* 8: 9-20.

[9] De Filippi, Primavera, Mannan, Morshed y Reijers, Wessel. 2022. «The alegality of blockchain technology». *Oxford Policy and Society* 41, n°3: 358-372.

blockchain, tienen la oportunidad de convertir a la tecnología blockchain como una auténtica estrategia de Derecho Societario orientada a atemperar su rigidez innata –o, por lo menos, modernizar la imperatividad sustantiva- y a fomentar procesos societarios menos burocráticos y costosos a la par que lograr hacerlos más efectivos y eficientes.

Así, en la presente investigación, nos hemos propuesto demostrar las oportunidades existentes en la utilización del blockchain como estrategia de Derecho Societario desde tres perspectivas: como estrategia de buen gobierno corporativo, como estrategia de *corporate compliance* o cumplimiento normativo, y como estrategia de *equity financing/funding* o financiamiento empresarial. El acometido de esta investigación, así, comprenderá las oportunidades presentes en la utilización de blockchain para asuntos societarios fundamentales atinentes a dirección y control de compañías, cumplimiento de regulaciones, y levantamiento de capital, desde la perspectiva de accionistas y administradores.

1. Blockchain como estrategia de buen gobierno corporativo

Por gobierno corporativo entendemos la tradicional definición del Reporte Cadbury: "gobierno corporativo es el sistema por el cual las compañías son dirigidas y controladas"[10]. Comprendiendo tanto la gestión societaria como el control sobre tal administración, hemos identificado cinco áreas de oportunidad para la aplicación de blockchain como estrategia de buen gobierno corporativo: como plataforma eficiente de votación asamblearia y para organización del patrimonio social (ambas pertinentes a la administración societaria), y para la optimización del escrutinio sobre la gestión social, identificación de transacciones vinculadas y como –posible- herramienta de responsabilidad de los directores (atinentes al control sobre la administración)[11].

1.1. Blockchain como plataforma de eficiente votación asamblearia

Sobre las juntas o asambleas de accionistas suelen recaer las decisiones claves que marcarán el destino de la sociedad, por lo cual garantizar el reflejo adecuado de la voluntad accionaria es fundamental para la continuidad de la compañía.

La prenombrada necesidad se acentúa toda vez que la situación accionaria de compañías tiende a complejizarse por la concurrencia de múltiples tipos de accionistas e inversionistas (inversionistas individuales, inversionistas institucionales, grupos empresariales, etc.), las relaciones entre los accionistas (p. ej., pactos parasociales, accionistas controlantes, etc.) e incluso el nivel de compromiso de votantes *proxy*, agentes intermediarios o subrogados en la posición de accionistas a los solos efectos del voto. Factores adicionales como las disposiciones estatutarias en cuanto a los tipos y números de voto por acción concurren en la referida complejización de la

[10] The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance. 1992. Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance. London: Gee and Co. Ltd.

[11] No comprendido en la presente investigación una concepción problemática que cierto sector de la doctrina ha denominado "*blockchain governance*", o "gobernanza por blockchain", noción asociada a las *Decentralized autonomous organization* (Organización autónoma descentralizada) (DAO, por sus siglas en inglés). Sin embargo, es preciso referir al lector a bibliografía de interés en esta materia, sobre todo por los problemas asociados a la imposibilidad de que el código de una DAO "anticipe todos los problemas que surgirán", al decir de Rodrigues. Véase Rodrigues, Usha. 2018. «Law and the Blockchain». *Iowa Law Review* 679: 1-66.

situación accionaria de compañías y, en consecuencia, de las votaciones y sus costos, medios, entre otros, como indican Lafarre y Van der Elst[12].

Dada la complejidad accionarial de las compañías, consideramos que la tecnología blockchain como plataforma de votación en juntas de accionistas redundaría en considerables ventajas que se traducirían en una mejor, más correcta y menos burocratizada expresión de las decisiones de los socios por distintas razones.

En primer lugar, la facilidad del proceso de creación de bloques en el *ledger*, el cual, en palabras de Delgado de Molina Rius "(…) comienza enviando una transacción a uno de los nodos de la red"[13], provee para una votación más sencilla y, en consecuencia, permite la prescindencia de los agentes intermediarios, los cuales no quedan exentos de problemas de agencia y pueden obrar en su propio interés y en ignorancia de aquellos de quienes representan.

Adicionalmente, aún en el escenario en el cual se deseen preservar los agentes intermediarios o *proxy*, los accionistas podrán rastrear los *hashes*[14] y a partir de ellos determinar si el intermediario ha cumplido su función. Asimismo, como observan Laferre y Van der Elst, "blockchains pueden proveer a los accionistas con conformación *end-to-end* sobre que sus votos fueron sin duda emitidos como se quería"[15], lo cual permite una seria y efectiva auditoría de la votación.

En ese mismo sentido, la tecnología blockchain también permite una efectiva identificación de los votos válidamente ejercidos y de los socios votantes en tanto satisfaga los protocolos de identificación y los requerimientos estatutarios de la votación. En efecto, en la propia red o cadena de bloques se registra tanto el voto y su contenido como la titularidad del accionista votante, y ulteriormente se le asigna un *hash* único por medio del cual ambos prenombrados elementos resultan determinados[16]. Así, siguiendo a Noboa Velasco, "la tecnología *blockchain* permite la

[12] Lafarre, Anne y Van der Elst, Christoph. 2018. «Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism». *Law Working Paper* 390: 1-26. Lafarre y Van der Elst, en ese sentido, también observan que "la función decisoria también son defectuosas en la práctica" puesto que "accionistas pequeños tienen incentivos bajos para comprometerse con las decisiones pues los costos de votación son generalmente más altos que los beneficios" (p. 9). Este problema fue generalmente atendido con la celebración de juntas o asambleas de accionistas con la posibilidad de votos remotos, pero el tema permanece abierto a sustanciales mejoras.

[13] Delgado de Molina Rius, Ob. Cit., 1, p. 41.

[14] El *hash*, siguiendo a Delgado de Molina, es una huella digital consistente en caracteres finitos dependientes de los datos de la cadena de bloques y que permiten la detección de cambios realizados en la transacción produciendo un "desalineamiento" en la cadena de bloques. De allí que, si se produce una alteración en la función criptográfica se notificará a los nodos de la tecnología blockchain. Delgado de Molina Rius, Ob. Cit., 1, p. 40-42.

[15] Lafarre, Anne y Van der Elst, Christoph. 2020. «Shareholder voice in complex intermediated proxy systems: blockchain technology as a solution?». *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*: 4.1: 29-52.

[16] Pese a que en legislaciones como la *Delaware General Corporation Law* se contempla a la tecnología blockchain únicamente como una plataforma de, entre otros, registros de información clave que por supuesto incluyen las votaciones, en Europa el panorama es distinto. Relata Möslein que, bajo la *EU Shareholder Rights Directive* se requiere que "(…) el ejercicio de los derechos de los accionistas, tal como votar (…) requiere la identificación clara del respectivo derechohabiente". Esta es una tendencia que se repite en un amplio número de legislaciones a nivel mundial. Véase, por ejemplo, Sección 67d(1) de la *German Stock Corporation Act* (por su identificación en alemán, AktG). Möslein, Florian. 2020. «Blockchain Applications and Company Law». *Legal Technology and Transformation in Practice:* 1-9.

digitalización de transacciones en un ambiente seguro y transparente, fomentando una clara definición de la propiedad accionarial"[17].

Igualmente, en adición a la necesaria reducción sustancial de costos e innecesaria presencia en un mismo espacio físico por todos los accionistas a los efectos de la votación, nos permitimos observar que la probabilidad de influencia directa de la administración societaria como principal problema de agencia en votaciones, y en algunos casos la manipulación de las mismas, disminuye. Puesto que accionistas tienden a votar "abrumadoramente" por iniciativas patrocinadas por la junta directiva debido a los costos que suelen implicar para los accionistas las votaciones –lo cual sugiere manipulación inapropiada de la votación, siguiendo a Daniels[18]-, la utilización de la tecnología blockchain anulará costos que de otra forma les hubieran motivado a simplemente votar con la mayoría.

Asimismo, se excluyen las posibilidades de manipulación directa de la junta directiva, pues toda alteración pretendida en la votación supondría a su vez una manipulación de los *hashes*, lo cual desalinearía la cadena de bloques y alertaría a accionistas y otras partes relevantes.

Las ventajas antes descritas parecen haber persuadido a notables legislaciones a la autorización de la implementación del blockchain como plataforma de votación accionaria. A partir del 1 de agosto de 2017, a iniciativa del Gobernador Jack Markell, el Estado de Delaware enmendó las Secciones 219(c) y 224 del Título 8 del Código de Delaware para "permitir explícitamente el uso de blockchain para registrar y transferir acciones", y, específicamente, la Sección 219(c), dispuso los requisitos de identidad y especificidad accionarial, lo cual precisamente ofrece la tecnología blockchain. Como resultado de la reforma, Remolina correctamente observó que aquella devendría en una "(m)ejora en la radicación de documentos y trámites que deben adelantar las sociedades", "(e)ficiencia en el manejo de la información de sus accionistas" y "(m)ejora en la eficiencia y seguridad de las operaciones societarias[19].

Asimismo, en la Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador (coordinada por Aurelio Gurrea Martínez y César Coronel Jones), se observó que "la creación y funcionamiento de sociedades mercantiles, también resulta necesario que la normativa societaria fomente el uso de las nuevas tecnologías"[20], lo cual parece haberse traducido en la Disposiciones Generales Tercera y Cuarta de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías ecuatoriana, ambas que disponen la posibilidad de incluir la tecnología blockchain "para la estructuración de los libros sociales de una compañía" y en "los Libros de Acciones y Accionistas de las sociedades anónimas y (…) sociedades por acciones simplificadas", al decir de Noboa Velasco[21].

---

[17] Noboa Velasco, Paúl. 2022. «La implementación del *blockchain* en procesos societarios en Ecuador». USFQ Law Review: Vol. IX, n°1: 39-58.
[18] Daniels, Alexander. «Blockchain & Shareholder Voting: A Hard Fork for 21st-Century Corporate Governance». University of Pennsylvania Journal of Business Law: Vol. 21, n°2: 405-440.
[19] Nydia Remolina. 2017. «La incorporación de blockchain en el Derecho de sociedades de Delaware», Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Acceso 19 de noviembre de 2022, https://www.derechoyfinanzas.org/la-incorporacion-de-blockchain-en-el-derecho-de-sociedades-de-delaware/
[20] Gurrea Martínez, Aurelio et al. 2019. «Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador». *Working Paper Series*, n°2/2019: 1-75.
[21] Noboa Velasco, Ob. Cit. 17, p. 9.

1.2. Organización del patrimonio societario: facilitación de transferibilidad de acciones e identificación de accionistas

La tecnología blockchain también permite una organización del patrimonio societario en dos sentidos: facilitación de la transferibilidad de acciones, lo cual refuerza el valor de las compañías en el mercado; y la identificación de accionistas, la cual posee repercusiones en varias materias, como veremos más adelante.

En cuanto a la facilitación de la transferibilidad de acciones, conviene rememorar que una de las dimensiones de la tecnología blockchain destacadas en la introducción de este trabajo es la posibilidad de servir como plataforma para el intercambio de diversas criptomonedas, lo cual permite, en materia societaria, la ocurrencia de un fenómeno que se ha denominado la "tokenización de acciones", lo cual no es más que una desmaterialización efectiva de los requerimientos estatutarios de titularidad de acciones, tornando los certificados de acciones innecesarios, y lo cual, en palabras de Carreño Monsalve, "implica que de ahora en adelante las acciones de las sociedades (…) podrán estar representadas por certificados emitidos en formato electrónico"[22].

La desmaterialización de la titularidad de acciones y su subsecuente representación en certificados electrónicos ha sido aceptada en Suiza, como observa Layr, bajo el Artículo 973c del Código Suizo de Obligaciones, disposición que "establece las fundaciones para la emisión de derechos con la misma función que garantías negociables o reemplazando las garantías negociables fungibles o certificados globales con garantías sin certificación"[23].

Así, la prescindencia de las certificaciones producto de la tecnología blockchain que otrora serían inherentes a acciones transferibles bajo distintas legislaciones locales facilitan la transferibilidad de tales participaciones sociales pues: (i) el movimiento de acciones se registraría en la cadena de bloques con las partes definidas en satisfacción de requisitos estatutarios, (ii) la transferencia de las acciones operaría automáticamente sin que resulte imperioso un intercambio de certificados, o constancia del movimiento en acta asamblearia, y; (iii) el asiento de la transacción se registraría de inmediato en la cadena de bloques, que conformarían los propios libros.

Como corolario necesario de lo anterior, el registro de la identificación del accionista transferente y del accionista adquiriente, la criptografía inherente y la cronología de la misma sería inmediato, aun cuando el volumen de las acciones sujetas a la transacción sea considerable. Como observa Noboa Velasco, "al permitir el registro de accionistas en un sistema transparente, verificable y organizado cronológicamente, la tecnología *blockchain* facilitará la identificación registral de la propiedad accionarial de los títulos representativos de capital"[24].

---

[22] Carreño Monsalve, Jairo Daniel. 2021. «Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que significa para la región». *UNA Rev. Derecho:* Vol. 6, n° 1 julio 2021.
[23] Layr, Angelika. 2021. «Tokenization of Assets». *Milan Law Review:* Vol. 2, n° 1.
[24] Noboa Velasco, Ob. Cit. 17, p. 10.

Finalmente, conviene destacar un interesante punto sobre la posibilidad de *enforcement* automático de un tipo de pactos parasocietarios, los denominados *lock-up period* o prohibición de venta, los cuales disponen la prohibición de salida o venta de participación societaria por parte de cierto accionista y durante un tiempo determinado[25]. Si bien una pretensión de cumplimiento específico elevada ante un tribunal para forzar el cumplimiento de un *lock-up* podría ser severamente disputado[26], las partes de un convenio parasocial pueden prevenir la transferencia de acciones durante el *lock-up period* por parte del obligado a un tercero argumentando violaciones al protocolo de consentimiento, como apuntamos en la introducción[27]. Ante tal posibilidad, la pregunta sobre si existen algunas otras formas de que la tecnología blockchain colabore con el cumplimiento de pactos parasocietarios queda razonablemente abierta.

1.3. Optimización del escrutinio sobre la administración societaria financiera y activismo accionario

La dimensión de control sobre la administración societaria de la definición antes citada de gobierno corporativo sería acaso a la cual redundarían mayores beneficios producto de la implementación de la tecnología blockchain como estrategia de Derecho de Sociedades.

En el plano societario, blockchain largamente se resume a una estructura optimizada de información y datos seguros, verificables y de fácil acceso para individuos dentro de la compañía, lo cual permite a accionistas una visión mejorada –y muy necesitada en la actualidad- sobre los asuntos corporativos, especialmente en cuanto a la administración financiera de la sociedad.

Como quiera que los accionistas en múltiples jurisdicciones tienen el derecho de monitoreo efectivo de la compañía y acceso a sus libros, bastará la creación de nodos a disposición de los accionistas para satisfacer tal derecho para mantener estándares aceptables de escrutinio accionario sobre la administración financiera de la compañía[28]. La misma solución sería por extensión aplicable a auditores internos y externos en compañías que opten por la retención continua de firmas de auditoría para asegurar el cumplimiento de regulaciones contables y legales.

Con la visión aumentada de los accionistas sobre los asuntos de la compañía, es aquí donde la tecnología blockchain se convierte –o tiene el potencial para convertirse- en una efectiva herramienta de activismo accionarial: la supervisión sobre las transacciones de la compañía, incluyendo las transacciones de patrimonio societario y de activos, permitirán a los accionistas disputar aquellas transacciones que consideren fraudulentas, o bien transacciones en violación al deber de lealtad (transacciones vinculadas), o ya transacciones que comprometan el patrimonio de

[25] Henao, Lina. 2013 «Los pactos parasociales». *Revista de Derecho Privado:* n° 25.

[26] Por nombrar algunas, siguiendo a Paz-Ares, menoscabos a la libertad de decisión del socio, al proceso de deliberación necesario para la formación de la voluntad, las posibilidades de defensa de la sociedad y límites de cosa juzgada, entre otros. Paz-Ares, Cándido. 2003 «El *enforcement* de los pactos parasociales». *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez:* n° 5.

[27] Posibilidad que existe en los Estados Unidos de América bajo el *Uniform Commercial Code*, Sección 8-403 según Ryan y Donohue. Véase, Ryan, Reade y Donohue, Mayme.. 2018 «Securities on Blockchain». *The Business Lawyer:* Vol. 73..

[28] En esa misma línea, y como será argumentado más adelante, Lafarre y Van der Elst indican que a un regulador financiero puede serle creado un nodo para monitorear el cumplimiento normativo de una compañía. Véase, Lafarre y Van der Elst, Ob. Cit. 15, p. 46.

la compañía de una manera en la cual los accionistas consideren que el administrador no se encuentra cumpliendo con el deber de cuidado que sobre sí recae en satisfacción de los socios de la corporación.

El blockchain societario es, así, un vehículo de activismo y democracia accionarial, siguiendo a Magnier y Barban, basado en la disponibilidad de información real y accesible sobre la administración societaria que resultará en la atemperación de problemas de agencia y las posibilidades de fraudes y escándalos corporativos[29].

En este sentido, una ventana de controles se abre para los accionistas con base en la información disponible en cadenas de bloques: desde la promoción de juntas o asambleas extraordinarias de accionistas para la remoción de directores cuya administración se piense incompetente o no orientada a la creación y maximización de valor para accionistas[30] hasta el ejercicio activo de acciones derivadas para exigir responsabilidad de los administradores una vez la información plasmada en la tecnología blockchain indica violaciones censurables a los deberes de cuidado y lealtad.

1.4. Identificación y prevención de operaciones vinculadas

Finalmente, observamos que el blockchain como estrategia de buen gobierno corporativo también permite a accionistas identificar y prevenir operaciones vinculadas.

En efecto, el reflejo de transacciones y asientos contables en libros de la compañía llevados por medio de la tecnología blockchain, sujetos a requerimientos imperativos en las normas societarias y, como indicamos en la anterior subsección, de fácil acceso y supervisión para los accionistas, permite a la tecnología blockchain cumplir una doble función: (i) una función disuasiva, pues los administradores se saben vigilados por sus inversionistas y accionistas y evitarán vinculaciones, o bien las revelarán debidamente, y (ii) una función de alerta, que levante las *red flags* necesarias para los accionistas e inversionistas una vez se registre un movimiento patrimonial, compromiso de activos o transacción de capital considerable en la tecnología blockchain que no fuera revelada con anterioridad a los accionistas y que involucre a una parte vinculada dentro de los diversos significados y alcances subjetivos bajo legislaciones aplicables.

2. Blockchain como estrategia de corporate compliance o cumplimiento corporativo

Una de las más importantes dimensiones de la tecnología blockchain como estrategia de Derecho Societario es en el ámbito de *corporate compliance* o cumplimiento corporativo como una herramienta fundamental de lo que recientemente se ha denominado "Regtech", el cual, al decir de Cedeño Brea, consiste en una subcategoría de Fintech "(…) enfocada en desarrollar innovaciones y tecnologías de la información que apoyen de manera costo-efectiva el

[29] Magnier, Véronique y Barban, Patrick. 2018. «The Potential Impact of Blockchains on Corporate Governance: A Survey on Shareholders' Rights in the Digital Era». *Intereulaweast:* Vol. 2.
[30] Paz-Ares, Candido. 2003. «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4 (03): 3-61.

cumplimiento normativo y las obligaciones de reporte de las firmas reguladas"[31]. Como intentaremos demostrar en líneas posteriores, consideramos que la tecnología blockchain cumple una función Regtech de dos formas: (i) como plataforma supervisora para reguladores de mercados financieros, y; (ii) como facilitadora de cumplimiento de regulación antilavado de dinero, corrupción, financiamiento al terrorismo y protección de datos.

2.1. Blockchain como plataforma de supervisión para reguladores

Como premisa fundamental, vale rescatar que, como indicamos con anterioridad, blockchain es esencialmente un conjunto de tecnologías que proveen una estructura optimizada, descentralizada y segura de información y datos, y tal información es de igual importancia para el regulador de mercados financieros, y, como resultado de los debidos protocolos de consentimiento implementados en este tipo de tecnología, la información deviene verificable, confiable y cierta. Al decir de Delgado de Molina Rius, "(p)equeñas variaciones en los input de datos llevan a cambios impredecibles y perceptibles en los *hash values*"[32].

La confiabilidad e inmutabilidad de la información plasmada en la red blockchain, insistimos, de interés para el regulador, ofrece a la compañía al menos dos importantes ventajas a los efectos de cumplimiento normativo: (i) información necesaria para la estructuración de un programa de *compliance* que cubra las deficiencias en la atención empresarial de las obligaciones regulatorias, y; (ii) visión general que permite identificar áreas de riesgo y exposición que merezcan atención inmediata de la administración de la compañía. Esto es determinante también para la responsabilidad penal de los administradores y, en todo caso, del denominado *compliance officer*[33].

Ahora bien, como quiera que la tecnología blockchain provee acceso a una información completa, verificable y confiable, sugiere Camilleri que blockchain es un "habilitador", en el sentido de que "una cantidad de procesos de *compliance*, tareas y pasos pudieran ser eliminados si la información está ya cargada y accesible en una base de datos existente, segura y resistente a alteraciones"[34]. Esta aseveración es particularmente importante, por cuanto uno de los principales y más conocidos motivos por los cuales las compañías fracasan en la implementación de una estrategia efectiva de *compliance* es por la misma burocratización y costos elevados de tales procesos. De allí que, en la actualidad, se haya sugerido que, en la red blockchain, "(o)tro nodo

[31] Cedeño Brea, Enmanuel. 2020. «El uso de las nuevas tecnologías para el cumplimiento normativo». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 357-375. Valencia: Tirant Lo Blanch.

[32] Delgado de Molina Rius, Ob. Cit., 1, p. 40.

[33] Quien, a nuestro parecer, también halla en la tecnología blockchain una herramienta de capital importancia para el desempeño de sus funciones. Encargado como está el *compliance officer* de la "(…) implementación, documentación y desarrollo del programa de *Compliance* o cumplimiento normativo", es en esta persona en cabeza de la cual recae la obligación de identificar las áreas de riesgo y exposición y desarrollar estrategias de mitigación. Véase, Rodríguez Morales, Alejandro J. 2021. «Funciones y perfil del compliance officer en el Derecho Penal Económico contemporáneo», *Revista de la Facultad de Derecho*: 75 : 322-3391. De allí que, según consideramos, el *compliance officer* tiene el deber de advertir de inmediato cambios en el *hash*, pues significa que una transacción de la cadena de bloques fue alterada y merece atención inmediata.

[34] Ivan Camilleri. 2022. «Blockchain in compliance. Can the technology be an enabler towards core aspirations for stakeholders within the compliance ecosystem?», Deloitte Malta Risk Advisory Blog. Acceso 19 de noviembre de 2022.

que pudiera ser agregado es la autoridad de mercados financieras de una jurisdicción particular para monitorear el cumplimiento con la ley"[35].

Ciertamente, en los próximos años es de esperarse que el blockchain podría ser utilizado como una estrategia de *compliance* o cumplimiento normativo en la forma de autorización del regulador por medio de la asignación de un nodo dentro de la red para monitoreo de cumplimiento normativo, para maximizar el alcance de supervisión y regulación de las autoridades de mercado.

En ese sentido, el prenombrado tipo de regulación hace sentido para compañías de tecnología, y, especialmente, aquellas que hacen del comercio e intercambio de criptomonedas su objeto comercial.

En efecto, al decir de Remolina, "(l)os sistemas descentralizados –tales como el blockchain- son particularmente vulnerables a los riesgos del anonimato", lo cual podría subvertir el propósito de la tecnología blockchain y convertirla en una plataforma de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, sobre todo si se trata de reguladores ubicados en jurisdicciones diferentes, lo cual "dificulta a los reguladores controlar el cumplimiento normativo"[36]. Al lavado de activos y financiamiento del terrorismo a través de criptomonedas intercambiadas en redes blockchain también se le adiciona la evasión de sanciones, con ejemplos notables de utilización de la economía digital para encontrar vías alternativas de financiamiento ante sanciones internacionales[37].

Sin ignorar la falibilidad de la tecnología blockchain en cuanto redes descentralizadas[38], consideramos que conferir a los reguladores la oportunidad de examinar el cumplimiento normativo dentro de la red blockchain a través de la asignación de un nodo es un modo razonable de asegurar que la satisfacción de regulaciones en contra lavado de dinero, financiamiento al terrorismo y evasión de sanciones. La posibilidad de rastrear transacciones potencialmente comprometidas permitiría de por sí la realización de tales regulaciones. Sin embargo, límites deben establecerse para evitar *overcompliance* o autoridades indebidamente inmiscuyéndose en los asuntos societarios.

3. Blockchain como estrategia de equity financing/funding o financiamiento empresarial

Como análisis final, también consideramos que la tecnología blockchain es una estrategia para empresas que acometen obtener distintas modalidades de financiamiento empresarial. Blockchain ofrece a las compañías "una oportunidad única de ser financiados en una forma muy

[35] "Another node that may be added is the financial markets authority of a particular jurisdiction to monitor compliance with the law". Lafarre y Van der Elst, Ob. Cit. 15, p. 46.
[36] Remolina, Nydia. 2020. «Criptomonedas». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 237-251. Valencia: Tirant Lo Blanch.
[37] A modo de ejemplo, puede considerarse Corea del Norte. Al decir de Ferrie, "Corea del Norte también emplea herramientas de la economía digital para evadir sanciones y lavar dinero", y específicamente resalta que la "naturaleza pseudo-anónima de las criptomonedas le ofrecen a Corea del Norte otra herramienta para lavar fondos y añade una capa adicional de complejidad" en términos de rastreo de dinero. Véase Ferrie, Elizabeth. 2022. «Crypto-assets, Privacy Coins, and Money Laundering Regulations». En Blockchain, Fintech and the Law, dirigido por José Manuel Martínez Sierra, 103-185. Valencia: Tirant Lo Blanch.
[38] Delgado de Molina Rius, Ob. Cit., 1, p. 39.

competitiva", al decir de Mazzorana-Kremer, y la investigación en el área jurídica y financiera en esta área es naciente y prometedora[39]. En la presente investigación nos enfocaremos particularmente en tres modalidades de financiamiento: Initial Coin Offerings (ICOs), Security Token Offerings (STO) y crowdfunding o financiamiento colaborativo.

3.1. Blockchain para obtener financiamiento: Initial Coin Offerings (ICOs), Security Token Offerings (STO), y crowdfunding o financiamiento colaborativo.

Como ha observado Daniels, "las juntas pueden utilizar blockchain para emitir nuevas clases de acciones intrigantes para atraer inversiones", las cuales pueden variar en términos de "privacidad, ejecución automática de opciones y garantías, tipos de votos, o atar los derechos de voto al desempeño de la compañía"[40]. Sin embargo, consideramos que la importancia de la tecnología blockchain como estrategia de *equity financing/funding* yace en tres factores: (i) la multiplicidad de instrumentos financieros que ofrece a las compañías que disponen levantar capital a través de la misma, (ii) la fácil, no costosa accesibilidad a los mismos[41] y, más importante, (iii) la habilidad de personalizar las clases de instrumentos y/o acciones tokenizadas a los requerimientos de inversionistas.

Como resultado de los intentos primigenios de hallar innovadoras formas de financiamiento para PYMES o *startups* tecnológicas, se acuñaron por primera vez las llamadas "Initial Coin Offerings" (ICOs, por sus siglas en inglés). Según Gurrea Martínez y Remolina, las ICOs son distintas de los métodos tradicionales de levantamiento de capital en tanto que: (i) quien busca financiamiento no emite acciones ni otros productos existentes sino criptoactivos en forma de "*tokens*"[42]; (ii) el emisor no recibe dinero, sino criptoactivos generalmente aceptados por el público como Bitcoin y Ether; (iii) la emisión del token se realiza a través de blockchain, y; (iv) la emisión de tokens no requiere preparación de un *prospectus*, salvo que sean consideradas *securities* bajo los ordenamientos locales[43].

Inicialmente, las ICOs aparentaban tratarse de un innovador y exitoso método de financiamiento que, por el auge de las empresas tecnológicas, prometía éxito y réditos a corto plazo: los compradores pagaban en criptomonedas y recibían "*tokens*" o "*coins*" de la empresa en cuestión, con la esperanza de que el financiamiento revalorice a la empresa y le de oportunidades de crecimiento, así aumentando el valor de los *tokens* o *coins* recibidos. Sin embargo, importantes

[39] Mazzorana-Kremer, Florie. 2019. «Blockchain-Based Equity and STOs: Towards Liquid Market for SME Financing?». *Theoretical Economic Letters:* 9.
[40] Daniels, A. Ob. Cit. 18, p. 408.
[41] Aunque pequeñas y medianas empresas (PYMES) en mercados competitivos como los Estados Unidos de América suelen hallar atractivas alternativas de financiamiento en modalidades como *Simple Agreements for Future Equity* (*SAFEs*), *Investment Agreements*, entre otros, la tecnología blockchain ha habilitado una nueva ventana de instrumentos de financiamiento que potencialmente se apoderarán del financiamiento de compañías en el sector de tecnología en un futuro cercano.
[42] Por "token" entendemos, según el European Blockchain Observatory and Forum, "un tipo de activo digital que puede ser rastreado o transferido en un blockchain". Véase Tom Lyons et al. 2019. «Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts». *ConsenSys*: 1.
[43] Gurrea Martínez, Aurelio and Remolina, Nydia. 2018. «The Law and Finance of Initial Coin Offerings». *Working Paper Series*, n°4/2018: 1-44.

ICOs resultaron en fracaso, al punto que Momtaz observa que "cerca del 40% de todas las ICOs destruyen el valor del inversionista en el primer día de comercialización" por cuanto la susceptibilidad a los movimientos del mercado tienden a forzar el colapso de su valor[44].

Tras los repetidos fracasos de las ICOs, el mercado diseñó una nueva, aunque similar, forma de financiamiento en reemplazo de las ICOs: las "Security Token Offerings" (STOs). Un "*security token*" es, según Copeland, "un activo financiero basado en blockchain y comercializable que atiende criterios y regulaciones estrictas y específicas al país", siendo una de las más importantes características su capacidad de ser fraccionado[45]. Aunque todavía naciente, Mazzorana-Kremer observó que las STOs no se hallan únicamente en manos de los denominados "*accredited investors*"[46] y que han levantado al menos $400 millones de dólares en capital[47]. La gran diferencia entre STOs y ICOs, y la que convierten a la primera en más segura y atractiva, es la protección que las leyes defieren a los tenedores de *security tokens*: como destacan Gurrea Martíenz y Remolina, se les confiere dos tipos de protecciones: (i) el "aparato" provisto por las *securities law*, es decir, obligaciones de revelación, reglas procedimentales, supervisión reguladora, entre otras, y; (ii) el denominado *white paper*[48], cuyas representaciones obligan a la compañía. Se convierten así, las STOs, en un método confiable de financiamiento para compañías producto de blockchain.

Adicional a las STOs, el mercado de crowdfunding o fondos colaborativos en combinación con blockchain también se ha consolidado como estrategia de levantamiento de capital. Crowdfunding es, según Mazzorana-Kremer, "el proceso de levantar capital de muchos donantes individuales – la "multitud" o "*crowd*"[49]. Este proceso es particularmente efectivo porque invita a inversionistas pequeños a contribuir con su aporte también pequeño, de suerte que se trata de un mercado accesible para personas con recursos limitados.

Como observan Bjikerk y Palomo, el crowdfunding comprenden varias modalidades[50], pero la que atiene a esta investigación es el *equity crowdfunding*, es decir, financiación propia participativa. Esta individualmente ha sido la más exitosa en el incipiente mercado de crowdfunding, y ha atraído la atención de reguladores como la Securities and Exchange Commission (SEC) de los Estados Unidos de América –quien logró promover la enmienda a la U.S Securities and Exchange Act bajo el nombre de "Regulation Crowdfunding"- y en la Unión Europea, que en el año 2020 promovió la "Regulation on European Crowdfunding Service Providers for business (EU) 2020/1503)". Como una actividad rentable para compañías e inversionistas y debidamente regulada, también se posiciona como una alternativa confiable de financiamiento como resultado de una estrategia de blockchain.

---

[44] Momtaz, PP. 2020. «Initial Coin Offerings». *Plos One: 1*.
[45] Tim Copeland. 2019. « Decrypt Guide: What is a security token and what are STOs?», Blog Decrypt. Acceso 19 de noviembre de 2022, https://decrypt.co/5311/security-token-offerings-advantages.
[46] En los Estados Unidos de América, un tipo de inversionista así denominado de conformidad con la U.S Securities and Exchange Act y que no posee las mismas limitaciones que un inversionista normal.
[47] Mazzorana Kremer, Ob. Cit., 39, p. 13.
[48] Gurrea Martínez y Remolina, Ob. Cit. 43, p. 31.
[49] Mazzorana Kremer, Ob. Cit., 39, p. 3.
[50] Bijkerk, Werner y Palomo, Ricardo. 2020. «Las plataformas de financiación participativa o crowdfunding». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 253-275. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CONCLUSIONES

De los argumentos anteriormente expuestos, podemos colegir las siguientes conclusiones:

1) La tecnología blockchain representa un prisma de cambio en el Derecho de Sociedades y puede capitalizarse como estrategia en los ámbitos de buen gobierno corporativo, *corporate compliance* o cumplimiento normativo, y *equity financing/funding* o financiamiento empresarial.

2) Como plataforma de votación asamblearia, la tecnología blockchain se asegurará de que la canalización de los votos sea adecuada, así como la identificación de los accionistas propiamente y de cualesquiera agentes intermediarios, aun cuando puede efectivamente prescindirse de ellos. Como corolario de ello, los costos y dificultades disminuyen considerablemente.

3) La tecnología blockchain permite la libre transferibilidad de las acciones en el sentido de que rehúye de la burocratización del mismo y, en cambio, tanto el movimiento patrimonial como su registro ulterior ocurren de inmediato y se tienen como acto jurídicamente perfeccionado.

4) Blockchain permite a los accionistas tener un dominio mayor sobre los asuntos corporativos en forma de supervisión. A partir de esos datos, aquellos desarrollarán estrategias que permitan el activismo accionarial en pro de sus propios intereses.

5) Respecto a operaciones vinculadas, blockchain cumple una doble función: una función disuasiva, pues los directores conocen que la transacción vinculada quedará registrada y desisten de sus intentos de proceder con ellas, al menos sin revelarlas, y; una función de alerta o de *red flags* en caso de que se detecte una operación con partes vinculadas.

6) El blockchain puede ser una herramienta poderosa en contra del lavado de dinero, financiamiento al terrorismo y evasión de sanciones si se sigue el consejo de la doctrina y se asigna un nodo al regulador de mercados financieros, pero tal habilidad debe ser limitada para evitar problemas de *overcompliance*.

7) Blockchain en cuanto tecnología de estructuración de datos y canalización de criptomonedas permite el acceso a nuevas alternativas de financiamiento que son tanto más atractivas para inversores como menos gravosas en términos de costo y complejidad para los accionistas.

8) Las ICOs, aunque inicialmente prometedoras, no constituyen un medio confiable de levantamiento de capital por medio de blockchain, con muchos de sus usuarios expuestos a pérdidas de capital considerables o de toda la inversión hecha.

9) Las SOTs, como quiera que los tenedores de *security tokens* sí gozan de la protección conferida a los accionistas por el Derecho Societario, sí constituyen una alternativa fiable y efectiva de financiamiento para accionistas.

10) Crowdfunding también se posiciona como una herramienta de levantar capital utilizando blockchain, y democratiza el acceso a la inversión permitiendo la recepción de donaciones por parte de la "*crowd*" o multitud que financia a la compañía.

BIBLIOGRAFÍA

Delgado de Molina Rius, Alfonso. 2020. «Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 31-60. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Akgiray, Vedat.. 2019. «The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance». *OECD Corporate Governance Working Papers* 21: 1-33.

De Filippi, Primavera, Mannan, Morshed y Reijers, Wessel. 2022. «The alegality of blockchain technology». *Oxford Policy and Society* 41, n°3: 358-372.

Song, Wonnie. 2017. «Bullish on Blockchain: Examining Delaware's Approach to Distributed Ledger Technology in Corporate Governance Law and Beyond». *Harvard Business Law Review* 8: 9-20.

Noboa Velasco, Paúl. 2022. «La implementación del *blockchain* en procesos societarios en Ecuador». USFQ Law Review: Vol. IX, n°1: 39-58.

The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance. 1992. Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance. London: Gee and Co. Ltd.

Rodrigues, Usha. 2018. «Law and the Blockchain». *Iowa Law Review* 679: 1-66.

Lafarre, Anne y Van der Elst, Christoph. 2018. «Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism». *Law Working Paper* 390: 1-26.

Lafarre, Anne y Van der Elst, Christoph. 2020. «Shareholder voice in complex intermediated proxy systems: blockchain technology as a solution?». *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*: 4.1: 29-52.

Daniels, Alexander. «Blockchain & Shareholder Voting: A Hard Fork for 21st-Century Corporate Governance». University of Pennsylvania Journal of Business Law: Vol. 21, n°2: 405-440.

Nydia Remolina. 2017. «La incorporación de blockchain en el Derecho de sociedades de Delaware», Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Acceso 19 de noviembre de 2022, https://www.derechoyfinanzas.org/la-incorporacion-de-blockchain-en-el-derecho-de-sociedades-de-delaware/

Gurrea Martínez, Aurelio et al. 2019. «Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador». *Working Paper Series*, n°2/2019: 1-75.

Carreño Monsalve, Jairo Daniel. 2021. «Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que significa para la región». *UNA Rev. Derecho:* Vol. 6, n° 1 julio 2021.

Layr, Angelika. 2021. «Tokenization of Assets». *Milan Law Review:* Vol. 2, n° 1.

Paz-Ares, Cándido. 2003 «El *enforcement* de los pactos parasociales». *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez:* n° 5.

Ryan, Reade y Donohue, Mayme.. 2018 «Securities on Blockchain». *The Business Lawyer:* Vol. 73.

Magnier, Véronique y Barban, Patrick. 2018. «The Potential Impact of Blockchains on Corporate Governance: A Survey on Shareholders' Rights in the Digital Era». *Intereulaweast:* Vol. 2.

Paz-Ares, Candido. 2003. «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4 (03): 3-61.

Cedeño Brea, Enmanuel. 2020. «El uso de las nuevas tecnologías para el cumplimiento normativo». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 357-375. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Rodríguez Morales, Alejandro J. 2021. «Funciones y perfil del compliance officer en el Derecho Penal Económico contemporáneo», *Revista de la Facultad de Derecho*: 75 : 322-3391

Ivan Camilleri. 2022. «Blockchain in compliance. Can the technology be an enabler towards core aspirations for stakeholders within the compliance ecosystem?», Deloitte Malta Risk Advisory Blog. Acceso 19 de noviembre de 2022.

Remolina, Nydia. 2020. «Criptomonedas». En Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios, dirigido por Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina, 237-251. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ferrie, Elizabeth. 2022. «Crypto-assets, Privacy Coins, and Money Laundering Regulations». En Blockchain, Fintech and the Law, dirigido por José Manuel Martínez Sierra, 103-185. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Mazzorana-Kremer, Florie. 2019. «Blockchain-Based Equity and STOs: Towards Liquid Market for SME Financing?». *Theoretical Economic Letters:* 9.

Tom Lyons et al. 2019. «Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts». *ConsenSys*: 1.

Momtaz, PP. 2020. «Initial Coin Offerings». *Plos One: 1*.

Tim Copeland. 2019. « Decrypt Guide: What is a security token and what are STOs?», Blog Decrypt. Acceso 19 de noviembre de 2022,

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES

Versión vigente a partir del seis (06) 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.
- **Saltos 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 claves:** 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 prejuzgar 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.

SOCIEDAD VENEZOLANA DE
DERECHO MERCANTIL

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 @sovedem_ac